

Volumen 62 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

El convenio arbitral

Jorge Luis Collantes González
(Coordinador)

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL CONVENIO ARBITRAL

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

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

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

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

Primera edición, enero 2019

Tiraje: 500 ejemplares

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

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

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

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

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

ISBN: 978-612-4400-10-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

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

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

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

Elena Sevilla Sánchez

EL CONVENIO ARBITRAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Lidia Moreno Blesa**

Sumario: 1. Cuestiones previas.— 2. Precisiones terminológicas.— 3. Autonomía o separabilidad del convenio arbitral.— 4. Validez del acuerdo de arbitraje.— 4.1. Acuerdo por escrito.— 4.2. Carácter de la relación jurídica.— 4.3. Materia arbitrable.— 4.4. Acuerdo nulo, ineficaz o inaplicable.— 4.5. Cláusulas especiales.— 5. Consideraciones finales.

Resumen: El objetivo de las reflexiones que se exponen en el presente trabajo, es acercar al operador jurídico algunas de las peculiaridades que presenta la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial transnacional desde la perspectiva del derecho internacional privado. Son, básicamente, los aspectos relativos a la validez del convenio arbitral los que centrarán nuestro análisis, desde el momento en que los mismos pueden permitir o impedir la resolución extrajudicial. En efecto, el arbitraje no puede ser posible, si las partes implicadas en la controversia no se encuentran obligadas por el preceptivo acuerdo, lo que convierte a este último en pieza clave del entramado arbitral. Pero, antes de adentrarnos en el análisis de los requisitos que se exigen a la cláusula compromisoria para que despliegue todos sus efectos, abordaremos, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas, que puedan aclarar la verdadera naturaleza de la figura en cuestión. Pasaremos, después, al análisis de la autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal, en

* Doctora en derecho y profesora titular de derecho internacional privado en la UEM.

tanto y en cuanto, se considera un aspecto clave para que la decisión sobre la existencia o inexistencia del segundo, no arrastre al primero y acabe impidiendo la posibilidad de arbitrar. A continuación, nos detendremos en la validez del acuerdo arbitral, donde se tendrán en cuenta, tanto los aspectos de forma como de fondo que se requieran cumplir, para que lo convenido en materia de arbitraje produzca la eficacia deseada. Luego se aludirá a la problemática que plantean algunas cláusulas especiales, como son los arbitrajes multiparte y multicontrato, así como la dificultad de interpretar la cláusula patológica. Para terminar con unas consideraciones finales que permitan identificar algún apunte relevante al que hayamos podido llegar después de haber realizado el estudio pertinente.

Abstract: The main goal of this work is to give to the legal operator some of the singularity that the arbitration clause presents in transnational commercial arbitration from the perspective of Private International Law. The validity of the arbitration agreement will center our analysis, because it can allow or prevent the extrajudicial resolution. Indeed, arbitration is not possible, if the parties involved in the dispute are not bound by the arbitration agreement, which makes the latter a key piece of the arbitration framework. In the first place, we will address some terminological details, which may clarify the nature of this figure. Then, we will go to the analysis of the autonomy or separability of the arbitration clause with respect to the main contract. Next, we will bear in mind the validity of the arbitration agreement, which will take into account both formal and substantial requirements. After that, we will refer to the problem of some special clauses, such as multi-party and multi-contract arbitrations, as well as the difficulty of interpreting the pathological clause. To finish with some conclusions about the object of the study.

Palabras clave: Autonomía o separabilidad del convenio arbitral, derecho internacional privado, validez del acuerdo, arbitrajes multiparte y multicontrato, cláusulas patológicas.

Key words: Separability of arbitration clauses, private international law, arbitration agreement validity, multi-party and multi-contract arbitration, pathological arbitration clauses.

1. CUESTIONES PREVIAS

Las relaciones jurídicas entre particulares con elemento extranjero constituyen el objeto de las normas reguladoras del derecho internacional privado. Ello supone que la interacción entre las personas físicas y/o jurídicas debe conectarse con las normas de varios ordenamientos para que la regulación de tráfico jurídico externo pueda ser tomada en consideración. Se trata de ofrecer a los sujetos del derecho, que llevan a cabo actuaciones jurídicas de naturaleza privada y de carácter internacional, la normativa apropiada para resolver sus controversias relativas al *forum* y al *ius*. En concreto y por lo que respecta al ámbito procesal, la resolución alternativa de litigios a través del arbitraje comercial internacional es la vía más garantista y efectiva en comparación con la tradicional protección que dispensan los tribunales. Efectivamente, es sobre todo en el contexto internacional, donde el arbitraje se impone como la fórmula habitual de arreglar las disputas entre los particulares, ya que con el recurso a la vía extrajudicial se incrementa la autonomía y el control sobre el proceso.

Es evidente que, en las controversias transfronterizas, una parte no va a querer aceptar someterse a la jurisdicción de los tribunales de la otra y viceversa, porque cada uno de ellos teme la ventaja que pudiera llegar a desplegar el tribunal local para el que le corresponda. En consecuencia, el arbitraje ofrece un foro más neutral, donde las partes van a poder estimar que sus pretensiones tendrán una valoración justa. Además, la flexibilidad que caracteriza a este mecanismo de resolución de controversias para poder adaptar el procedimiento a las necesidades de las partes y la posibilidad de seleccionar a los árbitros en base a sus conocimientos especializados sobre el objeto del litigio, hacen del arbitraje un sistema extrajudicial particularmente atractivo.

Se constata, pues, que el arbitraje constituye un fenómeno ajeno a las fronteras que, involucrando a partes de diferentes Estados, brinda una ventaja adicional a las mismas a través del trato equitativo que se les dispensa para la resolución de sus controversias. En efecto, la imparcialidad que proporciona el arbitraje es una de sus mayores virtudes, ya que los comerciantes desconfían del trato dispensado por el Poder Judicial, cuando acceden a los tribunales en calidad de litigantes extranjeros. De tal forma que la práctica demuestra hoy, en términos generales, un incremento sin precedentes del arbitraje privado en el ámbito del derecho de los negocios internacionales, lo que permite afirmar, a este respecto, que más del 90% de los contratos internacionales incluyen cláusulas de arbitraje. En este impulso inusitado que ha experimentado esta institución, las asociaciones profesionales han tenido un especial protagonismo al orientar a sus miembros en la dirección más adecuada para que la solución de sus diferencias sea ágil y eficaz, en función de las circunstancias concretas del tipo contractual; y, por ende, litigioso.¹

Ahora bien, cuando las partes acuerdan someter sus disputas al procedimiento arbitral, están desistiendo de su derecho a hacer uso de la vía jurisdiccional, lo que supone aceptar que sus controversias sean resueltas privadamente y fuera del sistema judicial. Por lo tanto, el convenio arbitral constituye la renuncia de un importante derecho, esto es, que el litigio se solucione por los tribunales, y al mismo tiempo genera otros nuevos. Para ilustrar esto último, puede hacerse referencia a las decisiones que las partes pueden adoptar en su acuerdo de arbitraje y que suelen aludir a las reglas que regulan el procedimiento arbitral, a la sede

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». En FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., R. ARENAS GARCÍA y Miguel DE ASENSIO, P.A. *Derecho de los negocios internacionales*. Iustel 2016, 5.^a edición, pp. 652, 653 y 669. Especifica también este autor que, dada la diversidad posible de decisiones sobre una misma cuestión jurídica, las cláusulas compromisorias suponen la unificación de la doctrina, de manera que no es raro encontrar expresiones como «arbitraje Uncitral», «arbitraje Fidic», «arbitraje CCI», «arbitraje CIMA», o «arbitraje AryME», altamente expresivas de la usualidad de este tipo de solución de controversias en los contratos de ingeniería civil y en los fletamentos marítimos, respectivamente.

del arbitraje, al idioma de las actuaciones arbitrales, al derecho que lo rige; y, frecuentemente, a los árbitros que deben decidir la solución del conflicto. En definitiva, el acuerdo de arbitraje otorga a los árbitros el poder para decidir la solución del problema jurídico en cuestión y delimita el ámbito de dicho poder, por lo que podría decirse que las partes crean su propio sistema privado de justicia.²

Ahora bien, dicho sistema privado de justicia no está exento de regulación legal.³ Muy al contrario, el arbitraje se gobierna por una estructura normativa que tiene como punto de partida el convenio arbitral. Este último se considera la pieza clave de todo el entramado de aspectos jurídicos que disciplinan el proceso de resolución extrajudicial. Hasta tal punto ello es así que, si la cláusula compromisoria resulta invalidada, el derecho aplicable al arbitraje deviene irrelevante, por la inexistencia de base legal para arbitrar. Pero, una vez que ha quedado acreditada la existencia del

² *Vid.*, al respecto, MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008, p. 17. Además, se indica que, frecuentemente, el convenio arbitral se contiene en el clausulado de los contratos comerciales que puedan celebrar las partes y que, por lo tanto, proporciona una vía para resolver el litigio en el caso de que la controversia llegue a surgir. Ahora bien, en el caso de que las partes no hayan incluido el convenio arbitral en el contrato en cuestión y el conflicto se produzca, en ese momento se podría plantear el sometimiento al arbitraje, si ambos sujetos están de acuerdo en ello. Esta posibilidad se conoce, generalmente, como acuerdo de sumisión y es menos frecuente que la cláusula de arbitraje en los contratos, ya que una vez que la disputa surge, las partes están menos dispuestas a entenderse. Por lo que se considera más recomendable, si el arbitraje quiere convertirse en una opción para resolver el litigio, que las partes lo decidan al comienzo de su relación jurídica, cuando todavía la relación no está dañada entre ellas.

³ Desde hace varios años, existen distintas posiciones doctrinales respecto al carácter transnacional o territorial del arbitraje internacional. En este sentido, dotar de carácter transnacional al arbitraje internacional consiste en desvincularlo al máximo de los derechos nacionales. En la medida en que existen controversias internacionales, debería existir un arbitraje genuinamente internacional, desvinculado de cualquier ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, se manifiesta ARIAS LOZANO, D. «El arbitraje internacional». *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, n.º 29, p. 14.

acuerdo arbitral, el siguiente nivel viene constituido por las reglas de arbitraje establecidas por las partes, que son esgrimidas por los sujetos para configurar el proceso arbitral como estimen conveniente, a menos que no lo hayan acordado o exista una norma imperativa que no permita contravención. A continuación, hay que tener en cuenta las leyes nacionales, tanto la que regula el proceso de arbitraje determinada por la sede arbitral (*lex arbitri*), como la que resuelve los aspectos sustantivos relativos al fondo del asunto, sin que suela darse una coincidencia habitual entre las mismas. Aunque muchos Estados han incorporado a sus ordenamientos internos la Ley Modelo Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional, lo que ha contribuido a una progresiva armonización y unificación de dichas normativas nacionales.⁴

Continuando con la pirámide regulatoria de las normas implicadas en los procesos de resolución extrajudicial de carácter arbitral, se superpondrían, ahora, al bloque de la legislación nacional, la práctica internacional dedicada al arbitraje. Se trata de ciertas pautas o actuaciones, que se han ido desarrollando en los arbitrajes internacionales, y que, en algunos casos, han sido codificadas a modo de reglas adicionales o guías para arbitrar. Aunque no tienen carácter vinculante para las partes, ni para el tribunal, su consideración generalizada como catálogo de buenas prácticas dentro de la comunidad internacional dedicada al arbitraje, hacen de todas ellas un sistema coherente de aceptación generalizada. A modo de ejemplo, se podrían citar, entre otras, las notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral.⁵

⁴ Según la información que suministra la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su página web, se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 78 Estados en un total de 109 jurisdicciones, lo que aparece detallado por países en el siguiente link: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (fecha de consulta: 10.02.2018).

⁵ Las notas de la Cnudmi sobre la organización del proceso arbitral se pueden encontrar en la siguiente URL: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf> (fecha de consulta: 10.02.2018). Se trata de notas destinadas a ayudar a los profesionales del arbitraje, enumerando y describiendo

Por último, en la cúspide de todo el entramado normativo sobre el arbitraje internacional, encontramos los convenios y tratados que regulan dicha materia, de entre los que cabe destacar el convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, tanto por el objeto sobre el que versa su regulación, la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, como por el elevado número de Estados que forman parte del mismo.⁶ Además, como complemento indispensable del anterior, habría que citar el convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, en tanto y en cuanto regula determinadas causas de denegación del reconocimiento o ejecución, cuando el laudo de algún Estado contratante, en el cual o conforme a cuya ley, fue pronunciado y posteriormente anulado, quisiera hacerse valer en otro Estado contratante distinto.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El convenio arbitral puede ser definido, según Cremades Sanz-Pastor, como el acto jurídico por el cual dos o más personas confían a uno o varios árbitros la decisión de un conflicto entre ellas, presente o futuro, relativo a una determinada relación jurídica. Si el conflicto existe, el convenio de arbitraje se denomina tradicionalmente compromiso. Si las partes pactan someter a arbitraje un conflicto que pueda surgir

brevemente las cuestiones sobre las que puede ser útil adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización de un proceso arbitral. También resulta destacable la labor desarrollada por la *International Bar Association*, que ha recopilado información sobre la práctica arbitral a modo de recomendaciones para los profesionales del sector, tal y como se ilustra en el siguiente enlace: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#drafting (fecha de consulta: 10.02.2018).

⁶ En el momento en el que se hizo la comprobación, 157 Estados eran miembros de la Convención de Nueva York, lo que se podría verificar en la siguiente web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (fecha de consulta: 10.02.2018).

en el futuro, lo suelen hacer con ocasión de la firma de un contrato principal, por lo que el convenio es conocido con el nombre de cláusula compromisoria.⁷ Ahora bien, tanto desde el plano de la unificación del derecho material del arbitraje como desde el derecho convencional internacional, se admite de forma general que el «compromiso» y la «cláusula compromisoria» poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje. En ocasiones, se mantiene la dualidad de figuras, englobándola en una noción más amplia; en otras, se abandona la distinción para utilizar exclusivamente una noción unitaria, la del convenio arbitral.⁸

En definitiva, al suscribir el acuerdo de arbitraje, las partes habrán formalizado una selección excluyente y definitiva sobre una materia legal y disponible, objeto de su negocio jurídico. Las partes habrán optado por conferir jurisdicción exclusiva para resolver sus diferencias a un tercero privado de su elección, un árbitro, y habrán asumido el compromiso recíproco de respetar su opinión especializada, limitada y vinculante (*auctoritas*).⁹ Por lo tanto, son las partes en un contrato

⁷ La definición de convenio arbitral se ha extraído de CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *El arbitraje de derecho privado en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 45. Además, se precisa por dicho autor que, en la práctica, al iniciar un procedimiento arbitral se suele firmar por los árbitros y por las partes un acta que define la misión del colegio arbitral y que, además de ser una ejecución del convenio de arbitraje, constituye, a menudo, un complemento o una modificación del mismo.

⁸ En este sentido, se pronuncia GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. «Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español». *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. II, 1975, p. 13. Además, en la página siguiente del mismo trabajo, se indica que la «cláusula compromisoria», y no el «compromiso arbitral» ha visto potenciada su eficacia en cuanto a considerarse instrumento para la realización del arbitraje, lo que se justifica en base a que la cláusula cumple una función «preventiva» de los litigios en las relaciones comerciales internacionales y aparece en la gran mayoría de los contratos internacionales, con el consiguiente resultado de cumplir con las mismas exigencias de la práctica comercial internacional.

⁹ Téngase en cuenta la opinión de STAMPA, G. «El arte de decidir». En MENÉNDEZ ARIAS, María José. *Anuario de arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi. 2017, p. 428.

las que deciden acudir al arbitraje para resolver sus litigios presentes o futuros, y las que especifican en qué forma se va a plantear y desarrollar el mismo,¹⁰ en base, todo ello, al carácter voluntario de la institución y, por ende, a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad a la mayoría de los aspectos procedimentales que deberán ir decidiéndose a través de esta fórmula heterocompositiva de resolución extrajudicial.

Como parece desprenderse de los comentarios anteriores, nos encontramos ante una figura peculiar, que tiene una génesis contractual, pero después produce efectos procesales. Compartimos la opinión de que el convenio arbitral puede ser definido como el negocio jurídico bilateral justificado en el principio de la autonomía de la voluntad que permite la resolución procesal de la controversia.¹¹ Por lo tanto, converge en el mismo una doble naturaleza, sustantiva y procesal, desde el momento en que, primero, las partes se obligan por el acuerdo a cumplir lo estipulado y, segundo, ello impide a los tribunales entrar a conocer de la controversia, si se interpone la declinatoria. Se trata de los efectos positivos y negativos del convenio arbitral, que provocan que en su regulación se combinen normas del derecho de los contratos y normas procesales, aunque son estas últimas las que fijan la frontera.¹²

Continúa diciendo que la preferencia por el arbitraje supondrá renunciar a la obtención de una decisión generalista del juez ordinario predeterminado por la ley sobre esta misma controversia.

¹⁰ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. «Resolución de controversias en el comercio internacional-Mecanismos ADR», en la obra colectiva dirigida por Carlos Espluges Mota, *Derecho del comercio internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 438.

¹¹ Así se expresa LORCA NAVARRETE, A.M. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Gipuzkoa: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 69. Es más, sigue diciendo este autor, el convenio arbitral no es, por tanto, un negocio jurídico bilateral que origina las consecuencias propias de un estructuralismo civilista justificado en el contractualismo, sino que lo que origina, son las consecuencias impropias de la resolución procesal de la controversia que constituye su objeto, ya que el convenio arbitral es un negocio jurídico bilateral de justificación impropia.

¹² Vid. VIRGÓS, M. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14/2006, p. 14.

Al respecto, puede traerse a colación un pasaje de la exposición de motivos de la ley española de arbitraje, donde se evidencia la conclusión anterior, de la siguiente manera: «El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley». Por lo tanto, se puede decir del convenio arbitral que su regulación básica se encuentra en la normativa procesal, aunque con el complemento ineludible que le deba dispensar el derecho sustantivo contractual cuando ello sea indispensable.

3. AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La práctica comercial internacional demuestra que el convenio arbitral se contiene habitualmente en el contrato celebrado entre las partes, lo que no impide que la mayoría de regulaciones existentes sobre el particular, lo considere un acuerdo independiente. Este planteamiento supone estimarlo válido, aunque el contrato en el que se inserte sea declarado potencialmente lo contrario. En muchas jurisdicciones, esta doctrina de la separabilidad permite a los árbitros conocer y decidir la disputa, aunque una de las partes reclame, por ejemplo, que el contrato principal se ha finalizado o que nunca existió o que es inválido porque fue concluido fraudulentamente.

Esta situación es un fiel reflejo del seguimiento que hacen la generalidad de los sistemas jurídicos existentes en el mundo de lo dispuesto en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre arbitraje comercial internacional, en concreto, de lo que se establece en el artículo 16.1) de la mencionada ley. Al respecto, en dicho precepto se indica que una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de la competencia de los árbitros para resolver la concreta controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida, la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral, en tanto los tribunales estatales entiendan de la primera de ellas, impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe, pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula arbitral, podría esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal.¹³ Es por ello que en el mismo artículo 16 de la Ley Modelo de la Cnudmi, se regula la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

Para ilustrar aún más si cabe el funcionamiento de la autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria, puede recurrirse a la práctica arbitral, a través de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, donde expresamente se dice lo siguiente: «la nulidad del contrato o instrumento [...] en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de éste, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, con independencia del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría [...] incurrir en una petición de principio».¹⁴ Se infiere, de lo dicho por

¹³ Al respecto, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional». *InDret* 2/2017, p. 27. Continúa diciendo el autor lo siguiente: el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. De aquí se sigue que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato.

¹⁴ STS n.º 5668/2007, Sala de lo Civil de 9.7.2007, que tuvo como partes enfrentadas a D. Claudio, Avitrans Urgente S. L. y D. Rodolfo, contra la Sociedad

la resolución judicial, que no hay impedimento para que las diferencias surgidas de un contrato que ya no está operativo, pero que tuvieron su origen en el acuerdo en cuestión, puedan quedar sujetas a la decisión de los árbitros en virtud de la cláusula compromisoria que se contenía en aquél.

Para entender la doctrina de la separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal, hay que partir de la idea de que esta cláusula no es otra cosa que un «contrato dentro de otro contrato»; es decir, que la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. De tal manera que puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes.¹⁵ Además, ello comporta, desde la perspectiva del derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico.¹⁶ En efecto, mientras el Convenio de Nueva York, en su artículo V.1.a) para el re-

Transportistas Abulenses Unidos Sociedad Limitada de Comercialización.

¹⁵ De esta manera se manifiestan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y E. ARTUCH IRIBERRI. «Validez y eficacia del convenio arbitral internacional». En SOTO COAGUILA, C.A. (dir.). *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas-Grupo Editorial Ibáñez-Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, 1.^a ed., tomo I, p. 757. Además, añaden ambos autores, que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Iprolex, 2016, n.º 2, vol. IX, p. 588. También aclara, dicho autor, que la admisión del postulado de la separabilidad cuenta con importantes precedentes, tanto en el marco del arbitraje transnacional, en concreto de los arbitrajes petroleros, como en la jurisprudencia de los Estados, pródiga en argumentos favorables a dicha admisión que se han desarrollado, tanto en los sistemas de *civil law* como del *common law*. Como muestra, cabe referirse a la jurisprudencia francesa, norteamericana e inglesa.

conocimiento, y el Convenio de Ginebra, en su artículo IX.1.a) para la nulidad, sujetan la validez del acuerdo o compromiso arbitral a la ley elegida por las partes o, en su defecto, a la ley del país donde el laudo fue dictado; sin embargo, para la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto, el artículo VII del Convenio de Ginebra acude a la libre elección de las partes o, en su defecto, a la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión.¹⁷

En concreto, por lo que respecta a la validez del convenio arbitral, se constata normalmente la falta de elección de la ley aplicable por las partes, lo que supondría tener que acudir a la ley del país donde el laudo fue dictado. Pero, en el caso de encontrarnos ante este último supuesto, podría ocurrir que la validez del acuerdo se planteara en una fase previa al pronunciamiento del laudo y que todavía no fuera posible conocer el lugar de la emisión de la sentencia arbitral.

Pues bien, si las normas de conflicto anteriores no pudieran operar para determinar la validez del convenio arbitral, la solución que se le ha dado a este problema ha consistido en acudir a las normas de conflicto del foro.¹⁸ Con todo, siempre hay un enfoque claro que gobierna esta cuestión, consistente en que los árbitros buscan validar y mantener el acuerdo de arbitraje, si es que resulta posible. En consecuencia, la decisión del Tribunal de Casación francés, en el asunto Dalico¹⁹ marcó un

¹⁷ Para profundizar sobre las posibilidades del derecho aplicable al fondo de la cuestión, se pueden tener en cuenta los planteamientos esgrimidos por GAILLARD, E. y J. SAVAGE, (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International 1999, pp. 785-882.

¹⁸ *Vid.* LEW, Julian D.M. «The law applicable to the form and substance of the arbitration clause». In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series*. La Haya: Kluwer Law International 1999, vol. 9, pp. 114-145.

¹⁹ *Cour de Cassation, Chambre Civile 1, Audience publique du 20 décembre 1993, Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb vs. Dalico Contractors*, que ha sido obtenida en el siguiente link: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030314> (fecha de consulta: 27.02.2018).

punto de inflexión en 1993, cuando decidió que la validez del convenio arbitral podría verificarse de conformidad con la voluntad común de las partes, sin que fuera necesario referirse a una determinada ley estatal. En concreto, se debatía si la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato, aunque no firmada por las partes, podría obligarlas a arbitrar, lo que se saldó positivamente en atención a que la existencia misma de la cláusula en el contrato, era un reflejo claro de la intención de las partes en acudir a este procedimiento de resolución extrajudicial, aunque estuviera sin firmar. Por lo tanto, el espectro de posibilidades para validar la cláusula arbitral se ha ampliado considerablemente, aunque siempre presidida esta actuación por el objetivo de mantener operativa la misma y que el arbitraje se acabe imponiendo, como mecanismo de solución alternativa de litigios.

4. VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Desde el momento en que la renuncia a la vía jurisdiccional supone la desaparición de importantes derechos cuando las partes acuerdan someterse al arbitraje, la validez del convenio arbitral adquiere una relevancia crucial. Es por ello que el arbitraje se considera un producto del consentimiento; y, en consecuencia, para acreditar que las partes han consentido, tanto el Convenio de Nueva York como algunas otras regulaciones existentes sobre arbitraje, requieren que el convenio arbitral conste por escrito.²⁰ Además, se exige también por la norma convencional que la

²⁰ En efecto, el artículo II del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, dice así:

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

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

controversia haya surgido o pueda surgir de una determinada relación jurídica, ya sea contractual o no, así como que derive de un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; y, por último, que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

En la práctica arbitral, tal y como señala Virgós,²¹ la necesidad de tener que decidir sobre la validez de un convenio arbitral puede plantearse ante diferentes instancias competentes, tal y como se indica a continuación:

- Ante el propio tribunal arbitral, que tiene competencia para decidir sobre su propia competencia;
- Ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye, reclamando la invalidez de la cláusula;
- Ante los tribunales de la sede del arbitraje, como fundamento de una demanda de anulación del laudo; y
- Ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como motivo de denegación.

Se entiende que la interposición de alguna de las reclamaciones anteriores podría implicar a jurisdicciones diferentes, por lo que también sería distinto el ordenamiento jurídico con el que se valoraría la cuestión. Aunque, con carácter general, se ha preferido la solución que establezcan los instrumentos internacionales, así como, en algún caso, la respuesta del ordenamiento español, sin olvidar el recurso al derecho comparado cuando resulte necesario para ilustrar algún supuesto excepcional que se esté debatiendo en ese momento.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

También la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, en la opción I, de su artículo 7.2), indica que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

²¹ VIRGÓS, M. *Op. cit.* p. 13.

4.1. Acuerdo por escrito

En la actualidad, los contratos comerciales se celebran habitualmente de forma oral o utilizando mecanismos electrónicos, como el e-mail o los faxes, sin poner mucha atención sobre los requisitos formales que pudieran exigir los mismos para su validez. Como el convenio arbitral es un contrato y como tal sometido a las normas generales del derecho de contratos,²² sería posible encontrar una cláusula compromisoria generada de manera informal en el tráfico mercantil, y que la pertinente legislación de un país la considerase perfectamente válida. ¿Podría suponer este dato una contradicción con el requisito de escritura que exige el Convenio de Nueva York para la validez del convenio arbitral?

El principal escollo interpretativo que provoca la Convención, se deriva del apartado segundo del artículo II, cuando se trata de clarificar la expresión «acuerdo por escrito» y se indica que denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Pues bien, numerosas variables interpretativas se han generado del lenguaje empleado por el precepto que se acaba de mencionar. Así, en un primer momento, se podría entender que la exigencia de firma por las partes se requeriría para el contrato que contenga la cláusula arbitral, así como para el acuerdo de sumisión arbitral; o, por el contrario, sólo para este último. Pero, a su vez, en una segunda aproximación a la cuestión, se podría pensar que la firma también sería necesaria en el canje de cartas o telegramas que las partes utilicen en su relación negocial.

Los distintos tribunales que han tenido ocasión de aplicar el mencionado precepto de la convención, han dado diferentes soluciones interpretativas sobre el alcance que habría de darse a su contenido. En unos casos, se ha considerado necesaria la firma en un acuerdo separado y no cuando el contrato principal incluye la cláusula arbitral; mientras que en otros, la firma se ha exigido para los dos supuestos. Con carácter

²² Cf. CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *Op. cit.*, p. 46.

general, el requisito de la firma se impone para el contrato que contenga la cláusula arbitral o para el acuerdo de sumisión arbitral, pero no tanto para el intercambio de documentos.²³ Si bien, es posible seguir encontrando interpretaciones muy restrictivas sobre este particular, como podría ser el caso de España, donde el Tribunal Supremo sólo ha considerado válido el acuerdo arbitral si se incluye en un contrato o por separado, así como en un intercambio de documentos, pero siempre que vaya firmado por ambas partes.²⁴

La validez del acuerdo arbitral, normalmente, se plantea cuando alguna de las partes decide acudir al arbitraje para la resolución extrajudicial de sus controversias en base a la existencia de un acuerdo en tal sentido. Aunque también este asunto se ha suscitado con ocasión de evitar la ejecución de un laudo en base a la alegación de que el acuerdo para arbitrar era inválido. En efecto, la exigencia de acuerdo por escrito prevista en el artículo II del Convenio, que se aplica para determinar la validez del convenio arbitral, también sirve como requisito para la ejecución de los laudos de conformidad con los artículos IV a VII de la Convención. Al respecto, hay un mínimo de exigencia por escrito que parece desprenderse de lo establecido en el artículo IV, según el cual, para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo, la parte que lo solicite deberá presentar el original o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, tanto del laudo como del

²³ En concreto, Albert Jan Van den Berg indica que, en el caso de que una cláusula arbitral se contenga en un contrato, aquélla no necesita ser firmada, ya que la firma del contrato en su conjunto es suficiente, en su obra: *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. The Hague: Asser Institute, 1981, p. 192.

²⁴ Al respecto, el auto del Tribunal Supremo n.º 596/1998, de la Sala de lo Civil de 6 de octubre de 1998, en el asunto Delta Cereales España, S. L. contra la sociedad Barredo Hermanos, S. A., tuvo ocasión de precisar lo siguiente: «... sin dar eficacia al silencio o inactividad de la parte en el contrato ante una oferta que contenga —directa o indirectamente— la cláusula compromisoria, se ha orientado la línea interpretativa en el sentido de buscar la voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial».

acuerdo arbitral. Pues bien, es la posibilidad de producir una copia del original del acuerdo arbitral, el que parece sugerir que éste debería de encontrarse por escrito.

En línea con este planteamiento sobre la necesidad de escritura para la validez del acuerdo arbitral, pero en sede de los requisitos para determinar la validez de un laudo en virtud de la Convención, se debe acudir al artículo V.1.a), donde se alude al acuerdo arbitral en los términos previstos en el artículo II. Ello supone que, para la ejecución de un laudo, el acuerdo subyacente debe contenerse en un contrato o en un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas, tal y como establece el artículo II, pero en su apartado segundo. Sin embargo, en ocasiones no poco infrecuentes, el tráfico mercantil demuestra que una parte puede enviar a la otra una orden de compra, que contiene una cláusula arbitral, y esta última aceptar el envío de los productos, pero sin haber firmado nunca un contrato en tal sentido. Pues bien, en estos casos, algunas jurisdicciones han considerado que dicha cláusula no reuniría los requisitos del artículo II de la Convención y que, por ende, un laudo derivado de la misma podría ser impugnado. Así ha ocurrido, por ejemplo, en España donde el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de denegar el reconocimiento y la ejecución de ciertos laudos, en base a la inexistencia misma del acuerdo arbitral, aunque había sido incluido en un intercambio de documentos por una de las partes, pero no había sido firmado por la otra.²⁵

²⁵ Sirvan como ejemplo, primero, el auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil n.º 357/1996 de 16 de abril de 1996, en el asunto *Actival International, S.A. contra Conservas El Pilar, S.A.*; y, segundo, el auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil n.º 587/1998 de 7 de julio de 1998, en el asunto *Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre contra Aguicersa, S.L.* En concreto, en el primer pronunciamiento de 1996, antes de la denegación del reconocimiento por el tribunal español, se había resuelto un recurso de anulación contra el laudo en Francia sobre la base de la invalidez del acuerdo arbitral, que había sido desestimado; y, en consecuencia, había reputado válido dicho acuerdo, lo que no impidió que, posteriormente, la jurisdicción española resolviera lo contrario; es decir, la inexistencia

En definitiva, ya bien sea para impedir el comienzo del procedimiento arbitral o para denegar la ejecución de un laudo, la validez de la cláusula compromisoria, por no constar en un acuerdo por escrito y firmado por ambas partes, ha recibido interpretaciones divergentes, que han dado lugar a que, en unos casos, se haya reputado válida y, en otros, lo contrario. Esta situación ha generado una aplicación no uniforme de la Convención, lo que ha provocado intentos para zanjar o minimizar estas discrepancias.

Una solución podría venir dada por la modificación de la propia Convención, que diera una redacción más ajustada y actual al propio artículo II. Aunque no se nos escapa la dificultad que ello podría conllevar, al tratar de consensuar las opiniones de más de 150 Estados que, actualmente, forman parte de la Convención, así como los riesgos que se acabarían derivando de un intento de reforma que terminara por incorporar los cambios para unos Estados y no para otros. Es por ello que la Cnudmi ha venido a allanar el camino, con la edición en 2016 de la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958),²⁶ donde se presenta la información acerca de dicha Convención artículo por artículo, con la finalidad de ayudar a difundir conocimientos sobre dicho texto normativo y seguir promoviendo su adopción, así como su interpretación uniforme y aplicación efectiva.

Como consecuencia de lo que se acaba de indicar, en la Guía se señala que los tribunales remitirán a las partes al arbitraje, cuando han llegado a la conclusión de que éstas consintieron en someter sus diferencias a arbitraje. Además, se determina que ha habido consentimiento

radical del acuerdo arbitral, aunque ahora para impedir que desplegara efectos el laudo en un Estado distinto de aquél en el que se había pronunciado.

²⁶ El documento de la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), se puede consultar en la siguiente website: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf (fecha de consulta: 11.02.2018).

para el arbitraje en muy diversas situaciones, entre ellas, cuando las partes: i) participaron en la negociación del contrato; ii) participaron en la ejecución del contrato; iii) participaron tanto en la negociación como en la ejecución del contrato; iv) tenían conocimiento de la existencia del acuerdo de arbitraje, o v) participaron en las actuaciones arbitrales sin objetar la competencia del tribunal arbitral. Pero, en todas ellas sería necesario el requisito de la firma, que en la Guía se considera cumplido, de conformidad con el artículo II.2) de la Convención y como criterio adoptado, en general, por los tribunales, cuando las partes vinculadas por el contrato o instrumento que contiene el acuerdo de arbitraje, han firmado ese contrato o instrumento.²⁷ Sin embargo, cuando el acuerdo de arbitraje está contenido en un canje de documentos, la mencionada Guía señala que el texto del artículo II 2) no exige expresamente la firma de las partes en el acuerdo de arbitraje.²⁸

Pero, la Guía de la Cnudmi no ha sido la única herramienta que se ha utilizado para intentar clarificar la interpretación de la Convención en relación con el requisito de la firma en el convenio arbitral, sino que

²⁷ Aunque también en la Guía se suministran ejemplos de tribunales que han ordenado la ejecución de acuerdos de arbitraje contra partes que no los habían firmado. Así, por un lado, se alude a la situación que se produce en algunos tribunales de los Estados Unidos, que han sostenido que una parte no signataria puede quedar obligada por un acuerdo de arbitraje siempre que dicho acuerdo no sea nulo conforme a la Convención y en la medida en que sea aplicable al caso alguna teoría de derecho contractual, como el mandato tácito, la doctrina de los propios actos (*estoppel*) o los principios relacionados con los *alter ego* y los terceros beneficiarios. Y, por otro, en Francia, se ha remitido a veces a arbitraje, en aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades, a algunas entidades que no habían firmado el acuerdo de arbitraje.

²⁸ Para justificarlo, se añade que la labor preparatoria y la redacción del artículo II 2) respaldan el criterio de que el requisito de la firma no se aplica al intercambio de documentos. Los redactores de la Convención de Nueva York procuraron adoptar un requisito flexible de constancia «por escrito», que reflejara la realidad empresarial. Fue por ese motivo que se hizo una distinción entre «una cláusula compromisoria [...] o un compromiso, firmados por las partes», «o» «contenidos en un canje de cartas o telegramas».

también ha coadyuvado en esta labor el trabajo de la Cnudmi sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. En efecto, el 7 de julio de 2006, la Cnudmi aprobó enmiendas a determinados preceptos de la Ley Modelo que, para el caso que a nosotros nos ocupa, relativo a la versión revisada del artículo 7, tenían por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales, a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales.²⁹ A tal efecto, se ofrecen dos versiones diferentes de dicho precepto que un país puede tener en cuenta en la elaboración de su normativa interna. Mientras que la opción I requiere que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, la opción II no lo necesita. Pero, a pesar de la exigencia por escrito en la opción I, se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio «que deje constancia de su contenido en cualquier forma». Ello significa que el acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. En consecuencia, ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.

Además, en la opción I se utiliza vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.³⁰ Incluso, la disposición

²⁹ El texto de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, se puede encontrar en la siguiente página web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (fecha de consulta: 12.02.2018).

³⁰ La opción I del artículo 7, apartado 4) de la Ley Modelo Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, dice lo siguiente: «El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre

abarca la situación en que hay «un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra», lo que permitiría abrir la posibilidad a la validez de los acuerdos de arbitraje concluidos tácitamente.

También en la misma disposición se prevé que «la referencia hecha en un contrato a un documento» (por ejemplo, uno en el que consten las condiciones generales) «que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

Esto último se entiende como la existencia de una posibilidad de remisión al derecho de los contratos aplicable que permita determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que, supuestamente, consta en un documento al que se «hace referencia». Sin olvidar que en la opción II del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omita todo requisito de forma. Por lo tanto, la finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

La afirmación anterior puede ser corroborada en virtud de la referencia a la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, que también fue aprobada por la Cnudmi en 2006 junto con los artículos revisados de la Ley Modelo.³¹

otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

³¹ En efecto, el 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones, la Cnudmi aprobó las enmiendas a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York.

En este sentido, dicha recomendación propone, por un lado, que el párrafo 2) del artículo II de la Convención, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe, no son exhaustivas; y, por otro lado, que el párrafo 1) del artículo VII de la Convención se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje. Es, sobre todo, la segunda propuesta de la recomendación la que puede servir para flexibilizar el requisito de escritura y la firma de las partes en el acuerdo de arbitraje, a través del principio de mayor favorabilidad que se recoge en el artículo VII de la Convención. Al amparo de este principio se resuelven los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre el Convenio de Nueva York, por una parte, y otros convenios internacionales o el propio derecho interno, por otra, en materia de *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros, de tal forma que la parte interesada puede invocar un régimen más favorable a la concesión del *exequatur* que el establecido en el Convenio de Nueva York.³²

Si bien el párrafo 1) del artículo VII de la Convención sólo alude expresamente al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, mediante la recomendación de la Cnudmi, se amplía el principio de mayor favorabilidad también a los acuerdos de arbitraje. En consecuencia, si el derecho interno del país en cuestión fuera más favorable que la propia Convención en relación con la ejecución del acuerdo de arbitraje, la parte a quien interese podría situarse al amparo de aquella regulación, lo que se conectaría, a su vez, con las enmiendas realizadas al artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

³² Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ. «Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen». *Cuadernos de derecho transnacional* (marzo 2016), vol. 8, n.º 1, p. 112. Se añade, además, que el Convenio establece, así, el estándar mínimo internacional, pero habilita a los Estados parte para ser más permisivos en cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros.

Y es que, si en el derecho interno del país en cuestión se hubiera traspuesto la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, sería posible, además, que los tribunales de dicho Estado estuvieran dispuestos a interpretar el principio de mayor favorabilidad del artículo VII de la Convención como aplicable a los acuerdos de arbitraje, lo que facilitaría la ejecución de estos últimos y lograría la tan ansiada puesta al día de la Convención de Nueva York en relación con el requisito de la forma para el convenio arbitral.

4.2. Carácter de la relación jurídica

Otro requisito que el artículo II de la Convención de Nueva York exige para la validez del convenio arbitral, viene referido a que las diferencias entre las partes hayan surgido o puedan surgir «respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no». Con este requisito de la determinación de la relación jurídica se pretende evitar que una parte resulte sorprendida por la atribución al arbitraje de relaciones distintas de aquéllas por motivo de las cuales se pactó la sumisión a arbitraje. Por lo tanto, la relación a la que se refiera el acuerdo arbitral, debe ser susceptible de ser individualizada, aunque sea futura. Ello supone que no satisfaría este requisito, el acuerdo por el cual dos personas sujeten a arbitraje todas sus eventuales disputas futuras sobre las relaciones jurídicas que medien entre ellas.³³ Con todo, la relación jurídica sobre la que verse la controversia entre las partes contenida en el convenio arbitral, podrá ser contractual o no. Se refiere, este último supuesto, a los casos de responsabilidad civil no derivados directamente de lo convenido por los particulares implicados.

A título de ejemplo, se podrían incluir aquí los incidentes relacionados con la competencia desleal que se originen de los comportamientos comerciales de las empresas. En la práctica contractual de las personas jurídicas, es posible encontrar dificultades o diferencias en la manera de ejecutar lo pactado entre ellas, pero también podrían surgir discre-

³³ Así se expresa VIRGÓS, M. *Op. cit.*, p. 17.

pancias en ciertas actuaciones que, sin haber surgido del contrato, estén relacionadas con él.

Teniendo en cuenta que los sujetos, cuando se obligan entre sí, suelen circunscribir la cláusula compromisoria a los litigios directamente conectados con las estipulaciones del contrato, podría darse la circunstancia de que las actuaciones antijurídicas no vinculadas a lo acordado por ellos, pero sí relacionadas de alguna manera, quedaran fuera del convenio arbitral. Para evitar estas situaciones, sería recomendable que las cláusulas de arbitraje fueran redactadas con un contenido más amplio, que incluyera todas las disputas surgidas o relacionadas con el contrato en cuestión. De esta manera se conseguiría arbitrar sobre todos los aspectos negociales de las relaciones jurídicas desplegadas por los individuos y se evitarían las disfunciones que la aplicación del Convenio de Nueva York pudiera provocar, es decir, que se reducirían las interpretaciones divergentes del mismo sobre si una determinada controversia extracontractual estaría sujeta al procedimiento arbitral o no.

4.3. Materia arbitrable

También es un requisito para la validez del convenio arbitral, según el artículo II del Convenio de Nueva York, el que la materia sobre la que versa el litigio sea susceptible de arbitrabilidad. Se entiende, por esto último, la delimitación entre los tipos de controversias que pueden ser resueltas mediante arbitraje y aquéllas que quedan reservadas al conocimiento de los jueces y tribunales nacionales, decisión que le incumbe a cada Estado atendiendo a su política jurídica, social, económica o de otra índole.³⁴ En líneas generales, el punto de partida en materia de

³⁴ *Vid.* CASTRESANA, L.F. «Concepto y características». En la obra colectiva de los autores siguientes: RUIZ RISUEÑO, F., G. STAMPA, L.F. CASTRESANA y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Manual de arbitraje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 29. Es más, de conformidad con el artículo V.2.a) del Convenio de Nueva York, en el trámite de reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, la autoridad competente del país en el que se solicita la misma, podrá denegarlo si el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, según la ley de dicho país.

arbitrabilidad, es que todos aquellos derechos y relaciones susceptibles de ser objeto de transacción por las partes, pueden ser referidos a la resolución arbitral.³⁵ Además, se podría decir que la ampliación de los temas susceptibles de ser sometidos al procedimiento de arbitraje en el contexto del comercio internacional, es directamente proporcional a la expansión que ha experimentado este mecanismo de resolución extrajudicial en dicho ámbito transnacional.

Se constata, en la actualidad, la existencia de una posición flexible en relación con la arbitrabilidad de ciertos temas, que se refleja en la posibilidad de acudir al arbitraje en el caso de controversias en las que aparecen involucradas normas de carácter imperativo, como podría ser el caso del derecho económico a través de las leyes de policía.³⁶

Para entender mejor esta posibilidad, hay que tener en cuenta que una misma figura jurídica puede tener varios encajes legales, es decir, que la catalogación de una materia como de naturaleza pública y su regulación por normas indisponibles, no impide que algunos de sus efectos, de carácter privado y disponibles por las partes, se sujeten a un arreglo arbitral. Es más, podría darse el caso de que los aspectos que se rigen por la autonomía de la voluntad, quedaran afectados por esas normas imperativas, como, por ejemplo, en las relaciones jurídicas donde se observa la presencia de una parte débil en el contrato, lo que tampoco impediría acudir al arbitraje y que los sujetos encargados de resolver la controversia, aplicaran las normas que correspondieran, aunque fueran imperativas y se combinaran con las que tuvieran un carácter disponible.

En esta línea, se observa una progresiva ampliación de las áreas que, tradicionalmente estaban excluidas del arbitraje y que, ahora, se consi-

³⁵ En este sentido, téngase en cuenta lo siguiente: ESPLUGUES MOTA, C. «*Quo vadis arbitratio?*». En BARONA VÍLAR, S. *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*. Madrid: Civitas, 2016, p. 404.

³⁶ Cfr. RACINE, J.B. «Droit économique et lois de police». *Revue internationale de droit économique*. 2010/1 (t. XXIV, 1), pp. 72 y ss.

deran susceptibles de arbitrabilidad. A título de ejemplo, se puede traer a colación el caso resuelto por un Tribunal de Apelaciones sueco, en materia de derecho bancario en conjunción con las normas imperativas sobre control de divisas.³⁷ Se trataba de dilucidar si un contrato de préstamo que no había sido reembolsado, por la existencia de normas de derecho público y carácter imperativo sobre control de cambios, podía quedar sujeto a un procedimiento arbitral.

Al respecto, la instancia judicial competente resolvió que las normas sobre circulación de capitales no afectaban a la validez de las obligaciones legales contraídas mediante la celebración de un contrato de préstamo, sino que las restricciones se aplicaban a la forma de ejecutar los pagos transfronterizos. En consecuencia, la materia *per se* era perfectamente arbitrable, aunque sobre la misma pudieran orbitar normativas que llegaran a condicionar el cumplimiento de la relación jurídica en cuestión, lo que en ningún caso podría ser óbice para declarar arbitrable la obligación contraída en primer lugar, en tanto y en cuanto ella era el objeto principal sobre el que versaba el litigio y la que debía ser tenida en cuenta para resolver sobre la arbitrabilidad.

Otro supuesto paradigmático donde, en su día, se plantearon dudas sobre la arbitrabilidad o no de la materia, se puede encontrar en el derecho de la competencia. Al respecto, concluye Hierro Hernández-Mora, que la legislación *antitrust* no puede considerarse nunca más un ámbito exceptuado por su naturaleza de la sumisión a arbitraje.³⁸ Además, añade que todas las jurisdicciones han confluído en afirmar que los árbitros, como los jueces, pueden aplicar reglas antimonopolio para determinar si un contrato es nulo e inválido por violar el derecho de

³⁷ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Suecia de 7 de octubre de 2011, en el caso n.º T6798-10, disponible en el siguiente enlace: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1023105&propId=1578> (fecha de consulta: 19.02.2018).

³⁸ En efecto, así se expresa HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A. «Arbitrabilidad del derecho de la competencia». En la obra colectiva coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J. *Anuario de arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi, 2017, p. 302.

la competencia, o para otorgar daños, cuando éstos procedan. Aunque también aclara que un tribunal arbitral no puede imponer multas a las empresas que han incurrido en un cártel o en un abuso de posición de dominio, como tampoco puede autorizar o denegar una concentración, ya que estas actuaciones corresponden exclusivamente a las autoridades nacionales o comunitarias sobre competencia o a los tribunales nacionales, pero lo que sí puede hacer, es deducir las consecuencias civiles de aquellas infracciones cometidas al derecho de la competencia.

En definitiva, la situación descrita anteriormente se produce porque las normas de derecho de la competencia conjugan lo público y lo privado sobre la base de una triple naturaleza, penal, administrativa y civil o de derecho privado. Mientras en los dos primeros aspectos, el penal y el administrativo, típicos del derecho público, el arbitraje estaría categóricamente excluido; por su parte, en el último, de carácter privado o civil, sí se admitiría con carácter general.³⁹

En consecuencia, no cabe duda de que las reclamaciones antimonopolio son perfectamente arbitrales en el momento actual; y, por lo que se refiere a España, esta idea se puede corroborar con un extracto de la resolución judicial emitida por la Audiencia Provincial de Madrid, en el caso Camimalaga SAU contra DAF Vehículos Industriales, que dice lo siguiente:

La aplicabilidad al caso litigioso de normas de orden público no podría constituir una circunstancia que privase de arbitrabilidad a la cuestión debatida. Es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o alguna de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio (en este caso el árbitro) generado en torno a ese derecho subjetivo sean normas de naturaleza

³⁹ Así, se expresa GONZALO QUIROGA, M. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en derecho de la competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo*. Granada: Editorial Alhulia Granada, 2003, p. 47.

imperativa o de *ius cogens*. Las partes sólo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello implique lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable. Éste podrá ser hecho valer por otro cauce procesal, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las correspondientes normas imperativas (y si no lo hiciese así, el defecto sería denunciabile en el cauce que a ello correspondiese, que en el caso del derecho español, por ejemplo, lo sería la acción de anulación del laudo arbitral).⁴⁰

Sigue habiendo parcelas donde la arbitrabilidad puede encontrar algún tipo de reticencia por parte de algunos países, cuando en la materia sobre la que versa el litigio confluyen intereses de naturaleza pública y privada, que pueden presentar distinta intensidad en cada instante, en función del aspecto que se esté debatiendo en ese momento.

Así, por ejemplo, las cuestiones de insolvencia plantean, en la actualidad, algunas dudas sobre su arbitrabilidad, que han sido resueltas intentando identificar las fronteras a partir de las cuales el asunto en cuestión sólo podría ser resuelto por los tribunales.

Para tratar de aportar luz a este dilema, sería posible establecer una distinción entre los supuestos de insolvencia esenciales o puros, que no serían arbitrables (tales como, por ejemplo, la declaración de la insolvencia propiamente dicha o la determinación de los acreedores) y aquellos otros que, referidos a circunstancias diversas aunque relacionadas con la insolvencia de una de las partes, pueden quedar sometidos a un acuerdo de arbitraje comercial.⁴¹

⁴⁰ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013, con número de resolución 147/2013, que afectó a *Camimalaga SAU contra DAF Vehículos Industriales*.

⁴¹ Al respecto, BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN y J. MARTIN HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6th edition, pp. 71-154.

Por lo que respecta a España, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 52 de la ley concursal,⁴² que viene a reconocer la arbitrabilidad de la materia, aunque con algunas limitaciones establecidas en beneficio de la tramitación del concurso.

Con todo, podemos acabar diciendo que existe una tendencia favorable a la ampliación de las materias arbitrables, lo que puede ser ejemplificado con dos referencias de distinta índole, que vienen a corroborar la trayectoria más flexible que se está imponiendo al respecto en los últimos tiempos. Así, por un lado, es posible constatar la arbitrabilidad de la materia religiosa en algunos países, donde se ha recurrido al arbitraje ante un tribunal religioso para resolver los conflictos entre las obligaciones civiles de la ciudadanía y las demandas religiosas de la fe. Aunque el recurso a esta resolución extrajudicial ha sido visto, más bien, como un mecanismo para escapar a la aplicación del derecho estatal, lo que se ha tratado de corregir con la revisión por los tribunales ordinarios de los laudos emanados de este particular procedimiento arbitral.⁴³

⁴² El artículo 52 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal, BOE n.º 164 de 10/07/2003, dice lo siguiente:

«1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

⁴³ *Vid.* BAKER, A.M. «A higher authority: judicial review of religious arbitration». *Vermont Law Review*, 2012, vol. 37, p. 184. Además, la autora añade que, a pesar de la revisión judicial de los laudos arbitrales, se corre el riesgo de que los fallos judiciales generen un vacío de protección. Esta indefensión se podría producir por tres motivos, en primer lugar, porque los arbitrajes religiosos están sujetos a menos revisión que los ordinarios, debido a las restricciones que se siguen en aquéllos, tales como la inaplicación de algunas de las protecciones procesales dispensadas por las leyes de arbitraje estatales y federales. En segundo lugar, existiría el peligro de injusticias procesales, debido a que la regulación del arbitraje religioso podría apartarse del estándar de justicia correspondiente. Y, por último, surgirían tam-

Por otro lado, se abre paso, en algunas jurisdicciones estatales más proclives a ensanchar los márgenes de la arbitrabilidad, la posibilidad de resolución extrajudicial de ciertas controversias que derivan de la comisión de los correspondientes ilícitos penales. Podemos traer a colación, por ejemplo, el arbitraje que enfrentó a España y Francia contra la aseguradora londinense, por el hundimiento del buque *Prestige* frente al Cabo Finisterre en noviembre del 2002.⁴⁴ Si bien, en una primera fase, los daños medioambientales causados por el vertido de crudo se saldaron con el inicio de un procedimiento penal ante los tribunales españoles, donde se debía decidir sobre la responsabilidad criminal de los propietarios del buque y de los que gobernaban la nave en el momento del accidente; al mismo tiempo la aseguradora entabló un procedimiento arbitral, para dilucidar la responsabilidad civil indemnizatoria a que debía hacer frente por la negligencia de los que dirigían el barco.

En definitiva, lo que se planteó en el arbitraje era si la materia podría ser arbitrable, ya que se había litigado inicialmente ante la jurisdicción penal y la condena que se obtuviera, debería servir de base para dilucidar los daños y perjuicios a los que podría llegar a enfrentarse la aseguradora. La respuesta que acabó recibiendo este asunto, distinguió entre, por un lado, la imposibilidad de que un árbitro pudiera condenar a una persona por la comisión de un delito; y, por otro, la aceptación de que un árbitro tuviera competencia para la apreciación de cualesquiera hechos constitutivos de un delito (por ejemplo, el fraude era uno de los más comunes), así como para la determinación de que un delito había sido cometido. Se podría concluir, por lo tanto, que en el arbitraje sería posible tener en cuenta la comisión de una conducta delictiva, no tanto para condenar penalmente a un sujeto, sino para resolver sobre otro

bien amenazas de los acuerdos de arbitraje que se hayan podido suscribir bajo coacción, ya que los tribunales judiciales se niegan a tomar en consideración el verdadero peso que las comunidades religiosas tienen sobre la adopción individual de decisiones en estos casos.

⁴⁴ Al respecto, *vid.* Sentencia de la *Court of Appeal of England and Wales*, en el asunto *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd. vs. The Kingdom of Spain and The French State* [2015] EWCA Civ 333.

tipo de consecuencias derivadas del mismo, pero de naturaleza privada y carácter civil.

4.4. Acuerdo nulo, ineficaz o inaplicable

Para que un convenio arbitral tenga la fuerza suficiente para llegar a impedir la jurisdicción de los tribunales; y, por ende, obligue al juez al que se le haya sometido un litigio a remitir a las partes al arbitraje, será necesario, de conformidad con el artículo II de la Convención de Nueva York, que conste por escrito, que se refiera a todas las diferencias o a ciertas de ellas que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no, que el asunto sea susceptible de arbitrabilidad, así como que, por último, dicho acuerdo no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

En relación con este último requisito, que abarca tres distintas posibilidades, parecería que las mismas son *a priori* equivalentes, aunque sería posible encontrar, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, intentos más o menos aceptables de diferenciación entre las mismas.⁴⁵ Es por ello que, a continuación, se tratará de realizar una distinción entre los correspondientes conceptos, con la intención de clarificar, en la medida de lo posible, las peculiaridades de cada figura.

Así, por lo que respecta a la nulidad del convenio arbitral, se ha interpretado que podría darse esta circunstancia cuando se constate la falta de consentimiento de las partes en los casos de fraude, error, coacción o renuncia.⁴⁶ Además, la aplicación de cualesquiera de los supuestos

⁴⁵ Por lo que respecta a la diferenciación realizada por la doctrina, se puede traer a colación, entre otros, las consideraciones esgrimidas por VAN DEN BERG, Albert Jan. *Op.cit.*, pp. 154-161. Por su parte, la jurisprudencia ha tratado de aportar luz sobre las distintas figuras a través de sus pronunciamientos como, por ejemplo, en el caso *Bautista vs. Star Cruises*, 396 F.3d 1289, *United States Court of Appeals, Eleventh Circuit*, January 18, 2005.

⁴⁶ *Cfr. Francesco Dimercurio vs. Sphere Drake Insurance Plc No A/C*, 202 F.3d 71 (1st Cir. 2000).

anteriores, debería hacerse con una perspectiva neutral cuando se contemple desde un escenario internacional. También la falta de capacidad de las partes para celebrar el convenio arbitral, se ha considerado que podría conducir a la nulidad del mismo.⁴⁷

Tanto el Convenio de Nueva York, en su artículo V.1.a), como el Convenio de Ginebra, en sus artículos VI.2 y IX.1.a), se refieren a la incapacidad de alguna de las partes en el acuerdo o compromiso arbitral, como causa para detener el reconocimiento del laudo o para impedir el arbitraje ante los tribunales nacionales, así como para declarar nula la sentencia arbitral, y la sujetan, en uno y otro Convenio, a la ley que le es aplicable o a la ley a ellas aplicable.

En definitiva, la determinación del derecho aplicable al asunto en cuestión, se ha sometido por los árbitros a la misma norma de conflicto utilizada por los tribunales para resolver cualesquiera de las cuestiones de capacidad. Como consecuencia, en la mayoría de las ocasiones, se ha recurrido a la ley de la nacionalidad o domicilio, para las personas físicas, o a la ley de la sede o lugar de constitución, para las personas jurídicas. Aunque en algunos casos también se ha recurrido al llamado «principio de validez o eficacia máxima», según el cual los acuerdos contractuales de las partes deben tener el máximo efecto, lo que, por ejemplo, en materia de capacidad se ha traducido en el reconocimiento de que las partes la tienen, si cualquiera de las leyes nacionales de los Estados involucrados en el procedimiento arbitral, así lo establece.⁴⁸

⁴⁷ Vid. MOSES, Margaret L. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁸ Al respecto, GIRSBERGER, D. y N. VOSER, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)*. Shulthess Juristische Medien AG, 2016, pp. 61-144. Además, para ilustrar el principio de validez o eficacia máxima, se podría acudir al siguiente ejemplo, en el que se afirma la capacidad de las partes para celebrar la correspondiente cláusula compromisoria, en una transacción vinculada con los Estados A y B, así como con el Estado C por ser la sede arbitral, si así lo estipularan cualesquiera de las leyes estatales implicadas en la resolución extrajudicial. Ello podría suponer que la conclusión de un acuerdo arbitral, por parte de un sujeto del Estado A con dieciocho años, cuando la mayoría de edad en dicho

En relación con la ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral,⁴⁹ que podría producir la invalidez del mismo y, por ende, la imposibilidad de sustanciar la controversia por el correspondiente procedimiento arbitral, se podría decir que el primer supuesto alude, por un lado, a los casos donde se da la existencia de un plazo para arbitrar; y, por otro, a los que se encuentran afectados por la excepción de cosa juzgada.

Por su parte, la inaplicabilidad se vincula con la presencia de impedimentos físicos o jurídicos para poner en marcha el arbitraje que se pretenda. En concreto, la ineficacia del acuerdo arbitral, debido a la existencia de un plazo para arbitrar, se podría producir por la expiración del período de tiempo oportuno para iniciar el procedimiento arbitral, si es que se establecía un plazo máximo para iniciar el arbitraje desde que se pusiera fin a la relación contractual entre las partes. Mientras que la excepción de cosa juzgada, en su caso, haría ineficaz el acuerdo arbitral e impediría la resolución de la controversia por arbitraje, si un mismo problema entre idénticas partes, se hubiera decidido previamente a través de un procedimiento judicial o de cualquier otro mecanismo de resolución extrajudicial.

Por último, el acuerdo arbitral podría devenir inaplicable, por la presencia de impedimentos físicos o jurídicos para poner en marcha el procedimiento en cuestión, cuando el árbitro elegido por las partes en dicho acuerdo hubiera fallecido o la sede del arbitraje no estuviera disponible por los desórdenes políticos en el Estado elegido para arbitrar.

Todo lo visto en este apartado supone, en definitiva, la posibilidad de dejar inerte el acuerdo arbitral y, al mismo tiempo, implica, con ca-

país estaba en veintiuno, se considerara válida, en virtud de que los Estados B y C la situaran en dieciocho o menos. Conclusión que se ha extraído de BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2014, 2.^a edición, pp. 472-635.

⁴⁹ Tanto los supuestos de ineficacia como de inaplicabilidad del acuerdo arbitral, se explican en este trabajo a través de los planteamientos esgrimidos por BORN, G. B. *Op. cit.*, pp. 636-942.

rácter general, la necesidad de tener que acudir a la resolución judicial, sin que pueda darse al arbitraje la continuidad adecuada por la ausencia de los requisitos de validez requeridos.

5. CLÁUSULAS ESPECIALES

Si bien en un primer acercamiento al estudio de una cláusula arbitral, lo más importante es determinar su validez o no, de conformidad con el derecho que regule esta cuestión en cada caso, a continuación, será necesario también concretar su operatividad real desde un enfoque eminentemente práctico.

Nos estamos refiriendo a las complicaciones que puede generar la aparición de procedimientos arbitrales complejos, bien por la presencia de varias partes en el conflicto, bien por la existencia de varios contratos con cláusula arbitral sobre los que surgen conflictos relacionados.⁵⁰ Es lo que se conoce con el nombre de «arbitrajes multiparte» y «multicontrato», que provocan importantes dificultades en su tramitación, aunque han sido remediadas por los reglamentos emanados de las instituciones dedicadas al arbitraje. En concreto, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, en su versión vigente a partir del 1 de marzo de 2017,⁵¹ consagra los artículos 7 a 10 a la solución de esta problemática, aunque en otros preceptos de su articulado también se encuentran referencias a este tema.

De entrada, los principales inconvenientes que generan los arbitrajes multiparte vienen referidos al nombramiento de los árbitros y a la

⁵⁰ CAÍNZOS FERNÁNDEZ, J.A. «Las nuevas tendencias del arbitraje a través de los reglamentos de las cortes de arbitraje», en la obra colectiva de María José Menéndez Arias. *Anuario de Arbitraje 2017*. Madrid: Aranzadi. 2017, p. 123.

⁵¹ La versión española del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, se puede encontrar en el siguiente link: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-mediation-rules-spanish-version/> (fecha de consulta: 27.02.2018).

determinación, en el momento de redactar la cláusula arbitral, de las partes que serán contendientes en el eventual arbitraje, además de concretar en qué momento se integrarán en el mismo.⁵²

Pues bien, para resolver las cuestiones relativas al nombramiento de los árbitros, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París establece, en su artículo 12.6 y para el caso de que la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, que las demandantes, conjuntamente, y las demandadas, conjuntamente, designen un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 13.⁵³

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». *Op. cit.*, pp. 670 y 671.

⁵³ En concreto, el artículo 13 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París dice lo siguiente: «1. Al nombrar o confirmar a los árbitros, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario General cuando le corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el artículo 13(2). 2. El Secretario General podrá confirmar como coárbitros, árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral a aquellas personas, designadas por las partes o en virtud de lo acordado por éstas, siempre que las declaraciones que hayan suscrito no contengan ninguna reserva respecto de su imparcialidad o independencia o, si la declaración contiene tal reserva, ésta no haya provocado objeción alguna de las partes. Dicha confirmación deberá ser comunicada a la Corte en la siguiente sesión. Si el Secretario General considera que un coárbitro, árbitro único o presidente de tribunal arbitral no debe ser confirmado, el asunto deberá someterse a la decisión de la Corte. 3. Cuando incumbe a la Corte el nombramiento de un árbitro, deberá efectuar dicho nombramiento sobre la base de una propuesta que al efecto solicitará a un Comité Nacional o Grupo de la CCI que considere apropiado. De no aceptar la Corte dicha propuesta, o si el Comité Nacional o Grupo no presenta la propuesta solicitada en el plazo fijado por la Corte, ésta puede reiterar la solicitud, solicitar una propuesta a otro Comité Nacional o Grupo que considere apropiado, o nombrar directamente a cualquier persona que considere apropiada. 4. La Corte podrá también nombrar directamente para actuar como árbitro a cualquier persona que considere apropiada cuando: a) una o más partes sean un Estado o puedan considerarse como una entidad estatal; b) la Corte considere que sería apropiado nombrar un árbitro de un país o territorio donde no haya Comité Nacional o Grupo; o c) el presidente certifique a la Corte la exis-

Además, en el artículo 12.8 se añade que, a falta de designación conjunta y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 13.

Por lo que respecta a la determinación de las partes que serán contendientes en el eventual arbitraje, se suministran datos sobre el particular en el artículo 7 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, en el sentido de autorizar a la parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje a que lo haga, pero debiendo presentar la solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional a la Secretaría. Además, para concretar en qué momento se integrarán en el arbitraje, el mismo precepto continúa diciendo que la fecha en la que la solicitud de incorporación sea recibida por la Secretaría, será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional.

Por último, se indica que ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la solicitud de incorporación.

En relación con los arbitrajes multicontrato, se suelen plantear en las transacciones de cierta entidad, como proyectos de financiación indus-

tencia de circunstancias que, en la opinión del presidente, hacen que el nombramiento directo sea necesario y apropiado. 5. El árbitro único o el presidente del tribunal arbitral será de una nacionalidad distinta a la de las partes. No obstante, en circunstancias apropiadas y siempre que ninguna de las partes se oponga a ello dentro del plazo fijado por la Corte, el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral podrá ser del país del cual una de las partes es nacional».

trial, que van acompañadas de un conjunto de contratos que regulan la operación, así como de diversas partes involucradas, lo que genera importantes dificultades relacionadas con la obtención del consentimiento necesario para arbitrar.⁵⁴ Para tratar de minimizar dichas dificultades, sería posible que todos los sujetos implicados en la operación comercial internacional concurrieran a la celebración de un contrato, distinto de los restantes que regularan el negocio en su conjunto, que contuviera una cláusula arbitral o que, de no ser ello viable, se incorporara a cada contrato relacionado, una cláusula arbitral que contuviera el consentimiento de las partes a la consolidación con los arbitrajes iniciados conforme a cualquiera de los otros contratos relacionados.⁵⁵

En definitiva, lo que se pretende evitar en estas situaciones, es que la tramitación de procedimientos de arbitraje separados, pero vinculados entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlos conjuntamente, pudiera provocar resoluciones contradictorias.

Pues bien, para remediarlo el artículo 9 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París establece que las demandas que surjan de o en relación con más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento.

En otro orden de cosas, la práctica arbitral pone de manifiesto ciertos inconvenientes generados, no tanto por la validez de la cláusula compromisoria, que no se debate en este momento, sino más bien por la falta de claridad en la redacción de la misma que suscita dudas sobre la voluntad de las partes en someterse al procedimiento arbitral y que requiere de la intervención judicial para subsanarlos. Es lo que se conoce en el mundo del arbitraje como cláusula patológica y que puede ser definida como la que incluye una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la

⁵⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «Arbitraje comercial internacional». *Op. cit.*, p. 671.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 671.

institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal.⁵⁶

Son numerosos los ejemplos que pueden encontrarse en la jurisprudencia arbitral sobre esta figura, de entre los cuales ofreceremos uno reciente que pueda servir para ilustrar la comprensión de la misma. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolvió el 6 de abril de 2017,⁵⁷ un recurso sobre nulidad del laudo arbitral, en el que se debatía la interpretación que habría de darse a la difícil convivencia de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a la jurisdicción ordinaria que se contenían, respectivamente, en los contratos concluidos por las partes.

Pues bien, la problemática generada con la dualidad de regímenes de solución de conflictos establecida por la relación comercial, se saldó a favor del arbitraje, en tanto y en cuanto, la intención evidente de los contratantes, expresa en el contrato, era la de arbitrar.

Por lo tanto, se puede colegir de lo anterior que, en caso de duda, el juez debe interpretar la cláusula compromisoria atendiendo al denominado «efecto útil» y separar lo defectuoso de lo inválido.⁵⁸ De tal manera que se consiga la certidumbre necesaria de lo que deba considerarse una cláusula imprecisa, pero que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje, de aquella otra que lo impida totalmente.⁵⁹

⁵⁶ *Vid.*, al respecto, la definición de cláusula patológica en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». En *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 710.

⁵⁷ STSJ MU 659/2017 de 6 de abril de 2017, en el asunto que enfrentó al demandante: S.A. de Riegos, Caminos y Obras (Sarco) contra Infraestructuras Terrestres, S.A. (Intersa).

⁵⁸ Así, se expresa FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». *Op.cit.*, p. 712.

⁵⁹ Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, de 25 de enero de 2017, en el asunto que enfrentó a *Wangoluz Internacional, SL contra D. Bienvenido*, se inclinó por declarar la invalidez de la cláusula de sumisión al arbitraje en un contrato de franquicia que contenía el siguiente pacto: «en el

En consecuencia, lo que se exige de la sumisión al arbitraje es que las ambigüedades o imprecisiones que presente el pacto en cuestión, no lo invaliden, ya que por resultar tan oscuro no pueda fijarse la verdadera voluntad de las partes a favor del arbitraje.

Por el contrario, tampoco cabe esperar de los que lo interpreten una extralimitación de sus funciones, que conlleve una modificación del sentido exacto del acuerdo arbitral, sino más bien un justo equilibrio entre la búsqueda de la intención de las partes y la simple literalidad de la cláusula en cuestión. La finalidad, en última instancia, será la de aportar luz, pero no la reconstrucción de lo estipulado en el convenio, ya que apostar únicamente por el arbitraje supone dar la espalda a la otra cara de la moneda que viene representada por la tutela judicial, lo que debe realizarse con la medida debida y atendiendo al criterio de justicia que debe presidir la actuación de los operadores jurídicos en cualquier tipo de actividad legal.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Es una realidad indubitada en nuestros días, que el arbitraje se impone con fuerza como mecanismo de resolución extrajudicial de controversias en el comercio internacional. La agilidad con la que se producen los

caso de que cualquiera de las previsiones contenidas en este acuerdo se convierta en razón de litigio para cualquiera de las partes o si la terminación del acuerdo o la procedencia o montante de las compensaciones fijadas por el franquiciador, no logran la aquiescencia del franquiciador, la cuestión se determinará por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Murcia». Al respecto, se decretó la falta de validez del acuerdo arbitral, en tanto y en cuanto era oscuro y contradictorio, ya que, implicando un propósito de sumisión al arbitraje, concluía con una remisión a los juzgados y tribunales de Murcia, lo que implicaba un pacto de sumisión a la jurisdicción de los referidos tribunales, contradicción que conducía a que la voluntad expresada por las partes no pudiera entenderse como firme e inequívoca y dejaba abiertas las puertas a la duda o imprevisión de lo que debía quedar bien explicitado.

intercambios transnacionales, exige también de rapidez en la solución de las controversias que los mismos puedan producir.

Pues bien, dicha celeridad se consigue por el carácter definitivo que tiene el laudo y que impide, con ciertos límites, la posibilidad de interponer recurso. Además, la neutralidad de la que se hace gala en este tipo de procedimientos, supone que se pueda evitar la aplicación de ordenamientos jurídicos específicos y que los árbitros sean elegidos por las partes, lo que debe acabar con el temor de los sujetos respecto a la ventaja que pudiera llegar a desplegar el tribunal local para el que le corresponda. Por lo tanto, el arbitraje comercial internacional goza, en estos momentos, de buena salud, que debería verse incrementada en el futuro por los intentos, cada vez más eficaces y efectivos, de conseguir una uniformidad en la aplicación del texto convencional más importantes en la materia.

Han sido, fundamentalmente, las cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral las que han concentrado nuestra atención, tanto desde un plano formal como sustantivo. Así, partiendo de la autonomía o separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, se ha debatido sobre la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito. El requisito de escritura, además, vendría acompañado de la necesidad de que el acuerdo estuviera firmado por las partes, lo que en el tráfico mercantil actual podría sufrir ciertos menoscabos, derivados de la forma oral o del recurso a los mecanismos electrónicos que se suelen utilizar en la celebración de los contratos, sin que se tengan demasiado en cuenta los requisitos formales que se pudieran exigir para la validez de los mismos.

En definitiva, se ha constatado una tendencia hacia la flexibilización de la escritura y firma requeridas en el convenio arbitral, aunque con distintos grados de aceptación por parte de las diferentes instancias competentes encargadas de valorarlo en los Estados correspondientes. Hasta tal punto ello ha sido así que, las discrepancias provocadas por la interpretación divergente de las normas aplicables, se han tratado de solventar con los trabajos de la Cnudmi sobre la guía relativa a la

Convención de Nueva York, la modificación de la Ley Modelo y la recomendación relativa a los artículos II, párrafo 2) y VII, párrafo 1) de dicho texto internacional.

También se han dedicado comentarios al carácter de la relación jurídica, a la arbitrabilidad de la materia, así como a la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral, como requisitos exigidos para la validez de este último y que, por ende, pudieran llegar a obligar a un tribunal a remitir a las partes al arbitraje.

En todos estos casos se ha vuelto a confirmar la predisposición *pro validitate* del convenio, en base, por ejemplo, al principio de eficacia máxima, que permitiría acudir a cualesquiera de las leyes nacionales de los Estados involucrados en el procedimiento arbitral para conseguir la operatividad del mismo, cuando se debata sobre la capacidad de alguna de las partes. Idéntico resultado se aprecia con los arbitrajes multiparte y multicontrato, así como con las cláusulas patológicas, donde las dificultades que pudieran derivarse de la complejidad de los procedimientos, en el primer caso, o de las imprecisiones de la cláusula compromisoria, en el segundo, se han solventado generalmente a favor del arbitraje.

Esta respuesta positiva en beneficio del arbitraje ha sido posible en virtud, por un lado, de las normas aprobadas para los procedimientos complejos por las instituciones arbitrales, como la Cámara de Comercio Internacional de París; y, por otro, del denominado «efecto útil» que se impone en la interpretación por el juez de las cláusulas compromisorias oscuras, que ha de implicar, para esto último, una labor extra de análisis jurídico que permita conocer la verdadera voluntad de las partes.

En conclusión, llegan nuevos aires al procedimiento arbitral, que están arrastrando las tendencias de interpretación restrictiva existentes, para dar paso a un nuevo enfoque basado en la flexibilidad del convenio arbitral, que aboga por darle el mayor campo operativo posible con el objetivo de mantener intacta su validez; y, por ende, conseguir, finalmente, arbitrar.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR VIOLACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL: EL DAÑO Y SU REPARACIÓN

*Alberto Muñoz Fernández**

Sumario: 1. Introducción.— 1. Mecanismos para garantizar la eficacia del convenio arbitral.— 1.1. Redacción de una cláusula clara y amplia.— 1.2. Impugnación de la competencia mediante declinatoria.— 1.3. Posibilidad de continuar el procedimiento arbitral.— 1.4. *Anti-suit injunctions*.— 1.5. Mecanismos resarcitorios.— 2. Incumplimiento del convenio arbitral y daños que pueden derivarse.— 2.1. Descripción de algunas situaciones típicas de incumplimiento del convenio arbitral.— 2.2. Distintos perjuicios que origina el incumplimiento del convenio arbitral.— 2.3. Satisfacción parcial a través de las costas procesales.— 3. La acción de daños por incumplimiento del convenio arbitral.— 3.1. base jurídica de la acción.— 3.2. Posible obstáculo de la cosa juzgada.— 3.3. Competencia para conocer de la acción por daños.— 3.4. Ley aplicable a la acción por daños.— 3.5. Extensión de los daños.— 3.6. Algunos pronunciamientos de interés.— 4. Conclusiones.

Resumen: Del convenio arbitral se derivan auténticas obligaciones cuyo incumplimiento debe dar origen a la responsabilidad contractual del deudor. La acción resarcitoria presenta algunas dificultades como la valoración de los daños que genera la defensa ante el tribunal no elegido, o las implicaciones que pueda tener el examinar de nuevo la validez del acuerdo y la compensación que corresponde a la parte que sufre el incumplimiento. Sin embargo, no se puede poner en duda su admisibilidad. En

* Profesor contratado. Doctor de derecho internacional privado. Universidad de Navarra.

el arbitraje internacional puede resultar más complejo establecer las bases jurídicas de la acción, la autoridad competente para resolverla y la extensión de la reparación.

Abstract: The arbitration agreement gives rise to genuine obligations whose breach must give rise to the contractual liability of the debtor. The action for damages presents some difficulties such as the assessment of the losses generated by the defense before the unelected court, or the implications that it may have to examine again the validity of the agreement and the compensation that corresponds to the party that suffers the breach. However, its admissibility cannot be questioned. In international arbitration, it may be more complex to establish the legal bases of the action, the competent authority to resolve it and the extent of the reparation.

Palabras clave: Convenio arbitral; incumplimiento del convenio arbitral; declinatoria; medidas anti-proceso; acción por daños; compensación integral.

Keywords: Arbitration agreement; breach of the arbitration agreement; stay of proceedings; anti-suit injunctions; damages; full compensation.

1. INTRODUCCIÓN

En una obra dedicada al convenio arbitral no puede faltar un capítulo relativo a uno de los mecanismos que contribuye a reforzar su carácter vinculante: la posibilidad de obtener resarcimiento por los daños que se produzcan como consecuencia del incumplimiento del acuerdo arbitral. Si bien es verdad que el Convenio de Nueva York de 1958 (en adelante, CNY/1958)¹ y las legislaciones nacionales ordenan a los tri-

¹ Convenio de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, al que se adhirió España por Instrumento de 29 de abril de 1977 (BOE n.º 164 de 11 de julio de 1977; rect. BOE n.º 249 de 17 de octubre de 1986).

bunales remitir al arbitraje a las partes que han incluido en su contrato un convenio arbitral, también es verdad que ello ocurrirá siempre y cuando el demandado haga valer la cláusula a través de una declinatoria. La interposición de la declinatoria conlleva unos gastos y requiere una inversión de tiempo que la parte que sufre el incumplimiento no tiene por qué soportar. Además, en el ámbito del arbitraje internacional —que es en el que se enmarca este trabajo—, es muy probable que estos gastos sean más elevados.

Se puede afirmar que el deber del juez de dar ejecución al acuerdo arbitral cuando se interpone la declinatoria, es la clave para la existencia misma del arbitraje. No obstante, son necesarias otras medidas que disuadan a las partes de incumplir el acuerdo arbitral y de utilizar tácticas dilatorias, de manera que se refuerce el carácter vinculante de la cláusula y se garantice la indemnidad de las partes.

En la contratación internacional, el convenio arbitral constituye una herramienta especialmente útil para evitar la incertidumbre sobre el lugar y la manera en que resolverán, si llegara el caso, sus controversias. Las partes que celebran un convenio arbitral saben a qué tendrán que atenerse. Se obligan a no acudir a la justicia ordinaria para hacer posible la predictibilidad en cuanto a la autoridad competente para resolver sus disputas. Interponer una demanda ante un juez supone incumplir la obligación asumida.

Aunque este estudio se centra en la acción por daños derivada del incumplimiento del convenio arbitral, en el apartado primero se enunciarán otros mecanismos o modos de conseguir que la cláusula arbitral despliegue correctamente sus efectos. De esta forma, podremos contextualizar adecuadamente la importancia de la acción resarcitoria. Como veremos, esta acción será, normalmente, complementaria de otras vías encaminadas a exigir forzosamente el cumplimiento del compromiso de no litigar ante la justicia ordinaria.

En el segundo apartado de este trabajo se describirán las situaciones típicas de incumplimiento y los gastos que, de forma habitual, llevan aparejados. Normalmente, son los ocasionados para evitar o paralizar el proceso judicial: principalmente, la interposición de la declinatoria o la solicitud de una *anti-suit injunction*. En este sentido, es importante conocer el papel de las decisiones sobre las costas, que en muchos países tienen por objeto resarcir de ciertos gastos a la parte vencedora. Sin embargo, no siempre es así, y en la mayor parte de los casos, no cubre todos los gastos en los que puede incurrir la parte que sufre el incumplimiento de un acuerdo arbitral.

El tercer apartado se centra ya en la acción por daños. La primera cuestión que se afrontará es la de por qué debe admitirse una acción de responsabilidad contractual por el incumplimiento del acuerdo arbitral. El segundo problema al que se dará respuesta, es el de la sede ante la que se deberá resolver esta acción. En tercer lugar, se abordan las cuestiones de la ley aplicable a la acción y la estrechamente conectada del alcance de la responsabilidad. Finalmente, se ofrecen algunos argumentos para descartar la posibilidad de que el efecto de *res judicata* pueda afectar a esta acción por daños.

Para terminar, se ofrecen algunas conclusiones sobre la importancia de esta acción y sobre la necesidad de clarificar algunos aspectos relacionados con ella.

2. MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1. Redacción de una cláusula clara y amplia

En primer lugar, para evitar cualquier controversia en torno a la cláusula y para garantizar la eficacia del convenio arbitral, se debe poner especial atención en redactar una cláusula clara y lo suficientemente amplia, que no suscite dudas sobre la competencia del tribunal arbitral para

conocer de cualquier tipo de demanda conectada con el contrato.² El incumplimiento de la cláusula no siempre responde a motivos dolosos. En muchos casos se plantean dudas reales sobre su validez o alcance. Por esta razón, la correcta redacción de la cláusula arbitral es el mecanismo preventivo del incumplimiento por excelencia.

2.2. Impugnación de la competencia mediante declinatoria

En segundo lugar, cuando una de las partes incumple lo pactado y acude a la jurisdicción ordinaria, habrá que recurrir al cauce de la declinatoria para hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral, previsto tanto en el CNY/1958³ como en la generalidad de las leyes de arbitraje nacionales.⁴ En la mayor parte de las jurisdicciones, para que se admita este efecto, una vez interpuesta la declinatoria, será suficiente con que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable.

² Landon, Tanya & Sabine Schnyder. «Chapter 2. Remedies for Breach of the Arbitration Agreement - Dealing with Parties that try to Circumvent Arbitration». In *GLG International Comparative Legal Guide to International Arbitration*, 2015, 12.^a ed., p. 11.

³ Art. II (3) CNY/1958: «El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable». Como ha apuntado la doctrina, pese a su título, el CNY/1958 no se ocupa sólo del reconocimiento y ejecución de los laudos, sino también de los acuerdos arbitrales (BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 17).

⁴ El art. 11.1 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (BOE n.º 309 de 26 diciembre 2003, en adelante, LARB) establece que «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese, lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda».

En el caso de que la declaratoria no prospere, las legislaciones procesales nacionales suelen establecer un sistema de recursos,⁵ tanto frente a la decisión sobre el fondo como contra la desestimación de la declinatoria. Incluso, si esos recursos fallasen (lo cual no será extraño, puesto que el demandante incumplidor ha podido buscar una jurisdicción menos favorable al arbitraje), cabría oponerse a la sentencia sobre el fondo en fase de exequátur.⁶ En efecto, es razonable pensar que en los países más partidarios del arbitraje se deniegue el exequátur a sentencias extranjeras por el hecho de que en el proceso de origen se haya ignorado un acuerdo de sumisión a arbitraje. Para algunos autores, la denegación del reconocimiento sería una obligación para los países que han ratificado el CNY/1958.⁷

2.3. Posibilidad de continuar el procedimiento arbitral

Otra previsión frente a este tipo de incumplimiento contractual es la regla —contenida en muchas leyes de arbitraje— que permite iniciar o proseguir el procedimiento arbitral, aunque se haya abierto un proceso judicial. De esta forma se desincentivan las acciones torpedo y otras tácticas dilatorias. Así, por ejemplo, nuestra ley de arbitraje establece que

⁵ En nuestro derecho, como señala Garcimartín, cabe recurso de reposición, sin perjuicio de la posibilidad de que el demandado alegue la falta de CJI en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 66 LEC). Frente a la sentencia de apelación, se puede denunciar la falta de competencia a través del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.1º LEC). V. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho internacional privado*. Cizur Menor: Civitas, 2016, 3.ª ed., p. 217.

⁶ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. «Anti-suit injunction: where does Gazprom leave us?». In *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 24/2015, p. 100.

⁷ Se desprendería del propio art. II CNY/1958. BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wölters Kluwer, 2014, 2.ª ed., vol. I, pp. 1289-1290. En esta obra se mencionan varias sentencias inglesas, estadounidenses y suizas en las que se sostiene la obligación de denegar el exequátur con base en el CNY/1958. El mismo autor afirma que, del hecho de que el RBI *bis* no lo incluya entre sus motivos de denegación, no cabe deducir, de ninguna manera, que los Estados miembros no puedan denegar el reconocimiento a sentencias dictadas en violación de un acuerdo arbitral.

la pendencia de un proceso judicial sobre la declinatoria, no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.⁸

2.4. Anti-suit injunctions

Por otro lado, existe la posibilidad de solicitar ante un tribunal de la sede del arbitraje o ante el propio tribunal arbitral⁹ que inste el cumplimiento de la obligación a través de las llamadas *anti-suit injunctions*.¹⁰ Estas órdenes, que van dirigidas al litigante incumplidor, son más frecuentes en el ámbito anglosajón. Cabe acudir a ellas cuando ya se ha producido el incumplimiento del convenio arbitral (normalmente, ante la desestimación de la declinatoria)¹¹ o incluso antes, cuando una parte amenaza con interponer la demanda ante un tribunal nacional.¹² Para dictar este tipo de órdenes se han utilizado argumentos como que a la parte que ha sufrido el incumplimiento, no se le puede imponer soportar los gastos de defenderse en otra jurisdicción; que son acciones *in personam*; y, por lo tanto, no se dirigen contra el tribunal extranjero; que la solicitud de

⁸ Art. 11.2 LARB; art. 8.2 Ley Modelo Uncitral. Como señala el punto III de la Exposición de Motivos de nuestra LARB, se consigue así «que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje».

⁹ Puede hacerlo, tanto un árbitro de emergencia como el propio tribunal arbitral si ya está constituido, con base en el poder de los árbitros para conceder tutela provisional. El problema de las *anti-suit* dictadas por árbitros, es su falta de poder para ejecutar medidas, lo que puede desincentivar el incumplimiento de la orden (LONDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9).

¹⁰ Sobre la efectividad de este tipo de medidas para hacer valer los acuerdos arbitrales, v. MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. «Anti-Suit Injunctions and the Recoverability of Legal Costs as Damages for Breach of an Arbitration Agreement». In *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2008, vol. 74, pp. 12-28; Andrews, N. *Arbitration and Contract Law, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Switzerland: Springer International Publishing, 2016, pp. 72-81.

¹¹ BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, 2.^a ed., vol. I, p. 1270.

¹² LONDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 8.

la medida anti-proceso se ha hecho lo antes posible; y que el objetivo de la orden, es que se cumpla un contrato, no atacar una decisión de un tribunal extranjero.¹³

En el ámbito de la Unión Europea, estas medidas anti-proceso se encuentran muy limitadas.¹⁴ Como ha señalado Rosende Villar, siguiendo la sentencia del caso *Gazprom*, las órdenes conminatorias emitidas por tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro que impidan el inicio o continuación de un procedimiento judicial ante otro Estado miembro no se oponen al Reglamento n.º 1215/2012 (en adelante, *RBI bis*)¹⁵ por estar al margen de su ámbito de aplicación, debiendo decidirse su validez, reconocimiento y ejecución conforme al derecho interno y al derecho internacional aplicable.¹⁶ Sin embargo, en opinión de la misma autora, resulta más complicado pronunciarse sobre las órdenes conminatorias emitidas por órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en apoyo de un arbitraje. En el asunto *West Tankers*, se afirmó su incompatibilidad con el Reglamento n.º 44/2001 (en adelante, *RBI*).¹⁷

¹³ Estos son los argumentos que se emplearon en el célebre caso *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. vs. Pagnan SpA (The Angelic Grace)* (1995) 1 Lloyd's Rep 87, 94. Recogido en Bantekas, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge University Press, edición de Kindle, p. 137.

¹⁴ En efecto, tras la STJUE de 10 de febrero de 2009, C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA vs. West Tankers Inc.* (en adelante, *West-Tankers*) parece claro que no cabe dictar estas órdenes contra quien litiga en otro Estado miembro cuando la determinación de su competencia podría venir determinada por el RBI.

¹⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL n.º 351 de 20 diciembre de 2012).

¹⁶ ROSENDE VILLAR, Cecilia. «A vueltas con las *anti-suit injunctions*. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015, Asunto *Gazprom*». *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 6/2015. En el mismo sentido, LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOL n.º 12 de 16 enero 2001).

En el asunto Gazprom no se abordó la cuestión directamente, por lo que no queda claro si la solución debe ser la misma con el RBI *bis*.¹⁸

La limitación del uso de estas medidas es una de las razones por las que la comunidad arbitral está mostrando un mayor interés por buscar nuevas vías para garantizar la efectividad de las cláusulas arbitrales,¹⁹ y es donde la acción de resarcimiento cobra especial importancia.

2.5. Mecanismos resarcitorios

Las dos principales vías para exigir el cumplimiento del acuerdo arbitral, son la declinatoria y las *anti-suit injunctions*. Sin embargo, la parte que hace uso de ellas, habrá tenido que incurrir en unos gastos. En principio, muchos de ellos deberían ser compensados en la decisión sobre las costas que acompañen ambas decisiones judiciales. Normalmente, la concesión de las costas no será suficiente para satisfacer las pérdidas de la parte que sufre el incumplimiento, por lo que será preciso conceder una acción por daños.

3. INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL Y DAÑOS QUE PUEDEN DERIVARSE

3.1. Descripción de algunas situaciones típicas de incumplimiento del convenio arbitral

Existen importantes estudios sobre la naturaleza contractual del convenio arbitral que evidencian que de él se derivan, no meras cargas y fa-

¹⁸ Como bien recoge Rosende Villar, quien sí adelanta su parecer es el abogado general en sus conclusiones previas a la sentencia del caso Gazprom, «una orden conminatoria no se opondría al Reglamento n.º 1215/2012, pues, al tratarse sobre un procedimiento en apoyo de un arbitraje, quedaría al margen de aquél. Ello, sin perjuicio de que su validez, reconocimiento y ejecución, se hayan de decidir conforme al derecho interno y al derecho internacional aplicables» (ROSENDE VILLAR, Cecilia. *Op. cit.*). Ver también, GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 43.

cultades procesales, sino auténticas obligaciones cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad.²⁰

La obligación más característica que se deriva del convenio arbitral es la de abstenerse de acudir a la vía judicial,²¹ y la omisión de esta obligación hace que el que sufre el incumplimiento tenga que incurrir en unos gastos. Cuando las partes celebran un acuerdo de estas características, está claro que su intención es adquirir seguridad sobre dónde se resolverán sus controversias. Demandar ante otra instancia supondría frustrar esta expectativa.

Los motivos que llevan a una parte a incumplir con la obligación de acudir a la justicia ordinaria pueden ser muy variados. Desde dificultar, retrasar o incluso esquivar el arbitraje, a tratar de obtener una sentencia más favorable en los tribunales del propio país.²² Puede que, en ocasiones, como se dijo en el apartado anterior, se deba, simplemente, a la inseguridad sobre la validez o alcance de la cláusula arbitral.

La necesidad de incurrir en gastos para interponer la declinatoria (hacer valer el efecto negativo), no es la única situación en la que la actitud de

²⁰ Por todos, DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Madrid: Civitas, 2010, en especial, pp. 81-110.

²¹ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1272. Frente a esta opinión, v. AAP Madrid (sección 10), n.º 25/2012 de 18 enero 2012 (JUR 2012\58923), en cuyo F. 10 se afirma que «[e]n la LARB ha desaparecido el *favor iurisdictionis* de la LARB 1988, pero lo cierto es que la circunstancia de que la exclusión de la jurisdicción se configure como un contraderecho, que opera solo, *ope exceptionis*, y que su tratamiento procesal confie a la declinatoria, tiene, entre otras, esta inevitable consecuencia: entre las obligaciones que el convenio arbitral válido establece entre las partes de «cumplir lo estipulado», no figura la obligación de abstenerse de interponer demanda ante los tribunales civiles sobre la misma cuestión que fue sometida a arbitraje».

²² LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 7. SCHERER, Matthias. «*Damages as a Sanction for Commencing Court Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement*». Kluwer Arbitration Blog, February 21, 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/02/21/damages-as-a-sanction-for-commencing-court-proceedings-in-breach-of-an-arbitration-agreement/>).

una de las partes en relación con un convenio arbitral puede generar gastos a la otra parte. Ocurrirá también después cuando se presenten los sucesivos recursos o se pretenda la denegación del exequátur. También es necesario incurrir en gastos legales cuando se hace necesario compeler a una de las partes para acudir a arbitraje (hacer valer el efecto positivo) o contestar a la impugnación del convenio cuando se pretende iniciar el arbitraje.²³

Otra situación que se plantea en ocasiones, es que un Estado que ha firmado un acuerdo arbitral, acude después a sus tribunales para que dicten injunction para bloquear el arbitraje, alegando que, según su derecho interno, no pueden someterse a arbitraje²⁴ (de ahí que la ley española tenga una previsión frente a esas situaciones).²⁵

Hay situaciones en las que se podrían plantear dudas acerca de si se está incumpliendo el convenio y produciendo gastos a la otra parte. Por ejemplo, cuando es necesaria una decisión preliminar en relación con un procedimiento arbitral. Surge la cuestión de si, cuando todavía no se ha constituido el tribunal arbitral, es legítimo acudir a la vía judicial para evitar retrasos. Como recoge Bantekas, pese a que la cuestión puede tener repercusión sobre el fondo, un tribunal danés sostuvo que, en ausencia de una disposición específica en el reglamento aplicable y en la ley de arbitraje, acudir al juez no constituía un incumplimiento del acuerdo arbitral.²⁶

²³ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, en especial, p. 157; LANDON, Tanya & Sabrina SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 7.

²⁴ BANTEKAS, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge University Press (edición de Kindle), p. 145. BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 459.

²⁵ Art. 2.2 LARB.: «Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones que dimanen del convenio arbitral».

²⁶ BANTEKAS, Ilias. *Op. cit.*, p. 136. La sentencia a la que se refiere el autor es *Vestas Wind Systems A/S vs. ABB A/S*, Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 13 enero 2012.

Otro escenario en el que no podría hablarse de incumplimiento es aquél en que se acude a los tribunales para evitar un procedimiento arbitral cuando el acuerdo arbitral contenía una elección de ley y de sede que buscaban eludir la aplicación de normas imperativas.²⁷

3.2. Distintos perjuicios que origina el incumplimiento del convenio arbitral

En las situaciones a las que hemos aludido y en las que, de alguna manera, una de las partes pretende evadirse de los efectos del convenio arbitral, exigen a la parte que sufre el incumplimiento, incurrir en unos gastos en los que no hubiera incurrido, de respetarse el acuerdo.

Para la interposición de la declinatoria puede ser necesario que una empresa tenga que contratar un abogado local y dedicar mucho tiempo y recursos de sus administradores y de sus propios abogados. Pero, no sólo eso, si el tribunal considerase responsable al demandado (el que sufre el incumplimiento) se le podría condenar en costas que podría cubrir las tasas judiciales y los gastos legales de la otra parte. Además, en caso de que se siga un procedimiento arbitral paralelo, existiría un riesgo de decisiones contradictorias con la consiguiente falta de seguridad jurídica.²⁸ Incluso, podríamos pensar en que la interposición de una demanda judicial podría poner en riesgo la confidencialidad que las partes buscaban con la cláusula, así como la búsqueda de neutralidad.

Además, como ha recordado De Benito Llopis-Llombart, «antes del establecimiento de la declinatoria con la LEC/2000, la facultad excluyente de la jurisdicción estatal sólo podía oponerse mediante la formulación de una excepción dilatoria. Y ello determinaba, salvo en el juicio de mayor cuantía, que sólo se pudiera dar la razón al demandado tras un proceso declarativo ordinario cuyo objeto incluía, no sólo la validez y vigencia del convenio arbitral, sino también el fondo del litigio com-

²⁷ BANTEKAS, Ilias. *Op. cit.*, p. 140.

²⁸ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 8.

prometido. A ello había que sumar los posibles recursos, ninguno de los cuales era específico para la decisión sobre la excepción de compromiso. No es descabellado pensar que otras jurisdicciones, herederas o no de nuestra tradición procesal, mantienen sistemas similares».²⁹

3.3. *Satisfacción parcial a través de las costas procesales*

Muchos de los gastos en los que debe incurrir la parte que quiere hacer valer los efectos del convenio arbitral frente a una parte reticente, son gastos vinculados a un proceso judicial (interponer una declinatoria, solicitar una medida anti-proceso, defender en un procedimiento la validez de una cláusula, etc.).

Normalmente, las legislaciones procesales utilizan el instituto de las costas procesales para resarcir de algunos gastos procesales a la parte ganadora. Esto no siempre es así. Las normas procesales de algunos países hacen que, en ocasiones, la parte ganadora tenga que asumir también una parte importante de los gastos.³⁰ Por otro lado, no todas las legislaciones incluyen los mismos conceptos en las costas.

²⁹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 161-162.

³⁰ En sistemas como el de Estados Unidos, es posible que una parte que ha vencido en la declinatoria tenga, aun así, que pagar una parte importante de sus gastos. Según la *American Rule*, cada parte asume los gastos causados a su instancia (normalmente, sólo se conceden a la parte vencedora los honorarios de los funcionarios y agentes encargados de las notificaciones, del taquígrafo, gastos de imprenta, etc.) (DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 154). No obstante, la regla tiene excepciones, especialmente, en casos de demandas abusivas, manifiestamente carentes de fundamento. Además, en casos de incumplimiento grave del contrato, será posible un laudo en el que se impongan *punitive damages* que permitirían a la parte victoriosa recuperar sus gastos de abogados (*attorneys' fees*). Sin embargo, en la mayor parte de los casos, la *American Rule* lleva a sorpresas desagradables (ganar un juicio y tener que hacer frente a gastos cuantiosos). SCHLECHTRIEM, Peter. «Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law». *26 Journal of Law and Commerce* (2006-07), pp. 71-80.

De Benito Llopis-Llobart ha analizado el alcance que puede tener la resolución sobre las costas en el derecho procesal español, en relación con la declinatoria. En su opinión, de la forma de concebir la eficacia del convenio arbitral se sigue la «necesaria condena en costas al demandante que pierde la declinatoria ex compromiso». Pese a no estar específicamente contemplado en la ley, es lógico que el auto estimatorio de la declinatoria, lleve aparejada la condena en costas (en aplicación del principio del vencimiento).³¹

Como afirma el mismo autor, pese a no seguir un criterio culpabilístico (sólo en ocasiones se toma en consideración la temeridad), el fin de las costas es indemnizatorio (aunque como se verá más adelante no sustituye a la acción de indemnización).³²

Según establece el art. 394.1 LEC, en relación con los procesos declarativos, «las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». En el párrafo segundo de dicho precepto, añade que «[p]ara apreciar, a efectos de condena en costas que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Los tribunales españoles aplican con bastante rigor el principio de vencimiento objetivo, como puede apreciarse en numerosos autos recientes.³³ Siguen, en este sentido, el criterio muy restrictivo del TS de

³¹ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 152. Numerosos pronunciamientos judiciales han mantenido esta postura. Ver, por ejemplo, AAP Sevilla (sección 5.ª), n.º 6/2017 de 12 enero 2017 (JUR\2017\189955); AAP Ourense (sección 1.ª), n.º 50/2017 de 2 mayo 2017 (JUR\2017\160151).

³² DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 152-153.

³³ AP Sevilla (sección 5.ª), n.º 6/2017 de 12 enero 2017 (JUR\2017\189955), F. 4: «[...] resulta que la entidad actora ha visto rechazada sus pretensiones, ya que expresamente se opuso a la estimación de la declinatoria promovida por los demandados, de modo que la decisión ajustada a derecho ha de ser la de imponerle las costas de primera instancia, como así ha ocurrido».

«considerar que la posibilidad de imposición de costas constituye un riesgo potencial que exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramientos convenientes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones».³⁴ Éstas se impondrán, incluso, si el demandante incumplidor muestra después su conformidad con la declinatoria.³⁵

Como se ha señalado, la existencia de temeridad puede suponer algunas diferencias a la hora de imponer las costas. Si, normalmente, el art. 394.3 LEC establece unos límites en cuanto a las costas derivadas de los gastos de abogados y otros profesionales, esta limitación no cabe en caso de que el tribunal aprecie temeridad.

Es importante destacar con De Benito Llopis-Llombart que, en el caso de las costas, no se sigue el principio del resarcimiento íntegro, no se reconoce el derecho del vencedor a quedar indemne. Se limita a los gastos generados por actuaciones estrictamente preceptivas y realizadas estrictamente dentro del proceso, por lo que se dejan fuera todos los gastos legales no relacionados directamente con una concreta actuación judicial. Las costas, de ningún modo, cubren la totalidad de los gastos que ocasiona un proceso.³⁶

4. LA ACCIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL

Hemos visto que la imposición de costas no cumple completamente con la finalidad de dejar indemne a quien sufrió el incumplimiento. Como ha afirmado De Benito Llopis-Llombart, debe quedar abierta la puerta para la reclamación del resto de los daños y perjuicios sufridos, pues todo compromitente tiene derecho a quedar completamente indemne de los daños sufridos, a resultas del incumplimiento de la contraparte.³⁷

³⁴ AAP Alicante (sección 5ª), de 19 julio 2017 (JUR\2017\245190).

³⁵ AAP Madrid (sección 9ª), auto n.º 234/2017 de 2 junio 2017 (JUR\2017\217174).

³⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 155-156.

³⁷ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 157.

Aquí es donde encuentra su lugar la acción de resarcimiento por daños. Se aportarán, en primer lugar, algunos argumentos para justificar su admisibilidad; y, a continuación, se describirá la acción en lo referente a la competencia, ley aplicable y alcance del resarcimiento.

4.1. Base jurídica de la acción

Como se adelantó en el apartado 2.1 de este trabajo, el convenio arbitral tiene naturaleza contractual y de él se derivan auténticos derechos y obligaciones. Tiene, indudablemente, un valor patrimonial.³⁸ De él no se desprenden meras cargas y facultades procesales, sino auténticos derechos y obligaciones. Al existir un auténtico derecho y una auténtica obligación, el incumplimiento genera los remedios habituales a quien sufre el incumplimiento, entre ellos, la acción de responsabilidad.

En el derecho español, el fundamento se encuentra en el art. 1101 CC.³⁹ La acción de resarcimiento es independiente de la de cumpli-

³⁸ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.* Este autor analiza la discusión doctrinal (que enlaza con la de la concepción material frente a la formal del convenio arbitral) sobre el carácter patrimonial de las obligaciones y una posible distinción entre obligaciones procesales y sustantivas. Su postura es que toda obligación contiene el doble elemento personal y patrimonial (responsabilidad en caso de incumplimiento). El carácter patrimonial (o su valor pecuniario) de la cláusula compromisaria se apreciaría en su frustración o incumplimiento (p. 148), pero, también en la práctica de las negociaciones, donde la cláusula es un arma para negociar. Es un modo de comprar seguridad jurídica en la compleja y arriesgada contratación internacional (p. 150). Subraya, en ese sentido, que es una parte indisoluble del contrato en el que se integra (pp. 150-151). Como bien apunta este autor, en *The Bremen (The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 [1972])* el Tribunal Supremo de Estados Unidos casó una sentencia que había dejado de aplicar una cláusula de sumisión por *forum non conveniens* y señaló el carácter plenamente obligatorio de los pactos de sumisión (p. 151). El tiempo que se dedica a litigar la cuestión jurisdiccional también es otra prueba, según De Benito, de su valor patrimonial.

³⁹ STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544), F. 3, en relación con un acuerdo de elección de foro se subrayó su carácter obligatorio. De ello dedujo que su incumplimiento genera la responsabilidad del deudor, que se traduce en la indemnización de los

miento (ya sea *in natura* o por equivalente). Se exige que los daños sean probados y que se deriven de un incumplimiento. La indemnización del daño no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el daño derivado de él, no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación, que —eso sí— surge del daño injusto de incumplimiento de otra anterior. Los requisitos de la acción de resarcimiento son:

- a) El incumplimiento del deudor (morosidad o contravención del tenor de la obligación);
- b) Que el incumplimiento produzca daño al patrimonio o los intereses del acreedor. Tendrá que probarlos;
- c) Que el daño sea objetiva o subjetivamente imputable al deudor: que sea previsible y que haya intervenido dolo o negligencia por su parte.⁴⁰ Entre los perjuicios resarcibles, según el art. 1106 CC, estarían la satisfacción del interés negativo o de confianza del acreedor (realizados por causa de la obligación incumplida) o los menoscabos en otros bienes ajenos a la obligación, incluida la ganancia de percibir (lucro cesante).⁴¹

Es preciso que concurra dolo o negligencia para la imputación del deudor. El dolo implica mala fe, incumplimiento voluntario. La prueba

daños y perjuicios (art. 1101 CC). Para el TS, «la elección del derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual». Demandar en USA «ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual». DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 159-160.

⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Curso de derecho civil II: derecho de obligaciones*. Madrid: Colex, 2008, 2.^a ed., p. 196.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 196.

de ello correspondería al acreedor. La culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (si no se expresa otra cosa, será la del buen padre de familia).

En general, en los países del *common law*, los acuerdos de arbitraje son efectivos como una cláusula contractual, cuyo incumplimiento se puede compensar por la vía de los daños, sin necesidad de que se aprecie mala fe. Pese a ello, en la práctica, los árbitros tienen dudas a la hora de conceder daños o indemnizar salvo que el proceso judicial estuviera afectado por mala fe o abuso de proceso.⁴²

Sin embargo, en los países pertenecientes a la tradición del *civil law*, la responsabilidad por incumplimiento suele basarse en la culpa. Por lo que, siguiendo la teoría general, sólo se concederían daños si el incumplimiento fue con dolo (intención) o negligencia. Por consiguiente, si el incumplidor actuó creyendo que el acuerdo era nulo, podría quedar exonerado si se determina que no hubo falta en esa creencia. En todo caso, será difícil apreciar esa negligencia en los casos en los que el tribunal no aceptó la declinatoria.⁴³

Como se verá en el apartado correspondiente, la ley aplicable al fondo del asunto, será importante a estos efectos.

Como ha señalado Morales Moreno, puede entenderse que habrá incumplimiento, cuando no se realice o ejecute exactamente cualquier prestación, ya sea principal o accesoria, derivada del contrato.⁴⁴

Es la vía para resarcirse de los gastos en los que se incurre en los procedimientos para bloquear o para defenderse en los procesos paralelos,

⁴² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ MORALES MORENO, Antonio Manuel. *La modernización del derecho de las obligaciones*. Madrid, 2006.

y posibles condenas sobre fondo o en costas que haya sufrido en dichos procesos.⁴⁵

Como ha afirmado Jaroslavsky, el objetivo de la acción de responsabilidad por daños es colocar a la parte inocente en la posición en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido. Por tanto, si una parte ha sufrido pérdidas por haber tenido que litigar en otra jurisdicción a la que no debería haber acudido de no mediar incumplimiento, tendrá derecho a resarcirse de esos daños. Tendrá que demostrar, como en cualquier acción por daños, que los daños son consecuencia directa del incumplimiento de la otra parte.⁴⁶

La acción de resarcimiento tiene un carácter sustitutivo o complementario.⁴⁷ En general, haber interpuesto la declinatoria será un requisito para poder interponer esta acción.⁴⁸ Ésta deberá admitirse con independencia de que el proceso judicial se haya iniciado antes o después que el arbitral.⁴⁹ La previa interposición de la declinatoria es importante porque, de esa forma, la parte incumplidora no podrá alegar frente al que ahora solicita el resarcimiento que no se trataron de mitigar los daños ni que ha renunciado al derecho a acudir a arbitraje.⁵⁰

Por otro lado, el hecho de que la distribución de las costas se recoja en normas procesales no afecta al carácter compensatorio de esas reglas.

⁴⁵ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁶ JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ LANDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9. JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 12.

Si una parte hace caso omiso a una *anti-suit injunction*, se podría impugnar la competencia del juez mediante declinatoria. Después, la parte agraviada podría interponer una acción por daños para recuperar las pérdidas sufridas en la litigación. Finalmente, esta parte podría pedir la denegación del reconocimiento. Como regla general, la impugnación de la competencia es un requisito para cualquier otra acción (GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, p. 100).

⁴⁸ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁰ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 19.

Son muchos los casos en los que se recuperan como daños y que siguen los principios de los daños.⁵¹

Como ha señalado Jaroslavsky, la acción debe estar disponible incluso cuando el juez extranjero todavía no se ha pronunciado sobre la impugnación de la competencia. Podría solicitar ante el árbitro todos los daños, pero habrá de evitarse el doble cobro. Para ello deberá comprometerse a intentar recuperar los mismos gastos ante el juez.⁵²

Como aclara este mismo autor, la acción por daños no supone una revisión de lo resuelto por el tribunal extranjero. La cuestión a resolver será si se produjo un incumplimiento del acuerdo arbitral. El tribunal arbitral valorará a continuación si existe un desequilibrio entre la posición actual del que ha sufrido el incumplimiento y cuál hubiera sido su situación si no se hubiera producido el incumplimiento.⁵³

En Estados Unidos ha existido una discusión sobre la viabilidad de estas acciones. En todo caso, las posibilidades de que se susciten no son muy altas, dado que suelen funcionar los mecanismos preventivos (ya sean las *anti-suit injunctions*, ya sea la declinatoria).⁵⁴

En países donde las anti-suit injunctions no son fáciles de obtener ni de ejecutar, como Suiza, sí son más frecuentes las acciones de daños por incumplimiento ante un tribunal arbitral. Existen dos sentencias recientes del Tribunal Supremo de Suiza en las que se denegó la anulación

⁵¹ SCHLECHTRIEM, Peter. «Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law». *26 Journal of Law and Commerce* (2006-07), p. 76.

⁵² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 19.

⁵³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 14-15.

⁵⁴ LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9. En el mismo sentido, JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 22, ha apuntado que la razón por la que no se suelen conceder daños es la dificultad para cuantificar los daños por incumplimiento de un acuerdo de sumisión a un tribunal y por el posible impacto negativo sobre el *comity* internacional (v. *OT Africa Line Ltd. vs. Magic Sportswear Corp.*, n.º 15, para. 33).

de laudos que habían concedido daños. De ello se deduce su admisibilidad en ese país.⁵⁵

Es cierto que pueden apuntarse algunas dificultades para su aceptación. Según Redfern, el acuerdo de arbitraje es un contrato con obligación imperfecta. Si se incumple, es difícil que un laudo de daños sea un remedio práctico, dada la dificultad de cuantificar las pérdidas.⁵⁶

Born también ha señalado que, aunque en el pasado (dada la imposibilidad de hacer cumplir en especie) era el único remedio, la acción por daños resulta un modo inseguro e inadecuado de ejecución de la obligación.⁵⁷ Según este autor, el cálculo de los daños es difícil y especulativo.⁵⁸ Cita, incluso, varias decisiones en las que se deniega este derecho.⁵⁹ Sin embargo, el propio Born concluye que, siendo verdad que es un remedio inadecuado considerado aisladamente, puede, sin embargo, ser un modo adicional de hacer efectivos los acuerdos arbitrales, incrementando los desincentivos para incumplir.⁶⁰

⁵⁵ LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ BLACKABY, N., C. PARTASIDES, A. REDFERN, & J.M.H. HUNTER. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press, 2009, p. 17.

⁵⁷ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, 2.^a ed., vol. I, p. 1305. Cita el caso *Riggs vs. MySpace, Inc.*, 444 F.Appx. 986, 987 (9th Cir. 2011). En él se desestimó la pretensión porque el demandante no consiguió alegar ningún daño reconocible jurídicamente. Menciona también el caso *Price vs. Cushman & Wakefield, Inc.*, 829 F. Supp. 2d 201, 218 (S.D.N.Y. 2011) en el que se dijo que, incluso asumiendo que el solicitante tuviera el derecho al arbitraje, el demandante no consiguió probar un elemento esencial de la acción por incumplimiento, a saber, que exista algún daño resultante del incumplimiento.

⁵⁸ Born cita el caso *OT Africa Line Ltd vs. Magic Sportswear Corp.* [2005] EWCA Civ. 710 (English Ct. App.). En él se afirmó que los daños no eran fácilmente calculables y que sólo podían serlo comparando las ventajas y desventajas de los respectivos foros. Y esto podría constituir una mayor ofensa al *comity* que una *antisuit*.

⁵⁹ BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1306.

⁶⁰ BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 1305-1306.

Para Schluter, una resolución concediendo resarcimiento por daños en casos de esta índole podría encontrar en la UE el obstáculo del principio de confianza mutua entre los tribunales de los Estados miembros.⁶¹

Sin embargo, como afirma Jaroslavsky, la concesión de los daños no significa el no reconocimiento de una sentencia extranjera o una revisión de lo actuado por otro tribunal. La acción se centra en la conducta incorrecta de una de las partes y no supone la revisión de lo resuelto por un tribunal extranjero.⁶²

En definitiva, la acción será posible en la medida en que el solicitante pueda probar que ha sufrido pérdidas y que éstas han sido consecuencia del incumplimiento del convenio arbitral.

Existen algunos casos en los que la acción por daños no sería posible. Por ejemplo, si ante el tribunal extranjero se compensó completamente al litigante inocente conforme a la misma base jurídica, o cuando esta parte hubiera quedado exactamente en la misma posición en el caso de que no se hubiera producido el incumplimiento. En estos dos casos, la parte inocente no habría sufrido daño alguno. Como ha señalado Jaroslavsky, no es que en esos casos no haya responsabilidad por incumplir el acuerdo, lo que ocurre es que no se puede cuantificar ninguna pérdida que se deba compensar. Si se le hubiera compensado sólo en parte, todavía tendría la acción por daños para recuperar lo no recibido.⁶³

Cabe añadir, finalmente, que cuando el litigante rebelde continuó con su litigación en el extranjero, pese a que el tribunal arbitral ordenó una medida anti-proceso, se podría justificar la acción por daños en la

⁶¹ SCHLUTER, Zoe. «Breach of an arbitration agreement: the available remedies». In *PLC Magazine*, 24-Mar-2016.

⁶² JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 14.

⁶³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 14.

violación del compromiso de las partes de cumplir con los laudos (aunque éstos no sean finales, sino una mera orden).⁶⁴

4.2. Posible obstáculo de la cosa juzgada

Algunos autores han advertido que la acción resarcitoria podría encontrar el obstáculo de la excepción de cosa juzgada en la medida en que cabría interpretar que el juez que conoció de la acción que supuso el incumplimiento, ya se pronunció sobre la posible compensación de la parte inocente. Si, por ejemplo, los tribunales de un país deciden no conceder costas, tal decisión tiene efectos procesales, pero no impide la reclamación de los daños por incumplimiento contractual en un procedimiento *ad-hoc*. En todo caso, las costas que se concedan en el proceso judicial se tendrán en cuenta para reducir la cantidad que puede ser reclamada.⁶⁵

La cuestión es más clara en los casos en los que el país donde se demandó de forma ilegítima, prevé la asignación de costas al ganador. Más problemático es el caso de los países que sí suelen concederlas. Si teniendo la posibilidad, no las conceden, la concesión posterior de los daños por el tribunal arbitral se podría ver como un volver a valorar lo que ya se valoró. De hecho, en el Reino Unido, en el caso *Union Discount Co. Ltd. vs. Zoller and Others*,⁶⁶ una de las condiciones que se señalaban para conceder la acción por daños, era que en la jurisdicción donde se impugnó la competencia sólo excepcionalmente condenan costas al vencedor. No obstante, este requisito se fue difuminando en casos posteriores.⁶⁷

⁶⁴ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁶⁵ DE BENITO LLOPIS-LOMBART, Marco. *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁶ [2002] 1 W.L.R. 1517.

⁶⁷ Así se señaló en *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797. V. MICHAELSON, JUSTIN & GORDON BLANKE. *Op. cit.*, p. 22.

En el caso de que el tribunal donde se interpuso la demanda de forma ilegítima, denegase la declinatoria también se podría plantear la cuestión de si dicho pronunciamiento debería vincular al tribunal arbitral (efecto de cosa juzgada) o, incluso, si conceder una acción por daños por considerar que el acuerdo arbitral era válido, podría afectar al *comity*. Sin embargo, existen casos en los que ya se ha afirmado que el tribunal arbitral no está vinculado en este punto. Como ha señalado Jaroslavsky, no puede apreciarse vulneración de la cosa juzgada ni del *comity*, dado que no se puede privar a los árbitros internacionales de su jurisdicción para abordar una demanda sobre la validez del acuerdo arbitral.⁶⁸

4.3. Competencia para conocer de la acción por daños

Una vez aceptada la posibilidad de que se conceda una acción por daños al litigante que sufrió el incumplimiento del acuerdo arbitral y que tuvo que incurrir en gastos en un proceso ante una autoridad distinta de la acordada en el contrato, se plantean algunos interrogantes acerca de la autoridad que debe conocer de estas acciones y la ley que se debe aplicar para determinar si se conceden los daños.

El problema de la competencia se plantea porque, como es sabido, la competencia de los árbitros sólo alcanza a los litigios a los que se refiere la cláusula. Ésta normalmente hace referencia a las controversias que se deriven de un contrato. Surgiría la duda de si una disputa en relación con unos gastos procesales estaría dentro del objeto del convenio arbitral.

Por otro lado, la particular naturaleza del convenio arbitral, como un acuerdo separado dentro del contrato principal y con efectos procesales, hace surgir dudas sobre si compete a los árbitros conocer de una disputa que haga referencia a la cláusula⁶⁹ (como sería el caso de la

⁶⁸ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 30-32.

⁶⁹ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

acción por daños a la que hace referencia este trabajo). Podría pensarse que las partes quieren someter a los árbitros las disputas surgidas en relación con las obligaciones surgidas, por ejemplo, de una compraventa; pero, también están pensando en disputas que puedan surgir en relación con la propia cláusula arbitral?

Según De Benito Llopis-Lombart, la acción resarcitoria necesariamente deberá ejercitarse en vía arbitral, pues es una acción que nace del incumplimiento de una cláusula más del contrato. Es una manifestación de la accesoriedad. No obstante, señala que la cláusula debe ser suficientemente amplia.⁷⁰

La redacción de una cláusula lo suficientemente amplia y clara para que no quepan dudas sobre su alcance, sería la mejor solución para este interrogante. Sin embargo, esto no suele ser lo habitual. Por ello, cabe preguntarse cuál es la instancia apropiada para conocer de este tipo de acciones.⁷¹

Según Jaroslavsky, este lugar no puede ser, de ningún modo, el tribunal que conoce de la acción interpuesta por el litigante incumplidor, con independencia de que acepte o no la declinatoria. Si la aceptase y concediese los daños a favor del que interpuso la declinatoria, habría que ver si compensan de forma íntegra a quien sufrió los daños. Si no conceden la declinatoria o no concede costas o no lo hace de forma que compense íntegramente, será difícil pensar, en cualquiera de los tres casos, que ese tribunal o esa jurisdicción sea la adecuada para conocer de la acción por daños (incluso podría apreciarse cosa juzgada).⁷²

La mayor parte de la doctrina coincide en señalar al tribunal arbitral como la sede más apropiada para plantear la acción por daños. Según

⁷⁰ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 158.

⁷¹ JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 24; LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 10.

⁷² JAROSLAVSKY, PABLO. *Op. cit.*, p. 23.

Jaroslavsky, el tenor habitual de las cláusulas («todas las disputas que se deriven o estén en conexión con este contrato») es lo suficientemente amplio como para cubrir estas acciones.

Si bien es verdad que se podría argumentar que se está haciendo referencia al contrato principal, la existencia del principio *kompetenz-kompetenz*, que otorga competencia al tribunal para decidir sobre su propia competencia, es lógico que la tenga para conocer del incumplimiento de esa competencia.

Otro argumento interesante que plantea Jaroslavsky es que, de no admitirse la competencia del tribunal arbitral, se estaría obligando a una parte a acudir a un juez para hacer valer sus derechos, algo que las partes querían evitar con la cláusula.⁷³

No obstante, para evitar problemas, el propio autor propone la inclusión en el contrato de una cláusula específica sobre daños y perjuicios en la que se otorgue competencia de forma expresa al tribunal arbitral para cualquier acción derivada del incumplimiento de la cláusula.⁷⁴

No faltan, sin embargo, quienes encuentran reparos al poder de los árbitros para conceder resarcimiento por daños. Algunos autores consideran que existe un riesgo de interferencia con el poder exclusivo de los jueces para asignar costas.⁷⁵ Sin embargo, se trata de una opinión minoritaria y que ha sido ya descartada por algunos tribunales. En concreto, el Tribunal Supremo de Suiza no apreció violación de su orden público en el hecho de un tribunal arbitral concediera resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento de un acuerdo arbitral.⁷⁶

⁷³ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁴ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ Decisión del Tribunal Supremo Suizo 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013, comentada por LANDON, Tanya & Sabrine SCHNYDER. *Op. cit.*, pp. 9-10. El tribunal arbitral afirmó que la acción por daños por incumplimiento del acuerdo arbitral constituía una acción contractual conforme al derecho inglés y debía, por ello,

Sobre el momento en que pueden presentarse estas acciones ante el tribunal arbitral, caben distintas opciones. Si existen procesos paralelos —iniciado el arbitraje se interpone la demanda en violación del acuerdo arbitral— cabrá ampliar las solicitudes al tribunal arbitral,⁷⁷ si éste lo autoriza. La parte agraviada también podría solicitar una medida cautelar para asegurar el pago de las costas. Incluso, el tribunal arbitral podría tomar en consideración la actitud de la parte incumplidora a la hora de conceder las costas del arbitraje. Esto último podría tener algunos inconvenientes.

La otra opción, en caso de que el tribunal arbitral no acepte la ampliación de las pretensiones, sería iniciar un nuevo procedimiento arbitral para solicitar los daños.⁷⁸

4.4. Ley aplicable a la acción por daños

Otra cuestión importante que hay que analizar, es cuál es la ley aplicable a la acción de daños por incumplimiento del acuerdo arbitral. La cuestión tiene gran importancia, ya que existen diferencias significativas entre las legislaciones en torno a los estándares de responsabilidad y sobre el alcance de la reparación.

Muchos autores coinciden en señalar que la ley aplicable a los daños por incumplimiento del convenio arbitral debe ser la ley que rige el propio convenio arbitral. El siguiente problema es determinar cuál es

diferenciarse del reparto de costas del art. 31.1 Reglas CCI, y que no invadía la competencia del tribunal griego de distribuir las costas del proceso judicial, pero que podría decidir que cualquier cantidad en la que hubiera incurrido el fabricante como resultado del procedimiento judicial constituía un daño, en la medida en que dicho proceso se abrió incumpliendo el acuerdo arbitral. El tribunal arbitral se declaró competente, otorgó tutela declarativa y ordenó al distribuidor a pagar daños por el incumplimiento. El Tribunal Supremo Suizo desestimó la solicitud de anulación del laudo.

⁷⁷ Es posible, por ejemplo, conforme al art. 22 del Reglamento Uncitral.

⁷⁸ GONZÁLEZ-BUENO, Carlos & Laura LOZANO. *Op. cit.*, pp. 101-102.

la ley que rige el acuerdo arbitral. Jaroslavsky ha descrito las distintas opciones:

- Si las partes eligen ley aplicable al convenio arbitral habrá que estar a esa ley. Sin embargo, no es frecuente que las partes elijan, en concreto, la ley aplicable al convenio.
- Aplicar la ley de la sede.
- Aplicar los principios generales del arbitraje internacional.
- Aplicar la *lex contractus*, que es la que se aplicaría a cualquier otro daño contractual. Esta ley suele determinarla el tribunal arbitral acudiendo a las normas de conflicto contenidas en las leyes de arbitraje.⁷⁹ Según el art. 34.2 LARB española, en los arbitrajes internacionales, los árbitros resolverán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. A falta de elección, los árbitros aplicarán las normas jurídicas que estimen apropiadas. En la medida en que se habla de normas jurídicas y no de la ley de un país, sería admisible que las partes eligiesen la *lex mercatoria* o el Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.⁸⁰

Dado que la ley aplicable al acuerdo arbitral puede variar según la autoridad que conozca del asunto, puede ocurrir que la parte que incumple el convenio demande ante un tribunal que aplique una ley

⁷⁹ JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 28-29.

⁸⁰ En otros países la solución puede ser distinta. Por ejemplo, el art. 187 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, dice que los árbitros aplicarán el derecho más estrechamente conectado con la acción. Si la acción versa sobre la cláusula, ¿hay que entender que el derecho más conectado es el derecho sustantivo de la sede? En ese caso, habría que entender que al elegir la sede, se está eligiendo la ley aplicable a la acción relativa a los daños por incumplimiento del acuerdo arbitral (LONDON, Tanya & Sabine SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 10).

según la cual el convenio no es válido; y, sin embargo, el tribunal arbitral aplique una ley distinta conforme a la cual el acuerdo sea válido.⁸¹

La ley de arbitraje española señala que los requisitos y efectos del convenio arbitral se rigen, en lo no previsto por la propia LARB, por la legislación sobre contratos.

4.5. Extensión de los daños

Otro aspecto fundamental que se debe aclarar en relación con la acción resarcitoria, es el de su alcance. ¿Qué pérdidas puede recuperar el solicitante a través de esta acción? La respuesta a esta pregunta dependerá, por un lado, de la ley aplicable a la acción. La mayor parte de las legislaciones admiten el principio de reparación integral. Por otro lado, habrá que tener en cuenta las cantidades ya recuperadas a través de la decisión sobre las costas.

La ley española, por ejemplo, distingue el alcance de la responsabilidad en función de si existe negligencia o culpa (ver apartado 3.1). En el primer caso, el deudor no responde de los sucesos que no pudieron preverse y de los que, previstos, fueran inevitables (art. 1105 CC). Cabe cierta moderación en la responsabilidad según el deudor lo sea de buena fe o doloso (art. 1107): el de buena fe responde de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (causalidad —necesaria— y previsibilidad), con la posibilidad de moderación judicial (art. 1103 CC). El doloso responde de todos los

⁸¹ Hay quienes critican esta posibilidad de que una parte que obtiene una sentencia favorable en un país pueda después ser condenado por daños en otro. Sin embargo, es una consecuencia de la falta de normas uniformes sobre la validez de los acuerdos. Por lo tanto, la parte que incumple el acuerdo debe soportar el riesgo de sus acciones. JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 22-23.

daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.⁸²

Landon ha abordado esta cuestión y ha afirmado que, si se cumple los requisitos para otorgar daños y perjuicios, estos deben consistir en dejar al que ha sido demandado ante el juez en la misma situación en la que estaría si la parte contraria no hubiera iniciado dicho procedimiento.⁸³ Por ello, podrá solicitarse en el arbitraje cualquier costa o gasto en el que se hubiera incurrido al participar y defender su posición, salvo lo que ya hubiera recuperado si se condenó en costas en el proceso judicial a la otra parte. Puede recuperar también aquello en lo que él fue condenado. Del total hay que deducir los gastos que se pudo ahorrar con objeto de evitar duplicidad.

En el caso de que todavía esté pendiente el proceso judicial en el momento de dictarse el laudo, cabría que el tribunal arbitral ofreciese una tutela declarativa.⁸⁴

El mencionado autor comenta un caso de la CCI con sede en Suiza⁸⁵ en el que el tribunal arbitral adoptó una postura generosa. La ley aplicable era la inglesa y se concedieron al solicitante todos los gastos legales, costas y gastos judiciales en conexión con el arbitraje y con el procedimiento que se había incoado en Grecia incumpliendo el acuerdo arbitral. En concreto se concedieron:

⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., P. de Pablo CONTRERAS, M.^a A. PARRA LUCÁN, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ. *Op. cit.*, p. 205. Sin embargo, según estos autores, esta distinción es poco viable, ya que no se puede exigir al doloso que «responda de los daños no previsibles, y menos de los inevitables, por lo que la única diferencia es que, en el caso de buena fe, los tribunales, atendiendo a razones de equidad, cuando el daño, aun previsible, resulte mucho mayor del que razonablemente cabía prever» (daño exorbitante).

⁸³ Ver, también, JAROSLAVSKY, Pablo. *Op. cit.*, pp. 19-20.

⁸⁴ LANDON, TANYA & SABRINE SCHNYDER. *Op. cit.*, p. 11.

⁸⁵ Caso no publicado, pero su impugnación dio origen a la Decisión del Tribunal Supremo Suizo n.º 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013.

- Las costas y gastos en los que pudo razonablemente incurrir en defender las mismas pretensiones que se interpusieron en el arbitraje, en la medida en que dichos gastos no fueran saldados ya en las condenas establecidas por el tribunal griego.
- Cualquier condena por daños que el tribunal griego hubiera impuesto contra el ahora demandante (el que sufrió el incumplimiento de la cláusula).
- Cualquier condena en costas que se hubiera impuesto en Grecia en relación con las reclamaciones presentadas en el arbitraje.

De Benito ha añadido que no sólo se pueden recuperar las costas y gastos procesales, cabría reclamar también los demás daños que acreditadamente se hayan debido soportar por el incumplimiento: traslado al lugar del juicio, daño moral o a la imagen, pérdida de tiempo que provocará lucro cesante, pérdida de algún negocio, etc.⁸⁶

El alcance de la reparación todavía podría ser mayor en el caso de que en el tribunal no elegido no se concediese la declinatoria, en cuyo caso podrán pedirse las costas que se le impusieron u otras posibles condenas.

Es cierto que no siempre es fácil cuantificar y probar los daños. Ésta es, quizá, uno de los principales inconvenientes de esta acción.⁸⁷

⁸⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 163. Jaroslavsky añade que podrá recuperarse cualquier gasto en el que se haya incurrido para defenderse en el tribunal no elegido y que no se hayan podido aún recuperar por la vía de las costas ante dicho tribunal. Enumera, entre otros, los gastos de traducción de documentos, gastos de viajes y cualquier otra pérdida directamente causada por el incumplimiento del acuerdo arbitral.

⁸⁷ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, p. 158.

Se ha apuntado también la posibilidad de recuperar los intereses sobre las costas. En efecto, en algunos casos se ha permitido recuperar estos intereses como daños, conforme al derecho inglés.⁸⁸

En relación con el efecto que puede tener la imposición o no de costas en el proceso judicial que constituyó el incumplimiento, tiene interés lo afirmado por el Tribunal Supremo en el caso «USA Sogo»: «la decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento *ad-hoc*, en el que la estimación de la petición de costas por el Tribunal de los Estados Unidos de América no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada».⁸⁹

4.6. Algunos pronunciamientos de interés

No son numerosos los casos en los que se han concedido daños por incumplimiento del convenio arbitral. Por esta razón, suelen invocarse de forma analógica decisiones en las que se concedieron daños por incumplimiento de un acuerdo de elección de foro.

En España todavía no contamos con precedentes sobre demandas de responsabilidad contractual en relación con una cláusula arbitral, pero sí con una cláusula de jurisdicción. El más relevante es el ya mencionado caso USA Sogo.⁹⁰ En aquel caso, pese a existir un acuerdo de sumisión a los tribunales de Barcelona, la empresa española interpuso su demanda

⁸⁸ *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797, comentado por MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, p. 26. Es cierto que el caso hace referencia al incumplimiento de un acuerdo de jurisdicción, pero parece aplicable también a casos de incumplimiento del acuerdo arbitral.

⁸⁹ STS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) n.º 6/2009 de 12 enero 2009 (RJ\2009, 544), comentada por DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. *Op. cit.*, pp. 160-161.

⁹⁰ STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544); REDI, 2009, pp. 225-227, (con nota de S. Álvarez González). *Vid.* también, E. Torralba Mendiola, «Sentencia de 12 de enero de 2009: Responsabilidad civil contractual; daños y perjuicios: cláusula de

en Estados Unidos. La empresa estadounidense impugnó la competencia y venció. Posteriormente, acudió a los tribunales de Barcelona para reclamar los gastos en los que tuvo que incurrir en Estados Unidos.

La sentencia que resolvió el caso afirmó que incumplir la cláusula genera responsabilidad por incumplimiento contractual. No obstante, Gómez Jene matiza que, en el caso mencionado, hay dos circunstancias relevantes:

1. Al haberse interpuesto la demanda original en Estados Unidos, los honorarios de los abogados no podían reclamarse por el cauce de las costas procesales, tal y como se regulan en la ley procesal española.
2. Existía mala fe manifiesta en el demandante, pues el contrato se regía por derecho español y él intentó que se aplicasen los *punitive damages* del derecho estadounidense.

Para este autor no se puede deducir de la sentencia que el incumplimiento de una cláusula siempre sea un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual. En su opinión, para que tal responsabilidad pueda ser apreciada, deben concurrir una serie de circunstancias —no necesariamente de forma cumulativa—: 1) que el tribunal ante el que se presenta la demanda estime la declinatoria (aprecie la validez del convenio); 2) que los honorarios de los abogados no puedan reclamarse por el cauce de las costas; 3) y/o, cuando se aprecie mala fe del demandante (por ejemplo, buscando daños punitivos cuando no era aplicable el derecho de Estados Unidos).⁹¹

sumisión al derecho español y a tribunales españoles», CCJC, 2009, n.º 81, pp. 1189 y ss.; DE BENITO LLOPIS-LOMBART, Marco. *Op. cit.*, pp. 89-94.

⁹¹ GÓMEZ JENE, Miguel. «El convenio arbitral: *statu quo*». En *Cuadernos de derecho transnacional* (octubre 2017), vol. 9, n.º 2, pp. 37-38.

También en el Reino Unido se ha acudido a la analogía con las decisiones sobre daños en caso de incumplimiento de un acuerdo de elección de foro. Así, Michaelson analiza en qué medida pueden aplicarse los razonamientos del caso *Union Discount Co. Ltd vs. Union Cal Ltd*.⁹² Sostiene que los gastos se deben poder recuperar a través de una acción de indemnización: se han producido unos daños y éstos son consecuencia de un incumpliendo contractual. Señala que deben concurrir una serie de condiciones: 1) deben concederse en concepto de indemnización; 2) es preciso que la parte afectada pueda invocar una acción separada para la recuperación de los gastos judiciales; 3) para ello tendrá que demostrar que esos gastos judiciales son un resultado directo del incumplimiento de la cláusula y; 4) que son gastos razonables. El hecho de que se le hubieran concedido las costas en el proceso judicial no impide esta acción de indemnización, aunque habrá que descontar lo percibido.⁹³

En el Reino Unido también se han planteado demandas por incumplimiento del acuerdo arbitral. Uno de los primeros casos fue *Mantovani vs. Carapelli SpA*,⁹⁴ en el que se afirmó que, si una parte consigue demostrar que ha sufrido daños como consecuencia del incumplimiento de un acuerdo arbitral, éstos deben ser reparados. Posteriormente, se han suscitado casos análogos en los que también se ha admitido la acción por daños.⁹⁵

⁹² [2002] 1 W.L.R. 1517, también conocido como *Union Discount Co. Ltd. vs. Zoller and Others*. MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, p. 24.

⁹³ Michaelson, Justin & Gordon Blanke. *Op. cit.*, p. 27.

Este autor se refiere también a otros casos en los que se concedieron daños por incumplimiento de un acuerdo de elección de foro, como: *Donohue vs. Armco Inc.* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425 at 437; *Svendborg vs. Akar* [2003] EWHC 797.

⁹⁴ [1980] 1 Lloyd's Rep. 375.

⁹⁵ *Tracomín S.A. vs. Sudin Oil Seeds Co. Ltd.* [1983] 1 Lloyd's Rep. 560; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GmbH vs. Voest Alpine Intertrading GmbH*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279, CA; *Re Boodhoo*, [2007] EWCA Crim. 14; *A vs. B (Costs)*, [2007] EWHC 54 (Comm). Todos ellos comentados por MICHAELSON, Justin & Gordon BLANKE. *Op. cit.*, pp. 23-26.

En Suiza sí que podemos encontrar casos en los que se han concedido daños por el incumplimiento del convenio arbitral. En un caso reciente se reconoció implícitamente que el convenio arbitral genera derechos y obligaciones. En un laudo arbitral se condenó al litigante que había incumplido el acuerdo a pagar todos los gastos producidos a la contraparte como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales sobre la misma cuestión ante un tribunal extranjero en violación de un convenio arbitral válido. Este laudo ha sido confirmado —no anulado— por el Tribunal Federal Suizo.⁹⁶

En Estados Unidos existen numerosos pronunciamientos (a algunos de ellos nos hemos referido anteriormente) en los que se ha admitido la posibilidad de obtener resarcimiento por los daños derivados del incumplimiento de un acuerdo arbitral.⁹⁷

3. CONCLUSIONES

La posibilidad de reclamar daños por incumplimiento de un acuerdo arbitral, es una necesidad en el arbitraje internacional. La confianza en el acuerdo arbitral es vital para quienes se dedican al comercio internacional.

Aunque en la mayor parte de las jurisdicciones se reconoce el deber de remitir a las partes al arbitraje cuando el demandado interpone la declinatoria, llama la atención que sea tan frecuente que uno de los litigantes decida acudir a la jurisdicción ordinaria, en contra de lo

⁹⁶ TF 26 octubre 2015, 4_69/2015, *Bull ASA*, 2017, pp. 382-389. Comentado por GÓMEZ JENE, Miguel. *Op. cit.*, p. 38.

En apartados precedentes se han comentado las Decisiones del Tribunal Supremo Suizo 4A_444/2009 de 11 febrero 2010 y 4A_232/2013 de 30 septiembre 2013, en las que también se dio el visto bueno a laudos que concedieron daños.

⁹⁷ Pueden encontrarse las referencias, junto con otras inglesas y suizas, en BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 1305-1306. Recoge también un listado de decisiones en las que se denegaron los daños (BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 1306, nota 292).

acordado. En parte, se debe a la expectativa de que la otra parte pueda no interponer la declinatoria y se someta tácitamente al juez nacional. Pero, también puede ser porque en ocasiones fallan los mecanismos para hacer efectivo el acuerdo. Por ello es importante que las acciones de responsabilidad se acepten de forma generalizada para desincentivar comportamientos oportunistas.

Incluso, cuando se concede la declinatoria, aun cuando se conceden costas a favor del litigante inocente, puede tener lugar la acción por daños, dado que rara vez la compensación por la vía de las costas, es completa.

El tribunal arbitral debe ser el competente para conocer de las pretensiones de resarcimiento. En modo alguno puede invocarse la excepción de cosa juzgada, dado que la causa de la acción, es distinta.