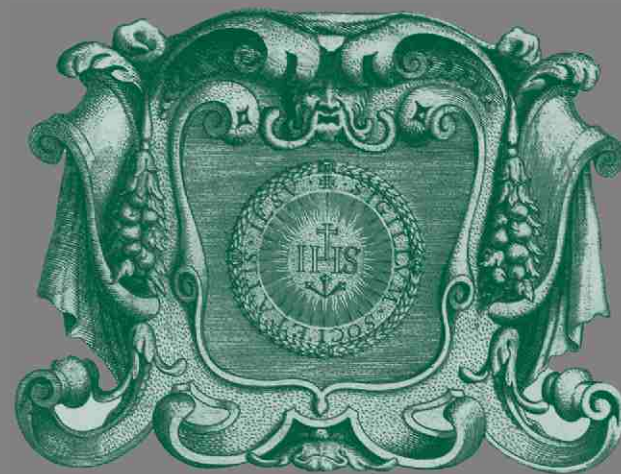




El Convenio Arbitral es la piedra angular del arbitraje. Recordemos que por medio del convenio arbitral las partes no sólo se obligan a someter sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral, sino que también renuncian al fuero de los tribunales judiciales.

Teniendo en cuenta la importancia del convenio arbitral, los practicantes del arbitraje deben tener presente que este acuerdo debe estar exento de defectos, pues su presencia podría generar la ineficacia del convenio o la obstaculización del proceso arbitral. Por ello, todo convenio debe ajustarse a cada negocio jurídico. Así, un convenio arbitral adecuado para un determinado contrato puede no ser apropiado para otro.

En este contexto, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE con el apoyo de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, dedican el primer y segundo tomo del *Tratado de Derecho Arbitral* al análisis de esta importante institución arbitral.



"Sello de la compañía de Jesús"



**Carlos Alberto
Soto Coaguila**
(Director)

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

El Convenio Arbitral

Tomo I



TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

Carlos Alberto Soto Coaguila
(Director)

El Convenio Arbitral Tomo I



COLECCIÓN ESTUDIOS

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR

ASISTENTES
RIDER ALI VERA MORENO
ESTEFANIA DEL PILAR IGLESIAS BOBADILLA

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

EL CONVENIO ARBITRAL

TOMO I



COLECCIÓN ESTUDIOS

COLECCIÓN ESTUDIOS N° 2

ISBN: 978-958-749-077-0

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

Coordinador Editorial
JAVIER CELIS GÓMEZ
Pontificia Universidad Javeriana

Grupo Editorial Ibañez
Bogotá - Colombia
Carrera 69 Bis No 36-20 sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 13 No 7-12
www.grupoeditorialibanez.com

Diagramación: Deissy A. Rodríguez

COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO

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

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

v.; 24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.
ISBN: 978-958-749-077-0

Vol. I. El Convenio Arbitral

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

CDD 345.72 ed. 15

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

ech.

Marzo 01 / 2011

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

Ley 23 de 1982

CONTENIDO GENERAL

PRESENTACIÓN

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

PRÓLOGOS

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

YVES DERAIS

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

TOMO I

ARGENTINA

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

FERNANDO AGUILAR

LAS CLÁUSULAS ‘ESCALONADAS’ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)

ROQUE J. CAIVANO

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

EMILIO J. CÁRDENAS

EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

CAROLINE KLEINER

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

FEDERICO GODOY

JUAN SONODA

EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA

OSVALDO J. MARZORATI

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO

IGNACIO J. MINORINI LIMA

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

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

JULIO CÉSAR CÓRDOBA

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

GUSTAVO PARODI

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

IGNACIO PÉREZ CORTÉS

MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JULIO CÉSAR RIVERA

CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

IGNACIO TORTEROLA

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

JOSEFINA CAMPOS L.

FELIPE OSSA G.

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

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ

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

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

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

ELINA MEREMINSKAYA

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

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

COLOMBIA

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

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO

EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

CAROLINA POSADA ISAACS

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

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ

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

LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA

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

EDUARDO ZULETA JARAMILLO

ECUADOR

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

XAVIER ANDRADE CADENA

BREVES REFLEXIONES SOBRE *EL “ARBITRAJE FAST TRACK”*

RODRIGO JIJÓN LETORT

JUAN MANUEL MARCHÁN

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ

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

ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ

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

ARMANDO SERRANO PUIG

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

JOSÉ MARÍA ALCANTARA GONZÁLEZ

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

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE

DAVID ARIAS LOZANO

FERNANDO BEDOYA

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

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

FAUSTINO CORDÓN MORENO

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

BERNARDO M. CREMADES

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

CARLOS DE LOS SANTOS
MARGARITA SOTO
VÍCTOR BONNÍN

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

ELISABETH DE NADAL
VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

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

CARLOS ESPLUGUES MOTA

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

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
ELENA ARTUCH IRIBERRI

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

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES

EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL

JULIO GONZÁLEZ-SORIA

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

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

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

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
MARTA CASADO ABARQUERO

EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS

TOMO II

ESPAÑA

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

RAÚL JIMÉNEZ

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO

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

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

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

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003

MANUEL OLIVENCIA

LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

PILAR PERALES VISCASILLAS

SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES

FERNANDO POMBO

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

M^a VICTORIA SÁNCHEZ POS

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

GONZALO STAMPA

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR

MIGUEL TEMBOURY REDONDO

ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

MIGUEL VIRGÓS

ESTADOS UNIDOS

EL ACUERDO ARBITRAL

OLIVER J. ARMAS

SALVADOR FONSECA

CARLOS E. MARTÍNEZ-BETANZOS

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

NIGEL BLACKABY

JEAN PAUL DECHAMPS

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

DAVID D. CARON

SETH SCHREIBERG

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

GEORGINA FABIAN

DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

ARIF HYDER ALI

ÉRICA FRANZETTI

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

RICHARD C. LORENZO

MARÍA EUGENIA RAMÍREZ

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

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

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

CRAIG S. MILES

SILVIA M. MARCHILI

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

NOIANA MARIGO

FRANCISCO ABRIANI

FRANCIA

HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

THOMAS CLAY

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

YVES DERAINS

STÉPHANIE REGIDOR

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

ALEXIS MOURRE

GUATEMALA

EL ACUERDO ARBITRAL

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL

INGLATERRA

EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS

CHRISTIAN LEATHLEY

ITALIA

EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

GIORGIO MEO

MÉXICO

EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE

CECILIA FLORES RUEDA

NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO

LUIS ENRIQUE GRAHAM TAPIA

EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS

CLAUS VON WOBESER

PANAMÁ

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

GILBERTO BOUTIN I.

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

MIRIAM GISELLE FIGUEROA DE ARIAS

PERÚ

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

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

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

JOSÉ CARLOS LLERENA ROBLES

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

NATALE AMPRIMO PLÁ

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

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

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

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

PORTUGAL

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

SOFIA MARTINS

JOÃO VILHENA VALÉRIO

PAULA ADREGA FLOR

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

PEDRO METELLO DE NÁPOLES

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

URUGUAY

EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

SANDRA GONZÁLEZ

FERNANDO GÓMEZ

VENEZUELA

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

RAMÓN J. ALVINS SANTI

PEDRO SAGHY CADENAS

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

ANDRÉS A. MEZGRAVIS

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

MARCELO RICIGLIANO CANTOS

DIANA C. DROULERS

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

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*)
ELENA ARTUCH IRIBERRI (**)

SUMARIO: 1. *Contenido y problemas del convenio arbitral.* 1.1. *Características del acuerdo de arbitraje.* 1.1.1. *Objeto.* 1.1.2. *Cláusula compromisoria y compromiso arbitral: persistencia de una distinción perturbadora.* 1.2. *Separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal.* 1.2.1. *Principio de separabilidad.* 1.2.2. *Repercusiones en el plano de la ley aplicable.* 1.3. *Alcance de la autonomía de la voluntad.* 1.3.1. *Determinación de la voluntad inequívoca.* 1.3.2. *Existencia de cláusulas imprecisas o contradictorias.* 1.4. *Competencia de los árbitros sobre su propia competencia.* 1.4.1. *Justificación de la potestad.* 1.4.2. *Momento procesal para efectuar el pronunciamiento y posibilidad de impugnación.* 2. *Problemas particulares de la cláusula arbitral.* 2.1. *Cláusulas patológicas.* 2.1.1. *Supuestos generadores de la patología.* 2.1.2. *Acción integradora por parte del juez.* 3. *Efecto negativo del convenio arbitral.* 3.1. *Alcance general del convenio arbitral.* 3.1.1. *Cláusula compromisoria y cláusula atributiva de competencia.* 3.1.2. *Eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales: situaciones en presencia.* 3.1.3. *El caso CCT / FCC.* 4. *Eficacia del convenio arbitral en España: el funcionamiento del artículo II CNY y la Ley de Arbitraje.* 4.1. *Elenco de materia a tratar.* 4.2. *Arbitrabilidad de la diferencia.* 4.3. *La voluntad de las partes en someterse a arbitraje.* 4.4. *Ámbito del convenio arbitral.* 4.4.1. *Contenido.* 4.4.2. *Forma.* 4.5. *Efectos del convenio arbitral internacional.* 4.5.1. *Positivos: obligación de someterse al arbitraje pactado.* 4.5.2. *Negativos: la excepción de incompetencia judicial.*

(*) Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

(**) Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

1. CONTENIDO Y PROBLEMAS DEL CONVENIO ARBITRAL

extendiéndose como una mancha de aceite en la legislación comparada³.

1.1. Características del acuerdo de arbitraje

La CNY ha sido, en efecto, un instrumento clave para la admisión del convenio arbitral en la inmensa mayoría de los sistemas estatales al establecerse en su artículo II.1 que cada Estado parte de este instrumento: “(...) reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. El propósito de este acuerdo es someter la solución de una determinada controversia a la decisión de árbitros, sustrayendo la misma del ámbito de jurisdicción de los tribunales ordinarios y la CNY facilita con carácter imperativo el cumplimiento de este propósito, al añadir el párrafo 3 del referido artículo II que “el tribunal (...) al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [de arbitraje], remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o

1.1.1. Objeto

Se ha afirmado con razón que el acuerdo de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; de aquí se sigue una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia¹. La propia sustancia del arbitraje y el soporte de la exclusión judicial reposan en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial. La expresión “acuerdo de arbitraje” es un apelativo relativamente reciente en tanto aparece citada, y luego difundida, en multitud de textos legales, a partir del artículo II CNY, con el intento evidente de unificar el tratamiento jurídico de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral² y esta regla ha sido recogida de modo expreso en el artículo 7.1 LMU

1 Cf. ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, pp. 28 y 44-46. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”. *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697-725. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Tratado de Arbitraje en América Latina*. Madrid, 2009, pp. 420 y ss.

2 La práctica que ha suscitado la aplicación de este precepto se incluye en el estudio de AGUILAR ÁLVAREZ, G. . “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 15, 2004, pp. 63-80.

3 V.gr., en la sección 7ª de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 se reconoce de modo expreso el carácter separable del acuerdo arbitral. Ello significa que la cláusula compromisoria que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo “independiente” de las estipulaciones del contrato. Consecuentemente, la nulidad, inexistencia o cualquier otra circunstancia extintiva que se opere sobre el contrato principal no necesariamente afectará la validez de la cláusula compromisoria.

inaplicable”. Así pues, basta con verificar que las partes pactaron someterse a arbitraje para que el juez deba remitirlas a tal procedimiento, sea en el Estado del foro o en el extranjero.

La eficacia de los convenios arbitrales, no sólo internacionales, que se vayan a desarrollar en un país se rige por el artículo II CNY. La Convención tiene un ámbito material de aplicación delimitado de acuerdo a un criterio territorial, el origen del laudo, al que añade una cláusula de cierre, en el artículo I, *in fine*: “Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Como quiera que, por razones de urgencia, la Convención no utilizó una delimitación similar para los acuerdos arbitrales cuya eficacia se trate de valorar a la luz del artículo II, es imprescindible el uso analógico del precepto. Dígase lo que se quiera, si un Estado reconoce que existen acuerdos arbitrales que no son extranjeros en virtud del criterio territorial, pero tampoco nacionales, nos encontraremos ante el supuesto del convenio arbitral internacional regido por el artículo II CNY. Es la interpretación que siguen muchos de los Estados que han ratificado la Convención, tanto en las leyes de adaptación como en la práctica judicial.

En una dirección similar, el artículo 7.1 LMU define el acuerdo de arbitraje como: “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas

las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. Y, a continuación añade que “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Como puede observarse el precepto habla de controversias que surjan al respecto de relaciones contractuales o no contractuales, con lo cual se deja la puerta abierta a una interpretación larga del arbitraje privado internacional y no únicamente comercial.

Esta definición está generalizada en los sistemas de arbitraje. En España

El objeto del convenio de arbitraje está referido a “una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” que haya surgido o que pueda surgir entre las partes (reiterado en el artículo 5.1 LMU). De esta definición pueden extraerse dos bloques de consecuencias.

i) Que la controversia debe poseer un contenido jurídico y ello diferencia la institución que estamos estudiando con el denominado “peritaje dirimente”, cuyo objeto es una mera cuestión de hecho; debe estarse, pues, a un conflicto de intereses cuya resolución pretende una concreta tutela jurídica⁴ y que verse sobre una materia arbitrable, en general, sobre una cuestión sobre la que las partes tengan el poder de libre disposición; por eso,

⁴ *Vid.*, por todos, L. DIEZ-PICAZO. “El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje”, *ADC*, 1954, pp. 1155-1173, esp., p. 1164.

la cuestión litigiosa puede tener origen contractual o no contractual: por ejemplo, el hecho de que una reclamación respecto de la cual, una parte pida la apertura de un arbitraje que se funde en un supuesto de responsabilidad extracontractual, no excluye la aplicación de las normas que estamos examinando.

ii) Que no es necesario que la controversia esté expresamente concretada, lo que no es óbice para que en el futuro pueda individualizarse de manera más detallada; basta, pues, que las partes fijen la relación jurídica, siendo superflua cualquier precisión en torno a las controversias concernidas: ello se reserva para las alegaciones que se formulen en la demanda o en la contestación a la demanda; sin embargo es frecuente observar que el acuerdo arbitral se pronuncie sobre una serie de extremos: si el arbitraje debe ser en equidad o en Derecho, si debe ser *ad hoc* o institucional y, en este último caso, cuál es el centro arbitral elegido, cuántos árbitros van a resolver la controversia, cuál será la sede para la realización de las actuaciones arbitrales, qué Derecho deberá aplicar el tribunal arbitral, etc. La definición contenida en el artículo 5.1 LMU se refiere a un conjunto de requisitos mínimos para la validez del convenio arbitral. Pero éste último no se limita, en muchos casos, a ser un compromiso entre las partes, por el cual, deciden someterse al arbitraje, sino que puede contener infinidad de cláusulas, plazos y condiciones, así como: las propias reglas del proceso arbitral, la clase de

arbitraje, si es nacional o internacional, de equidad o de Derecho, número de árbitros, formas de designación, renuncia expresa a la apelación o anulación, garantías y requisitos obligatorios para solicitar la anulación del laudo, facultades especiales para los árbitros, plazos específicos para laudo, o renuncia expresa a ciertos actos procesales.

Las leyes de arbitraje no establecen obligaciones respecto del convenio arbitral pero como requisitos mínimos deben individualizarse las partes en litigio, su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje y las concretas facultades que se confieren al árbitro o al tribunal arbitral; no imponen conscientemente la inclusión de más requisitos, pues la negativa de una de las partes a la inserción de uno de ellos en el convenio podría determinar la invalidez del mismo⁵. La competencia de los árbitros está limitada exclusivamente al asunto o asuntos expresamente sometidos a su conocimiento; es cierto que las partes pueden ampliar con posterioridad la competencia de los árbitros, pero para ello es necesario un acuerdo expreso; en ningún caso podrán extender su decisión a materias ajenas al compromiso, a pretexto de haber mediado consentimiento tácito de alguna de las partes.

Las especiales características del convenio arbitral permiten a cierto sector doctrinal afirmar una doble naturaleza material y procesal en este instrumento cuyo objeto, de contenido procesal, no suele suscitar especiales controversias; no

⁵ MATHEUS LÓPEZ, C.A. "The Arbitration Agreement in Peruvian Law". *Int'l Arb. L. Rev.* Vol. 7, Nº 6, 2004, pp. 200 y ss.; *id.*, "Introducción propedeutica al tratamiento del convenio arbitral en Derecho peruano". *Revista Latinoamericana de Medición y Arbitraje*. Vol. IV. Nº 1, 2004, pp. 35-49.

obstante, al ser fruto de la voluntad de las partes, que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) y le son aplicables las reglas generales sobre las obligaciones contractuales.

De lo dicho se desprende que el origen del convenio es la autonomía de la voluntad, entendida como “aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”⁶ pero su objeto es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir y ello únicamente puede realizarse con el concurso de normas de carácter adjetivo. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas puntualizan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. Pero esta distinción debe ser objeto de una mayor matización, pues existe un estricto distanciamiento entre efectos positivos, materiales y procesales, y efectos negativos, que solo poseen alcance procesal, pues procede tanto de su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, como de sus normas reguladoras. Mientras

los positivos pertenecen al estricto ámbito contractual, los negativos, esto es, la exclusión de la competencia judicial estatal para conocer de un determinado asunto caen, más tarde o más temprano, en la órbita procesal del Estado cuyos Tribunales de justicia pierden competencia. Y acaso sea ésta, a efectos prácticos, la situación que más trabas denota para el desarrollo de un procedimiento arbitral ágil y efectivo, señaladamente cuando una de las partes decide poner en práctica todas las prácticas dilatorias imaginables.

1.1.2. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral: persistencia de una distinción perturbadora

Siguiendo una tónica reiterada en el Derecho comparado, en varias legislaciones latinoamericanas se reconocía la tradicional distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. En tanto la primera contenía un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requería de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha disputa se originase, con lo cual, no era ejecutable automáticamente; la segunda, en cambio, se refería precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje. La cláusula compromisoria comporta un acuerdo individualizado inserto en un contrato, que debe realizarse con mucha cautela⁷, en virtud de la cual las partes deciden, en principio de forma abstracta,

⁶ DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Madrid. 1967, p. 12.

⁷ ONYEMA, E. “Drafting an Effective Arbitration Agreement in International Commercial Contracts”. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*. Vol. 7, Nº 2, 2002.

someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que pudieran surgir de esa relación jurídica⁸. A la inversa, el compromiso arbitral es autónomo y en el mismo quedan determinados los sujetos, el objeto y la causa. Ciertos Códigos Procesales condicionan la autosuficiencia de la cláusula compromisoria, exigiéndose además un acuerdo complementario, el compromiso arbitral para poner en marcha el proceso correspondiente. Si esto es así, la ausencia de cumplimentación de esta exigencia podría dar lugar a un contencioso judicial que debería ser resuelto a partir de lo dispuesto en propia cláusula compromisoria si esta realiza una referencia precisa a un determinado arbitraje *ad hoc* o a una institución arbitral.

La distinción admite también otras expresiones, como la de “acuerdo preliminar” y “acuerdo definitivo”; el primero, anterior al segundo, se limita a prever la existencia de litigios futuros, determinando de manera genérica el objeto del arbitraje y no se agota en un único juicio, subsistiendo en tanto se mantenga la posibilidad de que aparezcan litigios futuros; y se establece cuando las partes aún no conocen contenido exacto del litigio⁹. El acuerdo definitivo ya considera al conflicto concreto y se extingue cuando la específica controversia quede solucionada. Ciertas legislaciones aún mantienen la exigencia

del compromiso arbitral y cuando el conflicto efectivamente se produce, es preciso celebrar un nuevo acuerdo de voluntades que complemente la cláusula compromisoria y la haga operativa.

Ante esta situación la gran mayoría de los sistemas siguiendo la LMU, han llegado a una acertada solución simplificando la forma y contenido del convenio arbitral y reconociendo expresamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral respecto del acuerdo o contrato del cual forma parte. La consecuencia no ha sido otra que la admisión de que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria poseen unos mismos efectos para la puesta en marcha del arbitraje¹⁰, con el consiguiente desplazamiento del sistema dual, sin perjuicio de que alguna de las partes alegue la inexistencia o nulidad del convenio arbitral o la incompetencia del árbitro ante dicha sede judicial. Con estos datos el juez al que se le someta un litigio sobre el que gravite un convenio de arbitraje tiene el deber de remitir a las partes al procedimiento arbitral siempre que una de ellas lo solicite a menos que compruebe fehacientemente que el referido acuerdo es nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Y, con carácter complementario, aunque se le plantee una acción de nulidad contra el acuerdo, el juez no podrá impedir el normal desarrollo del procedimiento

⁸ En relación con el sistema italiano inserto en el artículo 808 *c.p.c.* *vid.* G. RUFFINI. “La nozione di clausola compromissoria”. *Riv. arb.* Vol. XIV, 2004, pp. 417-430.

⁹ Resultando imprudente “amedrentar a las partes con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias del arbitraje meramente probable en esos momentos” (Cf. H. Briseño Sierra, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Vol. 15, 1962, pp. 19-57).

¹⁰ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidadde Navarra)*. Vol. II, 1975, p. 13.

arbitral; aunque siga conservando el ejercicio de cierta competencia residual que puede ejercitar negándose, por ejemplo, a conceder una suspensión si llega a la conclusión de que una de las partes nombradas en el procedimiento no es parte en el acuerdo de arbitraje, la controversia de que se trata entra en los términos del acuerdo de arbitraje o si la aplicación es extemporánea¹¹.

Aun cuando en la actualidad no concurre justificación alguna para mantener la diferencia, básicamente porque su supresión elimina de raíz frecuentes discusiones en torno a la interpretación y validez de la convención arbitral, son todavía numerosos los sistemas que mantienen la tradicional distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral que trasciende de un marco de aplicación de contenido cronológico, pues la cláusula compromisoria suele ser regulada con menos exigencias que el compromiso de arbitraje.

1.2. Separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal

1.2.1. Principio de separabilidad

Resulta habitual que los contratos sean el fruto de una negociación ardua y sostenida en el tiempo, con intervención directa de los representantes de quienes contratan y redactan su texto con el debido asesoramiento técnico, de modo

que la negociación es libre y el convenio arbitral es pactado en plano de igualdad entre las partes. El carácter autónomo del convenio arbitral está por lo general establecido en la generalidad de los sistemas jurídicos a partir de lo dispuesto en la LMU en el sentido de que “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato” (artículo 16.1); de esta suerte la validez del acuerdo de arbitraje no podrá ser impugnada sobre la base de que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido.

Aún subsisten diferencias significativas pues, pese a la adhesión generalizada a este postulado, es frecuente observar discrepancias en torno a su alcance y a su aplicación. Es más, el convenio arbitral no precisa aparecer en el mismo contrato al que puede verse aplicado, al menos en todos aquellos casos en que pueda inferirse que existió una voluntad común y relacionada de pactar diversos negocios jurídicos. Nada ilustra con mayor claridad que el Laudo CCI N° 7626 de 1995 donde los árbitros se suscitaron, precisamente, el enjuiciamiento de varios pactos suscritos entre las partes con muy diferente finalidad, llegando a la conclusión de que debían enjuiciarlos individualmente en el afán de determinar la intención de las partes al acordar cada uno de ellos en relación con los demás para determinar sus vínculos y sus consecuencias. Es habitual que

¹¹ *British Columbia Court of Appeal*, de 10 de marzo de 1992 (*Gulf Canada Resources Ltd. / Arochem International Ltd.*). http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/abstracts.html, caso N° 16.

los árbitros procedan a una evaluación conjunta de las relaciones comerciales generadas entre las partes cuando éstas se encuentran vinculadas por medio de contratos relacionados entre sí, para comprobar, en cada supuesto concreto, si el convenio arbitral ha circulado por la posible cadena contractual¹².

Si tal vinculación tiene probabilidad de existir, el convenio arbitral debe considerarse aplicable, precisamente, a la determinación de la intensidad con que aparece el vínculo, a los fines de poder establecer las consecuencias exactas de su eventual nulidad; al fin y al cabo es una función que incumbe al tribunal arbitral, sin que ello, suponga la extensión de la competencia atribuida por las partes, pues está obligado a solucionar esta duda razonable, vistas las alegaciones efectuadas y practicada la prueba, por afectar sustancialmente a la cuestión de fondo suscitada. Dicho en otros términos, la necesidad de dar solución de fondo, de acuerdo con la previsión de las partes en el convenio arbitral, requiere que su respuesta definitiva a la relación entre los distintos negocios jurídicos establecidos entre ellas.

La práctica arbitral pone de relieve con mucha frecuencia que el demandado en diligencias arbitrales afirme que el contrato que contiene la cláusula arbitral es nulo y, a partir de esta nulidad, sería también nula la cláusula compromisoria. La aceptación de este razonamiento implicaría, ni más

ni menos, la evasión por la parte renuente de su obligación de acudir al arbitraje y la necesidad de que el demandante instase a los tribunales ordinarios para confirmar la validez del contrato, involucrándolos en la determinación del fondo de una controversia arbitral¹³. Esto es, un pleito judicial previo al inicio de un pleito arbitral.

La nulidad del llamado contrato principal y la validez del convenio arbitral no plantea problema alguno cuando su objeto verse sobre relaciones jurídicas que no sean nulas, pero cuando su único objeto es la relación jurídica nula, según una posición muy extendida, la controversia a decidir por el árbitro no puede surgir de la nada, de la inexistencia de lo que carece de efectos jurídico. Este planteamiento está siendo superado por aquellas posiciones que entienden que los razonamientos puramente formales son a veces engañosos y así se puede afirmar que un contrato nulo sí tiene efectos jurídicos, no sólo los de generar un pleito judicial, o un arbitraje, sino la restitución de las prestaciones, o los daños y perjuicios correspondientes por culpa *in contrahendo*, es decir, la culpa por la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo.

Nos hallamos en esta materia ante la acción del denominado “principio de separabilidad” que implica que el convenio

¹² Laudo N° 60/1980 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía, *Yearbook Comm. Arb'n*, Vol. XII, 1987, pp. 84.

¹³ JALILI, M. “Kompetenz-Kompetenz. Recent US and UK Developments”, *J. Int'l Arb.* Vol. 13, N° 4, 1996, pp. 169 y ss.

arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas. Esta separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias¹⁴. Según parece, si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de diciembre de 1988¹⁵ declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado en vigor entendiendo que la controversia que oponía a las partes se relacionaba, precisamente, con su conclusión. La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta. Como es lógico, la nulidad del contrato no significa *per se* la

del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral.

Los contenciosos derivados de los acuerdos para-sociales son especialmente proclives a estas cuestiones. Resulta evidente que la autonomía jurídica sustancial del convenio arbitral entraña que aunque se determine, por ejemplo, la caducidad de un pacto de sindicación, el convenio persiste, precisamente, para llegar a determinar el grado de exigibilidad y cumplimiento y, en su caso, fijar sus consecuencias para las partes en litigio. Las causas que pudieran afectar a la pervivencia del pacto de sindicación no son susceptibles de afectar al convenio arbitral, pues la valoración de si la referida caducidad por abandono mutuo y consciente ha concurrido es esencialmente la razón de ser de la previsión de arbitraje; no es dable pretender que la causa que motiva el arbitraje, esto es, cualquier irregularidad en la ejecución o interpretación del pacto, suponga la desaparición del convenio¹⁶. Tal razonamiento conduciría inexorablemente a la ineficacia de un sinnúmero de arbitrajes.

Concurren divergencias sustanciales en cuanto al alcance de la auto-

¹⁴ SERAGLINI, Ch. En: *Droit du commerce international* (J. BÉGUIN y M. MENJUNCO, dirs.) París, 2005, pp. 878-881; J. KLEINHEISTERAMP. *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pp. 130-133.

¹⁵ *Rev. arb.*, 1989, p. 641.

¹⁶ Laudo CCI N° 6519/1991. *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065 ss; y arbitraje *ad hoc Elf Aquitaine Iran / National Iranian Oil Co* (1982). *Yearbook Comm. Arb'n*, 1986, pp. 97 y ss. y 102 y ss.

nomía del convenio arbitral y algunos autores prefieren utilizar el término de “separabilidad” por considerar que si la suerte de la cláusula compromisoria puede dissociarse de la correspondiente del contrato cuando poderosas razones así lo aconsejen, no se produce en todos los casos; por ejemplo en la cesión de contratos o en la cesión de créditos se extiende por lo general a la cláusula compromisoria que incluyen, pero la nulidad que puede afectar al contrato no deja indemne en todos los casos a la cláusula compromisoria; debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad y esta operación ni es automática ni sencilla. Y a esto hay que oponer que la utilización del término “autonomía” podría hacer pensar que la cláusula compromisoria es siempre válida cualquiera que sea la causa de la nulidad que afecte al contrato en el que está inserto. No se trata de negar las bondades de la separabilidad, pero de ahí a establecer el carácter inmutable de la autonomía hay un largo trecho¹⁷.

La autonomía propugnada no significa desconexión respecto de contrato principal, sin embargo, como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece en verdad, el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualquiera

que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto¹⁸; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Teniendo muy en cuenta las anteriores reservas, que se vinculan a la admisión del *depeçage* en la contratación internacional, no hay inconveniente en admitir que, *prima facie*, las controversias nacidas de un contrato extinguido, pero que tengan su origen en él, puedan ser sometidas al juicio de árbitros previsto en la cláusula compromisoria que contenía¹⁹. No obstante la discusión principal se centra en el siguiente interrogante: ¿una cláusula compromisoria debe quedar comprendida en la eventual nulidad del contrato que la contiene? Una respuesta simplista se inclina hacia una respuesta afirmativa en el sentido de que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal y así lo ha entendido una jurisprudencia muy copiosa que hoy día ha cambiado de orientación debido a las necesidades del comercio y, más precisamente, del comercio internacional. Precedentes de tal actitud no faltan, sobre todo cuando entra en juego el orden público; tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU de 21 de febrero de 2006 (*Buckeye Check Casting, Inc. / Jhon Cardegna e Donna Reuter*), que abrió una peligrosa puerta al afirmar una separabilidad que había ido afirmada en la jurisprudencia anterior²⁰.

¹⁷ MAYER, P. “Les limites de la séparation de la clause compromissoire”. *Rev. arb.*, 1998, pp. 359-268.

¹⁸ VIRGÓS SORIANO, M. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, Nº 14, 2006, pp. 13-28.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M^a P. “El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988”. *RCEA*. Vol. V, 1988-89, p. 76.

²⁰ *Vid.* la nota de A. ATTERITANO. “La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell’ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale”. *Riv. arb.* Vol. XVI, 2006, pp. 522-529.

Contra esta actitud, aclara la situación actual que cada vez son más los que sostienen con mayor determinación la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal aunque existen determinadas inflexiones. Como pusiera de relieve el Laudo CCI N° 1.526, es una regla admitida generalmente en el arbitraje comercial internacional la establecida por la *Cour de Cassation* francesa según la cual la cláusula compromisoria inserta en un contrato o establecida en un acuerdo por separado “tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica”, descartándose que pueda verse afectada por una posible invalidez de dicho contrato²¹. La jurisprudencia de referencia arranca, en materia internacional de una Sentencia de 7 de mayo de 1963 (*Gosset*)²². El problema planteado era si un árbitro designado en virtud de una cláusula compromisoria podía conocer del litigio a pesar de la eventual nulidad del contrato principal o si, a la inversa, el tema concernía de manera exclusiva a la jurisdicción estatal. La *Cour de cassation* optó por la primera hipótesis reafirmando el principio la autonomía de la cláusula compromisoria pese a la ineficacia del acto jurídico donde estaba inserta y, como es comprensible, entendió que la eventual nulidad del contrato principal no arrastraba a la cláusula compromisoria. Con ello se evita, debemos insistir en este extremo, que uno de los litigantes por

medio de maniobras inequívocamente dilatorias alegue con éxito la nulidad de la cláusula a partir de una acción de nulidad del contrato que la incluye.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de las competencias de los árbitros para resolver una determinada 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 compromisoria podría, esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal²³. Si esto es así 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. Como pusiera de relieve el árbitro único P. LALIVE: “resulta superfluo subrayar la naturaleza independiente de la cláusula arbitral y el hecho que la naturaleza de la convención arbitral no cambia por el hecho de que esté sea insertado en un contrato que tenga un objeto diverso (...), en vez de en un compromiso separado”²⁴.

²¹ *Journ. dr. int.*, 1974, p. 915.

²² *Cour de Cassation 1^{ère} civ. Rev. arb.*, 1963, p. 60 y nota de Ph. Francescakis; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615 y nota de H. Motulsky; *Journ. dr. int.*, 1964, p. 83 y nota de J.-D. Bredin.

²³ GRIGERA NAÓN, H. “La autonomía del acuerdo arbitral”. *La Ley* (Buenos Aires), 1989-D, 1109.

²⁴ Laudo preliminar CCI N° 1512, de 17 de diciembre de 1967 (*Dalmia Dairy Industries Ltd. / National Bank of Pakinstan*”).

Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en el comercio internacional pueden producir determinados efectos que deben ser regulados necesariamente²⁵. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente. Este principio es hoy generalmente admitido en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales, aunque de manera quizá menos explícita²⁶.

La pregunta primaria se vincula al presente a los denominados contratos de tráfico de influencias llamados también

contratos de corrupción donde, por ejemplo, un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial, aunque el auténtico compromiso de este “asesor-representante” consiste en facilitarle el contacto con las autoridades internas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho²⁷. A ello se refiere el supuesto abordado por el Laudo CCI N° 1110 donde una empresa extranjera se negaba a remunerar a su ‘representante’ argentino, alegando el objeto ilícito del contrato y el árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de “los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza”. Sostuvo que “los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales”²⁸.

²⁵ Como determinó el árbitro B. GOLDMAND en el laudo *ad hoc* de 14 de enero de 1982, *Elf Aquitaine / National Iranian Oil Co.*, *Yearbook Comm. Arb'n*. Vol. XI, 1986, pp. 97-105, procede al arbitraje aunque el contrato fuera nulo y sin efectos. Precisamente lo necesario en ese momento era determinar las responsabilidades y consecuencias de la referida nulidad.

²⁶ Artículo 16.1º LMU; artículo 178.3 LDIP suiza; artículo 22.1 LA/2003; en otros casos, la formulación del principio ha tenido una fuente esencialmente jurisprudencial. En el caso francés la *Cour de Cassation (1º Ch. Civ.)* de 7 de mayo de 1963, *Carapelli / Gosset*, *Journ. dr. int.* 1964, p. 82 formuló claramente el principio. En los EE UU: Tribunal Supremo, *Prima Paint Corp. / Flood & Comkin Mfg.* 38 US, 1967, p. 395 y comentario de R. Coulson. “Prima Paint: an Arbitration Milestone”. *The Arbitration Journal*, 1967, pp. 237 y ss.; en Alemania, *Landgericht* de Hamburgo de 16 de marzo de 1977, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1978, p. 274.

²⁷ CREMADES, B.Mª y CAIRNS, D. “Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators”, *Disp. Res. J.* Vol. 58, 2003/2004, pp. 76-85.

²⁸ Vid. MAYER, P. “La règle morale dans l'arbitrage international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 379 y ss.; FADLALLAH, I. “L'ordre public dans les sentences arbitrales”, *R. des C.*, t. 249, 1994-V, pp. 373 y ss.; Hanotiau, B. “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 958.

1.2.2. Repercusiones en el plano de la ley aplicable

Esta doctrina considera, de manera más gráfica, que esta cláusula no es otra cosa que un “contrato dentro de otro contrato”²⁹; dicho en otros términos, la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes. De suerte que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes. 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 jurídico³⁰.

Pues bien, esta autonomía funcional llevó como consecuencia a la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. Son reflejo de

ella las normas de conflicto clásicas en la materia, que intentan conectar el convenio arbitral a un ordenamiento nacional. Es el caso del artículo 6º CG o del artículo V.1 CNY. Pero aún así ambas normas de conflicto, que someten el convenio arbitral a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje, muy pronto empezaron a mostrar deficiencias, más que por su imperfección, por su general inaplicación³¹. Lo cierto es que la elección del Derecho aplicable al convenio no es en absoluto usual; pero además, la conexión con la sede del arbitraje tampoco es real. Puede que el procedimiento arbitral, por razones prácticas, entre en contacto con el Derecho de la sede del arbitraje, pero el convenio arbitral, que es previo e independiente, no guarda relación alguna con él. Pero estas razones, por sí solas, no justificaban los desarrollos posteriores y el abandono de la técnica conflictual. Para llegar a un pronunciamiento como el recaído en el asunto *Dalico*³² fue necesario algo más que una imperfecta técnica de localización.

El control de los aspectos sustanciales del convenio arbitral se incluyen en el artículo V.1 a) CNY, no existiendo obstáculo a partir de tal precepto para que el contrato principal y el referido

²⁹ Esta jurisprudencia está confirmada en Francia por dos importantes decisiones: *Cour de cassation, Civ., 2ª*, Sentencia de 4 de abril de 2002 (*S.A. Barbot SM / Société Bouygues Bâtiments et autres*); *Cour de cassation, Com.*, Sentencia de 9 de abril de 2002 (*Toulousey / SNC Philam*).

³⁰ Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. “Sobre el convenio de arbitraje (...)”. *Loc. cit.*, p. 28. Vid. KLEIN, F.E. “Du caractère autonome de la clause compromissoire, netamment en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552.

³¹ Básicamente, reconociendo un papel residual al método conflictual. Vid. J. Robert, *L’arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, Dalloz, 1993., pp. 267 y ss.

³² *Cour de cassation francesa*, 20 de diciembre de 1993, *loc. cit.*

convenio se sometían a leyes distintas y, en caso de nulidad del primero, sus efectos no se extienden al segundo. El argumento ha sido polémico en la doctrina pero la práctica arbitral ha dado una respuesta contundente a este tema. Resulta ilustrativa al respecto el Laudo CCI N° 5485, de 18 de agosto de 1987. Ante una controversia que oponía a una empresa de las islas Bermudas y a una otra española, se entendió que la autonomía de la cláusula de arbitraje debía reconocerse en el arbitraje comercial internacional. Según dispone el Tribunal:

“La autonomía de la cláusula compromisoria ha sido reconocida desde antes como un principio general del arbitraje comercial internacional, desde el punto de vista del conflicto de leyes [la ley aplicable a la cláusula compromisoria puede ser diferente de la ley aplicable al contrato; vid., por ejemplo, artículo V.1. a) de la CNY, artículo VI.2. c) del Convenio de Ginebra de 1961, el laudo de la CCI en el caso N° 4131 de 1982 o el laudo provisional de la CCI de 23 de septiembre de 1982 en el caso Dow Chemical / Isovert-Saint Gobain], así como desde el punto de vista material (la nulidad del contrato no implica necesariamente la nulidad de la cláusula de arbitraje; vid., por ejemplo, el artículo V.3 del Convenio de Ginebra de 1961 y el artículo 8.4 del Reglamento de arbitraje de la CCI [de 1975], así como los laudos arbitrales de la CCI en los casos núms. 1.526, de 1968, o 2.476 de 1976) [...]. Además, la autonomía de la cláusula compromisoria ha sido también reconocida en el

Derecho español: Gullón, Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, señala que si la cláusula está incluida en un contrato, ‘pese a su dependencia formal, la cláusula compromisoria es independiente per se’ (p. 411); GONZÁLEZ CAMPOS, ‘Sobre el convenio de arbitraje...’, loc. cit., en el Derecho internacional privado español’, Anuario de Derecho Internacional, 1975, II, p. 39, también sostiene esta posición, que es ampliamente aceptada hoy. Las partes no han afirmado nada en contra, y el TS *español incluso ha admitido el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria en su Auto de 17 de junio de 1983 [...]. Ni la Convención de Nueva York, ratificada por España, ni el Tratado hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y judiciales y documentos auténticos en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 y también ratificado por España, permiten negar la validez de la cláusula compromisoria*”³³.

1.3. Alcance de la autonomía de la voluntad

1.3.1. Determinación de la voluntad inequívoca

Constituyendo el convenio arbitral la pieza maestra de la institución arbitral, éste se basa por entero en el principio de autonomía de la voluntad de las partes³⁴. Este principio, por lo común es aceptado

³³ *Yearbook Comm. Arb'n.* Vol. XIV, 1989, pp. 156-176; *RCEA.* Vol. V. 1988-89, pp. 367-372.

³⁴ Una autonomía que en la práctica arbitral no está exenta de limitaciones. Vid. C. Chatterjee, “The Reality of the Party Autonomy Rule in International Arbitration”. *J. Int'l Arb.* Vol. 20, N° 6, 2003, pp. 539-560.

en todas las legislaciones estatales. La determinación del contenido de la voluntad de las partes ha de ser interpretado de manera restrictiva en el sentido de que no debe quedar duda alguna en torno a la intención de las partes de someterse al procedimiento arbitral; de aquí se sigue que la cláusula compromisoria no puede oponerse a otras en las que se deduzca una inequívoca intención contraria de las partes.

En caso de que el acuerdo arbitral haya sido firmado por un representante deben verificarse los poderes de éste para obligar a su representado³⁵. Si resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que, tras formular la excepción de arbitraje, pueda oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto contestando a la demanda, sin que ello, suponga una renuncia tácita al arbitraje, constituyendo una medida de prudencia razonable para el supuesto de desestimación de la excepción, y acorde con el derecho a la defensa y a la contradicción de los que podría resultar privado el demandado que desease exigir el cumplimiento del convenio arbitral.

Si nos retrotraemos al momento concreto en que las partes suscriben la cláusula arbitral es fácil comprobar que la predisposición que les anima no es, antes al contrario, proclive al distanciamiento: no existe, *prima facie*, un ambiente de

confrontación; la introducción en el contrato de dicha cláusula, como las restantes, está caracterizada por un afán de que el contrato se cumpla sin necesidad de promover una controversia.

El arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes de someterse a este procedimiento de arreglo de controversias. Tan pronto como las partes insertan una cláusula de arbitraje en un contrato existe una conjetura de que su intención ha sido la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en la misma³⁶. Dicha elección no los priva en modo alguno de las garantías que les ofrece la organización de la justicia estatal, sino que dichas garantías son reemplazadas por otras; por eso la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición *sine qua nom* para que los árbitros se sientan dotados de competencia plena para resolver la controversia³⁷. En la indagación de esa voluntad inequívoca debe tenerse en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro debe ser muy estricta, lo que se reitera en numerosa práctica arbitral³⁸.

Ahora bien, cuando se produce el conflicto y es necesario recurrir al arbitraje, la puesta en marcha del convenio arbitral pactado muestra una extraordinaria

³⁵ DEVAUD, P. "La convention d'arbitrage signée par le représentant sans pouvoirs". *Bol. ASA*. Vol. 23. Nº 1, 2005, pp. 2-21.

³⁶ Laudo CCI Nº 2.321.

³⁷ DERAIS, Y. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Madrid, 1985, p. 127.

³⁸ Laudo CCI Nº 2.138.

complejidad pues el ambiente anteriormente descrito cambia radicalmente apareciendo intereses encontrados, opuestos, y probablemente medie hasta desconfianza entre las partes. No resulta infrecuente, que alguna de las partes se niegue a someterse al arbitraje, pese a constar así en un convenio arbitral, o que habiéndose sometido a él, posteriormente no esté dispuesta a ejecutar el laudo arbitral, en tanto no le beneficie. Las páginas siguientes darán cuenta de este cambio de actitud que suministra una extraordinaria conflictividad, esta vez trasladada al terreno de la jurisdicción estatal.

1.3.2. Existencia de cláusulas imprecisas o contradictorias

La determinación de la voluntad inequívoca de las partes puede complicarse cuando en el contrato se han insertado cláusulas al amparo de una legislación anterior, o en el mismo se han incorporado cláusulas contradictorias. El primer supuesto es muy habitualmente abarcado, como regla general, a todos los convenios de arbitraje celebrados previamente a una nueva legislación en la materia y la respuesta generalizada es el carácter irretroactivo de las nuevas disposiciones sobre dicho convenio arbitral.

1.4. Competencia de los árbitros sobre su propia competencia

1.4.1. Justificación de la potestad

El poder de los árbitros para definir su propia competencia es ampliamente

reconocido en todos los sistemas de arbitraje; no obstante, pese a la aceptación de este postulado como regla de base las leyes nacionales reflejan una cierta diversidad, sobre todo en lo que concierne al momento en que debe efectuarse el oportuno control del juez estatal sobre tal decisión arbitral, cuya justificación última es el propio desarrollo del proceso arbitral, libre de interferencias exteriores. Resulta imposible que el árbitro desempeñe la labor encomendada por las partes, si no dispone de una facultad para verificar la legalidad de su actuación en el concreto procedimiento que debe conocer. El denominado principio “competencia-competencia” se configura, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del Derecho arbitral³⁹, por lo que es menester estudiar ambos de manera conjunta. Más concretamente, si el efecto peculiar del convenio arbitral consiste en dotar de competencia a los árbitros para resolver la controversia negando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria debe reconocerse a los árbitros la potestad para que, por sí mismos, o a solicitud de una de las partes, determinen a modo previo o, en ocasiones, en el momento de decidir el fondo del asunto, el título por el que intervienen en la controversia y el alcance de sus atribuciones.

En el contexto indicado el artículo 16.1 LMU adopta el principio denominado “competencia-competencia” según el cual, el tribunal arbitral puede decidir acerca

³⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, F. “El principio compétence-compétence revisitado”. *RCEA*, Vol. XXII, 2007, pp. 63-84.

de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. No obstante, dicha competencia sobre el fundamento mismo del mandato de los árbitros y de sus atribuciones, está sometida a la supervisión judicial. En caso de que el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declare competente se establece la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo (artículo 16.3 LMU); ahora bien, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial. En los casos menos frecuentes en que el tribunal arbitral combina su decisión acerca de la competencia con un laudo sobre el fondo, podrá recurrirse a la revisión judicial de la cuestión de la competencia con ocasión de la acción de nulidad, prevista en el artículo 34, o en el procedimiento de ejecución, previsto en el artículo 36.

El principio de la competencia-competencia parte de la base de que no existe un recelo previo acerca de los árbitros y de que éstos están suficientemente capacitados para alcanzar una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad. Es un postulado muy próximo al de la arbitrabilidad de

la concreta controversia sujeto al control ulterior de las jurisdicciones estatales⁴⁰.

De igual manera, el reconocimiento del principio “competencia-competencia” es consustancial en las reglamentaciones de los Centros de arbitraje. El artículo 6.2 Regl. CCI dispone que:

“Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5º, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida prima facie de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al tribunal arbitral tomar la decisión sobre su propia competencia (...)”.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional que los árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición *sine qua non* para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios. La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”⁴¹. Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese

⁴⁰ Sobre esta cuestión, con referencia al sistema italiano de arbitraje introducido en 2005, Vid. F.P. LUISO. “Rapporti fra arbitro e giudice”. *Riv. arb.* Vol. XV, 2005, pp. 773-791.

⁴¹ Cf. Ph. FOUCHARD. *L'arbitrage commercial international*. París, 1965, p. 144.

pronunciarse sobre el fondo⁴². La Corte de Arbitraje de la CCI ha afirmado al respecto: “que no habiéndose discutido la presencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la CCI, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3 del Reglamento de la CCI, proveer sobre su propia competencia”⁴³ y que “es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”⁴⁴.

La jurisprudencia arbitral apunta, sin embargo, hacia una interpretación restrictiva por parte de los árbitros para determinar su propia competencia. De acuerdo con la jurisprudencia arbitral de la CCI:

“(…) en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenderse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente (...). La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto”⁴⁵.

1.4.2. Momento procesal para efectuar el pronunciamiento y posibilidad de impugnación

El tribunal arbitral puede elegir resolver la interrogante que estamos examinando como cuestión de previo pronunciamiento o bien dejando su resolución para el laudo final. Según dispone el artículo 16.4º LMU el tribunal arbitral podrá acerca de las excepciones de incompetencia del tribunal arbitral y de exceso de su mandato como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente, conforme al artículo 6º, que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo. Si el Tribunal decide resolver la cuestión de forma autónoma se inicia un trámite incidental que suele concluir con un laudo interlocutorio, en el que, si se decide la incompetencia la repercusión en el procedimiento principal es decisiva, planteando con frecuencia ciertos interrogantes respecto a la imposibilidad de continuar el arbitraje y el momento de ejercitar la eventual acción de anulación por la parte disconforme. En cambio, si decide que es competente el proceso principal continúa en la fase en que se

⁴² Cf. Y. DERAINS. *Jurisprudencia arbitral... Op. Cit.*; p. 51.

⁴³ Laudo CCI N° 1507.

⁴⁴ Laudo CCI N° 1526.

⁴⁵ Laudo CCI, N° 4392.

inició el incidente procesal. Lo cierto es que cuando el tribunal adopte una decisión desestimatoria de su competencia, tanto en el trámite incidental como en el laudo final tal proceder podrá ser objeto de impugnación ante los tribunales de justicia por medio de la acción de anulación. Corresponde, pues, a los árbitros decidir la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

La decisión que adopten los árbitros en relación con su competencia para dirimir un determinado litigio no es susceptible, como regla general, de impugnación directa ante los tribunales de justicia, reservándose esta cuestión para el pertinente trámite de anulación del laudo en caso de que la respuesta sea positiva. La jurisprudencia constitucional peruana reitera la competencia de los árbitros, resaltando la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY) la gran importancia práctica que reviste el postulado de la *kompetenz-kompetenz* previsto en el artículo 39° LA Pe. que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio⁴⁶. De

acuerdo con esta decisión, el referido principio posee una gran importancia práctica:

“(…) a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”.

Y también ha precisado que no es verosímil recurrir en amparo la decisión del tribunal arbitral si previamente no se ha sustanciado la correspondiente acción de anulación ante la justicia ordinaria; concretamente la Resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, de 9 de junio de 2006 (*Compañía de Exploraciones Algamarca, S.A. / Compañía Minera Algamarca, S.A. y otros*), precisó que:

“(…) para cuestionar la competencia de los árbitros, será preciso agotar los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje. En consecuencia, la oposición al arbitraje no agotará el trámite de la vía previa puesto que el artículo 39° de la referida Ley prevé otro recurso para el mismo fin: la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral.

Por tanto, será este último el recurso que ponga fin a la vía previa y quedará expedita la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de

⁴⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Vol. 2, 2006, pp. 15-66, esp. pp. 42-44.

observancia obligatoria (...), en atención a lo previsto por los arts. VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

2. PROBLEMAS PARTICULARES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

2.1. Cláusulas patológicas

2.1.1. Supuestos generadores de la patología

Para que el convenio arbitral despliegue sus efectos es preciso que no sea “nulo, ineficaz o inaplicable” (artículo II.3 CNY), o “nulo, ineficaz o de ejecución imposible” (artículo 8.1 LMU) y ello será posible, con las matizaciones que se realizarán más adelante, cuando dicho convenio conste por escrito, ya sea en un solo documento o en el canje de correspondencia entre las partes, esté firmado por las partes, o de alguna otra forma que se reconozca que las partes asintieron al escrito, verse sobre un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje, sea acordado por persona capaz con facultades suficientes para someter la disputa a arbitraje y, por último, no sea contrario a las disposiciones de orden público. Cuando el arbitraje sea internacional la determinación de que ley rige sobre estas cuestiones ofrece ciertas dificultades de

precisión. No obstante podemos adelantar, a partir de una lectura del artículo V CNY, que la capacidad de las partes se rige por su ley personal⁴⁷, la arbitrabilidad de la controversia y la noción de orden público de acuerdo a la ley del foro y la validez del acuerdo arbitral conforme a la ley elegida por las partes⁴⁸.

Mas el estudio de una cláusula de arbitraje no termina en la valoración de su validez o invalidez, confrontada con las normas que sean aplicables, sino en un balance eminentemente práctico de su eficacia real, tanto positiva como negativa⁴⁹. Una cláusula arbitral no tiene por qué ser larga y detallada para ser eficaz y en su redacción debería primar la sencillez y la precisión en la selección de los elementos que se incluirán en el texto: alcance de la misma, determinación de si el arbitraje es *ad hoc* o institucional, número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje, etc. La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones; y, con carácter complementario, una cláusula oscura o ambigua puede impedir en normal desarrollo del procedimiento arbitral⁵⁰.

La cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse

⁴⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Arts. 60º”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (R.Bercovitz Rodríguez-Cano, cord.), Madrid, 1991, pp. 881-893.

⁴⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Arbitraje y Derecho aplicable (Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988, de Arbitraje)”, *RCEA*. Vol. V, 1988-1989, pp. 171-189.

⁴⁹ Sobre esta cuestión resulta de referencia obligada el estudio de E. ARTUCH IRIBERRI. “El convenio arbitral defectuoso”. *RCEA*. Vol. XI, 1995, pp. 415-421.

⁵⁰ BOND, S.R. “Comme rédiger une clause d'arbitrage?”. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol. I, Nº 2, 1990, pp. 14 y ss.

a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez desconociendo la cláusula compromisoria, bien con posterioridad en la fase de anulación del laudo. La eficacia de la cláusula, generadora de obligaciones para las partes que pactaron el convenio, de la competencia de los árbitros y de su correspondiente incompetencia judicial puede, en efecto, verse seriamente afectada por una falta de determinación de la voluntad de las partes, de la institución encargada del arbitraje o de la renuncia acceso de los tribunales; en fin, por un conjunto de razones que, en definitiva, constituyen el elenco de lo que la doctrina francesa, familiarizada con los problemas prácticos del arbitraje, denominó *clauses d'arbitrage pathologiques* por no considerar las funciones esenciales que debe cumplir un acuerdo arbitral: producir consecuencias obligatorias, excluir la intervención de autoridades judiciales, dotar de facultades al tribunal arbitral para resolver la controversia y, por último, establecer un procedimiento que bajo condiciones de eficiencia y rapidez concluya en un laudo arbitral que es susceptible de ejecución⁵¹.

La cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas como la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma

derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y tajante de renuncia a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje o, siendo esta correcta, que tal institución no administre el arbitraje o no cuente con un Reglamento que permita desempeñar tal función; la concurrencia de la sumisión a arbitraje como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección de foro judicial; la inclusión de modalidades en el ejercicio de la actividad arbitral de imposible o difícil cumplimiento tales como plazos excesivamente breves para llegar al laudo definitivo, o el establecimiento de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente alambicado. Si esto es así, nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal⁵². *Dentro de las hipótesis formuladas nos detendremos en algunas muy elocuentes sin ninguna pretensión de exhaustividad pues la práctica es extraordinariamente variada.*

i) Una primera hipótesis puede darse el caso de que las partes de un contrato

⁵¹ Vid. F. EISEMANN. "La clause d'arbitrage pathologique", *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, 1974, pp. 120 y ss.; M.H. Maleville, "Pathologies des clauses compromissoires", *Rev. dr. aff. int.*, 2000, nº 1, pp. 61-83.

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 9-224, pp. 116 y ss.; GUERRERO DEL RIO, R. "Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Op. cit.; pp. 629-636.

hayan acordado someterse al arbitraje de acuerdo con el Reglamento de un determinado Centro de arbitraje y dicho Centro no cuente con un Reglamento de Arbitraje y no se dedique a administrar procedimientos de arbitraje. Surgido el conflicto, si una de las partes justifica la iniciación del procedimiento arbitral apoyándose en la inequívoca voluntad de someterse al arbitraje y la otra se opone manifestando que es imposible ejecutar el acuerdo de arbitraje la pregunta primaria es determinar si, en este caso concreto, nos hallamos ante un verdadero acuerdo arbitral y, si la respuesta es afirmativa de que modalidad de arbitraje se trata, *ad hoc* o institucional y si, por último optamos por esta segunda posibilidad, qué centro de arbitraje debe administrar el litigio. Partiendo del carácter inequívoco de la intención de las partes de someterse a arbitraje, la puesta en práctica de tal opción es, ciertamente difícil. En América Latina un cauce de solución puede venir a través del artículo 3º de la Convención de Panamá que establece que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme al Regl. CIAC. Pero aún así, para que dicha disposición sea aplicable, las partes deben ser nacionales de países que sean parte de la Convención.

ii) Otro ejemplo puede producirse a partir de las relaciones contractuales derivadas de un contrato tipo que no se ha adecuado convenientemente el caso concreto y que, dejando abiertas ciertas opciones para las partes a la hora de su

negociación, estas últimas no se han percatado de esta circunstancia y suscrito el texto en bloque. La consecuencia puede ser que en la cláusula relativa al arreglo de controversias figuren opciones contradictorias como el sometimiento a los tribunales ordinarios y, al mismo tiempo, la sumisión al arbitraje⁵³. Nos hallamos ante un problema frecuentísimo en la práctica arbitral de que es una muestra el asunto resuelto por la *High Court of Hong Kong* el 19 de febrero de 1993 (*William Company / Chu Kong Agency C. Ltd. y Guangzhou Ocean Shipping Company*), en este caso, el conocimiento de embarque sometido a las Reglas de La Haya-Visby incluía una cláusula compromisoria por el que se estipulaba el arbitraje en China de acuerdo a la ley china y, a la vez, una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales chinos. La *High Court* a partir de la documentación sobre la negociación del contrato aportada por las partes entendió que debía prevalecer la opción del arbitraje solicitada por la demandada ante la pretensión de la demandante de someter el litigio ante la jurisdicción china.

iii) Por fin, dentro de este reducido examen podemos considerar el ejemplo de una cláusula arbitral que remita a las partes el arbitraje en un “tercer país” de conformidad con el Reglamento de una Corte de Arbitraje mal designada o inexistente. Una de las partes puede oponerse al arbitraje por considerar que el acuerdo de arbitraje es nulo y el tribunal arbitral, en los sistemas donde se admita

⁵³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de abril de 1998 que confirmó un laudo arbitral que resolvió la contradicción existente en una cláusula que remitía, a la vez, al arbitraje de la Corte Española de Arbitraje y a los Tribunales de Madrid.

el principio de competencia-competencia o, en su caso el tribunal estatal deberá indagar el sentido exacto de la voluntad de las partes y, en ambos casos, la práctica parece inclinarse a que el procedimiento arbitral siga su curso⁵⁴.

2.1.2. Acción integradora por parte del juez

Una solución a esta cuestión exige del juez que ha de interpretar la cláusula compromisoria la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo al denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga; por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad el organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y sólo ha de llegar a una solución contraria si esta voluntad no

está suficientemente acreditada por medio de circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual *déni de justice*.

La presencia de errores en la redacción del convenio arbitral impone la necesidad de comprobar el carácter formal o sustancial de los mismos, en ese orden determinar su eficacia invalidante de la voluntad de las partes, para verificar así la eficacia positiva y negativa del convenio⁵⁵. Interpretación determinada por su índole estricta, pero *pro validitate*, según lo reconocido por constante práctica arbitral⁵⁶; por ejemplo, la referencia a un determinado idioma no constituye elemento sustancial en la aceptación o no del convenio arbitral. Sea cual fuere la

⁵⁴ *High Court of Hong Kong*, 5 de mayo de 1993 (*Lucky-Goldstar International (H.K.) Ltd. / Ng Moo Kee Engineering Ltd.*).

⁵⁵ CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ª ed. Madrid, 1991, p. 689.

⁵⁶ Laudo CCI Nº 4145, de 1983, primer laudo interlocutorio, *Journ. dr. int.*, 1985, p. 985 y Laudo Nº 3460 de 1980, *Journ. dr. int.*, 1981 p. 939). Posición que se halla también en la práctica judicial como muestran en España, por ejemplo, los Autos TS de 17 de junio de 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. / Maderas G.L., S.A.*, *RCEA*, Vol. I, 1984, p. 187, esp. p. 189 y de 22 de diciembre de 1983, *Fletamentos marítimos, S.A. / Star Dispatch Shipping, ibid.*, Vol. I, 1984, p. 195.

ley aplicable y el idioma de sustanciación, la voluntad de la parte sería la misma, esto es, la resolución de las controversias mediante arbitraje. En el caso de convenios patológicos, la existencia misma del convenio arbitral no es cuestión que ofrezca duda. La mera comprobación fáctica concluye en su existencia material y su firma, junto con el resto del contrato. Respecto a la validez, es de señalar que no contradice ningún precepto legal, de manera que el arbitraje es válido y legítimo. La voluntad de las partes, debe aparecer expresada en el convenio arbitral, pero padece una concreta contradicción en su contenido o en el conjunto de cláusulas pactadas en el contrato.

Bien entendido que el concepto de convenio arbitral “patológico” hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. El concepto no comprende, por tanto, aquellos supuestos en que éste sea radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma, como la indisponibilidad de la controversia. En efecto, al versar sobre un problema íntimamente ligado al orden público la inarbitrabilidad de una materia no hace defectuoso el convenio de arbitraje que sobre ella verse, sino radicalmente nulo. Por ejemplo, el artículo II CNY, establece con carácter muy general

tres tipos de causales de ineficacia del convenio, al margen de la arbitrabilidad de la controversia que excluimos aquí deliberadamente y a la que nos referiremos en el Capítulo X. Pues bien, el convenio arbitral “patológico”, válido pero no completamente definitorio de la voluntad de las partes, no figura en la generalidad de los supuestos apuntados extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error⁵⁷. Por su parte, la ineficacia, en la formulación del artículo II.3 CNY, se refiere propiamente, a los casos en los que el convenio válido e ineficaz, deviene inoperante, por diferentes razones: renuncia de las partes, novación, incumplimiento de plazos por la parte actora o por los árbitros⁵⁸.

La voluntad integradora del juez estatal encargado de enjuiciar este variado elenco de problemas tiene la última palabra en la eficacia del convenio arbitral. Cuando la interpretación es estricta y rígida, el menor error puede implicar que el convenio arbitral decaiga. Cuestión más fáctica que jurídica, debe tenerse muy presente el alcance del error, con la finalidad de determinar si es sustancial o meramente instrumental. Y siempre teniendo en cuenta que en el arbitraje comercial internacional, en sentido estricto, no encontramos supuestos en que participen

⁵⁷ ARTUCH IRIBERRI, E. “El convenio arbitral defectuoso”. *Loc. cit.*, pp. 416-417.

⁵⁸ Se da este supuesto, de manera especialmente llamativa, en las cláusulas arbitrales pactadas en Convenios bilaterales de protección y promoción de inversiones que suelen verse en ocasiones contradichos por el propio contrato, del que surge la concreta controversia: en estos casos no hay patología alguna, ni error en el consentimiento originado por un error de redacción: se trata de una verdadera colisión entre cláusulas sucesivas y el modo de resolverla supone en buena medida la aplicación de las normas de prelación en Derecho de los tratados. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI. *La jurisdicción del CIADI de acuerdo al artículo 25º del Convenio de Washington*. RCEA. Vol. XIV, 1998, pp. 287-297.

partes especialmente protegidas o cuya pericia profesional sea algo dudoso. En este orden de ideas, el principio general de eficacia máxima y la seguridad jurídica de las partes son conceptos compatibles⁵⁹.

3. EFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

3.1. Alcance general del convenio arbitral

3.1.1. Cláusula compromisoria y cláusula atributiva de competencia

El postulado general según el cual, el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria⁶⁰, se recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez). El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser la propia institución, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje. La sumisión a la decisión de los árbitros ha de entenderse, en efecto, como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con

otras jurisdicciones y para ser tenida por eficaz y vinculante es necesario que conste, debidamente manifestada, la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral. La justificación de este postulado no ofrece, sin embargo, una unanimidad en la doctrina. Existe un sector que defiende el desplazamiento de la jurisdicción afirmando que en el arbitraje, hay, efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Es precisamente la dimensión jurisdiccional del arbitraje la que permite deslindar la institución de otras que guardan con ella cierta relación como *l'expertise*, la mediación, la conciliación o el mandato. Por esto en el momento en que las partes eligen acudir al arbitraje se produce automáticamente declinatoria de la facultad jurisdiccional derivada del poder soberano del Estado, a favor de los árbitros y de aquí se sigue que la función de éstos, según esta tesis, tendría carácter jurisdiccional, aunque de modo excepcional y temporal.

Frente a esta posición cabe oponer que es la ley y no la autonomía de la voluntad de las partes la que atribuye a esos árbitros la facultad de administrar justicia; dicha actividad es un acto de soberanía y esa manifestación de la autonomía de la voluntad tendrá la virtud de derogar la competencia del juez, pero no su jurisdicción; sin embargo, la potestad

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Le rôle des juridictions étatiques...". *Loc. cit.*, p. 124.

⁶⁰ Artículo 5 LA Ve. *Vid.* G. DELGADO SOTO. "Nulidad de la cláusula arbitral". *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 221-337, pp. 221-337.

de los árbitros surge cuando la ley se las otorga excepcionalmente y de manera privativa e imperativa⁶¹.

Como quiera que el arbitraje se pacta libremente por las partes, resulta que en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria se produce un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia, del juez al árbitro, en cada caso concreto⁶². El árbitro tiene poder decisor acerca del asunto que se le encomienda como si fuera un juez, aunque nunca queda asimilado a él. Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre el convenio arbitral y la cláusula de prorrogación de foro: la derogación o prorrogación convencional transfiere una competencia de un foro a otro, pero no la crea, que es precisamente lo que sucede con el convenio de sumisión a arbitraje⁶³.

Debe reconocerse que la cláusula atributiva de jurisdicción y la cláusula arbitral presentan una naturaleza muy similar. Ambas presentan una naturaleza mixta, contractual por su origen y procesal por los efectos que producen, y ambas incorporan un mecanismo de atribución de competencia: la cláusula de elección de foro a un Tribunal de la jurisdicción ordinaria que en principio no es competente, y la cláusula de arbitraje a los árbitros; asimismo, la similitud entre

las dos figuras justifica un tratamiento similar en materia de forma. Ahora bien, sin constituir auténticos compartimentos estancos es preciso reconocer que entre ambas existen diferencias sustanciales. El argumento sugiere una mayor enjundia teórica: en tanto que la cláusula atributiva de competencia confiere al juez el derecho de ejercicio del poder jurisdiccional, que se reparte entre los diversos órganos judiciales de un Estado en virtud de los criterios de competencia determinados por cada ley estatal, la cláusula compromisoria es un mero título contractual que confiere o instituye al árbitro la facultad de resolver el litigio⁶⁴. La práctica no muestra una delimitación nítida entre ambas figuras suscitando, a la inversa, frecuentes supuestos de concurrencia entre ellas y, por ende, la determinación de la prevalencia de una sobre la otra. La cuestión nos acerca al terreno de las llamadas “cláusulas patológicas” y al de la “competencia-competencia” que ha tenido una vía de solución en algunos sistemas⁶⁵, pero que dentro de América Latina no nos permite adelantar soluciones tajantes en torno a la contradicción. No es una cuestión menor considerar de manera sumaria que la contradicción entre ambas cláusulas no implica, necesariamente, la anulación de la cláusula arbitral.

⁶¹ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, 1967.

⁶² BARBI FILHO, C. “Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Vol. 87, Nº 749. 1998, pp. 104-123.

⁶³ Vid. P.A. LALIVE. “Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international”. *R. des C. t.* 120, 1967-I, pp. 569-714. esp. p. 586.

⁶⁴ Vid., por todos, W.W. PARK, *International Forum Selection*, La Haya, 1995.

⁶⁵ NAMMOUR, F. *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2ª ed. Beirut, 2005, pp. 29-31.

El convenio arbitral puede calificarse como un instrumento de heterocomposición del conflicto que pudiera derivar de la ejecución de un contrato. Como punto de partida, el convenio sólo establece el medio de solución de controversias que, en el plano internacional, puede consistir, por ejemplo, en que los árbitros actúen en uno o más Estados concretos⁶⁶ de acuerdo con Derecho o a equidad. Por eso, la estipulación de la cláusula compromisoria suele formalizarse en el mismo contrato, aunque sea con pacto de someterse al arreglo arbitral, lo que constituye un verdadero acuerdo marco jurídicamente vinculante. La autonomía de la voluntad⁶⁷ proyectada en la cláusula compromisoria puede determinar el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión: el lugar del arbitraje, la ley aplicable al fondo y al procedimiento, el idioma o idiomas que se utilizarán, el plazo, el nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo, la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventuales recursos, etc...⁶⁸. Un mecanismo que pretende inmunizar los contratos de los ordenamientos jurídicos y de la jurisdicción, incluyendo en algunos casos cláusulas de autoejecución: se genera a partir de aquí una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional. De manera

gráfica puede decirse que los operadores del tráfico mercantil internacional sitúan sus controversias en un entorno neutral, no influenciado por el mayor conocimiento de una de las partes hacia su sistema jurídico nacional, tanto procesal como material. Ese es el punto de partida y la esencia misma de la institución arbitral.

3.1.2. Eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales: situaciones en presencia

El interrogante de la eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales, queda caracterizado de la siguiente manera: el conjunto de elementos y condiciones que deben concurrir en él para que la competencia de los tribunales se considere derogada⁶⁹. A este efecto, el artículo II.3 CNY y el artículo 5.1 CG prestan atención a la referida eficacia negativa en el caso de que alguna de las partes en el convenio plantee ante los tribunales un litigio circunscrito al mismo. Siguiendo el tenor de ambos preceptos el artículo 8º LMU dispone que:

“1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje

⁶⁶ KANAAN, E. y EL-KOURY, J.I. “Domaine de la clause compromissoire: respect de sa mission par l'arbitre”. *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 113-119.

⁶⁷ *Vid.*, KLEIN, F.E. “Autonomie de la volonté et arbitrage”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 y ss. y 479 y ss., esp. pp. 489-491 y H. Motulsky, “L'évolution récente en matière d'arbitrage”. *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 y ss., esp. pp. 9-10.

⁶⁸ VERBIST, H. “Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage”. *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 y ss.; VERDERA y TUELLS, E. “La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral”. *RCEA*, T. XI, 1995, pp. 35-57.

⁶⁹ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Madrid, 2000, pp. 219 y ss.

remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

Por tanto, cuando existe un acuerdo válido de arbitraje y una parte presenta una demanda ante la jurisdicción ordinaria, la otra parte puede pedir que se transfiera la controversia al tribunal de arbitraje en un breve periodo de tiempo o continuar con las actuaciones arbitrales si éstas ya se han iniciado⁷⁰. La jurisprudencia estatal al aplicar este precepto (u otro similar incorporado a las legislaciones que han adoptado la LMU) considera que debe ser interpretado de manera restrictiva⁷¹ primando, en todo caso, una presunción a favor del arbitraje. La regla de base es

que la cláusula compromisoria que esté en contradicción con una cláusula atributiva de jurisdicción no priva al árbitro de su competencia⁷². Siempre le cabe la posibilidad de rechazar la transferencia si, por ejemplo, llega a la convicción de que una de las partes personadas en el procedimiento no ha suscrito el acuerdo de arbitraje o la controversia de que se trata no se encuadra en los términos del acuerdo de arbitraje. Además, la parte que invoque la remisión al arbitraje deberá efectuar tal solicitud en el mismo momento de entablarse en litigio ante la jurisdicción estatal y no en una fase ulterior del procedimiento⁷³. Como quiera que los árbitros y los jueces pertenecen a órdenes jurídicos distintos no es factible que se planteen en el arbitraje cuestiones de litispendencia (*v.gr.* artículo 21.4 LA Gt) pues estas últimas únicamente pueden suscitarse entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes como consecuencia de una acumulación positiva de foros de competencia judicial internacional. Desde el momento en que existe un convenio arbitral el tribunal estatal ya no es competente y por tanto la cuestión no se suscita⁷⁴.

⁷⁰ BACHAND, F. “Does article 8° of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”. *Arb. Int’l.* Vol. 22. N° 3, 2006, pp. 463-476.

⁷¹ *Federal Court of Canada, Trial Division*, 17 de enero de 1989 (*Navionics Inc. / Flota Marítima Mexicana, S.A.*).

⁷² En la jurisprudencia francesa es expresiva la sentencia de la *Cour de cassation*, 2^{ème} Ch. civ., 18 de diciembre de 2003 (*SCI la Chartreuse et autre / C.*).

⁷³ BACHAND, F. “Does article 8 of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?”. *Arb. Int’l.* Vol. 22. N° 3, 2006, pp. 463-476.

⁷⁴ Laudo CCI N° 5103. *Vid.* GIL MINGUILLÓN, S. *La litispendencia arbitral internacional*, Logroño, 2001, pp. 43 y ss.; D.D. Reichert, “Problems with Parallel and Duplicating Proceeding: the Litispendence Principle and International Arbitration”. *Arb. Int’l.* Vol. 8. N° 3, 1992, pp. 237-255; sobre la litispendencia internacional entre Tribunales pertenecientes a jurisdicciones distintas *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, *Sixto. Derecho internacional privado*, 5ª ed. Cizur Menor: Thomson. *Op. cit.*, pp. 99-102.

El juez una vez comprobada la eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral debe remitir a las partes al arbitraje suspendiendo el procedimiento en curso. La forma imperativa del precepto (“remitirá”) refuerza la naturaleza categórica y no meramente potestativa de la facultad de los tribunales estatales destinatarios de la misma. Hoy día es de común aceptación que de dicho precepto establece de manera inexorable que si las condiciones para la remisión se reúnen, el juez no puede evitar remitir a las partes al arbitraje en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio arbitral. Configura, por tanto una competencia a instancia de parte (“si lo solicita cualquiera de ellas”) y no *ex officio iudicis*. Como es lógico si las partes no muestran su oposición por el cauce procesal adecuado se entienden que renuncian a que su controversia se resuelva por la vía arbitral⁷⁵.

Si surge una controversia sometida por las partes a la decisión arbitral, una de ellas, incumpliendo lo convenido, solicita la intervención de los tribunales del foro, el acuerdo arbitral carecerá de eficacia a menos que se otorgue la facultad a la otra parte para oponer la excepción de incompetencia basada en el acuerdo de arbitraje y, asimismo, se obligue al tribunal a rechazar su competencia. La renuncia por las partes a la cláusula arbitral, como consecuencia de instar directamente la resolución del asunto ante la jurisdicción ordinaria, elimina la posibilidad de esgrimirla en un momento ulterior para

impugnar la competencia de esta última jurisdicción. No existe impedimento para que las partes renuncien al convenio de arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial; por eso se entenderá que las partes renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Aparece la misma cuestión cuando la parte que no desea cumplir con el acuerdo arbitral presenta una demanda sobre el fondo del asunto ante un tribunal estando pendiente ya el procedimiento arbitral. Ello obliga al juez a examinar comprobar, antes de pronunciarse sobre su competencia, si el acuerdo arbitral es válido y si el *thema decidendum* sometido a su conocimiento es el mismo que las partes han acordado en resolver por medio del arbitraje. Pero en este marco puede suscitarse una hipótesis de mayor complicación. Es el caso de un proceso arbitral suscitado en el extranjero por existir en el contrato objeto del litigio una cláusula arbitral que atiende a tal situación y la otra parte, ignorando este extremo, insta la vía jurisdiccional en ese Estado obteniendo una sentencia favorable. El tema es la eficacia de tal decisión judicial en un eventual procedimiento de exequátur cuando se pone la parte condenada que había puesto en marcha previamente el arbitraje. Parece evidente que estamos ante un problema propio de exequátur de decisiones judiciales pero

⁷⁵ El artículo 1424º Ccom Mx aprovechó para precisar temporalmente el momento en que debe remitir a las partes al arbitraje: “cuando lo solicite cualquiera de ellas”, lo que ha sido objeto de duras críticas en círculos arbitrales mexicanos. Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje*. México: Ed. Porrúa, 2004, pp. 148-150.

aquí el motivo de oposición al mismo es el incumplimiento en el Estado de origen de la cláusula arbitral.

Ignorando concretas pugnas que se puedan establecer entre las partes al respecto, el argumento así planteado es de una enorme relevancia. No debe perderse de vista que las jurisdicciones estatales son “naturalmente” competentes para conocer en todos aquellos casos para los que su ordenamiento les atribuye competencia judicial internacional. Sobre este volumen competencial, similar al concepto de jurisdicción⁷⁶, actúa el convenio arbitral, detrayendo concretos asuntos del conocimiento de los tribunales nacionales. Para ello, los ordenamientos nacionales, sin excepción, exigen la concurrencia de dos circunstancias: primero, que la controversia verse sobre materia arbitrable y, segundo, que las partes estén de acuerdo en someter esa diferencia a juicio de árbitros. Con estas dos condiciones, la competencia judicial internacional de los tribunales estatales disminuye en tanto que nace (de manera directamente proporcional) la competencia arbitral. Pero no olvidemos el punto de partida: los árbitros son competentes, por efecto del convenio arbitral, en asuntos atribuidos “naturalmente” a una jurisdicción nacional, no importa cuál. Esto conlleva que, en los casos en que una de las partes se niegue a poner en marcha

el convenio arbitral pactado y presente demanda ante una jurisdicción estatal, ésta debe declararse incompetente por razones fundadas: el principio de legalidad y la prohibición de denegación de justicia lo exigen. En este caso, el principio de legalidad implica que el tribunal estatal examine la causa de su incompetencia de acuerdo con las normas que en su ordenamiento hacen eficaz al arbitraje⁷⁷. Por su parte, la prohibición de denegación de justicia exige asegurar que los árbitros tendrán una competencia suficiente y correcta para decidir el asunto. Significa todo ello, que instado el tribunal estatal por una de las partes, su declaración de incompetencia debe ser reglada y causal. Significa, en definitiva, que va a valorar la causa: la validez y eficacia del convenio arbitral.

En dicha valoración el Tribunal deberá determinar la validez de la cláusula compromisoria, verificar si existe expresa voluntad de anular cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa bajo análisis. Resulta, pues, imprescindible analizar los siguientes elementos fundamentales: la validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación

⁷⁶ Vid. la delimitación de conceptos en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, 1ª ed. Madrid, 1999, pp. 79 y ss.

⁷⁷ Y no otras, por ejemplo, las destinadas a delimitar los supuestos de incompetencia porque el asunto corresponde a otros tribunales nacionales. La confusión entre las causas produce, como veremos, resultados muy negativos. Vid. ARTUCH IRIBERRI, E. “Comentario a la sentencia de 18 de febrero de 1993”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Vol. 32, 1993, pp. 459-471, en el que se analizan las consecuencias de aplicar al convenio arbitral las normas sobre acuerdos de derogación de foro.

exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el objetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria; la expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes y, en última instancia, la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje.

3.1.3. El caso CCT / FCC

Un ejemplo de un doble proceso judicial y arbitral reproduce a la perfección la cuestión que aquí se plantea⁷⁸. El 30 de septiembre de 1998, CCT, sociedad mercantil con sede social en Panamá presenta demanda contra FCC, domiciliada en España. La demanda traía causa en un contrato de construcción celebrado entre las partes y regido por las *FIDIC Conditions* sobre contratación de ingeniería civil; las referidas condiciones prevén en su cláusula 67 la solución de controversias entre las partes mediante un método combinado de *référé pre-arbitral* obligatorio, que se sustancia ante el ingeniero y un segundo paso, puramente arbitral, para los supuestos en que la intervención del ingeniero no haya logrado dirimir la controversia⁷⁹. Sin embargo, el

desarrollo lineal de los acontecimientos previos al arbitraje, en este caso, se vio envuelto por una frenética actividad judicial iniciada por ambas partes ante los tribunales panameños. El inicio de sendos procedimientos cautelares o precautorios por ambas partes, provocó la interposición de las respectivas demandas de fondo, ambas relativas al objeto del convenio arbitral pactado⁸⁰. Desde ese momento, el asunto se desdobra en dos líneas paralelas que siguieron su propio curso: por un lado, la vía judicial abierta comenzó su sustanciación procesal y, por otro, la arbitral (CCI), con sede en Ginebra, se enfrentó a la excepción de incompetencia arbitral presentada por la demandada, FCC. Básicamente, y a los efectos que ahora importan, la discusión judicial se centró en una cuestión plenamente procesal: la correcta interposición, por parte de CCT, ante el juez Cuarto de Circuito de la excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral. Como supuesto adjetivo, la ley rectora de su solución era exclusivamente la panameña, pues sólo ella podía determinar los plazos para el planteamiento de la excepción. Mientras el arbitraje seguía su curso, los tribunales panameños, en una primera vía de recurso, decidieron que la presentación de la excepción por CCT no era extemporánea⁸¹

⁷⁸ Este supuesto está extraído de mi curso de la Academia de La Haya de 2001. Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. "Le rôle des juridictions étatiques...". *Loc. cit.* pp. 75-78.

⁷⁹ Acerca del carácter y extensión de la intervención del ingeniero en esta fase pre-arbitral, vid. por todos Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Litec, 1996, pp. 20-21.

⁸⁰ En efecto, el 12 de marzo de 1998, FCC demanda a CCT ante el Juez Cuarto de Circuito de Panamá; por su parte, CCT presenta demanda el 17 del mismo mes contra FCC ante el Juez Cuarto.

⁸¹ Resolución del Primer Tribunal Superior de Justicia de 23 de febrero de 1999, revocando el Auto del Juez Cuarto N° 1796, de 26 de junio de 1998, que había decidido su competencia judicial sobre el asunto, por planteamiento fuera de plazo de la excepción de incompetencia.

y, por lo tanto, se declaró la nulidad de todo lo actuado ante el Juez Cuarto. Pero aún así la legislación panameña, siempre aplicable al supuesto procesal, permitía recurso ante la Corte Suprema de Justicia en estos casos y la sentencia recaída en esta instancia resolvió con carácter firme el incidente de nulidad promovido por FCC⁸², declarando la índole extemporánea de la interposición de la excepción y, en consecuencia, la remisión del asunto al Juez Cuarto de Circuito. Es decir, casi tres años después de la interposición de la demanda, los tribunales panameños se declaran por fin competentes y sólo por una razón: sin entrar a valorar la validez del convenio arbitral, ni la puesta en marcha de la cláusula 67 FIDIC, consideró que el efecto negativo del convenio arbitral, vertiente procesal, fue defectuoso. Y lo fue, sencillamente, porque su sustanciación no se produjo en el plazo exigido por la legislación procesal panameña.

Mientras tanto, el tribunal arbitral se declaraba competente, validando la eficacia positiva del convenio arbitral, de acuerdo con las normas FIDIC⁸³. Ciertamente, el procedimiento arbitral no tenía por qué verse influenciado por las normas procesales panameñas sobre la competencia judicial de sus tribunales y los medios de impugnarla. Como arbitraje con sede en Ginebra, sólo los tribunales suizos tenían competencia de control sobre el laudo recaído. Y si se trae el asunto a colación aquí es por lo siguiente: mientras los tribunales panameños se declaraban competentes sobre el asunto,

el laudo arbitral era recurrido ante el Tribunal Federal suizo. Dos jurisdicciones nacionales enjuiciaron simultáneamente el asunto desde diferentes perspectivas. Por una parte, los tribunales panameños valoraron su eficacia negativa, puramente procesal y, por otra, los tribunales suizos enjuician la eficacia positiva, esto es, si la creación de competencia arbitral fue correcta. El 17 de mayo de 2001, el Tribunal Federal suizo decidía la nulidad del laudo arbitral de 30 de noviembre de 2000 y la consecuente incompetencia del tribunal arbitral sobre el asunto.

Como se aprecia en el caso reseñado, es la eficacia negativa del convenio arbitral la que provoca la exclusión de la intervención de los tribunales estatales para entender del mismo tema que ha sido sometido a arbitraje. Sin embargo, esta eficacia negativa pasa forzosamente por una sustanciación procesal que puede llegar a ser muy gravosa; en concreto, para que el tribunal conceda una suspensión de las actuaciones, la parte que la pida debe demostrar al tribunal que la petición se hizo a tiempo y se dirigió a este último y no sólo a la otra parte.

En la mayoría de los países de América Latina, lo problemático en este punto, lejos de ser la articulación procesal interna de dicha excepción, es la propia falta de regulación expresa de la eficacia negativa del compromiso arbitral en las distintas legislaciones de arbitraje. Si a ello añadimos la imposibilidad de que el procedimiento arbitral continúe su curso

⁸² Sentencia de la Corte Suprema de 22 de enero de 2001.

⁸³ Laudo interlocutorio de 30 de noviembre de 2000, adoptado por mayoría de los árbitros, con un voto particular oponiéndose a la declaración de competencia.

ante la maniobra dilatoria de interponer una demanda judicial, no es de extrañar la importancia que debe concederse a este apartado⁸⁴. Bien es verdad que, como veremos más abajo, las nuevas reformas latinoamericanas admiten con amplitud la eficacia procesal del convenio arbitral. La jurisprudencia también lo aplica en la práctica en consonancia con una clara tendencia internacional inspirada en el artículo 8º LMU. El mismo avance se ha producido en el reconocimiento al tribunal arbitral de la facultad para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

4. EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL EN ESPAÑA: EL FUNCIONAMIENTO DEL ARTÍCULO II CNY Y LA LEY DE ARBITRAJE

4.1. Elenco de materias a tratar

El artículo II del Convenio de Nueva York dice, al regular la eficacia inicial del convenio arbitral, que “cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser

resuelto mediante arbitraje”. Añade, en el párrafo 3 del mismo precepto que los Tribunales de los Estados reconocerán dicho acuerdo siempre que no lo consideren “nulo, ineficaz o inaplicable”. En esta norma aparecen los presupuestos de validez del arbitraje privado internacional, convirtiendo en cuestión central la determinación de qué sea “nulo, ineficaz o inaplicable”. Así, el elenco de aspectos a tratar es el siguiente:

- a. Arbitrabilidad: Artículo II.1, cuestiones susceptibles de ser resueltas por arbitraje.
- b. Forma: Artículo II.1 y 2, el convenio arbitral debe constar por escrito. Las cuestiones problemáticas se reducen a determinar el valor de la firma y de las cláusulas incorporadas por referencia.
- c. Capacidad: artículo 60º L.A., en defecto de aplicación del artículo VI del Convenio de Ginebra.
- d. Nulidad: Inexistencia o nulidad ab initio: fraude, error, falta de consentimiento. Determinación de la extensión del consentimiento en comprometer.
- e. Ineficacia: Artículo II.3, renuncia, novación o incumplimiento de plazo por la parte actora.
- f. Inoperatividad: Artículo II.3, cláusula de imposible ejecución o interpretación.

⁸⁴ En el caso planteado, si la sede arbitral hubiera sido el propio territorio panameño, la declaración de competencia judicial impediría el desarrollo del procedimiento arbitral. El artículo 1414º del Código procesal establece la presunción de renuncia tácita al convenio arbitral en todos aquellos casos en que presentada la demanda, el demandado no interponga en plazo la oportuna excepción. Esa es la causa de la competencia judicial en el asunto referenciado.

4.2. Arbitrabilidad de la diferencia

Primer presupuesto de existencia del arbitraje privado internacional (y no sólo requisito de validez y eficacia del convenio arbitral), la arbitrabilidad del objeto de la decisión de los árbitros es exigida tanto en las normas de fuente interna como convencional. Si se afirma que es un presupuesto y no un requisito, es porque, como se expuso más arriba, conforma una de las líneas maestras del diseño de esta institución. La ley reconoce el arbitraje como método de solución de controversias allí donde se puede ejercer la libertad de las partes en pactarlo, esto es, en el ámbito de materias renunciables. De ahí la denominación misma del método, el arbitraje privado internacional, calificado de comercial en la mayoría de los textos de Derecho convencional y comparado. Aunque la nueva Ley de Arbitraje de 2003 en relación a la anterior de 1988 suprime el término “privado” de su enunciado, lo cierto es que realiza continuas referencias a materias sobre las que las partes tengan libre disposición (artículo 1º) y a cuestiones litigiosas surgidas en relaciones jurídicas determinadas, sean contractuales o no (artículo 5º). De esta forma, el arbitraje en España se puede realizar respecto a cuestiones civiles, contractuales o no, sobre las que las partes tengan libre disposición.

A diferencia de lo que ocurre en otras cuestiones relativas al arbitraje, es de señalar que la regulación de fuente convencional resulta más restrictiva que la interna en este concreto punto. En efecto, el artículo I.3§ del Convenio de Nueva York de 1958, en la delimitación de su ámbito material de aplicación,

posibilita que los Estados firmantes restrinjan su aplicación a “los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno”. Tal declaración de comercialidad no fue formulada por España al ratificar el Convenio, pero sí se utilizó por otros Estados, que sólo reconocerán convenios y laudos arbitrales sobre materia comercial. Por su parte el Convenio de Ginebra de 1961 ni siquiera da lugar a la opción, pues se declara aplicable (artículo I) en los casos en que la controversia surja de “operaciones de comercio internacional”. Aunque la Ley de Arbitraje, más amplia en sus enunciados según se expuso antes, no especifica si la declaración de arbitrabilidad, extendida a cuestiones civiles renunciables, sean contractuales o no, pero no meramente comerciales, se refiere también al arbitraje internacional, es de suponer que, por las razones que enseguida veremos, el arbitraje internacional o el laudo extranjero en España podrá versar sobre el elenco de materias establecido en la Ley. Asimismo, y a consecuencia de todo ello, la denominación de Arbitraje comercial internacional puede ser suplida por la de Arbitraje privado internacional, pues parece claro que en la cuestión de la calificación de la materia arbitrable como “privada” o como “comercial” debe realizarse de acuerdo a la *lex fori*. No obstante lo cual, debemos admitir la extensión y usualidad del término comercial en el plano internacional, por lo que es aceptado generalmente a los efectos de uniformidad. Tanto es así, que la expresión ha sido adoptada en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, que

incorpora una interpretación del término “comercial”, en forma de elenco no exhaustivo de materias arbitrables.

Con independencia de las cuestiones relativas a la denominación, la arbitrabilidad de la diferencia encierra un problema más complejo en el ámbito del Derecho internacional privado. Porque, como es obvio, la dualidad de enunciados no es gratuita, sino que encierra una dualidad de concepciones acerca de la extensión y límites del arbitraje internacional. Y tal diferencia se proyecta ineludiblemente sobre la cuestión de la ley aplicable. Sentado que el elenco de materias arbitrables es amplio en Derecho español, es necesario determinar cuándo va a ser éste aplicable.

Siendo la arbitrabilidad un presupuesto de la institución entera, deja sentir sus efectos en todas y cada una de las fases del arbitraje, tanto arbitrales en sentido estricto, como judiciales. De esta suerte, arbitrabilidad es un *príus* de la validez del convenio arbitral; pero también es un límite a la competencia de los árbitros (artículo VI.2 Convenio de Ginebra), que pueden encontrar en un determinado asunto cuestiones disponibles que encierran otras que no lo son. Por fin, la inarbitrabilidad de la materia es una causa tanto de impugnación del laudo mediante el recurso de anulación, como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo (artículo V.2.a) Convenio de Nueva York). Cada una de estas manifestaciones del requisito de renunciabilidad de los derechos se sustancia, respectivamente, ante el o los árbitros o ante el juez, con consecuencias diversas en teoría, pues como es bien sabido, los árbitros internacionales no tienen *lex fori*. La

primera consecuencia de que el arbitraje no sea asimilable a la jurisdicción de un Estado es que los árbitros no disponen de un sistema de normas de conflicto que solucione con carácter definitivo los numerosos conflictos de leyes que pueden plantearse. O, formulado desde un punto de vista positivo, disponen de una total libertad para elegir el sistema jurídico que va a regir la cuestión controvertida, a salvo siempre la posible elección de las partes al respecto.

Pues bien, además de esa característica de los poderes arbitrales, el momento en que se plantee la cuestión, también ante el orden jurisdiccional de un Estado, introduce aún nuevos factores de dispersión en el sistema, pues la regulación positiva actual no trata igual la cuestión de la arbitrabilidad como presupuesto de validez del convenio arbitral, como causa de anulación o de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo. Las posibilidades de plantear la cuestión de la arbitrabilidad de la diferencia quedan configuradas de la siguiente forma:

- i) Antes de comenzar el procedimiento arbitral, ante el juez estatal, con la intención de vaciar de eficacia el convenio e iniciar un procedimiento judicial.
- ii) Comenzado ya el procedimiento arbitral, en el trámite de oposición a la competencia arbitral.
- iii) Terminado el procedimiento y dictado el laudo, en un recurso de anulación.
- iv) Durante el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo, por ser una causa de

denegación apreciable de oficio por el juez estatal.

Desde un plano general, puede afirmarse que la apreciación de si una materia es arbitrable o no se debate entre dos opciones; en primer lugar, lo que podríamos llamar una concepción territorial de la cuestión, que implica la aplicación de la ley del lugar en que la cuestión se plantea. En este caso, el juez llamado a resolver una excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral aplicaría su Derecho, como lo hace el juez de un recurso de anulación o el encargado del exequátur. Cuando es un juez nacional el encargado de dar solución al asunto de la arbitrabilidad, todas las normas internas e internacionales permiten denegar tal carácter si el asunto no es arbitrable de acuerdo a la *lex fori* del juez que conoce (arts. VI.2 y V.2.a) Convenio de Nueva York).

La otra opción, configurada desde la autonomía del presupuesto de arbitrabilidad, exige la indagación de la ley aplicable a éste. Opción ésta última habitual en la práctica arbitral internacional, en la que los árbitros recurren con frecuencia a las leyes implicadas en el asunto. De esta forma, que la controversia sea aplicable o no depende de lo que el Derecho rector del asunto en cuanto al fondo diga al respecto. Sin embargo es de señalar que, si bien esta opción existe, los árbitros hacen gala de una gran prudencia al respecto. Así, es usual la comprobación de los contenidos de los Derechos implicados para alcanzar una solución conjunta.

Vistas las posibilidades respecto a la ley de acuerdo a la que se decide la arbitrabilidad de a controversia, es necesario hacer alguna consideración

respecto a la aplicación de tal ley. Porque los Derechos nacionales potencialmente aplicables van a ser utilizados en un plano internacional, lo cual implica un uso atenuado del concepto de orden público. Arbitrabilidad de la diferencia y materia intervenida por el orden público (estatal o comunitario, cuando sea el caso) son conceptos compatibles. En primer lugar, como es habitual en las materias objeto de Derecho internacional privado, se trata aquí de un concepto restringido respecto al interno, que respeta las necesidades del tráfico jurídico internacional. En segundo lugar, no todas las cuestiones reguladas por normas imperativas o con caracteres de orden público pertenecen al ámbito de lo no-arbitrable. A ese ámbito pertenecen cuestiones no civiles o que, siéndolo, no pertenecen al entorno patrimonial y aparecen protegidas especialmente. Por su parte, el tráfico comercial y civil patrimonial internacional ofrece ejemplos de modalidades de contratación o de sectores del comercio protegidos por intereses estatales; tal protección o normativa inderogable por la voluntad de las partes, no convierte el sector afectado en inarbitrable. Simplemente, supone la obligación para el árbitro de tener en cuenta tal regulación y darle aplicación. En definitiva, la intervención del orden público internacional en un determinado asunto no supone la inarbitrabilidad del mismo, apreciación valedera para las decisiones que tomen al respecto tanto los jueces estatales como los árbitros internacionales.

4.3. Voluntad de las partes en someterse a arbitraje

Segundo presupuesto esencial del arbitraje privado, la autonomía de la

voluntad de las partes se manifiesta en su consentimiento en someter sus controversias a arbitraje; puede decirse que la voluntad de las partes al respecto se proyecta sobre el elenco de materias arbitrales de sus relaciones privadas. Voluntad privada y permisibilidad de los Derechos implicados sientan las bases para que el arbitraje se desarrolle con total normalidad (y sea válido y eficaz, al menos en sus presupuestos). Como segundo pilar básico de la institución, la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación de que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga.

La voluntad de las partes queda sustanciada en el convenio arbitral, denominación única que encierra dos posibilidades; así el pacto de arbitraje puede ser anterior al nacimiento del litigio (el caso típico de su inclusión entre el clausulado general de un contrato). Por otra parte, las partes pueden, nacida ya la controversia pactar la sumisión a arbitraje, modalidad que provoca mucho menos problemas prácticos en su puesta en marcha, pero que es bastante menos frecuente en la práctica. Aunque tradicionalmente se denominaba a la primera “cláusula compromisoria” y a la segunda “convenio arbitral”, actualmente ambas figuras aparecen unificadas tanto en su nomenclatura como en sus efectos positivos y negativos (artículo 8° L.A. 2003).

Primer requisito de la validez de la expresión voluntad de las partes es,

obviamente, que estas sean capaces. Requisito incorporado a todas las normas convencionales y nacionales por vía negativa, la incapacidad de una de las partes significa nulidad del convenio arbitral. Tal incapacidad, también según lo previsto en las citadas normas, se rige por la ley nacional de cada parte (artículos V.1.a) Convenio de Nueva York, IX.1.a) Convenio de Ginebra y 60 L.A.). Se trata aquí del concepto general de capacidad de obrar y no, como parece indicar el citado artículo 60° L.A. de una capacidad específica para comprometer la materia objeto de litigio. No hay confusión entre la capacidad de la parte y la concreta posibilidad de disposición acerca de la materia controvertida, esto es, la arbitrabilidad de la misma. Cuando la falta de voluntad de las partes en comprometer se debe a ausencia de capacidad, la cuestión radica únicamente en la determinación de si quien se sometió a arbitraje tenía capacidad de obrar o, en su caso, suficiente representación, cuestiones ambas completamente autónomas del presupuesto de la arbitrabilidad de la diferencia.

Por fin, sentada la capacidad o suficiente representación de las partes, su voluntad en someterse a arbitraje debe quedar claramente formulada. Cuestión más fáctica que jurídica, la comprobación del consentimiento se reduce al contenido de convenio arbitral o de la cláusula compromisoria. Basta, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución de la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros. La práctica arbitral considera suficiente una redacción similar

a la expuesta. Sin embargo, la experiencia demuestra que esta cuestión, sencilla en apariencia, provoca serios inconvenientes en la práctica, puesto que, en ocasiones, la inclusión de un convenio arbitral dista de ser tan clara. Se trata de lo que se ha denominado en este trabajo “cláusula arbitrales patológicas”, en las que o falta un elemento esencial o se ven contradichas por el contexto contractual, por ejemplo, por la inclusión de una cláusula de sumisión a un tribunal estatal. En tales casos es necesario tener presente que no estamos ante convenios arbitrales inválidos en sentido estricto, sino defectuosos, lo cual implica que no estamos, en principio ante uno de los supuestos de “nulidad, ineficacia o inaplicabilidad” del convenio arbitral de los establecidos en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York. Por esa causa es necesaria una previa indagación acerca de la posible eficacia del convenio arbitral. La única apreciación que es posible hacer en un plano teórico es que la ineficacia del convenio arbitral de la que habla el artículo II.3 del Convenio de Nueva York depende del grado de gravedad del defecto del convenio, de forma que no sea posible deducir de su enunciado que las partes hayan querido someterse a arbitraje.

4.4. Ámbito del convenio arbitral

4.4.1. Contenido

El Convenio de Nueva York al definir el convenio arbitral en su artículo II, establece que las partes deben delimitar a qué controversias, relativas a la relación jurídica que une a las partes, se dirige el acuerdo. Y ésta es, ciertamente, la cuestión más importante que atañe al contenido del convenio: la determinación de la extensión

de sus efectos respecto a todas o sólo a algunas de las controversias dimanantes de su relación jurídica. Por lo demás, el Convenio no establece ninguna otra particularidad al respecto, lo cual debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la suficiencia del contenido, de forma que se considere como “necesaria” la indicación de tal asunto y como “facultativas” el resto de las apreciaciones que quieran hacer las partes. En algunas leyes nacionales y, concretamente, en la española (artículo 8º L.A.), se añaden pronunciamientos respecto al contenido necesario del convenio arbitral; en el caso español, las partes deben expresar “la obligación de cumplir la decisión que recaiga”. En otras legislaciones, como la egipcia (artículo 502º del Código Procesal), se proclama obligatorio el nombramiento de los árbitros en el propio convenio. En tales casos, la práctica arbitral rechaza la impugnación del convenio que no contenga tales indicaciones, bastando con que exprese de forma clara y terminante la decisión de someterse a arbitraje. El resto de los pronunciamientos se califican de “potestativos” y no influyen en la eficacia del convenio aunque puedan ser útiles para su mayor operatividad.

La mayor parte de las instituciones arbitrales recomienda una cláusula tipo en sus Reglamentos, a fin de evitar las cuestiones expuestas que, si bien no revisten especial gravedad, sí son susceptibles de provocar dilaciones en el procedimiento arbitral y disfunciones en la eficacia del convenio arbitral. Así, por ejemplo, la cláusula tipo de la Corte de Arbitraje de la CCI dice: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato seran resueltas definitivamente de acuerdo con el Regla-

mento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

4.4.2. Forma

Que el convenio arbitral deba constar por escrito es una norma constante en los Tratados y en las leyes internas (artículo 6° L.A., II.1 Convenio de Nueva York o 7.2 Ley Modelo de 1985). Tal necesidad responde a un criterio estricto de necesidad jurídica; si el convenio arbitral tiene la virtualidad de crear una competencia específica a favor de los árbitros a la que las partes deben someterse, es necesario que quede determinada claramente su existencia. El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión.

La necesidad de que el acuerdo aparezca consignado por escrito no se confunde, sin embargo, con una interpretación estricta de qué se entienda por tal requisito. El Convenio de Nueva York (artículo II.2) daba ya la definición de qué deba entenderse por acuerdo por escrito, incidiendo en la cuestión de la firma; desde este texto, “acuerdo por escrito denotar una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. La salvedad de la ausencia de firma en la segunda modalidad expresada responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia. La definición que, finalmente, m s se acerca al estado actual de la cuestión en lo relativo a la forma del convenio

arbitral es la contenida en el artículo 7.2 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL que, además de recoger el pacto entre ausentes, no firmado por ambas partes, reconoce la validez de las cláusulas pactadas por referencia. Es este un problema resuelto en la práctica arbitral y que pasó a la formulación positiva en este texto internacional; son cláusulas pactadas por referencia las que se aceptan en relación a otro contrato o a condiciones generales de la contratación. Las partes, en lugar de pactar específicamente y por separado la resolución de controversias en un contrato, se remiten a las cláusulas ya existentes en otro en un modelo contractual. Este modo de incorporación por referencia es práctica habitual y no desdice ni la necesidad de un escrito ni la aceptación del contenido de las cláusulas que ambas partes deben conocer.

4.5. Efectos del convenio arbitral internacional

4.5.1. Positivos: obligación de someterse al arbitraje pactado

El convenio arbitral tiene un doble efecto positivo, concordante con su caracterización. En efecto, por una parte, el convenio produce para las partes una obligación, contractual pura, de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga. Por otra parte, y en otro orden de cosas, el convenio arbitral crea una competencia, de efectos similares a la judicial, pero diferente en su origen, que es la posibilidad para los árbitros de dictar una decisión con efecto vinculante para las partes. Son las dos vertientes, relativa a las parte unas, relativa a los

árbitros la otra, de los efectos positivos del convenio arbitral.

El efecto positivo *inter partes* se materializa mediante la posibilidad de compeler a la parte renuente al arbitraje. La mayor parte de los Reglamentos arbitrales establecen la posibilidad de desarrollar el procedimiento arbitral aun en ausencia de la parte que se niegue a cumplir lo pactado en el convenio de arbitraje (artículo 15.2 Reglamento CCI y V.1.b) Convenio de Nueva York, a contrario). La sentencia o laudo que recaiga en tales circunstancias es igualmente obligatoria. Como en cualquiera de los casos en que se niega la validez o eficacia del convenio arbitral, sólo este extremo va a ser valorado por el juez o el árbitro que deban pronunciarse acerca de la eficacia. Sin embargo, en este punto es necesario detenerse en una apreciación importante: que el convenio arbitral tenga una eficacia obligatoria para las partes implica una interpretación estricta de tal punto. Es el llamado efecto relativo de los pactos, que no sufre variación alguna en el caso de convenio arbitral. Sus efectos sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral; pero el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no de eficacia de éste. El convenio arbitral sólo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, *inter partes*. De ahí que se insista con frecuencia en que las cláusulas de arbitraje sólo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica

arbitral y doctrinal en la materia. Los supuestos en los que la práctica ha tenido que examinar con detalle la extensión de la eficacia de la cláusula son los siguientes:

- i) Trasmisión de la cláusula e incorporación por referencia.
- ii) Grupos de sociedades: extensión de efectos a empresas que no firmaron, pero que aparecen de una otra forma vinculadas por el acuerdo contractual, como interesadas o implicadas en la ejecución o formando una unidad económica o explícitamente nombradas en el pacto. Sólo el primer supuesto es, obviamente, objeto de controversia, por lo que requiere de interpretación de la tácita voluntad de la empresa en ser parte.
- iii) Representación: implicación personal del representante social que firmó el convenio en uso de sus facultades delegadas por la sociedad representada.

4.5.2. Negativos: la excepción de incompetencia judicial

Como si de la otra cara de la moneda se tratase, el convenio arbitral produce un efecto negativo, en sentido estricto; esto es, “niega” una competencia, esta vez a los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional estatal. Dicho efecto de sustracción de la competencia sobre un concreto asunto del ámbito de lo que pueden conocer los Tribunales del orden civil es el que con mayor fuerza caracteriza el arbitraje; se produce por igual en el orden interno que en el internacional, con la salvedad de que

en el segundo, la negación de competencia se predica de todos los Tribunales de los varios Estados que pudieran tener competencia sobre el asunto en virtud de los foros de competencia judicial internacional. En este sentido, se suele decir que una de las mayores diferencias entre el arbitraje privado internacional y las cuestiones de competencia civil en el mismo ámbito es, precisamente, que los foros de competencia “reparten” o atribuyen entre las jurisdicciones de los Estados la que un juez tiene respecto a un asunto, mientras que un convenio arbitral “crea” una competencia a favor de los árbitros.

La cuestión es que, en presencia de un convenio válido de arbitraje, el juez que pudiera tener competencia judicial en ese asunto debe dejar de conocer y remitir a las partes al arbitraje. Es el enunciado del artículo II del Convenio de Nueva York, y es, también el tenor literal del artículo VI del Convenio de Ginebra. La Ley de Arbitraje Española, para el ámbito interno, reconoce también esta eficacia negativa del convenio arbitral, en el artículo 11º, estableciendo también el dispositivo de renuncia tácita al mismo. Porque, en efecto, el convenio arbitral no siempre despliega esta vertiente de su eficacia de una forma automática, sino que existen dos posibilidades, una de hacerla valer y otra de destruir su eficacia, siempre ante el juez estatal. En ambos casos, la resolución del asunto depende del comportamiento de las partes o, más bien, de la realización de actos con eficacia procesal. De todas formas, ninguna legislación sobre arbitraje interno o internacional establece un efecto negativo reconocido de oficio por el juez estatal, de forma que el convenio arbitral

debe ser siempre alegado a instancia de parte. Precisamente la ausencia de alegación por las partes de la existencia de un convenio arbitral válido es lo que se conoce como la renuncia tácita al mismo (artículo 11.2 L.A.).

De forma sumaria, las posibilidades de hacer valer el convenio arbitral en un procedimiento son las siguientes. Por una parte, puede comenzar un procedimiento judicial en incumplimiento del convenio arbitral pactado antes de surgir la controversia. En este caso, la parte que no ha comenzado el procedimiento puede hacer valer el convenio arbitral ante el juez estatal que, en cumplimiento de lo previsto en las disposiciones convencionales citadas (o de las previsiones de la L.A., si el hecho de comenzar en España hace pensar al juez que tal arbitraje es interno), remitir a las partes al arbitraje, a no ser que compruebe que el convenio es nulo ineficaz o inaplicable. En cualquier caso, los preceptos convencionales, hasta en enunciados más complejos que el del texto neoyorquino, terminan por dejar a la legislación de cada Estado la competencia en la regulación procesal (y meramente adjetiva) de esta oposición al procedimiento judicial comenzado en incumplimiento del convenio arbitral. De forma que la eficacia misma del convenio viene recogida, para el arbitraje internacional en las normas convencionales, pero la concreta forma de hacer valer tal eficacia en el procedimiento comenzado ante el juez estatal, es materia regulada en las normas procesales de ese Estado, en cumplimiento del aforismo *lex fori regit processum*.

En España, tal oposición se sustancia como una excepción procesal de fondo,

una declinatoria del artículo 63º LEC 2000), que exige, de ser aceptada, que el juez se abstenga de conocer, liberando al demandado que la opone de la obligación de contestar en cuanto al fondo. Se debe interponer dentro del tiempo que se concede al demandado para contestar y por tal modalidad incide directamente en el dispositivo de la renuncia tácita al convenio arbitral previsto en el artículo 11.2 L.A. En efecto, las partes pueden renunciar al convenio arbitral pactado y se entiende que lo hacen cuando “interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”. La práctica forense española, en este sentido, ha interpretado el comportamiento de las partes de una forma extraordinariamente rígida, de manera que la contestación a la demanda en cuanto al fondo, suponía renuncia tácita al convenio pactado. Dicha técnica, que es necesaria, pues todo lo que se pacta se puede renunciar de común acuerdo, se encuentra entonces extendida fuera de los límites que le son propios, desde el momento en que la parte que se

opone en el declarativo de menor cuantía, ver probablemente vaciado de eficacia procesal el convenio arbitral que intenta hacer valer. La solución es tan sencilla como entender que la contestación a la demanda en la que se plantea una excepción no cae dentro del supuesto del artículo 11.2 L.A., pero la jurisprudencia, como muestra la sent. T.S. de 18 de febrero de 1993, parece no estar de acuerdo en facilitar el acceso de las partes al arbitraje.

En todos los casos, el juez debe pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento comenzado y enviar a las partes al arbitraje pactado, decisión que se adopta mediante auto y que, incluso si la excepción se alega contestando, debe recaer antes de entrar en el conocimiento del fondo del asunto. Como demuestra el panorama expuesto, es necesario tomar algunas precauciones para hacer valer efectivamente un convenio de arbitraje, aunque un correcto uso de las normas convencionales y procesales no deben producir otro efecto que el de permitir a las partes la resolución de sus controversias mediante el juicio de árbitros.