

**NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL EN ESPAÑA**

por **ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA**

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
- II. EL ARBITRAJE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL
 1. **Concepto de arbitraje.**
 2. **Mercantilidad.**
 3. **Internacionalidad.**
 4. **Razones de su difusión.**
- III. CLASES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
- IV. FUENTES
- V. EL CONVENIO ARBITRAL
 1. **Capacidad y poder.**
 2. **Forma.**
 3. **Fondo.**
 - A) *Aspectos generales.*
 - B) *Arbitrabilidad de la diferencia.*
 - C) *Efectos.*
 - D) *Autonomía de la cláusula compromisoria.*
- VI. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL
 1. **El órgano arbitral.**
 2. **Cuestiones procedimentales.**
 3. **El laudo arbitral.**

VII. LA FASE POST-ARBITRAL

- 1. Recursos.**
- 2. Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.**
 - A) *Régimen del Convenio de Nueva York.*
 - B) *Régimen de Derecho común.*

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. El título de este Curso reclama ciertas precisiones sobre el ámbito y la finalidad del mismo.

Las páginas que siguen tienen por objeto analizar muy sumariamente las principales cuestiones que suscita el arbitraje comercial internacional desde la perspectiva española. La elección de un tema tan ambicioso, como es el del arbitraje comercial internacional, sobre el que existe una abundantísima y bien documentada literatura jurídica (1), puede sorprender, máxime cuando hay que referirse a él con los límites de tiempo tan apremiantes como los que recaen sobre nosotros. Pero se justifica, en mi opinión, por tres datos que creo que conviene poner de relieve:

— Ante todo, por la necesidad docente, sentida desde hace años, de una exposición introductoria al tema. Aun siendo el arbitral el medio más utilizado para el arreglo de diferencias en el comercio internacional, su importancia no encuentra el debido reflejo en la manualística española de Derecho internacional privado, procesal o mercantil; lo que no significa, en cambio, que no dispongamos en nuestra doctrina de algunos excelentes estudios monográficos sobre el arbitraje comercial internacional, que serán objeto de cita en su momento oportuno.

— En segundo lugar, por la remisión de un proyecto de ley sobre arbitraje privado elaborado por el Gobierno al Congreso de los Diputados el

(1) *Vid., ad ex.*, las referencias bibliográficas contenidas en las obras de A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, 1981, pp. 440-450; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, pp. 603-609; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères», *R. des C.*, 1984-I, t. 184, pp. 351-354 y P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. II, Tübingen, 1975, pp. 312-328.

pasado diciembre (2). Es ésta una iniciativa loable por su oportunidad, aunque quiepa discrepar del concreto contenido de la regulación proyectada. Pero merece ser analizada en todo caso si, como parece, con ella finaliza la vigencia de la anticuada Ley sobre Arbitraje privado de 22 de diciembre de 1953, cuya normativa ha sido tan nefasta para la práctica del arbitraje comercial internacional en el pasado, que algún autor, no sin razón, la ha calificado como la Ley *contra* el arbitraje (3). Parfraseando a G. García Márquez, puede decirse que estamos asistiendo a la *crónica de una muerte anunciada*, la de la Ley de 1953, desde el punto y hora en que España era, y es, parte del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras (4).

La modernización de nuestro ordenamiento resultaba además imperiosa tras la adhesión de España a las Comunidades europeas (5). Esta ha

(2) El texto del Proyecto de Ley aparece publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, núm. 69-1, serie A, de 28 de diciembre de 1987.

(3) A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, p. 21.

Sobre el régimen anterior al Proyecto de Ley sobre arbitraje remitido por el Gobierno, *vid. ad ex.*, A.R. BRIGUGLIO, «La disciplina spagnola dell'arbitrato e le recenti modifichie introdotte dalla Ley del 6 agosto 1984 - Qualche riflessione comparatistica», *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 259-282; J. M.ª CHILLON MEDINA y J.F. MERINO MERCHAN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1978; F. FERREIRO RODRIGUEZ-LAGO, *Los arbitrajes de Drecho privado*, 2.ª ed., Pamplona, 1974; A.M.ª LORCA NAVARRETE, *Derecho del arbitraje interno e internacional. Derecho vasco del arbitraje*, San Sebastián, 1986; L. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984; T. OGAYAR Y AYLON, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977; F. RAMOS MENDEZ, «Les clauses d'arbitrage international et leur validité selon le droit espagnol», *Revue de l'arbitrage*, 1982, pp. 147-168.

(4) La adhesión española al régimen neoyorkino debía, en buena lógica, estimular la reforma de nuestro Derecho interno sobre arbitraje. Constituía una muestra de *esquizofrenia jurídica* el que el sistema español de *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros girase fundamentalmente en torno a una normativa convencional muy avanzada y liberal, contenida en el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961, mientras que el régimen de Derecho interno seguía apegado a la formalidad y el ritualismo de la Ley de 1953. Por otra parte, sólo modernizando nuestra legislación interna cobraban sentido las remisiones que el Convenio hace en favor de las legislaciones de los Estados contratantes. *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 249-251 e *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 283-284.

(5) El artículo 220 *in fine* del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957) dispone que «los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: ...la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los *laudos arbitrales*». La falta de un Convenio específico de los Estados comunitarios que tenga por objeto asegurar la extraterritorialidad de los laudos arbitrales se explica, sobre todo, por una razón práctica: la dificultad, hoy por hoy, de superar los logros del Convenio de Nueva York de 1958. De ahí que el arbitraje haya sido excluido del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 1,4) (*vid. ad ex.*, sobre esta cuestión, E. ARENDT, «Vers un exequatur européen?», *Revue de l'arbitrage*, 1966, n.º 3 (spécial), pp. 121-144; J. BASEDOW, «Europäisches Zivilprozessrecht —Allgemeine Fragen des Europäischen Gerichtsstands- und

originado un notable incremento de los intercambios comerciales y, no resulta difícil de vaticinar, que probablemente también de los contenciosos derivados de esta modalidad de tráfico jurídico. Nuestro país se encontra-

Vollstreckungsübereinkommen (GVÜ)—», en Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. I, Tübingen, 1982, pp. 155-156; M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, pp. 135-136; L. FOCSANEANU, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions civiles et commerciales dans la Communauté économique européenne*, Paris, 1982, pp. 2-3 y 9; R. GEIMER en R. Geimer y R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, vol. I, 1, München, 1983, pp. 130 y 179-180; P. GOTHOR y D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968. Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE*, traducción de I. PAN MONTOJO, Madrid, 1985, pp. 16 y 145; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGV*, Heidelberg, 1983, pp. 35-36. Esta ausencia de un régimen convencional *ad hoc* para los Estados integrantes de la Comunidad no debe conducir a la conclusión, que sería inexacta, de que no existe la menor relación entre el arbitraje comercial internacional y el Derecho comunitario. Por el contrario, en éste se suscitan cuestiones de cierta importancia práctica como, por ejemplo, la posibilidad de que los árbitros se dirijan al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de la vía del recurso prejudicial del artículo 177 del Tratado de Roma —posibilidad que fue negada por la *sentencia del T.J.C.E. de 23 de marzo de 1982—* («Nordsee» Deutsche Hochseefischerei GmbH/Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG et Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Norstern AG & Co. KG, 102/81, *Rec. p.* 1.095), en la que se dejó claro que los órganos arbitrales no pueden dirigirse por sí mismos al Tribunal de Luxemburgo, pero sí recabar la cooperación de los tribunales estatales, para que éstos interpongan dicho recurso, cuando estén obligados a prestarles su auxilio (*vid., ad ex.*, F. ARMENGOL FERRER, «Organos judiciales legitimados para plantear cuestiones prejudiciales en aplicación del art. 177 del Tratado constitutivo de la CEE», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, pp. 149 y ss. y, en especial, pp. 163-165; G. BEBR, «Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty», *Common Market Law Review*, 1985, pp. 489-504; P. BLANCO MORALES, «El arbitraje privado y el recurso prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE (Algunas observaciones a propósito de la Sentencia del TJCE de 23 de marzo de 1982, *As.* 102/81: *Nordsee*)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 123-129; X. DE MELLO, «Arbitrage et droit communautaire», *Revue de l'arbitrage*, 1982, pp. 349-403; R. MONACO, «Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés Européennes», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 327-335, la eficacia de los acuerdos arbitrales sobre las competencias del artículo 6 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (*vid., ad ex.*, P. GOTHOT y D. HOLLEAUX, *La Convención...*, p. 74) o la admisión en los ordenamientos estatales de los Estados miembros de laudos arbitrales que infringen el Derecho comunitario de la competencia. En general, *vid., ad ex.*, J.-J. BURST y R. KOVAR, «L'arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 105-115; D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, Genève, 1983; P. JENARD, «L'Arbitrage et les Conventions C.E.E. en Matière de Droit International Privé», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, p. 79-83; C.M. SCHMITTHOFF, «Arbitration and EEC law», *Common Market Law Review*, 1987, pp. 143-157; J. ROBERT, «De la place de l'arbitrage dans le jeu des Traités instituant les communautés européennes», *Revue de l'arbitrage*, 1964, pp. 111-121 y 1965, pp. 3-12; *Id.*, «Arbitrage en matière internationale et au regard du Marché Commun», *Revue de l'arbitrage*, 1966, pp. 65-75; *Id.*, «Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire», *Revue de l'arbitrage*, 1966, n.º 3 (spécial), pp. 23-62; *Id.*, *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé suivi de formules pratiques*, 4.ª ed., Paris, 1967, pp. 458-488; P. SCHLOSSER, «Quelles nouvelles de l'arbitrage outre-Rhin?», *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 302.

ba, al tiempo de integrarse en la Comunidad, en una situación de clara desventaja frente a otros Estados comunitarios, que poseen una larga tradición arbitral, reconocida internacionalmente, o que se han dotado, desde hace poco, de nuevas leyes arbitrales (6).

(6) Dejando a un lado el caso de Escocia, donde están vigentes la *Arbitration (Scotland) Act* de 1894 y la *Administration of Justice (Scotland) Act* de 1972 (vid. M.E.L. WEIR, «Scotland» en *International Council for Commercial Arbitration International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. II, Deventer, August 1984) y el de Luxemburgo, del que no ha sido posible encontrar referencias seguras y precisas, puede observarse que se encuentran en una situación más ventajosa que España para atraer los arbitrajes, ya que han introducido nuevas leyes o modificado las anteriores o sus códigos procesales: la República Federal de Alemania —Ley de 25 de julio de 1986 sobre la nueva regulación del Derecho internacional privado (vid., ad ex., G. HENN, *Schiedsverfahrensrecht. Ein Handbuch*, Heidelberg, 1986; P. SCHLOSSER, «Quelles nouvelles...», pp. 293-307)—, Bélgica —Leyes de 4 de julio de 1972 y 27 de marzo de 1985— (vid., ad ex., M. DERMINE et G. HORSMANS, «La nouvelle loi belge sur l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 209-249; H. VAN HOUTTE, «La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 29-42; L. MATRAY, «La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1987, pp. 243-262; M. STORME, «Belgium: A paradise for international commercial arbitration», *International Business Lawyer*, 1986, pp. 294-295; A. VANDER ELST, «Increasing the appeal of Belgium as an international arbitration forum. The Belgium law of March 27 1985 concerning the annulment of arbitral awards», *Journal of International Arbitration*, 1986, pp. 77-86)—, Dinamarca —Ley n.º 181 de 24 de mayo de 1972 y Decreto n.º 117 de 7 de marzo de 1973 (vid., ad ex., K. EHLERS, «L'arbitrage au Danemark», *Revue de l'arbitrage*, 1977, pp. 327-335 y J. TROLLE, «National Report Norway», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. V, 1980, pp. 28-40)— Francia —Decreto n.º 81 81.500 de 12 de mayo de 1981 (vid., ad ex., P. BELLET, «La reforma del arbitraje en Francia», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. II, 1985, pp. 9-15; P. BELLET et E. MEZGER, «L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, pp. 611-656; W.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, «French codification of a legal framework for international commercial arbitration: The Decree of May 12, 1981», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. VII, 1982, pp. 407-415; Y. DERAÏNS, «France (Supplement on International Arbitration)», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. VII, 1982, pp. 407-415; Y. DERAÏNS y otros, *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, París, 1984; B. GOLDMAN, «La nouvelle réglementation française de l'arbitrage international», en *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders. 12 September 1912-1982*, Deventer, 1982, pp. 153-174; F.-E. KLEIN, «La nouvelle réglementation française de l'arbitrage international et les lois suisses», en *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne, 1984, pp. 57-67)—, Grecia —Leyes n.º 44 de 21 de junio de 1967 y n.º 958 de 15 de septiembre de 1971 (vid., ad ex., A.C. FOUSTOUCOS, *L'arbitrage —interne et international— en droit privé hellénique*, París, 1976)—, Holanda —Ley de 1 de diciembre de 1986 (vid., ad ex., A.J. VAN DEN BERG, «The Netherlands», en *International Council for Commercial Arbitration, International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. II, Deventer, April 1987; J.C. SCHULTSZ, «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1988, pp. 209-222; J.C. SCHULTSZ y S.L. BURUMA, *Legislation in the Netherlands and international arbitration. Internationale arbitrage*, Deventer, 1986)—, Inglaterra —*Arbitrations Acts* de 1950, 1975 y 1979 (vid., ad ex., R. VAN DELDEN, «English commodity arbitrations: a foreigner looking around in London», *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders. 12 September 1912-1982*, Deventer, 1982, pp. 95-110; M. ELLANDGOLDSMITH, «The Arbitration Act 1979», *Droit et pratique*

— Y, *last but not least*, por el interés de examinar, con una cierta perspectiva, la ya relativamente abundante jurisprudencia de la Sala 1.^a de nuestro Tribunal Supremo, dictada en aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.

2. La presente exposición arrancará del concepto de arbitraje mercantil internacional (II), para, una vez precisados sus contornos frente a otras instituciones jurídicas de arreglo de diferencias y mostradas las razones de su éxito, estudiar sus clases (III), así como las fuentes de distinta naturaleza que lo regulan (IV) y las cuestiones que plantea el arbitraje comercial internacional desde que surge por obra de la voluntad de las partes (V) hasta que el laudo arbitral es cumplido por la parte que pierde en el procedimiento arbitral (VII), pasando por las distintas incidencias de éste, desde que se constituye el órgano arbitral hasta que se dicta el laudo con el que concluye (VI).

II. EL ARBITRAJE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Conviene que precisemos el sentido que tienen los términos que integran la expresión *arbitraje comercial internacional*, con objeto fundamentalmente de delimitar el ámbito de la exposición.

du commerce international, 1980, pp. 63-70; Ph. GASTAMBIDE, «La loi anglaise de 1979 sur l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 447-456; W.W. PARK, «El arbitraje comercial internacional y la lex loci arbitri: Perspectiva de la Ley de arbitraje inglesa», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. II, 1985, pp. 57-88; C.M. SCHMITTHOFF, «The United Kingdom Arbitration Act 1979», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. V, 1980, pp. 231-239 y J. STEYN, «England» en International Council for Commercial Arbitration, *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, Deventer, May 1984)—, Irlanda —*Arbitrations Acts* de 1954 y 1980 (*vid.*, *ad ex.*, M.W. ABRAHAMSON, «Ireland», en International Council for Commercial Arbitration, *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, Deventer, August 1984)—, Italia —Ley n.º 28 de 9 de febrero de 1983 (*vid.*, *ad ex.*, G. BERNINI, «Italy», en International Council for Commercial Arbitration, *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. II, Deventer, January 1985; A. DI BLASE, «Gli ammodernamenti alla disciplina italiana dell'arbitrato e le convenzioni internazionali», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 859-872; A. GIARDINA, «La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 449-464; L.M. IMPALLOMENI, «Une modification au Code de procédure civile in Italie: les nouvelles règles sur l'arbitrage», *Droit et pratique du commerce international*, 1983, pp. 599-602; G. RECCHIA, «La nouvelle loi italienne sur l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 65-85)— y Portugal —Decreto Ley n.º 243 de 17 de julio de 1984, al que ha seguido la Ley n.º 31/86 de 29 de agosto (*vid.*, *ad ex.*, A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem comercial internacional», *Revista de Direito e Economia*, X/XI, 1984/1985, pp. 3-51; A. MARQUES DOS SANTOS, «Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntaria - Ley n.º 31/86, de 29 de agosto», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, pp. 15-50)—.

1. Concepto de arbitraje

1. El arbitraje es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas —por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica— a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria —el *laudo arbitral*— que ponga fin a la diferencia entre ellas.

2. La naturaleza del arbitraje no varía porque sea interno o internacional. De ahí que las diferentes concepciones que del arbitraje interno se tiene hayan sido proyectadas al arbitraje comercial internacional.

Históricamente dos han sido las concepciones que han polemizado sobre la naturaleza del arbitraje desde polos opuestos. La primera de ellas es la *teoría privatista pura o contractual*, para la que el arbitraje consiste fundamentalmente un contrato basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias en un árbitro. Este cumple así, al dictar el laudo, un papel muy semejante al de un tercero encargado por los mismos interesados en determinar el contenido de un contrato (7). Formulada esta tesis radicalmente, se ha llegado a escribir que:

«...la institución de un procedimiento arbitral no sustrae ningún litigio a la competencia judicial del Estado... El arbitraje testimonia no el desacuerdo, sino el acuerdo de las partes, las cuales, por su libre consentimiento, han decidido cómo, por qué personas y según qué reglas el litigio debe ser resuelto. Ellas están de acuerdo sobre el litigio, determinando todo lo que era necesario para su resolución; un desacuerdo, una controversia entre las partes, en el sentido del Derecho procesal, no existe. A través exclusivamente de medios de Derecho privado se consigue resolver lo que amenazaba con convertirse en un litigio judicial, se consigue evitar la necesidad de intervención del Estado y de su poder.» (8)

Por el contrario, según la *teoría publicista pura o jurisdiccional* el arbitraje es, ante todo, un procedimiento cuasijudicial, ciertamente engendrado por un acuerdo de voluntades, pero en el que lo característico —y, por esto se diferenciaría de los contratos— no es el acuerdo arbitral sino la sentencia o laudo arbitral, acto jurídico de terceros parangonable a las decisiones judiciales.

(7) *Vid., ad ex.*, F.E. KLEIN, «Autonomie de la volonté et arbitrage», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255-259; Id., «L'arbitrage international de droit privé. Réalités et perspectives», *A.S.D.I.*, 1963, pp. 43-47.

(8) G. BALLADORE PALLIERI, «L'arbitrage privé dans les rapports internationaux», *R. des C.*, 1935-I, t. 51, pp. 324-325.

«...el punto esencial en el arbitraje» —se dice— «no es el convenio de arbitraje, sino la sentencia arbitral que es de naturaleza judicial. La sentencia arbitral es el acto principal de la institución, el que realiza su fin, a saber: la regulación de la diferencia. El convenio de arbitraje es un acto preparatorio de esta regulación, y el acto principal de la institución no puede ser considerado como un accesorio o una proyección del acto preparatorio.» (9)

De esta manera los árbitros no serían unos terceros con los que se conviene la determinación de un contrato entre las partes, interpretando o completando un negocio jurídico ajeno, sino un tercero imparcial, o varios, en quienes la comunidad delega la administración de justicia (10).

Las consecuencias de seguir una u otra de estas concepciones se dejan sentir en el Derecho internacional privado. Para la primera de ellas, la primacía del carácter contractual del arbitraje sobre el laudo tendría obligatoriamente varias secuelas, la más importante de las cuales sería el necesario reconocimiento de un amplio margen a la autonomía de la voluntad; es decir, la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros, tanto en los aspectos procesales como en las cuestiones de fondo. Para la segunda, la ley del Estado donde se encuentre la sede del órgano arbitral vería justificada su vocación para regir, en principio, todas las cuestiones procedimentales —conforme a la regla *lex fori regit processum* de honda raigambre en Derecho procesal civil internacional— e, incluso habría que admitir, al menos en defecto de autonomía de la voluntad, que estaría legitimada por un cierto título para regular también las cuestiones de fondo.

Actualmente la polémica ha decrecido, viéndose sustituidas las anteriores construcciones jurídicas por la denominada *teoría conciliadora o mixta*. Conforme a ella el arbitraje es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual del mismo y la teleología jurisdiccional que, en última instancia, explica su aparición (11). En definitiva, una institución contractual

(9) Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 2, nota 2.

(10) En este sentido, *ad ex.*, A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 7, señala como el Estado admite no ejercer un monopolio jurisdiccional absoluto ante las ventajas del arbitraje como «un modo de administrar justicia, una forma privada de resolver los conflictos de intereses entre los ciudadanos y de realizar la paz social».

(11) En este sentido, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 106-116; P.A. LALIVE, «Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial», *R. des C.*, 1967-1, t. 120, pp. 585-586; L. MARMO, «Arbitrato: e) Diritto internazionale privato», *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, p. 965; M.G. SAUSERHALL, «L'arbitrage en droit international privé», en *Institut de Droit International, Annuaire*, 44, I, 1952, pp. 516-528 y, en especial, p. 524; P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tübingen, 1975, pp. 32-44.

por su origen y procesal por sus efectos (12). Consecuencia ineludible de ella es la inexistencia en rigor de la «ley del arbitraje» o, mejor dicho, de una ley del arbitraje, sino que habrá que analizar los diferentes supuestos y, en función de la naturaleza eminentemente contractual o procesal de cada cuestión, recurrir a soluciones distintas (13). Es el camino de la complejidad, pero también el de la justicia.

3. La *obligatoriedad* de la decisión diferencia al arbitraje de otras instituciones cercanas a él, que también son frecuentes en el comercio internacional como el *peritaje*, ya que el perito es un experto que emite una opinión, muy cualificada, pero que no vincula necesariamente a las partes (14), y la *conciliación*, en que el arreglo propuesto por el mediador o conciliador sólo obliga a las partes si se adhieren a él (15).

4. Ahora bien, la configuración del arbitraje como un medio jurídico de arreglo de diferencias esencialmente obligatorio por el resultado, como se acaba de ver, pero también voluntario por su origen y jurisdiccional por su función no deja de ser una imagen con luces y sombras. Cabe preguntarse hasta dónde se extiende el ámbito del arbitraje, habido cuenta de *dos fenómenos contemporáneos* que hay que destacar:

— El primero de ellos es la existencia de presuntos arbitrajes comerciales internacionales en los que se duda si realmente existe *voluntariedad*.

Para no perder la noción de dónde se encuentra la línea divisoria entre el arbitraje y el proceso estatal, incluso un partidario de la concepción jurisdiccional del arbitraje tiene que admitir que un arbitraje impuesto por la ley no es en rigor un auténtico arbitraje, sino un *pseudo-arbitraje* (16).

Es el caso paradigmático, aunque no único, de los organismos permanentes de arbitraje de la U.R.S.S. y demás Estados socialistas de Europa

(12) B. GOLDMAN, «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé», *R. des C.*, 1963-II, t. 109, p. 368.

(13) *Vid., per omnia*, J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et Droit International Privé.*, París, 1965.

(14) *Vid., ad ex.*, L. KOPELMANAS, «Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 205-216 y R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 10-11.

(15) *Vid., ad ex.* R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 11-12 y 40; G. HERRMANN, «La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 343-372; E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, París, 1980; I.I. NESTOR, «L'amiable compositeur et l'arbitrage selon les règles du droit», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 341-353; B. OPPETIT, «Arbitrage, médiation et conciliation», *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 307-324.

(16) Así Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage étranger...», p. 2 nota 2.

oriental (17). Se ha dicho de ellos que no son sino auténticos órganos estatales judiciales disfrazados de órganos arbitrales. Es cierto, como se ha replicado, que las facultades vienen conferidas a dichos organismos por cláusulas compromisorias. La fragilidad de esta argumentación se pone de manifiesto cuando se observa que se trata de cláusulas compromisorias integrantes de contratos de adhesión elaborados por el propio Estado, que ejerce el monopolio del comercio exterior. Además éste no sólo los ha instituido —a diferencia de los organismos permanentes de arbitraje occidental, que son una creación de los particulares y no del Estado—, sino que les confiere una competencia exclusiva *de iure* o *de facto* para conocer de todos los litigios derivados de la contratación internacional. El nombramiento sólo puede recaer en nacionales de ese Estado. La calificación de su naturaleza jurídica depende de cualidades intrínsecas, como su organización y funcionamiento, y no del *nomen iuris*. Ante esta realidad, no cabe sino entender que estamos simplemente ante una organización estatal de carácter judicial especializada en Derecho del comercio exterior.

No obsta a lo anterior que el Convenio de Ginebra de 1961 incluya en su ámbito los procedimientos desarrollados y las decisiones arbitrales dictadas por tales organismos, ya que este Convenio fue elaborado para favorecer las relaciones entre los Estados de Europa occidental y oriental y, por consiguiente, difícilmente hubiera sido operativo de ignorar la realidad existente en estos países.

— El segundo es la *desjudicialización* del arbitraje contemporáneo.

Con este neologismo no quiero referirme al hecho de que muy frecuentemente se encomienda a los árbitros funciones de auténticos conciliadores o mediadores ni tampoco a la posibilidad de que los árbitros, al

(17) *Vid.*, *ad ex.*, K.-H. BÖCKSTIEGEL, O. GLOSSNER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Ost-West-Handel*, Baden-Baden, 1975, 72 p.; R. DAVID, «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, 1959, pp. 5 y ss., en especial p. 9; *Id.*, *L'arbitrage...*, pp. 14-14 y 170-174; M. DOMKE, «New aspects of East-West trade arbitration», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 121-128; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 189-207; B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 351-355; D. HASCHER, «Actualité de l'arbitrage international en U.R.S.S.», *Revue de l'arbitrage*, 1988, pp. 237-266; J. JAKUBOWSKI, «La Convention de Moscou du 29 mai 1972 sur le règlement des litiges par voie d'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 59-65; W. MELIS, «East-West Arbitration», *Hommage à Frédéric Eisseman. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 102; D.F. RAMZAITSEV, «La jurisprudence en matière de droit international privé de la Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 459-478; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 11-13; H. TRAMMER, «La Convention de Moscou sur l'arbitrage du 26 mai 1972», *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Miloni*, Torino, 1974, pp. 517-523; J.P. WAHLER, *Die Aussenhandels- und See-Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR. Institutionen, Verfahren und Ermittlung des anwendbaren Rechts*, Berlin, 1974.

margen de un concreto Derecho estatal, resuelvan en equidad; es decir, conforme a su leal saber y entender, buscando la justicia del caso concreto que ante ellos se ha presentado. Me refiero al frecuente recurso a los árbitros, pero no para que resuelvan tanto una controversia como para que adapten un contrato, generalmente de larga duración, a las nuevas circunstancias (18). Se trata de una función que ha surgido como consecuencia del creciente desarrollo industrial y tecnológico, así como de la inversión y contratación por parte de empresas e incluso de organismos públicos de los Estados industrializados con los Estados en vías de desarrollo, la contratación internacional, que aun girando alrededor de la compraventa, la sociedad y el transporte, como tipos básicos, ha evolucionado hacia formas nuevas más complejas y cada vez más importantes económicamente como el *leasing*, el *factoring*, la construcción, instalación y mantenimiento de establecimientos industriales, la transferencia de *know-how*, el suministro de materias primas, y un largo etcétera, que se recoge generalmente

(18) *Vid., ad ex.*, G. BERNINI et H.M. HOLTZMANN, «Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 18-59; M.J. BONELL, «Las revisiones dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?», *Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*, 1978, parte prima, pp. 315-333; B.M.ª CREMADES, «El arbitraje en los contratos de ejecución duradera», *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 95-103; A. CUTRERA, «La convention compromissoire dans les accords de coopération à formation successive», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 97-107; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 32-36; M. FONTAINE, «Les contrats internationaux à long terme», *Études offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, 1985, pp. 263-274; Ph. FOUCHARD, «L'adaptation des contrats à la conjoncture économique», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 67-82; H.M. HOLTZMANN, «Le droit des États-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d'un contrat à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 60-82; H.M. HOLTZMANN et G.V.E. BERNINI, «Cas d'hypothèse pour illustrer l'utilisation qui est faite de l'arbitrage pour combler les 'lacunes' dans les contrats commerciaux internationaux à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 9-17; L.A.E.H. JERNER, «Réponse à 'l'affaire Drillco'», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 127-130; L. KOPELMANAS, «La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres», *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 25-26; Ch. DEL MARMOL, «L'importance et l'interprétation du contrat (dans ses relations avec l'arbitrage commercial international)», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1980, pp. 158-208; L. MATRAY, «Communication sur le thème du 4.e groupe de travail», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 88-107; G. d'A. MELODIA, «Communication sur "l'hypothetical case"», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 108-120; B. OPPETIT, «L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1976, pp. 91-104; Id., «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: à propos d'une jurisprudence récente», *Revue de l'arbitrage*, 1977, pp. 315-326; J. PAULSSON, «L'adaptation du contrat», *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 249-257; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 42-43; Id., «La reconnaissance...», pp. 196-197; C. RUCELLAI, «L'arbitrage comme instrument pour combler les 'gaps' dans les contrats internationaux à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 121-126; P. SANDERS, «Trends in the Field of International Commercial Arbitration», *R. des C.*, 1975-II, t. 145, pp. 227-235; Id., «L'arbitrage dans les transactions commerciales à long terme», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 83-87; Id., «Aspects de l'arbitrage international», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 133-135.

en contratos de tracto sucesivo de *larga duración*, de enorme complejidad y sometidos a las fluctuaciones del mercado.

¿Es esto un arbitraje? ¿Tiene el órgano arbitral facultades para cumplir esta nueva misión? Son éstas cuestiones que tienen una indudable transcendencia práctica. Si se considera que no se trata de un arbitraje, la decisión del árbitro no será en rigor un auténtico laudo y, por lo tanto, no tendrá más valor que el de un simple contrato ni podrá beneficiarse de los Convenios existentes (19). Por otra parte, en la medida en que la legislación de un Estado comparta esta misma opinión —como hacía la Ley española de arbitraje de 1953— una calificación unilateral, como se ha advertido, puede provocar una aplicación no uniforme de tales Convenios (20).

Se podría pensar si no se está ante un claro caso de contraposición de intereses, cada uno de ellos representado por los principios aparentemente antagónicos del *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*. Pero esta explicación hay que desecharla. Primero, porque no se pretende la extinción sino la adaptación del contrato. Segundo, porque no es extraño que las partes fijen inicialmente unas condiciones contractuales, de carácter provisional, y prevean que, en el futuro, un tercero las concrete de manera definitiva.

Hay quien opina que si un juez no puede cumplir esa función, tampoco un árbitro y que, si éste lo hace, eso no es arbitraje. El establecer un paralelismo entre la función jurisdiccional y la arbitral —que ha sido un planteamiento típico de los países influidos históricamente por el Derecho romano— no es un criterio decisivo. Esta es una tesis en revisión en esos países y además no está vigente en otros, como en el Reino Unido, los Estados Unidos de América y los Estados socialistas de Europa oriental.

Más seria es, en cambio, la objeción de que, en este supuesto, las partes no son auténticos adversarios (21) o que, asumiendo estas funciones, el árbitro más que dirimir una diferencia e imponerse a las voluntades de las partes, lo que hace es sustituir a éstas (22).

(19) *Vid.*, en este sentido, *Ibidem*, pp. 196-197 y P. SANDERS, «Trends...», p. 233.

(20) Se trata del artículo 2, párrafo segundo, conforme al cual «no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente». Sobre la transcendencia a estos efectos de este precepto, que carece de paralelo en el proyecto de ley sobre arbitraje, *vid.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 43.

(21) *Vid.* R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 197-198.

(22) Como se ha señalado justamente A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 197, «estas decisiones vienen a sustituir no una sentencia, sino el acuerdo de las partes; ellas son también obligatorias, pero no más que los contratos que completan o que modifican».

Pero no es menos cierto que las funciones de interpretación e integración de lagunas forman parte de la actividad jurisdiccional, que es difícil, en ocasiones, distinguir cuando se está colmando una laguna para aplicar Derecho y cuando se está completando o sustituyendo una voluntad negocial y que, a la postre, el que el órgano arbitral tenga o no estas facultades dependerá del acuerdo arbitral (23). Históricamente, además, parece que caminamos hacia un arbitraje de tipo único, en el que a los árbitros se les reconocerían estas facultades (24).

El tema, es, en todo caso, discutible y, por lo tanto, debe permanecer abierto.

2. Mercantilidad

1. El desarrollo del *arbitraje internacional privado* (25) o del *arbitraje internacional de Derecho privado* (26) está indisolublemente unido al desenvolvimiento de los intercambios comerciales entre empresas de diferentes Estados. Nada más natural, en apariencia, que los Convenios internacionales que regulan esta materia se refieran, a veces desde su misma denominación, al arbitraje *comercial* internacional, como sucede, por ejemplo, en el *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional*, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, o el *Convenio interamericano sobre arbitraje comercial internacional*, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975. Por un lado, se distingue así este tipo de arbitraje internacional del que tiene lugar entre Estados u organizaciones internacionales, cuyo estudio corresponde al Derecho internacional público y, por otro, se destaca el que la necesidad del recurso al arbitraje se experimente con especial intensidad, por las razones que veremos, en el tráfico jurídico mercantil (27). Ahora bien, cabe preguntarse si técnicamente el calificativo *comercial* es una adjetivación intranscendente o si, por el contrario, está repleta de consecuencias prácticas.

2. Esta última es la respuesta que viene avalada por la práctica internacional en la medida en que:

— La naturaleza comercial de la relación objeto de la diferencia acostumbra a ser un criterio delimitador del ámbito de aplicación *ratione materiae* de los convenios internacionales. La experiencia del Convenio de Nue-

(23) En este sentido, *ad ex.*, J. JAKUBOWSKI, «Some Legal Aspects of Industrial Co-operation in East-West Relations», *R. des C.*, 1979-II, to. 163, p. 297.

(24) *Vid.* R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 563-564.

(25) P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 580.

(26) B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 347 y ss.

(27) *Vid.*, *ad ex.*, los datos estadísticos que suministra R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 46.

va York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es sumamente reveladora. Pone en evidencia tanto la dificultad de lograr que la generalidad de los Estados se muestre dispuesta en principio a reconocer laudos arbitrales que solventen litigios de otra naturaleza que la mercantil como los peligros que para la efectiva aplicación de tales Convenios supone la adopción de este criterio. Los redactores del Convenio pensaron originariamente que éste se aplicase a culaquier sentencia o laudo arbitral extranjero que tuviese por objeto una cuestión contractual o no y comercial o no. El cambio proyectado respecto a la reglamentación del Protocolo de Ginebra de 1923 era doble —la extensión a los supuestos no contractuales y la inclusión de las cuestiones no mercantiles— (28). Sin embargo, en el curso de los debates se vio que el éxito del Convenio peligraba, si no se reconocía el punto de vista de los Estados que quisiesen ejercer la facultad de excluir el reconocimiento de laudos arbitrales sobre materias no mercantiles del ámbito del Convenio (29). De ahí el que el inciso final del artículo I, 3 dispusiese que todo Estado «podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno». ¿Qué se entiende por mercantil? ¿Bastará que uno de los sujetos que intervienen en la relación sea comerciante o se preferirá una concepción objetiva, no subjetiva, de los actos de comercio? La dificultad de lograr un acuerdo en este punto explica que el Convenio de Nueva York haya renunciado al establecimiento de una solución específica y, en su lugar, haya operado mediante una remisión a los ordenamientos de los Estados partes. La calificación *lege fori* puede romper la aplicación uniforme del Convenio, incluso en el supuesto de que los Estados directamente conectados con el arbitraje sostengan una misma calificación, si ésta no es compartida por el Estado en el que se pretende la ejecución (30). Además, una interpretación restrictiva puede minar seriamente la operatividad práctica del régimen convencional. Recuérdense, en este sentido, dos conocidas decisiones judiciales hindúes, que, por méritos propios, han pasado a la historia del Convenio. La primera de ellas consideró en 1965 que el contrato

(28) España ratificó el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 relativo a cláusulas de arbitraje, restringiendo su aplicación a los contratos que tuviesen carácter comercial conforme a la legislación española. El *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 16 de mayo de 1936* reconoció un laudo arbitral inglés, tras verificar, entre otras condiciones, que recaía sobre contratos, que según nuestro Código de comercio, constituían una comisión mercantil.

(29) *Vid., ad ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, p. 51; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 207-210 y A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 210-211.

(30) Este sería el caso —el ejemplo es de R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 208— de un laudo arbitral, por el que se resuelve una contienda entre un alemán y un inglés, que viera denegado el reconocimiento en Francia, país que hizo uso de la reserva del artículo I, 3 *in fine* del Convenio de Nueva York, por carecer la materia objeto del mismo de la condición de *comercial* en el estado del *exequatur*, aunque fuese válido conforme a los Derechos alemán e inglés.

de asistencia técnica de una sociedad extranjera, encargada de asesorar en la construcción de equipos de electrificación de trenes y trolebuses en la India, no constituía un contrato comercial, sino que se asemejaba más bien a un arrendamiento de servicios o al contrato concluido entre un abogado y su cliente. La segunda, en 1977, excluyó de la posibilidad de someter al arbitraje a tres contratos de transferencia de tecnología, en los que se regulaban los pormenores de la construcción de una fábrica de poliéster en la India, cuyo carácter comercial, según el Alto Tribunal de Bombay, era innegable conforme al uso común de este término, pero no conforme al Derecho hindú, donde faltaba una Ley que explícitamente reconociese el carácter mercantil de este tipo de contratos (31). Se comprende, pues, la propuesta doctrinal de una interpretación *en sentido amplio* del vocablo *comercial* (32), habida cuenta de que la noción de operaciones, actos o negocios mercantiles «no es más que un concepto-cuadro, apto para sumir varios contenidos» (33).

— La arbitrabilidad de la diferencia, que es un presupuesto de la validez del acuerdo arbitral, suele estar en relación con la mercantilidad de la materia sobre la que versa el litigio. Una de las razones por las que las delegaciones de numerosos Estados apoyaron la reserva del artículo I, 3, *in fine* fue precisamente porque, en sus ordenamientos, la arbitrabilidad de la materia se subordina a la libre disposición de las partes sobre sus derechos y ésta se concibe mal fuera de los actos de comercio (24). Por otra parte, entre *arbitrabilidad* del objeto del litigio y *mercantilidad* como causa de oposición existe una relación de vasos comunicantes: donde una de ellas se muestra activa, el interés práctico de la otra, como excepción al reconocimiento decrece (35). Esto se comprende porque, aun siendo presupuestos del reconocimiento distintos, apuntan, sin embargo a un mismo fin. Por ello es frecuente que resoluciones judiciales que deniegan el *exequatur* a un laudo arbitral extranjero, debiendo apoyarse en la no arbitrabilidad de la materia, se basen en la no mercantilidad y viceversa (36).

(31) Los casos referidos son *Kamani Engineering Corp. v. Société Traction et Electricité, S.A.* (1965) e *India Chemicals Ltd. v. Chamtex Fibres. Inc.* (1977) (*Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, p. 271). La jurisprudencia hindú cambió en favor de la interpretación de un acto o contrato como comercial, cuando merezca tal calificación conforme al ordenamiento jurídico hindú en su conjunto, a partir del caso *European Grain and Shipping Ltd. v. Bombay Extractions Ltd.* (1981) (*Yearbook Commercial Arbitration*, vol. VIII, 1983, p. 371). *Vid., ad ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 53-54; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 210-211; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 211.

(32) A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, p. 54.

(33) A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 9.

(34) *Vid., ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 210-211.

(35) *Ibidem*, pp. 211-212.

(36) *Vid., ad ex. la sentencia del Pretor de Génova de 30 de abril de 1980*, referida a relaciones laborales (*Riv. dir. int. pr. pr.*, 1980, pp. 458-460 y *Yearbook Commercial arbitration*, vol. VII, 1982, p. 342).

3. Internacionalidad

1. El arbitraje comercial objeto de nuestro estudio es el arbitraje comercial *internacional*, no el arbitraje comercial interno. La distinción entre ambos tipos de arbitraje es relevante cuando, en los Convenios internacionales o en los ordenamientos estatales internos, se establecen disposiciones específicas para el primero de ellos. Como también lo es la diferenciación entre arbitraje *extranjero* y arbitraje *nacional*; puesto que el laudo extranjero requiere el *exequatur* para su reconocimiento en el foro, mientras que el nacional no lo necesita (37).

2. La idea misma de la *nacionalidad* de los arbitrajes ha sido discutida y negada en el pasado (38). Hoy, en cambio, no sólo es reconocida, sino que goza de arraigo en los sistemas jurídicos. Los criterios que permiten conferir ésta a un arbitraje o un laudo difieren, sin embargo, de unos ordenamientos a otros. Aun a riesgo de simplificar demasiado, se puede afir-

Según la terminología tradicional de Derecho internacional privado, puede plantearse un *conflicto de calificaciones* especialmente a propósito de relaciones jurídicas en que sólo una de las partes es comerciante, cuando el órgano arbitral considera mercantil —y, por consiguiente, arbitrable— dicha relación, mientras que, conforme al ordenamiento jurídico del Estado en que se solicita el *exequatur*, se trata de una relación civil. *Vid.* Ph. FOUCHARD, «La clause compromissoire insérée dans un acte mixte», *Revue de l'arbitrage*, 1971, pp. 3-9.

Cuestión distinta, aunque relacionada con ésta, es el recurso por los tribunales indistintamente a la arbitrabilidad de la materia o al orden público del foro. *Vid.* Autos T.S. (Sala 1.ª) de 1 de junio de 1983 y 22 de diciembre de 1983.

(37) En general, sobre la *internacionalidad* o *extranjería* del arbitraje o el laudo, *vid.*, *ad ex.*, E.-M. BAJONS, «Zur Nationalität internationaler Schiedssachen. Der Fall "Norsolor" vor den österreichischen Gerichten», *Festschrift für Winfried KRALIK zum 65. Geburtstag. Verfahrensrecht - Privatrecht*, Wien, 1986, pp. 3-35; P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milano, 1987, pp. 1-9; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 96-106, 205 y 568-573; A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», pp. 10-26; Ph. FOUCHARD, «Introduction: spécificité de l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 449-468; Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage...», pp. 1-20; B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 358-362; *Id.*, «Arbitrage (droit international privé)», *Rep. Dalloz*, t. I, Paris, 1968, pp. 112-114; *Id.*, «Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 323-328; G. VAN HECKE, «Réflexions sur l'arbitrage au point de vue de son intégration dans les divers ordres juridiques», *Multitudo Legum. Ius Unum. Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag*, II, Berlin, 1973, pp. 357-368; B. VON HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die Bestimmung des massgeblichen Rechts*, Frankfurt/M., Berlin, 1970, pp. 49-51; F.-E. KLEIN, «L'arbitrage...», pp. 48-55 y 61-62; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 580-581; *Id.*, «Problèmes spécifiques de l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 346-348; F.A. MANN, «Zur Nationalität des Schiedsspruchs», *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, München, 1985, pp. 215-226; R. MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1970, pp. 33-46; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 47-53; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 198-207 y 212-213; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 28-31; *Id.*, «Quelles nouvelles...», p. 304; H. STROHBACH, «Nationalität eines Schiedsspruches», *Beiträge zum Seerecht. Eine Gedenkschrift für Jörgen Haalck 1924-1976*, 1978, pp. 41-48.

(38) *Vid.* E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Paris, 1930, pp. 603-620.

mar que existen dos factores por los que las legislaciones atribuyen la nacionalidad de su Estado a un arbitraje: la sede donde se ha desarrollado el procedimiento y se ha dictado la sentencia arbitral y la legislación estatal aplicada a las cuestiones de procedimiento (39).

De tal manera que, por ejemplo, serán españoles, conforme al criterio geográfico, los laudos arbitrales dictados en España y, *a contrario sensu*, se entenderá, como indica el artículo 57.2 del Proyecto de Ley de arbitraje, por laudo arbitral extranjero «el que no haya sido pronunciado en España». Este criterio fue empleado por el Convenio de Ginebra de 1927 (art. 1.º) y seguido por los Convenios bilaterales de reconocimiento de sentencias suscritos por España que extienden su campo de acción a los laudos arbitrales (40). En su favor, puede decirse que es objetivo, sencillo y que sólo quebraría en el supuesto, infrecuente pero no imposible, de que no exista en rigor una sede arbitral, por hallarse los árbitros en Estados distintos (41). El paralelismo con lo que ocurre con las decisiones judiciales, que son del Estado en que se pronuncian, puede justificar aparentemente esta solución.

La legislación procesal aplicable a las cuestiones de procedimiento es el otro gran criterio. Se observa efectivamente que una decisión judicial no ostenta la nacionalidad de un Estado porque haya sido dictada en él, sino porque ha sido elaborada por los tribunales de ese Estado y conforme a sus leyes procesales (42). De ordinario, Estado de la sede y de la normativa procesal aplicada coincidirán. Pero, como veremos, la amplia autonomía de la voluntad reconocida a las partes en el arbitraje internacional puede provocar que esa coincidencia no se produzca, bien porque se desarrolle en el foro un procedimiento arbitral conforme a una legislación extranjera, bien porque se produzca un arbitraje en el extranjero conforme a la ley del foro, bien porque, en última instancia, al calor de esa libertad de las partes, se lleve a cabo un arbitraje *anacional*, es decir, no sometido en concreto a la legislación de ningún Estado (43). Tal

(39) *Vid., ad ex.*, R. BRUNS et H. MOTULSKY, «Tendances et perspectives de l'arbitrage international (A propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927)», *Revue internationale de droit comparé*, 1957, pp. 719 y 724; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 199-200.

(40) *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 48.

(41) *Vid.* sobre este particular, Ch.N. FRAGISTAS, «Arbitrage...», p. 7.

(42) *Vid., ad ex.* en favor del ordenamiento aplicable al arbitraje como determinante de su nacionalidad, Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage...», pp. 4-5; L. MARMO, «Arbitrato...», p. 966; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 48.

(43) *Vid., ad ex.*, K.-H. BÖCKSTIEGEL, «Zu den Thesen von einer "delokalisierten" internationalen Schiedsgerichtsbarkeit», *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, München, 1985, pp. 1-10; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 23-24, 297, 311-312, 326-327, 330-339, 348-350, 375, 400-460; 507-508; Id., «L'autonomie de l'arbitrage commercial international», *Re-*

sería el sistema español de Derecho común vigente, según señala algún autor (44), opinión que ha sido compartida en algún caso por nuestra jurisprudencia (45). Consecuencia de la adopción de este criterio procesalista es no sólo la admisión de arbitrajes extranjeros en el foro y de arbitrajes nacionales en el extranjero (46), sino también la imposibilidad de interponer, contra el laudo nacido de tales arbitrajes, los recursos previstos ante los tribunales del Estado de la sede para los laudos inter-nos (47).

El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros recurre a ambos criterios. Este Convenio resulta aplicable a «las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias» así como «a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución» (art. I, 1), expresión que indudablemente, para tener un efecto útil, debe interpretarse referida a los laudos dictados en el foro, pero que, por no ajustarse a las prescripciones de su ley, el Estado no reconoce como nacionales (48).

vue de l'arbitrage, 1965, pp. 99-120; Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage...», pp. 14-18; G. VAN HECKE, «Réflexions...», pp. 360 y ss.; F.-E. KLEIN, «L'arbitrage...», pp. 51-52; P. SANDERS, «Trends...», pp. 270 y ss.; A. J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 28-40; H. STROHBACH, «Towards an international arbitral award», *The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders. 12 September 1912-1982*, Deventer, 1982, pp. 305-310.

(44) «En nuestro sistema —escribe A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 48... un laudo dictado fuera de España con arreglo a la Ley española tiene la consideración de nacional a los efectos de su reconocimiento y ejecución.

(45) *Sent. T.S. (Sala I.ª) de 1 de abril de 1911*.

(46) Caso, *ad. ex.*, de un arbitraje en París conforme a la jurisdicción inglesa: *Sent. del Tribunal de apelación de París de 5 de julio de 1955* («Monier c. S.A.R.L. Scali frères») (texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, pp. 79-81, con nota de E. MEZGER en pp. 81-83).

(47) *Vid. ad. ex.*, la sentencia del Tribunal de apelación de París de 9 de diciembre de 1980 («société Akxa c. société Norsolor»), según la cual no podía considerarse francesa la sentencia arbitral dictada en París conforme al reglamento de procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional entre una sociedad francesa y una sociedad turca, en un litigio que ponía en juego los intereses del comercio internacional, desde el momento en que ni las partes ni los árbitros designaron la ley procesal aplicable. El tribunal consideró inadmisibles un recurso previsto para los laudos franceses —la apelación de nulidad— y estimó que contra tal laudo no cabrían más motivos de recurso que los existentes contra los demás laudos extranjeros. *Vid.* el texto de esta decisión en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, pp. 545-550, con nota de E. MEZGER en pp. 550-552.

(48) Conforme al artículo I, 1, 3 del Convenio, en el momento de la firma o ratificación, todo Estado «podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente». España no formuló tal reserva. *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 51-53.

En cambio son irrelevantes a la hora de atribuir la nacionalidad de un Estado a un procedimiento o sentencia arbitral otros factores como, por ejemplo, la nacionalidad o domicilio de los árbitros (49).

3. Desde el punto de vista del jurista práctico, la distinción que más le interesa es la contraposición entre arbitraje o laudo nacional y extranjero; ya que, si pretende el reconocimiento de éste en el foro, será necesaria su homologación conforme al procedimiento del *exequatur* siempre que el laudo no sea nacional, tanto si se trata de un arbitraje extranjero, pero interno, como de un arbitraje auténticamente internacional (50). Este es un concepto utilizado por varios Convenios internacionales, con sentido no siempre coincidente. Así, por ejemplo, conforme al Convenio de Ginebra de 1961, el arbitraje comercial internacional tiene por objeto «solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional... entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes» (art. I, 1, a) (51). No cubre, pues, todos los supuestos de tráfico externo imaginables, pero sí los más importantes.

4. Razones de su difusión

1. Conviene detenerse en la extraordinaria difusión que experimenta el arbitraje comercial internacional en nuestros días e indagar sus causas (52). Este es efectivamente el medio más utilizado para resolver las dife-

(49) *Vid., ad ex.*, el análisis muy minucioso de B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 112-113.

(50) En este sentido, *ad ex.*, A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 21.

(51) Combinado con el art. 4 del Convenio, donde se reconoce la libertad de las partes para fijar ellas mismas el procedimiento o hacerlo a través de una institución arbitral permanente, el artículo I, 1, a, suministra implícitamente, como observa B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 114, una noción de arbitraje comercial en que la internacionalidad procede de dos criterios que frecuentemente se dan en la práctica cumulativamente: el objeto del litigio —transacciones internacionales— y el procedimiento de solución —el determinado por las partes directamente o mediante remisión al reglamento de una institución internacional—.

Cercana a esta posición estuvo la enmienda núm. 35 al Proyecto de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (PNV), que proponía añadir al art. 57, apartado 2: «... y el pronunciado en España cuando una de las partes tiene nacionalidad extranjera, o una de las partes es residente en el extranjero, o el objeto del litigio versa sobre una relación comercial no estrictamente nacional» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 marzo 1988, n.º 69-5, p. 280).

(52) *Vid., ad ex.*, B.M.ª CREMADES, «Naturaleza y ventajas del arbitraje», *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 115-123; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 15-38 y 41-49; J. DE-HAUSSY et B. GOLDMAN, «Arbitrage (en général)», *Rep. Dalloz*, t. I, París, 1968, p. 111; F. EISEMANN, «Le phénomène de l'arbitrage, son utilité, ses avantages et son rôle», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 106-115; A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», pp. 3-5; L. FLETCHER, «Unrealised Expectations - The Root of Procedural Confusion in International Arbitrations», *Arbitration*, 1988, pp. 40-43; KERR (The Hon. Mr. Justice), «International Arbi-

rencias jurídicas que surgen de las relaciones comerciales internacionales. Ocho o nueve de cada diez contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria o son objeto de un acuerdo arbitral. En el sector marítimo, la proporción es aún mayor. Se trata de un crecimiento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos Estados.

2. Las razones que justifican la preferencia de los diversos agentes que operan en el tráfico jurídico internacional por el arbitraje son múltiples. Los defensores a ultranza del arbitraje internacional acostumbran a destacarlas, comparándolo con el proceso civil ante tribunales estatales.

Unas miran al *órgano arbitral*: la *neutralidad* y la *especialización*. Se dice que éste es perfectamente *neutral*, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar. La libertad de las partes para elegir a los árbitros, permite que el nombramiento recaiga en personas dotadas de una alta preparación, superior a la normal, para resolver los problemas jurídicos, económicos o técnicos tan complejos que frecuentemente plantea el desarrollo del comercio internacional. Otras ventajas se refieren al *procedimiento arbitral*: éste es flexible —son las partes las que eligen un procedimiento ajustado a sus necesidades e intereses—, *confidencial* —cuestión especialmente interesante no sólo desde la perspectiva fiscal, sino también comercial, al permitir que las relaciones entre las partes continúen o se reanuden más fácilmente (53)— y más *rápido* y *económico* que un proceso civil ordinario.

tration v. Litigation», *The Journal of Business Law*, 1980, pp. 164-180; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 573-580; L. MARMO, «Arbitrato...», p. 965; J. VAN OMMEREN, «Réflexions sur le rôle de l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1972, pp. 44-48; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 5-9; Id., «La reconnaissance...», pp. 179-184; P. SANDERS, «Trends...», pp. 215-218; A. ROGERS, «An Overview of the International Arbitration Scene», *Arbitration*, 1987, p. 239-243 y 257; P. SANDERS, «International commercial arbitration», *Arbitrage commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 469-477; H. STUMPF, «Vor- und Nachteile des Verfahrens vor Schiedsgerichten gegenüber dem Verfahren vor Ordentlichen Gerichten», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 217-227; H.P. DE VRIES, «International commercial arbitration: a contractual substitute for national Courts», *Tulane Law Review*, 1982, pp. 42-79.

(53) Es significativo, por ejemplo, el debate que tuvo lugar en el Congreso sobre arbitraje celebrado en Rotterdam en julio de 1966. A pesar de que las decisiones arbitrales se publican frecuentemente en países como Holanda o los del Este europeo, no se consiguió más que dicha publicación fuera considerada deseable en algunas materias, sin precisar cuáles y por qué en unas sí y en otras no, para, a continuación, añadir que «parecería prematuro prever una publicación tal que cuestionaría el carácter confidencial del arbitraje» (*Revue de l'arbitrage*, 1966, p. 82).

Otras, finalmente, destacan la superioridad del *laudo arbitral* sobre la decisión judicial dictada por un órgano estatal. Ante todo, por la facilidad para los implicados de elegir, como *ley aplicable al fondo del asunto*, la más apropiada por su conexión con el negocio de que se trate o por su mayor tecnicismo. También por la posibilidad de que el laudo sea *definitivo*, si las partes acuerdan de antemano la renuncia a la interposición de recursos contra él. Y, por último, por su *más fácil reconocimiento en otros Estados*: la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales más allá del Estado en que fueron dictados se encuentra asegurada por el entramado que forma una amplia red de Convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, donde se subordina su homologación a una serie de requisitos que son, en su conjunto, más favorables a los laudos arbitrales que a las decisiones judiciales extranjeras.

3. Las ventajas del arbitraje comercial internacional sobre el proceso judicial no son *grosso modo* sustancialmente diversas de las que presenta el arbitraje interno.

Algunas, como, por ejemplo, la economía o la celeridad del procedimiento arbitral, han sido varias veces puestas en entredicho y no faltan ejemplos que lo confirman (54).

Otra, la neutralidad del órgano arbitral, debería ser precisada por quienes la utilizan a favor del arbitraje. Es evidente que siendo el arbitraje un medio voluntario de arreglo de controversias ante un tercero, las partes elegirán como árbitros a personas equidistantes de ellas. Pero es lógico preguntarse si: a) tal neutralidad es distinta a la que debe poseer un juez estatal, vinculado solamente por la ley, cuestión que debe responderse negativamente por lo menos en el caso de las instituciones

(54) Hasta tal punto que, *ad ex.*, un autor del prestigio científico y la experiencia profesional de P. SANDERS, «Trends...», p. 217, no incluye el coste del arbitraje entre sus ventajas sino entre sus inconvenientes. Por su parte, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 296 nota 48, ha manifestado su escepticismo respecto a la diferencia entre un proceso judicial y un procedimiento arbitral tan formalista como el de los países socialistas.

R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 73, suministra dos excelentes ejemplos muy ilustrativos: el caso *Vitaphone Corporation v. Electrical Research Institute, Inc.*, en el que un tribunal estatal se declaró competente para conocer del litigio, pese a que se había iniciado ya un procedimiento arbitral, cuyas costas ascendían a 750.000 dólares, y el caso «Société européenne d'études et d'entreprises c. République fédérale de Yougoslavie», en el que un error de los árbitros dio paso a un proceso, con la consecuencia de que las partes sólo vieron resuelto su litigio al cabo de treinta años.

Algunos de los problemas que provoca el arbitraje tienen su origen en una defectuosa redacción del convenio arbitral y son, por consiguiente, perfectamente evitables. *Vid. ad ex.*, el interesante trabajo de F. EISEMANN, «La clause d'arbitrage pathologique», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 129-161 y, desde una perspectiva eminentemente práctica, L. MATRAY, «Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix d'arbitres compétents en matière internationale», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1979, pp. 51-78.

permanentes de arbitraje de los Estados de Europa oriental (55); b) si no se ve muy a menudo parcialmente desmentida, teniendo en cuenta que resulta usual que, en órganos arbitrales integrados por tres miembros, cada árbitro vote en favor de la parte que lo designó y sea el voto del superárbitro —elegido de común acuerdo por ambas partes o por los dos árbitros anteriormente nombrados— el que resulte decisivo; c) si su fundamento es la *internacionalidad* del arbitraje: el árbitro, se señala, no sólo no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino que además cumple una función internacional, a falta de auténticos órganos internacionales. Esto puede ser cierto. Pero no es menos cierto que resulta difícil trazar, como hemos visto, la línea divisoria entre un juez y un órgano arbitral encargado de resolver un litigio de comercio exterior entre una empresa occidental y una empresa pública de un Estado socialista o que la internacionalidad de la misión no necesariamente repercute en la esencia misma del proceso arbitral. Así, por ejemplo, se tiene razón cuando se escribe que el *arbitraje en Londres* y, en general, el arbitraje marítimo internacional no es en verdad, por su estructura, un arbitraje internacional, sino interno, «no menos inglés que el bombín o el té a las cinco» (56).

Las ventajas del arbitraje sobre el proceso ante un órgano estatal deberían aceptarse, pero aplicándoles un coeficiente reductor. Su éxito ha sido propiciado no sólo por las virtudes del arbitraje, sino también por los agentes que están detrás de él y que, por motivos diversos entre sí, lo han promocionado: los Estados y las grandes organizaciones profesionales a través de las cuales los empresarios operan en el comercio internacional. Los primeros han apoyado la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, promoviendo el desarrollo del Derecho convencional en la materia. Las segundas, caja de resonancia de las grandes empresas cuyos intereses reflejan, han fomentado el recurso al arbitraje como medio, por un lado, de desembarazarse del Derecho estatal, sustituyéndolo por la denominada *lex mercatoria*, y, por otro, de obtener así una decisión vinculante fácilmente exportable. Factores *intrínsecos* y *extrínsecos* se apoyan mutuamente como contrafuertes de un edificio gótico. Sin unos y otros el edificio y la imagen que de él se tiene serían incompletos.

(55) Se ha polemizado varias veces ante Tribunales occidentales en torno a la falta de independencia de tales organizaciones arbitrales y a la eventual infracción del principio procesal de la igualdad de las partes. *Vid., ad ex.*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 667.

(56) A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 181.

III. CLASES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Los arbitrajes comerciales internacionales pueden clasificarse en atención a varios criterios. Así, en primer lugar, conforme a las *partes que intervienen* en ellos, distinguiendo el que se lleva a cabo entre particulares, sean personas físicas o jurídicas, o entre particulares y Estados (57).

(57) *Vid., ad ex.*, AA.VV., *Investissement étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969, IV-196 p.; K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Arbitration and state enterprises. A survey on the national and international state of law and practice*, Deventer, 1984, VI-113 p.; A. BROCHES, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States», *R. des C.*, 1972-II, t. 136, pp. 331-410; Id., «Arbitration clauses and institutional arbitration. ICSID: A special case», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 69-79; Id., «L'évolution du CIRDI», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 323-337; Ch. CARABIBER, «L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers», *R. des C.*, 1950-I, t. 76, pp. 217-318; R. DAVID, «Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques?», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 109-120; Id., *L'arbitrage...*, pp. 219-224; J. DEHAUSSY, «Arbitrage (droit international public)», *Rep. Dalloz*, t. I, Paris, 1968, pp. 143-160 y, en especial, pp. 151-159; G.-R. DELAUME, «Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)», *Journ. dr. int.*, 1982, pp. 775-843; Id., «ICSID Arbitration and the Courts», *A.J.I.L.*, 1983, pp. 784-803; Id., «Le CIRDI et l'immunité des États», *Revue de l'arbitrage*, 1983, pp. 143-161; M. DOMKE, «Arbitration between Governmental Bodies and Foreign Private Firms», *Arbitration Journal*, 1962, pp. 129-144; F. EISEMANN, «La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 279-297; M.-A. FLAMME, «L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé», *Revue de l'arbitrage*, 1966, n.º 3 (spécial), pp. 85-115; Ph. FOUCHARD, «L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c/National Iranian Oil Company. Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 333-359; A. GIARDINA, «L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 273-293; G. GUYOMAR, «L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers», *A.F.D.I.*, 1959, pp. 333-354; Ph. KAHN, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *Journ. dr. int.*, 1965, pp. 338-390 y, en especial, 374-379; Id., «Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 641-661; F. LATTAZI, «Convenzione di Washington sulle controversie relative ad investimenti e invalidità delle sentenze arbitrali», *Riv. dir. int.*, 1987, pp. 521-547; Ph. LÉBOULANGER, «État, politique et arbitrage - L'affaire du plateau des Pyramides», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 3-28; R. LUZZATTO, «International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States», *R. des C.*, 1977-IV, t. 157, pp. 9-120 y, en especial, pp. 87-100; A. MEZCHANI, «Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 543-584; A. MIAJA DE LA MUELA, «Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras», *R.E.D.I.*, 1969, pp. 9-41; H. MOTULSKY, «L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public», *Revue de l'arbitrage*, 1956, pp. 38-47; B. OPPEIT, «Les États et l'arbitrage international: esquisse de systématisation», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 493-515; J.A. PASTOR RIDRUEJO, «El arbitraje y el Derecho internacional privado de la coexistencia», *R.E.D.I.*, 1965, pp. 20-33; M. QUERE-MESSING, «Le rôle de l'arbitrage dans l'assistance aux pays sous-développés», *A.F.D.I.*, 1960, pp. 435-443; P. RAMBAUD, «Premiers enseignements des arbitrages du C.I.R.D.I.», *A.F.D.I.*, 1982, pp. 471-491; A. REDFERN, «ICSID - Losing its Appeal?», *Arbitration International*, 1987, pp. 98-118; J.-P. REGLI, *Contrats d'État et arbitrage entre États et personnes privées*, Genève, 1983, XI-188 p.; Cl. REYMOND,

Es muy frecuente el recurso al arbitraje instituido por un acuerdo entre un Estado y un particular, generalmente una sociedad, para resolver las diferencias surgidas de la interpretación o ejecución de un contrato concluido entre ellos. Se trata de ordinario de contratos de concesión, suministro, flete, desarrollo económico (inversiones extranjeras), *joint ventures*, etc., en los que muchas veces aparecen, como contratantes, Estados y empresas pertenecientes a bloques de distinto desarrollo social y económico —caso de las relaciones Norte-Sur— o político —caso de las relaciones Este-Oeste—.

La amplitud de este fenómeno obedece a varias causas. Los particulares desconfían de la imparcialidad de los tribunales del Estado con el que contratan; mientras que los Estados no desean ser juzgados por tribunales ni conforme a las leyes de otro Estado. Si a los primeros les inquieta la necesidad del agotamiento de los recursos internos, como presupuesto para el ejercicio de la protección diplomática, a los segundos les preocupa que ésta se produzca y su imagen se deteriore. Unos y otros tienen un interés común en que el contrato se rija por la normativa más adecuada, tanto si ésta la suministra un ordenamiento estatal como si procede del denominado Derecho económico internacional. Las empresas quieren invertir donde la relación costes-beneficios les resulte más ventajosa y los Estados desean captar la tecnología y el capital extranjero tan necesario para su desarrollo económico.

2. En segundo lugar, en atención al *órgano y procedimiento arbitral*, contraponiendo así el arbitraje *ad hoc* al arbitraje institucional (58).

«Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 517-542; J. RIVERO, «Personnes morales de droit public et arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 263-275; A. SINAGRA, *L'arbitrato internazionale nel sistema del Cirdi ed i suoi recenti sviluppi*, Padova, 1984, VIII-125 p.; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 77-79; M. STORME, «L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 113-129; P.F. SUTHERLAND, «The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes», *I.C.L.Q.*, 1979, pp. 367-400; A. VERDROSS, «Zwei schweizer Schiedsprüche über quasivölkerrechtliche Verträge», *A.S.D.I.*, 1964, pp. 15-24; J. VERHOEVEN, «Arbitrage entre États et entreprises étrangères: des règles spécifiques?», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 609-640.

(58) *Vid.*, *ad ex.*, AA.VV., *Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986; H.L. ARKIN, «International Ad Hoc Arbitration: a practical Alternative», *Arbitration*, 1987, pp. 260-269 y 275; E.J. COHN, M. DOMKE, F. EISEMANN (Editors), *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade. Facts, Figures and Rules*, Amsterdam, New York, Oxford, 1977; B.M. CREMADES, «Análisis comparativo de tribunales arbitrales permanentes», *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 145-183; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 47-48 y 51-69; Ph. FOUCHARD, «Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (A propos d'une jurisprudence récente)», *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 225-274; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 664-671; A. PRUJINER, «La gestion des arbitrages commerciaux internationaux: l'exemple de la Cour d'arbitrage de la C.C.I.», *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 663-718; P. SANDERS, «Trends...», pp. 214-215; P. SCHLOS-

Este último es el que se desarrolla bajo los auspicios de una organización, que presta su asistencia a las partes, general, aunque no exclusivamente, designando en su lugar a los árbitros, a partir de unas listas de expertos previamente elaboradas, para que resuelvan la diferencia existente entre ellas conforme a un reglamento arbitral propio.

Para tales organismos, el arbitraje puede ser una tarea más a realizar, junto a otras, —caso, *ad ex.*, de la *International Law Association* o de la *Cámara de Comercio Internacional*—, o, por el contrario, constituir el objeto principal o exclusivo de su actividad —caso, *ad. ex.*, de la *American Arbitration Association* o del *Instituto neerlandés de arbitraje*—. Desde otro punto de vista, estos centros permanentes de arbitraje puede estar especializados *ratione materiae* en determinados tipos de arbitraje, *ad ex.* sobre materias primas como café, cacao, trigo, maíz, algodón, etc., —caso, *ad ex.*, de la *Coffee Trade Association* o de la *London Corn Trade Association*—, o no —caso, *ad ex.*, de la *Cámara de Comercio Internacional*—.

Existe, una clara tendencia del arbitraje comercial internacional en nuestros días a la institucionalización; es decir, a la sustitución de la confianza que antes se tenía en los árbitros, designados *intuitu personae*, por la que se tiene en los centros permanentes a través de los cuales las partes nombran a los árbitros (59). Estos suministran la infraestructura administrativa, las listas de expertos, el procedimiento arbitral que deberán seguir éstos, la seguridad que ofrece su experiencia y frecuentemente también su prestigio. El arbitraje *ad hoc* subsiste, sin embargo, especialmente en los grandes contenciosos —caso, *ad ex.*, de las concesiones petrolíferas en Oriente Próximo—, en los que las partes no sólo tienen por sí mismas esa infraestructura de servicios necesaria para que el arbitraje tenga lugar, sino que desean mantener en sus manos el control del procedimiento arbitral —en particular, la designación de los árbitros, sin delegar en terce-

SER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 123-137; J. SCHOTTELIUS, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Eine Studie über die Bildung eines internationalen privaten Schiedsgerichtssystems*, Köln, Berlin, 1957, pp. 72-90.

(59) Es tónica la alusión, reiterada por los especialistas del arbitraje comercial internacional a este respecto, al tránsito de un arbitraje *artesanal* a un arbitraje *industrial*. R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 39-41, expresa admirablemente esta idea cuando describe la evolución experimentada por el arbitraje desde el siglo XIX hasta nuestros días. En el siglo pasado, se recurría al *compromiso* para elegir a una persona sobre la que se depositaba la confianza de ambas partes, que la conocían. El árbitro, nombrado *intuitu personae*, «era un notable, un amigo común o un sabio... El árbitro aparecía bajo la figura de un 'amigable componedor' más que bajo la de un juez. El código de procedimiento italiano de 1865 trataba aún de nuestra institución en el título preliminar consagrado a la vez a la conciliación y al arbitraje» (*ibidem*, p. 40). En el siglo XX, el arbitraje se basa casi siempre en una cláusula compromisoria, es decir, resulta anterior al surgimiento del litigio, y se sustituye la designación *ad hoc* de una persona que se conoce por un *arbitraje sistemático* —la expresión es de R. DAVID, *ibidem*, p. 40—, en el que dicha designación es delegada.

ros— y se muestran además especialmente celosas del sigilo con el que quieren que sea llevado el asunto, de ordinario mejor preservado en el arbitraje *ad hoc* que en el institucional.

3. Y, en tercer lugar, por la *solución dada al fondo del asunto*, diferenciando el arbitraje de Derecho del de equidad (*ex aequo et bono*) (60).

El Derecho comparado muestra a este respecto la existencia de dos grandes grupos de países. De un lado, los que, ignorando esta distinción, sólo conocen el arbitraje de Derecho y atribuyen, por consiguiente, a los árbitros la misión de aplicar el Derecho como lo haría un juez estatal. Tal es el caso, *ad ex.*, de los países escandinavos, la República Federal de Alemania o Austria. De otro, los que admiten la posibilidad de que las partes nombren a los árbitros para que resuelvan la diferencia que media entre ellas como harían unos *amigables componedores* (*ex aequo et bono*): mediante una decisión obligatoria, pero no necesariamente basada en una ley estatal, sino más bien en su personal sentido de la justicia del caso concreto, atendidas las peculiaridades del mismo. Tal es la situación, *ad ex.*, de España, Portugal, Grecia, Suiza y Holanda.

Este último tipo de arbitraje no puede presumirse, dada la mayor libertad que concede a los árbitros. Las diferencias entre ambos tipos de arbitraje no deben sobrevalorarse, ya que dicha libertad no es, con todo, ilimitada: los árbitros deben atenerse a lo pactado por las partes y mostrarse particularmente sensibles al respeto de las normas de *ius cogens* o de orden público —salvo que renuncien de antemano a la eficacia extraterritorial del laudo que dicten— y a los usos del comercio —salvo que se desentiendan de un valor tan estimable en el comercio internacional como el de la seguridad que proporciona la previsibilidad y certidumbre de los términos de un contrato—.

IV. FUENTES

1. El arbitraje comercial internacional puede ser objeto de reglamentación por fuentes internas e internacionales.

Dentro de las fuentes estatales, cabe distinguir dos opciones básicas. De un lado, la que llevan a cabo las legislaciones estatales que regulan fundamentalmente el arbitraje interno, sin perjuicio de que, posteriormente, la jurisprudencia de esos Estados extienda, por analogía y a falta de reglamentación específica, su ámbito de aplicación al arbitraje comercial inter-

(60) *Vid.*, *ad ex.*, C. MULCAHY, «Ex Aequo Et Bono», *Arbitration*, 1988, pp. 105-107; I.I. NESTOR, «L'amiable compositeur...», *passim*; P. SANDERS, «Trends...», pp. 238-243.

nacional. De otro, la de las legislaciones en que existe una normativa *ad hoc* para el arbitraje comercial internacional, opción que no implica necesariamente una Ley especial, sino que puede consistir en la introducción de unos artículos adecuados a este propósito como, *ad ex.*, hizo el legislador francés en 1981. La primera alternativa fue la seguida en el ordenamiento español por la Ley de arbitraje privado de 1953 con funestos resultados (61). Pero no necesariamente implica un juicio negativo, si, como sucede, *ad ex.*, en Inglaterra, la normativa es tan flexible que, de hecho, acaba por ser aplicada más que a casos internos a casos de tráfico jurídico externo y convertir eventualmente a ese país en polo de atracción de arbitraje comercial internacional (62). La segunda alternativa es la seguida por el Proyecto de Ley sobre arbitraje remitido a las Cortes por el Gobierno.

2. La cooperación internacional de los Estados en materia de arbitraje comercial internacional se ha canalizado mediante la conclusión de numerosos Convenios internacionales (63). Su importancia y número así como sus relaciones de interdependencia o complementariedad ha llevado a algún autor a compararlos con los sistemas solares que integran el Universo (64). Si esto es así, no habría duda de que, en el nuestro, el astro rey sería el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (65). Este Convenio sustituye en las relaciones entre Estados Contratantes tanto al Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, como a la Convención de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (art. VII, 2),

(61) *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 21 y ss. y 166-167.

(62) Una reglamentación adecuada del arbitraje comercial internacional constituye presupuesto indispensable, pero no necesariamente suficiente, para convertir a un Estado en un centro mundial de este tipo de arbitraje. Hay otros factores con los que también se debe contar. Por eso, aunque se comprenda el alborozo con que algunos medios profesionales han celebrado la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley de arbitraje —*vid.*, *per omnia*, J.R. ITURRIAGAGOTIA BASSAS, «España ante la reforma de la Ley de arbitraje», *Bol. Inf. M.º Just.*, n.º 1.485, 15 marzo 1988, pp. 1.082 y ss., en especial p. 1.100—, creo que hay que ser más escéptico y no abrigar demasiadas ilusiones a este respecto, al menos a medio plazo, habida cuenta de la posición que nuestro país ocupa entre los Estados industrializados.

(63) *Vid.*, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 199-230; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 14-18; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 185-192; P. SANDERS, «Trends...», pp. 213-214 y 280-281.

(64) A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 189.

(65) El instrumento de la adhesión española al Convenio de Nueva York fue depositado en la Secretaría General de Naciones Unidas el 12 de mayo de 1977. El texto del convenio fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de julio de 1977, produciéndose su entrada en vigor internacional para España el 10 de agosto de ese mismo año. Sobre el Convenio de Nueva York de 1958, *vid.*, *ad ex.*, la bibliografía citada en VII, 2, A.

de los que era parte España (66). Su importancia debe calibrarse atendiendo no sólo al amplio número de Estados que son parte de él (67), sino también al cambio de mentalidad que ha supuesto, al sentar la presunción inicial de la regularidad del laudo. Su interés proviene del hecho de que, aun pensado desde la óptica del reconocimiento, para su elaboración debieron resolverse, como se ha señalado acertadamente, opciones de fondo sobre el arbitraje comercial internacional (68). A él hay que añadir el Convenio europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, elaborado bajo los auspicios de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa, al objeto de fomentar el arbitraje entre contratantes de Europa oriental y accidental, complementando el Convenio de Nueva York y yendo en algunos casos más allá de donde el instrumento neoyorkino pudo llegar (69). España curiosamente, dando muestras de falta de planificación en nuestra política convencional, se incorporó al Convenio de Ginebra antes que al de Nueva York (70).

Ambos Convenios multilaterales constituyen, pues, la referencia obligada de este trabajo, habida cuenta del papel modesto, aunque positivo para paliar las insuficiencias de nuestro sistema, que han tenido los Convenios bilaterales sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras concluidos por España que incluyen en su ámbito material de aplicación

(66) Los instrumentos ginebrinos fueron publicados en la *Gaceta de Madrid* de 8 de mayo de 1926 y en la de 29 de mayo de 1930. Sobre ellos en general, *vid., ad ex.*, P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 50-61 y sobre su aplicación en España, *vid., ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 29-30; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 187-188.

(67) *Vid.* Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 31 décembre 1985*, New York, 1986, pp. 737-743.

(68) B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 115.

(69) *Vid.*, para los Estados partes, Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 31 décembre 1985*, New York, 1986, pp. 744-745. Sobre él, *vid., ad ex.*, P.I. BENJAMIN, «The European Convention on International Commercial Arbitration», *B.Y.B.I.L.*, 1961, pp. 478-495; J. GENTINETTA, «Das Verhältnis des europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1961 zu anderen multilateralen Abkommen auf dem Gebiet der privaten Schiedsgerichtsbarkeit», *A.S.D.I.*, 1968, pp. 149-160; F.-E. KLEIN, «La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 621-640; L. KOPELMANAS, «La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage», *A.F.D.I.*, 1961, pp. 331-354; R. LUZZATTO, «Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961», *Riv. dir. int. pr.*, 1971, pp. 47-82; E. MEZGER, «Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit», *Rebels Z.*, 1965, pp. 231-301; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 72-76. La Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas elaboró en 1963 un Reglamento de arbitraje. *Vid., ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 219.

(70) España depositó su instrumento de ratificación el 5 de marzo de 1975, siendo publicado el texto del Convenio por el *Boletín Oficial del Estado* de 4 de octubre de 1975, después, por consiguiente, de que se produjese la entrada en vigor internacional del mismo el 10 de agosto de 1975 conforme a lo dispuesto en su artículo X, 8.

los laudos arbitrales (71), y de la falta de recepción en nuestro ordenamiento jurídico que han tenido las otras técnicas codificadoras internacionales como, *ad ex.*, las leyes uniformes o las leyes-modelo (72).

V. EL CONVENIO ARBITRAL

1. Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado *convenio arbitral*, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas (73). Este negocio jurídico tiene, pues,

(71) Convenios con Suiza de 19 de noviembre de 1986, Checoslovaquia 26 de noviembre de 1927, Francia de 28 de mayo de 1969 e Italia de 22 de mayo de 1973. *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 29 y 31-32. El convenio con la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1983 (art. 3.2.) y con la República de Austria de 17 de febrero de 1984 (art. 3.4.) excluyen de su ámbito de aplicación el arbitraje, exclusión que parece acertada, habida cuenta de que los Estados contratantes están vinculados por la normativa, más favorable, del Convenio neoyorkino.

(72) Como, *ad ex.*, la Ley uniforme en materia de arbitraje elaborada por el Consejo de Europa (Convención de Estrasburgo de 20 de enero de 1966) (*vid.*, el texto en Council of Europe, *European Conventions and Agreements*, vol. II 1961-1970, Strasbourg, 1972, pp. 252-268 y R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 226-227) o la Ley-modelo de la C.N.U.D.M.I. (Viena, junio de 1985) (*vid.* el texto en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 291-301 y los comentarios, *ad ex.*, de M.^aA. BENTO SOARES, R.M. MOURA RAMOS, «Arbitragem comercial internacional. Análise da Lei-modelo da CNUDCI de 1985 e das disposições pertinentes do direito português», *Contratos internacionais. Compra e venda. Cláusulas penais. Arbitragem*, Coimbra, 1986, pp. 315-440; M.J. BONELL, «Le Nazioni Unite e l'arbitrato commerciale internazionale», *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1982, pp. 269-289; C. CALAVROS, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1988, X-221 p.; I.I. DORE, *Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986; C.A. ESPLUGUES y M. McNERNY, «Aproximación a la nueva Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 11-28; E. GAILLARD, «La Ley modelo de CNUDMI y la reciente legislación sobre arbitraje internacional de Europa y América del Norte», *Bol. Inf. M.^o Just.*, n.º 1.485, 15 marzo 1988, pp. 1.100-1.114; G. HERRMANN, «Introductory Note on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration», *Revue de Droit Uniforme*, 1985, I, pp. 285-296; S. JARVIN, «La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 509-527; P. SANDERS (General editor), *UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, 1984; I. SZASZ, «Introduction to the model law of UNCITRAL on international commercial arbitration», *Rassegna dell'arbitrato*, 1984, pp. 5-22). Esta había elaborado también, ya en 1975, un Reglamento de arbitraje (*vid.*, *ad ex.*, Ph. FOUCHARD, «Les travaux de la CNUDCI. Le règlement d'arbitrage», *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 816-845).

Sobre las ventajas de una ley uniforme frente a la técnica de los Convenios internacionales, *vid.*, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 194.

(73) *Vid.*, *ad ex.*, G. FRANCHI, «La convenzione arbitrale secondo le convenzioni internazionali», *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1985, pp. 328-350; J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español», *A.D.I.*, 1975, pp. 3-42; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 32-36.

por objeto, el establecimiento de un medio de arreglo de diferencias jurídicas. Consecuencias del mismo serán la sumisión de la controversia a un órgano no judicial, la conclusión de una relación contractual con éste y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria mediante la cual se pone fin a la controversia (74).

2. El objeto del convenio arbitral puede consistir en la regulación un litigio ya existente entre las partes —en cuyo caso, se habla de *compromiso arbitral*— o un litigio futuro —en cuyo caso, se habla de *cláusula compromisoria*—.

La distinción es relevante en aquellos ordenamientos jurídicos que mantienen una actitud prohibitiva o, en todo caso, restrictiva de las cláusulas compromisorias. Históricamente surgió por la desconfianza con que algunas legislaciones procesales del siglo XIX, en especial la francesa, contemplaron el paulatino desplazamiento del compromiso arbitral por la cláusula compromisoria en la práctica mercantil (75). La preferencia por esta modalidad de convenio arbitral se explica tanto por la sencillez de su otorgamiento, al incluir el recurso al arbitraje en una cláusula de un contrato cuyo objeto principal es otro, como por la seguridad que supone para las partes saber desde el primer momento que las diferencias surgidas de la interpretación o ejecución del contrato concluido por ellas serán resueltas mediante un arbitraje (76).

Desde la óptica del Derecho interno como del Derecho internacional privado la distinción carece de razón de ser; ya que los efectos son los mismos en ambos casos. De ahí que se observe su equiparación en los ordenamientos internos —aunque no falten algunos «islotes de resistencia», como los denomina R. DAVID (77)— y en la normativa internacional de origen convencional (78). El giro experimentado por la legislación española, si se aprueba el actual proyecto de Ley de arbitraje, no hace sino confirmar esta tendencia (79).

3. Siguiendo una técnica jurídica usual en el Derecho internacional privado —la del *fraccionamiento*—, conviene distinguir, para estudiar los

(74) P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 587.

(75) *Vid., ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 233-235 y P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, pp. 249 y 255.

(76) *Vid., per omnia*, J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre convenio», pp. 14 y 21-22.

(77) R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 233.

(78) *Vid., ad ex.*, J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 8-14 y 40-41.

(79) Compárese el art. 5.1 del proyecto («El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros») con el Derecho al que sustituye, tal como lo describe como minuciosidad J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 14-26 y 40-41.

problemas que suscitan la conclusión, validez y efectos del convenio arbitral, entre capacidad y representación, forma y fondo.

1. Capacidad y poder

1. La validez del convenio arbitral depende en primer lugar de su conclusión por personas con capacidad legal para ello (80). Cabe ciertamente la posibilidad de que una de las partes caiga en la tentación de invocar la existencia de una incapacidad con el fin de oponerse a un procedimiento arbitral que no le interesa, bien en el transcurso de éste, cuando aún no se ha dictado la sentencia o laudo arbitral, bien una vez finalizado, cuando el laudo se presenta a su reconocimiento por los órganos judiciales de un Estado. La práctica internacional suministra varios ejemplos en este sentido (81).

2. La impugnación de la validez del convenio arbitral basada en la falta de capacidad tiene el terreno abonado en la falta de uniformidad de los ordenamientos jurídicos. Esta se muestra en: a) La determinación de la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas: en unos, ésta se somete a la ley rectora del fondo del asunto (*lex causae*), mientras que, en otros, se rige por la ley personal, ley que puede ser la de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual (82). b) La determinación de la ley aplicable a la capacidad de las personas jurídicas en general: de acuerdo todos los sistemas jurídicos en la sumisión, en principio, de ésta a su Ley nacional, discrepan, sin embargo, a la hora de establecer los criterios atributivos de la nacionalidad de las sociedades (83). c) La admisión o no por los Derechos estatales de la sumisión al arbitraje de los litigios en que aparece implicado el Estado, que opera de ordinario en el comercio internacional a través de organismos o empresas públicas: tema éste que resuelven conforme a soluciones diversas, que van desde la aceptación general de la arbitrabilidad de los actos *iure gestionis* del Estado a la exclusión total de ésta, pasando por regímenes de autorización (84). d) La desigual regulación que

(80) En general, *vid., ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 239-252; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 117-120; Id., «Les conflits...», pp. 422-427; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 600-604; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 89-97; Id., «La reconnaissance...», pp. 222-223.

(81) *Vid., ad ex.*, B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 424-426.

(82) *Vid., per omnia*, J.C. FERNANDEZ ROZAS, «La capacidad. Régimen de las incapacidades», en J.D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 65-92.

(83) *Vid. ad ex.*, A.L. CALVO CARAVACA, «Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 3.680-3.690 y bibliografía allí indicada.

(84) De tal suerte que *grosso modo* hay tres modelos: a) Estados a los que el arbitraje está totalmente prohibido por su ordenamiento jurídico, de acuerdo con la idea de que el Estado sólo es justiciable ante sus propios tribunales; b) Estados para los que está permitido en general; y

ofrecen los sistemas estatales de Derecho internacional privado de los correctivos funcionales de la regla de conflicto que inciden en materia de capacidad, en particular el reenvío y la excepción del interés nacional (85).

3. Este mosaico de reglamentaciones incidió de manera muy negativa sobre el Convenio de Nueva York. Sus redactores, conscientes de la dificultad de conseguir la modificación de las legislaciones estatales en este punto, sólo se atrevieron a disponer que pudiese denegarse el reconocimiento a instancia de parte cuando se pruebe ante la autoridad competente del país en que se pretenda el reconocimiento y la ejecución del laudo que las partes «estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la Ley que le es aplicable» (art. V, 1, a). ¿Cuál es esta ley? Su individualización dependerá del sistema de Derecho internacional privado del foro ante el que se inste el reconocimiento. La remisión al sistema de Derecho internacional privado del juez del *exequatur* es una técnica insatisfactoria, en particular cuando los árbitros no saben de antemano, para juzgar de la validez del convenio arbitral creador de su competencia, el Estado en el que eventualmente se intentará el reconocimiento de la resolución que dicten (86). Solicitada su homologación ante un órgano judicial español com-

c) Estados, por último, que sólo lo admiten para el orden internacional y no para el interno. *Vid., ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 240-248.

Tema distinto es el del alcance de las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado frente a laudos arbitrales dictados con base en un convenio arbitral válido. *Vid., ad ex.*, H. BATIFFOL, «Arbitrage international et immunités de juridiction et d'exécution», *Revue de l'arbitrage*, 1974, pp. 326-330; P. BOUREL, «Arbitrage international et immunités des Etats étrangers. A propos d'une jurisprudence récente», *Revue de l'arbitrage*, 1982, pp. 119-146; Ch. CARABIBER, «L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, collectivités et établissements publics au regard de l'obligation assumée par une clause compromissoire insérée dans les contrats internationaux de droit privé», *International Arbitration. Liber Amicorum for M. DOMKE*, The Hague, 1967, pp. 23-43; G.R. DELAUME, «Sovereign immunity and transnational arbitration», *Arbitration International*, 1987, pp. 28-45; M. DOMKE, «Government immunity in foreign trade arbitration: a comparative survey of recent practice», *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 45-59; A. REMIRO BROTONS, «Ejecución...», p. 97 nota 124; *Id.*, «la reconnaissance...», pp. 255-260.

(85) Sobre la excepción del interés nacional, *vid., ad ex.*, A.L. CALVO CARAVACA, «La técnica normativa de la doctrina del interés nacional». R.E.D.I., 1978-1979, pp. 111-137; *Id.*, «La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación», *Anuario de Derecho civil*, 1981, pp. 85-107; J. GUINAND, *Les conflits des lois en matières de capacité (Etude comparative)*, Neuchâtel, 1970, pp. 52-67; J.L. MEZQUITA DEL CACHO, «Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal», *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar de Código civil*, Barcelona, 1975, pp. 205-232; A. ORTIZ-ARCE, «Artículo 10.8», *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 540-543; A.E. VON OVERBECK, «Personas», *Int. Enc. Comp. L.*, Ch. 15, en especial pp. 13-18; A. REMIRO BROTONS, «Artículo 10.8», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Jaén, 1978, pp. 346-359.

(86) De ahí que, en su lugar, la Resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en 1957 (Sesión de Amsterdam) sometiese la capacidad para concluir un convenio arbitral al sis-

petente, éste deberá recurrir a nuestro sistema de solución de los conflictos de leyes, conforme al cual las cuestiones de capacidad se rigen por la ley personal, ley que, en principio, es la nacional de la persona (87).

4. La capacidad del Estado o los entes estatales para concluir convenios arbitrales no se cuestiona por los Estados socialistas, en los que el comercio exterior es comercio de Estado, ni en los Convenios que regulan el arbitraje entre empresas occidentales y orientales —como el Convenio de Ginebra de 1961, cuyo artículo II.1 contempla directamente la facultad de las personas morales de Derecho público de los Estados contratantes de concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales— o de países industrializados y en vías de desarrollo —como el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965—. En algunos ordenamientos, los tribunales han interpretado restrictivamente las prohibiciones de someter al arbitraje los litigios en que aparezca, como parte, un organismo o empresa pública, excluyendo su extensión a las diferencias surgidas del tráfico externo y, más concretamente, del comercio internacional (88). Esta parece la vía

tema de Derecho internacional privado del Estado de la sede del tribunal arbitral (art. 4). *Vid.* A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 29; B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 369.

(87) El artículo 61 del Proyecto de Ley sobre arbitraje dispone que «la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva ley personal para disponer en la materia controvertida». Esta ley personal a la que se refiere se concreta, en virtud de la remisión del artículo 64 del proyecto a «las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil», en la ley nacional de las personas físicas, conforme al artículo 9.1 C.c., Ley designada por los artículos 9.9 y 9.10 C.c. para los supuestos de doble nacionalidad y apatridia o nacionalidad indeterminada respectivamente, así como en la ley nacional de las personas morales, a la que se refiere el art. 9.11 C.c., sin concretar el criterio de atribución de la nacionalidad española a las sociedades.

Con carácter general, la enmienda n.º 44 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) propuso la supresión del Título X, en el que se encuentra este artículo, «en función del carácter específico y autónomo del arbitraje internacional, que reclama una reglamentación propia u otra sede legal» y del hecho de que «se limita a realizar una reglamentación muy parcial, incompleta, al tiempo que concluye con dos remisiones genéricas, una al Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y otra a los Tratados internacionales» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo de 1988, n.º 69-5, pp. 31-32*). Con carácter particular, la enmienda n.º 61 de la Agrupación de Diputados del PL (Grupo Mixto) propuso la supresión del artículo 61 del proyecto, entendiendo que «es un artículo superfluo por no establecer regla de Derecho Internacional Privado distinta de la general del Código Civil a la que remite el artículo 64» (*ibidem*, p. 36). Igualmente pidió la supresión de este artículo «por ser redundante con el 9.1 y 11 del Código Civil...» la enmienda n.º 227 del Grupo Parlamentario de Coalición Popular (*ibidem*, p. 81).

(88) Este es el caso de la famosísima *sentencia de la Corte de Casación francesa de 2 de mayo de 1966* («Trésor public c. Galakis») (*Journ. dr. int.*, 1966, pp. 648-649 con nota de P. LEVEL en pp. 649-653 y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, pp. 553-554 con nota de B. GOLDMAN en pp. 554-557) o del menos conocido *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 17 de mayo de 1966*, que homologó en España un laudo arbitral inglés en el que se condenaba al Servicio Comercial de Piensos Compuestos del Sindicato Nacional de Cereales, sin que importase a efectos de reconocimiento la naturaleza jurídica de éste.

a seguir, siempre que la legislación estatal no la proscriba expresamente, antes que algunas otras vías que se han intentado o sugerido (89). En ningún caso cabrá, sin embargo, aducir el Convenio de Nueva York, por más que éste no distinga en éste personas físicas y jurídicas ni, dentro de estas últimas, entre las privadas y las públicas (90). Afirmar, *a sensu contrario*, que éste contempla y autoriza los arbitrajes entre Estados y particulares y, por consiguiente, obliga a los Estados parte a admitir la validez de convenios arbitrales suscritos por sus organismos públicos, sería ir mucho más allá de la voluntad real de éstos al tiempo de su elaboración (91).

5. Finalmente, a falta de norma internacional, debe entenderse, por analogía con la reglamentación de la capacidad que acabamos de ver, que el poder o representación en la conclusión del convenio arbitral, que es distinto de la representación en el procedimiento arbitral y consiste en la celebración de un convenio arbitral en nombre y por cuenta de otro, aunque la representación procesal sea asumida por otra persona, deberá regirse por la ley designada por el sistema de Derecho internacional privado del Estado en el que se inste el *exequatur* para el apoderamiento o representación voluntaria y no necesariamente por la ley del arbitraje, aunque no falten voces que se alzan en su defensa (92). Siendo español el

(89) Como, *ad. ex.*, la calificación de dicha cuestión no como de capacidad, sino de aptitud, en cuyo caso vendría regida no por la ley personal, sino por la ley aplicable al fondo del convenio arbitral, la utilización de la excepción de orden público contra la norma de Derecho público extranjera que instituye la prohibición o el rigor en la alegación y prueba del Derecho extranjero. *Vid. ad. ex.*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 118-119 y A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 95-96.

(90) Argumento esgrimido en la doctrina española por A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 96, que posteriormente lo ha abandonado, y, en la extranjera, entre otros, por A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, p. 279; L. CAPPELLI-PERCIBALLI, «The Application of the New York Convention to Disputes Between States and Between State Entities and Private Individuals: The Problem of Sovereign Immunity», *The International Lawyer*, 1978, p. 197; P. CONTINI, «International Commercial Arbitration - The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards», *A.J.C.L.*, 1959, p. 194; P. SANDERS, «La Convention de New-York», *Union Internationale des Avocats, Arbitrage international commercial. International Commercial Arbitration*, t. II, The Hague, 1960, p. 298.

(91) Sostiene en este sentido R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 249-250, seguido por A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 223 con diversos argumentos, que el Convenio de Nueva York no regula esta cuestión; de tal suerte que cada Estado parte en él decide conforme a su propio Derecho, sin estar vinculado por ninguna obligación internacional, si sus órganos administrativos o establecimientos públicos tienen capacidad para concluir un convenio arbitral.

(92) Se observa que la prohibición de concluir, a través de representante, el convenio arbitral puede provenir de la naturaleza del derecho subjetivo o de la arbitrabilidad de la diferencia y que, tanto en un caso como en otro, se trata de cuestiones estrechamente relacionadas con el fondo del litigio. De ahí la postura, en este sentido, del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Amsterdam, donde se acordó que «el poder de comprometer se rige por la ley aplicable al fondo del litigio» (art. 4) y la postura favorable de autores como, *ad. ex.*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 602-603 y P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, p. 266.

órgano de *exequatur*, la ley competente, según el artículo 10.11 C.c., será la designada por las partes del negocio jurídico de apoderamiento y, a falta de sumisión expresada, la ley del país en que se hayan ejercitado las facultades conferidas (93).

2. Forma

1. Los ordenamientos jurídicos exigen de ordinario que el convenio arbitral se ajuste a una forma determinada. El fundamento de esta exigencia es doble: de un lado, probar la existencia del convenio arbitral y, de otro, proteger a las partes, asegurándose de que existe una voluntad consiente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre ellas (94).

2. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos muestran una tendencia a aligerar al convenio arbitral de requisitos formales (95). Se intenta así conciliar la seguridad jurídica con la rapidez y masificación de las transacciones comerciales internacionales de nuestros días ante la evidencia de que la protección de las partes, perfectamente defendible en el plano interno, resulta más difícil de justificar en el comercio internacional, donde los agentes económicos que intervienen son conscientes de los riesgos de su actividad empresarial y poseen un mayor experiencia (96).

3. Con todo, la enorme diversidad que muestran los sistemas jurídicos estimula la litigiosidad y acaba sorprendiendo a la parte que ignoraba, por ejemplo, que, conforme al ordenamiento competente, el convenio arbitral no es válido si no ha sido firmado también por los asesores jurídicos respectivos (97), si la cláusula compromisoria no figura inmediatamente

(93) En este sentido, *ad. ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 99.

En el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 29 de abril de 1985*, quedó claro, frente a la alegación de la empresa demandada, que invocaba el artículo V, 1, letra a) del convenio de Nueva York, que este precepto alude a la capacidad de las partes y no a la de sus representantes, sobre la que el Convenio no se pronuncia. El recurso a nuestro sistema de Derecho internacional privado autónomo resulta, por consiguiente, obligado (*vid.* nota de S. SANCHEZ LORENZO en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 236-237).

(94) *Vid.*, *per omnia*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 605 nota 14.

(95) *Vid.* una crítica de esta tendencia desde el punto de vista del control del arbitraje por parte del Estado en R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 270-271.

(96) *Vid. ad. ex.*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 604-605.

(97) R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 273, cita en este sentido los ejemplos de las legislaciones de Colombia, cuando el compromiso no consta en documento público, y Texas.

antes de la firma de los contratantes (98) o si no ha sido escrita a mano por ellas mismas (99).

La transcendencia práctica de estas cuestiones se aprecia no sólo por el alto número de decisiones judiciales sobre cuestiones de forma del convenio arbitral sino también por el modo de desenvolverse el razonamiento judicial. Se ha observado con razón la frecuencia con que los órganos judiciales, ante los que se impugna un convenio arbitral, examinan primero las cuestiones de forma que las de fondo, cuando el orden lógico sería justo el contrario: ver primero si existe auténtico acuerdo —cuestión de fondo— y después si éste se ajusta a la exteriorización exigida por el ordenamiento jurídico —cuestión de forma— (100). La explicación de este proceder es simple: si la forma es correcta, cabe presumir que existe un verdadero acuerdo de las partes (101). Si no lo es, no hay por qué proseguir las averiguaciones.

4. El Convenio de Nueva York dispone en su artículo II, 1, que:

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

El número 2 de este mismo artículo precisa que:

«La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas».

Del régimen jurídico instaurado por este precepto, pueden destacarse tres aspectos: la técnica empleada, los destinatarios de la norma, el carácter imperativo de la misma.

5. En primer lugar, la *técnica empleada*. Se trata de una norma material especial para el tráfico externo de origen convencional (102). Carece,

(98) Así en el Estado de Rhode Island. Vid. K.H. SCHWAB, «The Legal Foundation and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S. and Germany», *International Arbitration. Liber Amicorum for M. DOMKE*, The Hague, 1967, p. 304.

(99) Caso de Marruecos citado por P.I. BENJAMIN, «The Developing Nations and certain Legislative Obstacles in the Field of International Commercial Arbitration», *International Arbitration. Liber Amicorum for M. DOMKE*, The Hague, 1967, p. 6.

(100) Vid. nota de M. VIRGOS SORIANO en *R.E.D.I.*, 1987, pp. 216-217.

(101) En este sentido, *ad. ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, p. 177.

(102) En este sentido, aunque con terminología diversa, *ad. ex.*, B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 458; Id., «Arbitrage...», p. 120; R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 288; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 69 y 115; Id., «La reconnaissance...», p. 225.

por consiguiente, ya de sentido la discusión de si la norma de conflicto rectora de la forma del acuerdo de arbitraje debía remitir a la ley del lugar del otorgamiento, la aplicable al fondo del convenio, la de la sede del tribunal arbitral, la del Estado cuyos tribunales habrían sido competentes para conocer del litigio a falta de convenio o si se debía recurrir a la excepción de orden público (103). Además, en virtud de la superioridad del Derecho convencional sobre el Derecho interno, incumplen el Convenio de Nueva York los tribunales estatales que exigen a los acuerdos de arbitraje las formalidades impuestas por una ley designada conforme a su sistema de Derecho internacional privado autónomo (104).

6. En segundo lugar, sus *destinatarios*. El artículo II, números 1 y 2, deberá ser aplicado por los órganos judiciales de los Estados contratantes, tanto si conocen directamente de la validez del convenio arbitral como si ésta resulta impugnada en un proceso de *exequatur*.

7. En tercer y último lugar, su *imperatividad*. Los tribunales de los Estados contratantes del Convenio de Nueva York deberán reconocer la validez formal de todo convenio arbitral que conste mediante *acuerdo por escrito*.

De ningún modo es posible la aplicación de normas más rigurosas (105). Pero, ¿acaso cabría la aplicación de normas más liberales, menos exigentes, por lo que respecta a los requisitos formales?. Dicho con otras palabras: el *acuerdo por escrito* a que se refiere el art. II del Convenio de Nueva York constituye la *exigencia máxima* en cuanto a la forma del convenio arbitral, pero cabe preguntarse si es también *condición indispensable* o si, por el contrario, cabría admitir otros modos más flexibles de manifestarse el consentimiento de las partes.

La enmienda n.º 34 al Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) propuso la inclusión de una norma, extraída del Convenio de Nueva York, con ligerísima modificación literal, en que se dijese que «se reconocerá en España 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» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 marzo 1988, n.º 69-I, p. 28). Se justificó «Para resaltar la posibilidad de que el sometimiento al arbitraje produce la «*derogatio fori*» y llenar, de este modo, el silencio que observa el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en este punto» (*ibidem*).

(103) *Vid. ad ex.*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 120; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 605-610.

(104) *Vid.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 69 e *Id.*, «La reconnaissance...», p. 226.

(105) *Vid.* R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 287-288. En este sentido, aprecian correctamente la validez de la cláusula compromisoria los *Autos T.S. (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1981, 14 de enero de 1983 y 10 de febrero de 1984*.

La pregunta no es ociosa. La tendencia de los ordenamientos jurídicos a atenuar el rigor de las exigencias formales para los convenios arbitrales ha llevado a considerar la existencia de convenios de arbitraje basados en condiciones generales de contratación, contratos que modifican otros contratos —figurando la cláusula compromisoria en el contrato antiguo, pero no en el que le sustituye—, acuerdos puramente verbales, usos mercantiles o la comparecencia de las partes, sin mediar acuerdo previo, en el procedimiento arbitral (106).

Es discutible que algunas de estas modalidades —en particular, las condiciones generales de contratación y los contratos sucesivos— sean subsumibles en el *acuerdo por escrito* a que se refiere el Convenio. De ahí que hayan provocado la discusión —y división— en la doctrina y jurisprudencia. Las otras están evidentemente excluidas del ámbito del Convenio de Nueva York.

Un caso especialmente difícil, fronterizo entre unas y otras modalidades de manifestación del consentimiento, es el de las denominadas *cláusulas semiescritas* (107); es decir, la designación unilateral por una de las partes del recurso al arbitraje seguida por el silencio de la otra. ¿Es posible la aceptación tácita? ¿Es posible inferir del silencio de la otra parte contratante que ésta se halla de acuerdo en acudir al arbitraje, si es necesario? Ya durante la elaboración del Convenio de Nueva York fue rechazada una propuesta holandesa conforme a la cual, a efectos del artículo II, 2 del Convenio, se entendería también por *acuerdo por escrito* «la confirmación escrita dada por una de las partes y no contestada por la otra». Asimismo una tendencia doctrinal mayoritaria en diversos países ha rechazado la posibilidad del acuerdo tácito o, dicho con otros términos, la equiparación del silencio a la aceptación. Frente a esta interpretación, preocupada sin duda por el deseo de salvaguardar la existencia de una auténtica y unívoca voluntad de recurrir al arbitraje, se han hecho valer, sin embargo, diversos argumentos: a) Ante todo, el hecho de que los términos en que está redactado el artículo II, 2 del Convenio de Nueva York, así como el propósito de favorecer la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales pueden acabar conduciendo a aceptar la tesis contraria; es decir, la admisión del silencio como forma de manifestación del consentimiento de un acuerdo de arbitraje; b) en segundo término, la observación de que, aunque minoritaria, hay una cierta corriente jurisprudencial que se esfuer-

(106) *Vid. ad ex.*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 120-121; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 272 y 278-285; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 770-71; Id., «La reconnaissance...», pp. 226-227 y 315 nota 155; M. WACKENHUTH, «Zur Behandlung der rügelosen Einlassung in nationalen und internationalen Schiedsverfahren», *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1985, pp. 425-442.

(107) Expresión empleada por E. MEZGER en nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 137.

za por favorecer la agilidad de las transacciones y que considera que sí hay convenio arbitral cuando a la propuesta de una de las partes sigue el silencio de la otra, especialmente si se trata de comerciantes que mantenían entre ellos habitualmente relaciones profesionales o si la parte que guardó silencio ejecutó, al menos parcialmente, las obligaciones contraídas en el mismo documento (telex, confirmación de venta, oferta, etc.) en el que se hallaba contenida la cláusula compromisoria (108). Esta parece ser la actitud observada por el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1986* (109).

Por lo que respecta a la admisibilidad de convenios arbitrales otorgados conforme a requisitos formales más flexibles que el artículo II, n.ºs 1 y 2 del Convenio de Nueva York, hay que distinguir dos cuestiones: a) De un lado, la validez de estos convenios, que puede resultar bien de una norma de Derecho internacional privado autónomo —que, en nuestro sistema de Derecho internacional privado es el artículo 11 C.c., habida cuenta de la remisión al Título Preliminar del Código civil efectuada por el artículo 64 del proyecto de ley sobre arbitraje—, cuando ésta designe competente a un ordenamiento jurídico poco formalista, bien de una norma de Derecho internacional privado convencional, como, *ad ex.*, el Convenio de Ginebra de 1961, cuyo artículo 2, a), señala que, a los fines de aplicación del Convenio, se entienden por:

«Acuerdo o compromiso arbitral», bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor

(108) Sobre este problema, *vid.*, *ad ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 191-192 y 196-197; K.-H. BÖCKSTIEGEL, «Abschluss von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 1-15; R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 285; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, p. 81; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 120; L. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984, pp. 95-99; E. MEZGER, «Du consentement en matière «d'electio iuris» et de clause compromissoire (à propos d'un arrêt de la Cour fédérale allemande du 25 mai 1970)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, pp. 37-61; J.-F. POU-DRET, «La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'art. 6 du Concordat sur l'arbitrage», *Mélanges Guy Flatter*, Lausanne, 1985, pp. 523-538; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 70-71; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 227 y 314-315; P. SANDERS, «La Convention...», p. 308; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, p. 308.

(109) *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del *exequatur* (Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1986)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 131-136 y Nota de M. VIRGOS SORIANO en *R.E.D.I.*, 1987, 206 y ss., en especial pp. 214-222. *Vid.* también el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 19 de diciembre de 1985*, muy semejante (nota de R. VIÑAS FARRE en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 245-248). Distinto es el supuesto contemplado por el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 19 de diciembre de 1985*, en el que hubo aceptación de la cláusula de arbitraje por la demandada en el *exequatur*, que fue además quien inició el procedimiento arbitral extranjero en el que resultó condenada.

y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes» (110).

Validez a la que no se opone el Convenio de Nueva York, puesto que su artículo VII, 1 establece que sus disposiciones «no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque». b) De otro, el reconocimiento de las decisiones dictadas con base en tales convenios arbitrales, que deberá intentarse por otras vías que la del Convenio de Nueva York, cuyo régimen está pensado exclusivamente para laudos basados en acuerdos de arbitraje que cumplan los requisitos exigidos por el artículo II, 1 y 2 del mismo (111).

3. Fondo

A) Aspectos generales

1. El convenio arbitral puede suscitar ante los árbitros o jueces *cuestiones de fondo*. Esta es una expresión muy amplia, que cubre temas muy diversos como, *ad ex.*, los vicios del consentimiento y sus consecuencias, el momento y lugar de conclusión del acuerdo de arbitraje, la licitud del objeto del convenio —designación directa de los árbitros o de los mecanismos de designación de éstos y determinación del objeto del litigio—, la causa, los efectos en general del convenio, la extensión de éste a la persona que se ha subrogado en la posición de otra parte de un contrato con una cláusula compromisoria, la extensión de los efectos del acuerdo de arbitraje a los contratos coligados, la extinción por causas iniciales, existentes ya en el momento de la celebración, o sobrevenidas, etc.

(110) Este artículo suscita dos problemas fundamentales: ¿A qué Estados se refiere? ¿A qué leyes? Debe entenderse que a los Estados de residencia o sede de las partes y no al Estado en el que se solicita o se puede solicitar la ejecución, puesto que éste no siempre es uno solo ni siempre es previsible de antemano y a las leyes materiales —no los sistemas de Derecho internacional privado— de estos Estados. *Vid. ad ex.*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 121; E. MEZGER, «Du consentement...», p. 59; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, vol. I, p. 337; M. VIRGOS SORIANO, nota en *R.E.D.I.*, 1987, pp. 220-221.

(111) Tema muy discutido, puede verse en el mismo sentido que el propuesto las consideraciones de A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 178-180; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 120-121; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 72-74; Id., «La reconnaissance...», pp. 228-229.

Sin perjuicio de que posteriormente se centre nuestro análisis en tres cuestiones particulares, dos de ellas comunes a todo acuerdo de arbitraje —la arbitrabilidad de la diferencia y los efectos del convenio— y una específica de las cláusulas compromisorias —la autonomía de éstas—, debemos resolver ya cual es la ley aplicable al fondo del convenio arbitral. Es ésta una materia de la que se ocupa el Convenio de Nueva York, cuando establece en su artículo V, 1, letra a) *in fine* que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución a la sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada cuando el acuerdo arbitral «no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia».

La admisión por el Convenio de Nueva York del protagonismo de la autonomía de la voluntad y de la Ley del Estado de la sede del procedimiento arbitral no constituye sino un reconocimiento de la naturaleza mixta, o híbrida, del convenio arbitral y, en general, del arbitraje (112).

2. El Convenio de Nueva York atribuye, en primer lugar, un papel destacado a la *autonomía de la voluntad*. Igual que sucede con otros contratos internacionales, son las partes que los concluyen las que están en mejor condición que nadie para determinar cuál es la ley que debería regirlos (113).

El único límite a la facultad que se les reconoce es la obligación de someter el convenio arbitral, si se quiere que la autonomía de la voluntad despliegue sus efectos, a un ordenamiento estatal (114). No caben los acuerdos de arbitraje denominados *sin ley, anacionales o estrictamente internacionales*; es decir, regulados exclusivamente por la voluntad de las partes sin sumisión a una legislación estatal, por más que esta solución no guste a algunos autores, especialmente los defensores a ultranza de la denominada *lex mercatoria* (115). Es ésta una interpretación muy claramente establecida. En su apoyo puede recordarse que el Anteproyecto de la Cámara de Comercio Internacional sobre el que se basó el Convenio de Nueva York contemplaba la posibilidad de arbitrajes regulados por la sola voluntad de las partes. Pero, sin embargo, el comité de expertos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas rechazó esa hipótesis y sustituyó la expresión *sentencia arbitral internacional* por la de *sentencia arbitral ex-*

(112) Se ha polemizado sobre la naturaleza contractual o procesal, privada o pública del acuerdo de arbitraje. *Vid., ad ex.,* P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 590-591; R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 306.

(113) *Vid. ad ex.,* B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 121.

(114) *Vid. ad ex.,* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 105; *Id.*, «La reconnaissance...», p. 224.

(115) *Vid. ad ex.,* B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 121-122.

tranjera, indicando con ello que toda sentencia arbitral está necesariamente conectada con un ordenamiento jurídico estatal (116).

3. Salvo este límite, no es exigible ningún otro. Las partes gozan de libertad para designar cualquier ordenamiento jurídico estatal.

No es posible —ni aconsejable— combinar lo dispuesto en el artículo V, 1, letra a), *in fine* del Convenio con los preceptos de Derecho interno que restringen la autonomía conflitual de las partes en la contratación (117). Por eso resulta criticable que el desafortunado artículo 62 del Proyecto de Ley sobre arbitraje exija la existencia de una conexión entre el ordenamiento jurídico designado por las partes y el negocio jurídico principal o la controversia (118). Al disponerlo así, el legislador se ha dejado influir por el tenor literal del artículo 10.5 C.c., ignorando los inconvenientes de esta discrepancia entre nuestro Derecho convencional y nuestro futuro Derecho interno, así como la propuesta de *lege ferenda* formulada en sentido contrario a esa restricción por algún autor de enorme prestigio (119).

4. Tema objeto de discusión ha sido el modo de ejercicio de la autonomía de la voluntad. La imprecisa redacción del precepto ha provocado la polémica. ¿Debe ser *expresa* la autonomía de la voluntad? ¿Puede ser *tácita*? En este caso, serían los tribunales quienes *a posteriori* individualizarían la ley aplicable, mediante los mismos criterios de interpretación utilizados en su ordenamiento jurídico para determinar, en los contratos, la *voluntad tácita o presunta* de las partes.

Los términos de la discusión oscilan entre el ataque, por unos, a la *voluntad tácita* —se dice que se arriesga la seguridad jurídica, se emplea el tiempo de los tribunales con sus pesquisas acerca de la voluntad de las partes, se puede suplantar *de facto* la voluntad real de los interesados por los órganos judiciales o desactivar la conexión subsidiaria (120)— y, por otros, a la *voluntad expresa* —se dice que se puede traicionar la auténtica intención de las partes, si se interpretan estrictamente los términos «hayan indicado» de la norma, subordinando la eficacia de la autonomía de la voluntad a la existencia de una cláusula *ad hoc* de elección del Derecho aplicable (121)—.

(116) Vid. R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 305.

(117) En este sentido, *ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 106.

(118) Vid. la exposición y crítica de este precepto en el n.º 6 y ss. de este mismo epígrafe.

(119) J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 41-42.

(120) En favor de la exigencia de que la voluntad sea *expresa, ad ex.*, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 74-75; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 106-107; Id., «La reconnaissance...», p. 224.

(121) Entre los defensores de la *voluntad tácita, vid. ad ex.*, J.-D. BREDIN, «La Convention...», p. 1.020, para el que «la conexión territorial no interviene ya más que como elemento

Parece más correcto, mediando en la polémica, entender que la elección ha de ser *expresa*, pero que ésta no requiere una cláusula específica. La voluntad inequívoca de las partes —que es la *ratio* último de la norma— podría mostrarse, *ad ex.*, mediante la designación de un organismo arbitral nacional, del que ya se sabe de antemano que aplica su propio Derecho (122).

5. El Convenio de Nueva York ha previsto una conexión subsidiaria para el caso de que las partes no hayan indicado el Derecho que deba regir su acuerdo arbitral: la «Ley del país en que se haya dictado la sentencia» (art. V, 1, a, *in fine*).

Con respecto a ella, conviene poner de relieve varios aspectos de interés.

Ante todo, su *necesidad*. El recurso a una conexión de cierre resulta obligado; ya que, en la práctica, los interesados hacen escaso uso de la facultad de elegir la Ley rectora del convenio arbitral que les ha sido conferida (123).

En segundo lugar, su *importancia real*. Sería engañoso creer que cumpla un papel subsidiario de la autonomía de las partes, no sólo por el dato que acaba de señalarse sino también por la tendencia de tribunales de varios Estados a reconducir la voluntad presunta o tácita de las partes a la ley del Estado en que el órgano arbitral tiene su sede (124).

En tercer lugar, su *conveniencia*. Esta no ofrece dudas a quienes ven, sobre todo, su necesidad, la dificultad de encontrar otra Ley mejor que la sustituya, la traducción jurídica de la naturaleza híbrida del arbitraje y una solución práctica, puesto que permite a los árbitros, para verificar la validez sustancial del acuerdo arbitral, que apliquen el mismo sistema jurídico que a las cuestiones de procedimiento (125). En cambio, es impugnada de *lege ferenda* con argumentos que guardan estrecha relación con la naturaleza del arbitraje —como la no administración de justicia por el árbitro en nombre del Estado en que actúa, sino en nombre de las partes que lo han nombrado, o la falta de conexión sustancial entre el arbitraje y el país de la sede del órgano arbitral—, o que ponen un especial énfasis en las dificultades de aplicación práctica de este criterio subsidiario —cuando no se ha designado sede, el arbitraje se desenvuelve sucesiva-

subsidiario en la hipótesis, *evidentemente excepcional*, en que el convenio de las partes no deje que aparezca ninguna intención de conexión» (subrayado nuestro).

(122) *Vid. ad ex.*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 126; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 106-107; *Id.*, «La reconnaissance...», p. 224.

(123) *Vid. ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 224.

(124) *Vid. ad ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, p. 282.

(125) *Vid. ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 225.

mente en varios Estados o falta totalmente sede, por realizarse el arbitraje mediante un intercambio de escritos por los integrantes del órgano arbitral— (126).

En cuarto lugar su *insuficiencia*. No se trata de la imposibilidad de utilizar este criterio, cuando efectivamente no haya sede arbitral, sino de la existencia de una laguna en el convenio de Nueva York para el caso de que las partes no hayan indicado la ley aplicable y «no se haya dictado la sentencia» (art. V, 1, a), *in fine*) (127)

Concebido como un Convenio regulador del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, sus redactores pensaron en el supuesto de que la validez sustancial del convenio arbitral sea impugnada ante el juez del *exequatur* por quien se opone al reconocimiento del laudo, que evidentemente ya ha sido dictado. Pero, ¿qué sucede si la validez por razones de fondo del acuerdo arbitral se cuestiona, antes de que se dicte el laudo o, incluso, de que se nombre un órgano arbitral, ante un juez estatal? Imaginemos que una parte acude a un tribunal para que éste resuelva su diferencia, la otra comparece y excepciona la incompetencia del órgano judicial con base en la existencia de un acuerdo de arbitraje ante ellas. Para evitar la paralización del proceso estatal o, en su caso, del *iter arbitral*, el juez del Estado debe resolver. Pero, ¿con arreglo a qué normas? Para salvar esta circunstancia, el Convenio de Ginebra de 1961 ha dispuesto que «toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral» (art. VI, 1) sea resuelta por los tribunales estatales:

«careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas del tribunal estatal conoedor del asunto» (art. VI, 2, c).

6. El artículo 62 del proyecto de ley sobre arbitraje señala que:

«La validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna

(126) *Vid.* la *teoría privatista pura o contractual* del arbitraje en II, 1. *Vid. ad ex.*, también A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 30; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 116; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 224.

(127) *Vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 306; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 126; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 108, *Id.*, «La reconnaissance...», p. 312.

conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de ésta, por la ley del lugar en el que deba dictarse el laudo y, si éste no estuviese determinado por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral».

El texto propuesto se aparta ostensiblemente de los ejemplos convencionales que acabamos de comentar. Merece una fuerte crítica tanto por las conexiones utilizadas, como por el orden en que han sido dispuestas y el modo como han sido formuladas.

7. A diferencia del Convenio de Nueva York de 1958 y del Convenio de Ginebra de 1961, el legislador español dispone cuatro conexiones en cascada: una principal —autonomía de la voluntad— y tres subsidiarias —fondo de la controversia, lugar en que deba dictarse el laudo y lugar de celebración del convenio arbitral—. Dos de las leyes designadas —la *lex causae* y la *lex loci celebrationis*— suponen una innovación respecto a nuestro Derecho convencional.

8. El orden de aplicación es también distinto. La ley del lugar en el que deba dictarse el laudo es subsidiaria de la autonomía de la voluntad, pero sólo después de la ley aplicable al fondo de la controversia.

Se ignora las razones de la preferencia del legislador por la *lex causae* antes que por la ley de la sede. ¿Acaso que la ley aplicable al convenio arbitral es la misma que rige la controversia entre las partes? Es posible que sea esto lo que haya inducido a adoptar esta solución a quienes preparan los trabajos del legislador. Pero, si es así, bueno sería que reflexionasen sobre dos datos que parecen ineludibles: a) Es cierto que frecuentemente la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato que se encuentra en la base de la discrepancia entre las partes es la misma. Pero no es menos cierto que tal coincidencia, como veremos, es *usual*, aunque *no necesaria*, en virtud precisamente de una característica de las cláusulas compromisorias, la de su *autonomía* (128). b) La Ley aplicable al fondo del asunto se determina conforme a una norma de conflicto. ¿Cuál? Cabe entender que el legislador se refiere a la contenida —para el arbitraje de Derecho— en el artículo 63 del proyecto de ley. Como veremos, esta norma también discrepa de nuestro Derecho convencional (129). Lo que más llama la atención ahora es que, en una norma destinada a indicar al juez estatal el Derecho aplicable, el legislador le suministre la siguiente referencia en defecto de autonomía de la voluntad: «...la Ley aplicable a la relación de la que derive la controversia...». ¿Qué significa esto?. Que operará la remisión del ar-

(128) *Vid.* V, 3, D.

(129) *Vid.* VI, 3.

título 64 del proyecto al Título Preliminar del C.c. Tratándose de un contrato, habrá que aplicar el artículo 10.5 C.c, con las consabidas conexiones. Una, la autonomía de la voluntad, que sería a los efectos que estamos comentando inexistente, otras —nacionalidad común y residencia habitual común—, poco frecuentes en el tráfico comercial y una conexión de cierre, el lugar de celebración del contrato que coincide con la última conexión empleada por el artículo 62 del proyecto. ¿Acaso no hubiera sido más sencillo establecer entonces el siguiente orden: primero autonomía; después, lugar de celebración...?

9. Finalmente, es criticable el modo de formulación de las conexiones. Es criticable, como se ha señalado antes, la formulación de la autonomía de la voluntad. Pero lo es también la redacción que se le ha dado a la primera de las leyes supletorias designadas por el artículo 62 —«la Ley aplicable a la relación de la que derive la controversia»—. ¿A qué se referirá el legislador? Siempre hay una ley aplicable a la controversia salvo que el legislador español se quiera apuntar a una tendencia doctrinal minoritaria, aunque real, que sostiene la existencia de los contratos *sin ley*, esto es, solamente regidos por la voluntad de las partes, sin sujeción a un ordenamiento estatal (130). Pero esto parece poco probable: ni el Derecho internacional privado parece ser el fuerte de nuestro legislador ni sería coherente por parte de quien inmediatamente antes ha restringido la autonomía de la voluntad en ese mismo artículo. Admitido, pues, que siempre hay una ley estatal, ¿qué posibilidad tiene la siguiente conexión —precisamente la de la sede, que sí es reconocida por el Derecho convencional— en ser aplicada? O no tiene ninguna o mucho me temo que el legislador haya querido decir otra cosa. Pero esto es algo que —tal vez— sólo él sabe.

B) Arbitrabilidad e la diferencia

10. Presupuesto, para que el acuerdo de las partes sea válido, es que el objeto de la diferencia sea arbitrable: no todo lo justiciable, se ha escrito, es arbitrable (131). Los ordenamientos jurídicos trazan una línea divisoria, a partir de la cual no admiten que determinados litigios eludan la competencia de sus tribunales y se sometan al arreglo arbitral. El Convenio de Nueva York reconoce esta realidad innegable, cuando obliga a los Estados contratantes a admitir «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias

(130) Sobre los *contratos sin ley*, *vid., per omnia*, M. VIRGOS SORIANO, «Las obligaciones contractuales (I)», en J.D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 320-322.

(131) A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 242.

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*», (artículo II, 1) (132). El incremento de las normas prohibitivas del recurso al procedimiento arbitral obedece, *grosso modo*, a dos causas: la creciente ingerencia del Estado en la vida económica y el recelo que sienten los ordenamientos estatales ante el arbitraje, cuando una de las partes es económicamente mucho más débil que la otra (133).

11. La técnica utilizada en los ordenamientos para tal delimitación varía de unos a otros (134). Mientras que en los sistemas jurídicos europeo-continenciales, de raíz latina o germánica, el legislador determina las categorías de litigios que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas fórmulas generales y estereotipadas, del estilo de las que declaran no arbitrables los litigios relativos a materias que interesan al orden público, que pueden ser objeto de transacción o en que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos, fórmulas que, en todo caso, no logran disipar las dudas (135). En los países de *common law*, es directamente la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas excluidas del arreglo arbitral.

12. La *arbitrabilidad* es una cuestión de enorme transcendencia práctica que puede suscitarse al margen de todo *exequatur*, bien ante los árbitros nombrados por las partes bien ante un juez estatal ante el que se cuestiona la validez del convenio arbitral, o en el transcurso de éste; ya que puede manifestarse como:

(132) La expresión está inspirada, aunque con redacción diferente, en la disposición 1.^a del Protocolo de Ginebra de 1923, pero a diferencia de ésta, como observa B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 126, que carecía de una solución uniforme, el Convenio de Nueva York suministra los criterios conforme a los cuales individualizar el ordenamiento jurídico estatal rector de la arbitrabilidad de la cuestión.

El Convenio de Ginebra de 1961 contiene un precepto semejante, el artículo VI, 2, c. *in fine*, según el cual:

«El tribunal ante el cual se hubiere promovido el asunto podrá denegar el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la «*lex fori*», la controversia no es por su objeto o materia susceptible de arreglo mediante arbitraje.»

La expresión «podrá» de este precepto ha permitido a algún autor, como B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 126, defender el carácter facultativo de la actividad del juez a este respecto, actividad que, además, debería interpretarse restrictivamente, limitando, a la luz del ordenamiento francés, la intervención del juez a la salvaguardia de los principios de orden público.

(133) *Vid.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 258-259.

(134) *Ibidem*, p. 257.

(135) *Vid. ad ex.*, diversos ejemplos de Derecho comparado en R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 258 y 263; P. SANDERS, «Trends...», p. 221.

El artículo 2 del proyecto de ley sobre arbitraje remitido por el Gobierno emplea dos criterios: la disponibilidad de los derechos por los interesados y la existencia de un interés público evidenciado por la intervención del Ministerio Fiscal en las causas que interesan a los incapaces de obrar.

a) Un límite a la facultad de las partes y al poder de los árbitros reconocido por todos los ordenamientos jurídicos, aun cuando éstos discrepen, en concreto, de la transposición o no de las prohibiciones de someter a arbitraje determinados supuestos internos al tráfico internacional, de las materias excluidas —por ejemplo, la propiedad industrial, la competencia desleal o los contratos petrolíferos— o, en el caso de que la exclusión sea sólo parcial, del requisito al que se subordina su arbitrabilidad —por ejemplo, el intento fallido de la conciliación— (136).

Desde esta perspectiva, hay quienes creen que la arbitrabilidad es, sobre todo, una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio, mientras que, según otros, la determinación del objeto del arbitraje es un efecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo. Los primeros consideran que está íntimamente ligada al fondo del asunto y que, por consiguiente, es la *lex causae* o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué

(136) *Vid. ad ex.*, P. BERNARDINI, «Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust», *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 109-121; Th. E. CARNONNEAU, «The exuberant Pathway to Quixotic Internationalism: assessing the Folly of Mitsubishi», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1986, pp. 265-298; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 257-265; J.-L. DELVOLLE, «Le rôle de l'arbitrage en matière de transfert de technologie», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 431-448; C. FIAMMENGHI, «Motivi che impediscono la definizione arbitrale delle controversie in materia di brevetti», *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 123-127; A. FRANÇON, «L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence», *Revue de l'arbitrage*, 1975, pp. 143-153; G. VAN HECKE, «Arbitrage et restrictions de la concurrence», *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 3-16; Id., «Arbitrage et règles de concurrence», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 191-195; H. VAN HOUTE, «L'arbitrage: son territoire et ses frontières», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 140-151; G. KEUTGEN, «Arbitrage et propriété intellectuelle», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 175-190; W. KUHN, «Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany», *Arbitration International*, 1987, pp. 226-239; Chr. LECUYER-THIEFFRY, «Un nouveau domaine pour l'arbitrage aux Etats-Unis: la validité et la contrefaçon des brevets», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 405-413; Ph. O'NEILL, «Recent Developments in International Commercial Arbitration: an American Perspective», *Arbitration*, 1987, pp. 177-186; D. PFAFF, «Grenzbewegungen der Schiedsfähigkeit - Patentnichtigkeit im Schiedsverfahren», *Beiträge zum internationales Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Münster, 1987, pp. 278-293; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 160-161; Id., «La reconnaissance...», pp. 242-243 y 288 nota 6; M.-C. RENOLD, «Arbitrage international et droit antitrust: l'arrêt Mitsubishi v. Soler de la Cour suprême des Etats-Unis», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1986, pp. 545-552; J. ROBERT, «Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi/Soler. Cour Suprême des États-Unis 2 juillet 1985», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 173-189; P. SANDERS, «Trends...», pp. 221-223; P. SCHLOSSER, «Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 189-197; R. VANDER ELST, «Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé», *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, pp. 332-359; L.L. WALSH, «Arbitration in international commercial transactions: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* and its aftermath», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 13, n.º 1, 1986, pp. 200-216.

circunstancias (137). Los segundos, con mayor razón, someten todas estas cuestiones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral (138).

b) Una manifestación del particularismo jurídico de los Estados. Esto explica que, desde el punto de vista del reconocimiento haya parecido justificado que la ley aplicable no sea otra que la del Estado requerido (art. V, 2, a del Convenio de Nueva York) (139).

En la medida en que la Ley rectora del acuerdo arbitral y la del Estado requerido no coincidan podrán surgir laudos arbitrales *claudicantes*; es decir, dictados con base en un convenio arbitral inicialmente considerado válido e ineficaces en otro Estado, precisamente en aquel o aquéllos en que se pretenden homologar (140).

Se ha discutido si hubiera sido preferible prescindir de la consideración de este presupuesto como un requisito autónomo e integrarlo en la excepción de orden público (141). Hay quien afirma que sólo razones his-

(137) *Vid. ad ex.*, en este sentido, A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», pp. 28-29; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 602-603 y el artículo 5 de la Resolución del I.D.I. en su sesión de Amsterdam (1957), conforme al cual:

«La validité de la clause compromissoire est régie par la loi du siège du tribunal arbitral. Sous cette réserve, le pouvoir de compromettre est régi par la loi applicable au fond du litige».

Vid. las observaciones críticas a este artículo de B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 370.

(138) Así, *ad ex.*, B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 461; Id., «Arbitrage...», pp. 122 y 126; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 159.

B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 468, ha criticado la sumisión de la arbitrabilidad de la diferencia a la *lex causae*. Observa justamente que conforme a esa concepción, se piensa que, recurriendo al arbitraje, las partes *disponen* de sus derechos y que es, por consiguiente, la ley que los rige la que debe resolver si las controversias que provoquen son susceptibles de ser resueltas mediante el procedimiento arbitral. Pero, en realidad, «someter un litigio a la reglamentación arbitral no es renunciar a sus derechos ni siquiera modificar profundamente su sustancia; la determinación del objeto del arbitraje es un efecto del convenio de arbitraje y es por consiguiente la ley que rige este convenio la que debe decidir si este objeto es o no susceptible de arbitraje».

(139) La posibilidad de distinguir la arbitrabilidad del *objeto del acuerdo arbitral* (art. V, 1, a) de la del *objeto de la diferencia* (art. V, 2, a), interesante en la medida en que la primera sería controlable por el órgano encargado del *exequatur* sólo a instancia de parte, mientras que la segunda lo sería de oficio, ha sido apuntada, sin demasiada convicción, por A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 160, consciente de su dificultad.

(140) Acierta A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 243, cuando sostiene que este inconveniente, aunque real, no debe sobrevalorarse: es cierto que detrás de la no arbitrabilidad está la competencia de los tribunales estatales, pero no para juzgar de cualquier litigio sobre esa materia —el petróleo, por ejemplo—, sino sólo para preservarla en litigios muy directamente relacionados con ese Estado —es *su* petróleo, no el petróleo de otros Estados, el que les interesa—.

(141) Así, *ad ex.*, por A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 160.

En este mismo sentido, la enmienda n.º 207 al Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario de Coalición Popular proponía la supresión del párrafo final del artículo 60 del proyecto («o si

tóricas —en concreto el Convenio de Ginebra de 1927 y el proyecto de Convenio presentado por la Cámara de Comercio Internacional en 1955— justifican el tratamiento separado por el Convenio de Nueva York de la arbitrabilidad del objeto de la diferencia y del orden público del foro (142). Técnicamente, sin embargo, parece más correcto objetivar este requisito, distinguiéndolo del magma indiferenciado del orden público, aun sin ignorar la relación existente entre ambos, pues, como ha señalado A. REMIRO BROTONS:

«La noción de orden público se recrea en el contraste *concreto* de una sentencia con los principios sustantivos y de procedimiento a los cuales el foro no puede renunciar. Bajo la condición de arbitrabilidad la sentencia flota, buscando su lugar en una categoría, sin que la manera como los árbitros hayan tenido que tratar el objeto de la diferencia tenga importancia» (143).

C) Efectos

13. Al igual que los demás contratos, el convenio arbitral origina diversos efectos o, dicho más exactamente, una pluralidad de derechos y obligaciones relacionados entre sí que afectan a las partes (144). Estos derechos y obligaciones que produce el convenio arbitral pueden distinguirse, agrupándolos en dos grandes tipos: *efectos positivos* y *efectos negativos* (145).

los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no son susceptibles de arbitraje»), considerando, entre otros motivos, que esta causa «en todo caso, estaría englobada en la de orden público» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo de 1988, n.º 69-5, p. 75).

(142) En este sentido. P. SANDERS, «Trends...», p. 225.

(143) A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 244 (subrayado en el original).

(144) El arbitraje repercute en *terceras personas*, como consecuencia de dos fenómenos diversos: a) Los litigios comerciales multilaterales, fruto de la existencia de una pluralidad de contratos concatenados, con sus correspondientes cláusulas compromisorias, por las que se designan órganos arbitrales distintos (*vid.* el simposium celebrado en Varsovia en junio y julio de 1980 en la *Rev. de l'arbitrage*, 1981, pp. 29-127; E. GAILLARD, «L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu para la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)», *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 275-291; W.J. HABSCHEID, «Zum Problem der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit», *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zürich, 1984, pp. 173-190; B. VON HOFFMANN, «Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Internationale Handelskammer», *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Münster, 1987, pp. 112-122; A. KASSIS, «L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation», *Droit et pratique du commerce international*, 1988, pp. 221-238; F. LASCHET, «Die Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 85-128). b) La disociación existente en los países socialistas entre los organismos que contratan con el extranjero y las empresas encargadas de cumplir tales contratos (*Vid.* R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 297).

(145) *Vid. ad ex.*, T. ARMENTA DEU, «Perspectivas de futuro de la cláusula compromisoria arbitral», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1984, pp. 329 y ss. y, en especial pp. 333-343;

Son *efectos positivos* la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Por el contrario, los *efectos negativos*, consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto (146).

14. Aun cuando históricamente, el convenio arbitral no siempre ha producido estos efectos (147), ambos tipos son reconocidos actualmente por todos los ordenamientos jurídicos, aunque con distinto alcance (148). Uno y otro —atribución de competencia a los árbitros y exclusión de los tribunales— no son sino distintos aspectos de un mismo fenómeno jurídico, difíciles de discernir en la práctica (149). La determinación de cuál de ellos es el principal o el más importante no está exenta de consecuencias prácticas, especialmente por lo que respecta al Derecho aplicable; ya que, por ejemplo, quienes ponen especial énfasis en los efectos negativos propenden a defender la aplicabilidad de la Ley del Estado cuyos tribunales han visto excluida su competencia, por más que, en rigor, no quepa equiparar el convenio arbitral a una *prorogatio fori* (150). Desde un punto de vista sociológico o psicológico, no cabe duda de que la voluntad de las partes puede ir encaminada, ante todo, a evitar un proceso estatal (efecto negativo) o a encomendar la so-

B.M. CREMADES, «Evolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1988, pp. 223 y ss., en especial, pp. 234-235; R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 290; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 123; J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 7-8; P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 588; J. DE MIQUEL BERENQUER, «La cláusula de arbitraje en las relaciones comerciales internacionales», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pp. 483-489; P. SCHLOSSER, *Das Recht...*, pp. 372-409.

(146) Como señalara la *Sent. T.S. (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1974*, mediante el convenio de arbitraje se introduce una «excepción a la actividad judicial», que es la que resuelve «los problemas litigiosos por vía general». *Vid., ad ex.*, más recientemente sobre la *derogatio fori* de los tribunales españoles por la sumisión del litigio a un tribunal arbitral la *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona de 12 de febrero de 1985 (Justicia, 1986, pp. 192-198 y Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1987, pp. 137-142)* y la *Sentencia T.S. (Sala 1.ª) de 22 de noviembre de 1986 (en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1987, pp. 180-185 con nota de V. FUENTES CAMACHO en pp. 185-187)*.

(147) Así, en el Derecho romano, el acuerdo arbitral no implicaba la incompetencia de los tribunales ni, en buena medida, la obligatoriedad del laudo, ya que el condenado tenía la posibilidad de librarse de él, pagando la pena estipulada en el compromiso. *Vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 290.

(148) *Vid.*, en este sentido, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 290.

(149) P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 588.

(150) *Vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 187-188; J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», p. 7 nota 9 y P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 587-591.

lución de la diferencia a personas de su confianza (efecto positivo) (151). Pero jurídicamente la intención de las partes es, a estos fines, indiferente, siendo más correcto entender, como ha declarado un sector de la jurisprudencia suiza, que el efecto negativo no es más que una consecuencia del efecto positivo (152).

15. Los *efectos positivos y negativos* del acuerdo de arbitraje han sido contemplados por el proyecto de ley, cuyo artículo 11.1, dispone que:

«El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción».

Ambos tipos de efectos se regirán por la misma ley, la aplicable al fondo del convenio arbitral, conforme señala el artículo 62 del proyecto de ley, que se refiere a «la validez del convenio arbitral y sus efectos».

Será esta ley la que, caso por caso, determine: a) la naturaleza exclusiva o concurrente de la competencia atribuida a los árbitros (153); b) la apreciación de oficio o a instancia de parte de la exclusión de los tribunales estatales (154); c) la obligatoriedad o discrecionalidad de la exclusión de los tribunales de un Estado para conocer del fondo del asunto (155); d) las

(151) P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 588, nota 15.

(152) *Ibidem*, p. 589 nota 16.

(153) Muy frecuentemente se afirma que el acuerdo de las partes general una *competencia exclusiva* en favor del órgano arbitral. Sin embargo, no siempre es así. Conforme a la tradición inglesa en materia de arbitraje, las partes nunca pueden excluir, mediante el convenio arbitral, totalmente a los tribunales estatales, sino que conservan siempre la facultad —que le es reconocida también a los árbitros— de remitir a los tribunales una cuestión de Derecho (sistema inglés del *special case*). *Vid., ad ex.*, en este sentido, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 124 y P. SANDERS, «Trends...», p. 238.

(154) Se suele entender que el convenio arbitral origina una excepción procesal, sin que pueda ser apreciado de oficio (*vid.*, en general, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 295-196). De ahí que los n.º 1 y 2 de la disposición adicional tercera del proyecto de ley modifican los artículos 533 y 1.464 L.E. Civ., hayan introducido las correspondientes excepciones; pero también la importancia de que los ordenamientos jurídicos precisen los comportamientos que implican una renuncia de las partes al arbitraje, cosa que lleva a cabo el artículo 11.2 del proyecto de ley cuando establece que:

«Se entenderá que las partes renuncian al convenio arbitral, bien por el mero hecho de acudir al Juez o Tribunal interponiendo la demanda, bien por el hecho de hacer el demandado personado en juicio cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción».

(155) Existe una diferencia profunda entre los *sistemas europeo-continenciales*, en que los tribunales tienen que atenerse estrictamente a sus reglas procesales, reglas que establecen la posibilidad de que la parte haga valer una excepción procesal mediante la cual aquellos tengan que abstenerse de conocer del fondo del asunto, y el *sistema inglés*, en el que se establece el poder discrecional del juez, que, atendidas determinadas causas, podrá declararse competente, no obs-

derogaciones al principio de incompetencia de los tribunales estatales (156); y e) la posibilidad de impugnar la obligatoriedad del convenio arbitral ante un tribunal estatal (157).

tante la existencia de un convenio arbitral válido. Así, *ad ex.*, en *The Fehrmann* ([1957] 1 W.L.R. 815), el juez Willmer se consideró competente, frente a la Comisión de arbitraje marítimo de la U.R.S.S., para conocer de la acción intentada por una sociedad inglesa contra una naviera alemana, a la que responsabilizaba del deterioro de las mercancías descubierto en Inglaterra, sobre la base de que, excepto el estado de las mercancías el día de su carga, todas las demás pruebas debían practicarse en suelo británico. *Vid. ad ex.*, una exposición crítica del sistema inglés en R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 291-292.

(156) La exclusión de los tribunales estatales no es total, sino que padece excepciones tales como: a) la adopción de medidas provisionales de carácter urgente (el art. VI, 4 del Convenio de Ginebra de 1961 señala, con toda claridad, que «si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo», lo que ha llevado al *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 23 de mayo de 1985* a entender correctamente que, en el caso concreto que se debatía, la existencia de medidas provisionales —embargo preventivo de buque— no suponía sumisión al tribunal en cuanto al fondo del asunto); b) la asistencia de tribunales estatales en el transcurso del procedimiento, que colaboran con el órgano arbitral, *ad ex.*, en la práctica de las pruebas que él no puede realizar (la enmienda n.º 32 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) proponía añadir un párrafo final al artículo 44 del proyecto, conforme al cual, en los casos de auxilio jurisdiccional, el juez procediese conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil «y los tratados bilaterales y multilaterales sobre obtención de pruebas en el extranjero» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo de 1988, n.º 69-5, p. 27); c) la remisión, facultativa u obligatoria de las cuestiones de Derecho surgidas en el transcurso del procedimiento (sistema inglés del *special case*); d) la facultad del órgano arbitral, prevista por los Reglamentos de diversas instituciones arbitrales, de remitir la diferencia entre las partes a un tribunal estatal; e) la asistencia de los tribunales estatales, una vez finalizado el procedimiento arbitral, cuando su intervención es requerida para garantizar el cumplimiento del laudo. *Vid. ad ex.*, B.M. CREMADES, «Evolution récente...», pp. 235-236; R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 291; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 126-127; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 124; F. KNOEPFLER, «Les mesures provisoires et l'arbitrage», *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zürich, 1984, pp. 221-234; P. LALIVE, «Problèmes spécifiques...», pp. 357-359; B.P. MARCHAIS, «Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage C.I.R.D.I. Réflexions sur l'arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1986 (Société Atlantic Triton c. République populaire révolutionnaire de Guinée)», *Droit et pratique du commerce international*, 1988, pp. 275-304; B. MOREAU, «L'intervention du tribunal au cours de la procedure arbitrale en droit français et droit comparé», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 323-340; Ph. OUKRAT, «L'arbitrage et les mesures provisoires: étude générale», *Droit et pratique du commerce international*, 1988, pp. 239-273; F. RAMOS MENDEZ, «Arbitrage international et mesures conservatoires», *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 51-67; J. ROBERT, «Le Rôle du Juge pour la Constitution du Tribunal Arbitral et pendant le Déroulement de la Procédure selon la Récente Legislation Française sur l'Arbitrage», *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 179-183.

(157) Se ha discutido si los tribunales estatales poseen competencia para juzgar la *no obligatoriedad* del convenio arbitral derivada de su nulidad o caducidad. Independientemente, como veremos, del derecho de los árbitros, al menos cuando ya está constituido el órgano arbitral, a controlar su propia competencia, es polémica la atribución de este derecho a los tribunales estatales. ¿Puede ejercerse por los tribunales de un Estado, al menos antes de la constitución del órgano

D) *Autonomía de la cláusula compromisoria*

16. Un problema específico de la cláusula compromisoria es el de su *autonomía* (158). Esto significa que la cláusula compromisoria constituye un «verdadero contrato dentro de un contrato» (159); de tal suerte que:

arbitral, o deben abstenerse en todo caso, limitándose a verificar dicho control sólo después de que haya sido dictada la sentencia? Algunos ordenamientos jurídicos —tal es el caso, *ad ex.*, del francés, cuyo artículo 1.458 del Código de procedimiento civil carece de paralelo en el proyecto de ley presentado por el Gobierno español, y de los países de *common law*— siguen una vía intermedia: autorizan el control judicial *a priori*, pero exclusivamente para los supuestos de que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o de que su objeto esté fuera del litigio que enfrenta a las partes. *Vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 293-295; R. PERROT, «Arbitrage interne et arbitrage international. Les recours devant la Cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission?», *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 107-125.

En el caso del Derecho español, habrá que tener en cuenta que: a) Conforme al artículo II, 3 del Convenio de Nueva York, «el Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, *a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*» (sobre los problemas que la aplicación de este artículo ha planteado en otros ordenamientos, *vid., per omnia*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 298-300). b) Según el artículo VI.3 del Convenio de Ginebra de 1961, «si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes, con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, *siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*».

(158) *Vid.*, en general, *ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 265-270; Ph. FRANCESCA-KIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation», *Revue de l'arbitrage*, 1974, pp. 67-87; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 117 y 121; *Id.*, «Les problèmes spécifiques...», pp. 329-333; J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 26 y ss.; F.-E. KLEIN, «Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 499-522; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 591-596; E. MEZGER, «Compétence-compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 315-326; J. PERILLEUX, «Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire. Etude de droit comparé: droit américain, droit français, convention pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) et convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 21 avril 1961)», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1978, pp. 185-199; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 109-111; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 225 y 312; P. SANDERS, «Trends...», pp. 277-278; *Id.*, «L'autonomie de la clause compromissoire», *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 31-43; M. ZACCHEO, «Contratto e clausola compromissoria», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 423-446.

Una excelente ilustración, con abundantes referencias sobre la autonomía de la cláusula arbitral, la suministra la sentencia arbitral preliminar dictada por B. GOMARD, como árbitro único, el 14 de enero de 1982 en el asunto *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil company*, reproducida en *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 401 y ss., en especial pp. 413-418.

(159) Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, p. 67.

a) pueden estar sometida a un ordenamiento jurídico distinto del que rige el contrato principal en el que va inserta (*autonomía conflictual*), aunque de ordinario, será el mismo; y b) la nulidad o resolución del contrato base no acarrea necesariamente la de la cláusula compromisoria (*autonomía material*) (160), aunque, en un caso concreto, puedan concurrir las mismas causas —por ejemplo, incapacidad o vicio del consentimiento— de nulidad de uno y otra (161).

Dogmáticamente, se han empleado argumentos de signo contrario en torno a la autonomía de la cláusula compromisoria (162). Los adversarios o reticentes a ella ponen un especial énfasis en la relación que existe entre la cláusula compromisoria y el contrato en que va inserta. Sin éste, se dice, la cláusula compromisoria carece de sentido (163). Por el contrario, es muy frecuente que las partes no se hubieran atrevido a concluir un contrato que no previese el arreglo arbitral —así, por ejemplo, en los contratos semi-internacionales o de desarrollo económico entre un Estado y una sociedad extranjera—. Frente a ellos, se observa que, a pesar de los vínculos materiales que pueda haber, la cláusula compromisoria y el contrato base se diferencian por la función que cumplen —la primera instituye un mecanismo de arreglo de controversias, el segundo consiste usualmente en la atribución de correlativas prestaciones de carácter patrimonial— o la naturaleza procesal del arbitraje por quienes comparten la concepción publicista. Pero, sobre todo, se pone de relieve, desde una perspectiva práctica, más que dogmática, el riesgo de que, de no admitirse la autonomía de la cláusula compromisoria, el arbitraje resulte paralizado, al impugnarse la validez del contrato principal y contagiar éste su nulidad al convenio arbitral —fuente de la atribución de la competencia a los árbitros— (164).

(160) La terminología *autonomía conflictual* («autonomie en matière de rattachement») y *autonomía material* («autonomie matérielle») es de F.-E. KLEIN, «Du caractère...», p. 521.

(161) «Nulidades convergentes», como las denomina B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 117, cuando subraya cómo en nada suponen subordinación de la cláusula compromisoria al contrato principal.

(162) Para una excelente y sintética exposición de los términos en que se formuló la polémica, *vid. ad ex.*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 592-594.

(163) De ahí deriva la frecuente confusión que se observa en algunos autores y decisiones jurisprudenciales entre el problema de la autonomía de la cláusula compromisoria —que es una cuestión de fondo— y el de la facultad del órgano arbitral de revisar las bases sobre las que se asienta su propia competencia (doctrina de la «competencia de su competencia») —que es una cuestión procesal— entraña la de la cláusula compromisoria que va inserta en él que plantearse si los árbitros pueden pronunciarse sobre la nulidad del convenio arbitral alegada por la parte que se opone al arbitraje o si, por el contrario, deben dejar que sea una jurisdicción estatal la que resuelve entonces previamente este problema. Para una correcta diferenciación de ambos temas, *vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, p. 265; E. MEZGER, «Compétence-compétence...», pp. 321-322; P. SANDERS, «Trends...», pp. 277-278. Para la doctrina de la «competencia de su competencia», *vid. VI*, 1.

(164) Como indica, *ad ex.*, E. MEZGER, «Compétence-compétence...», p. 321, la experiencia muestra que no es infrecuente el que se interponga la excepción de incompetencia, alegando

En los ordenamientos que la admiten, se estima que la autonomía de la cláusula compromisoria viene impuesta no por una norma de conflicto, sino por una norma material especial de Derecho internacional privado —de formulación jurisprudencial o legal—; de manera que el órgano judicial ante el que se invoca debe apreciarla siempre, aunque no sea contemplada por el Derecho extranjero aplicable al fondo del contrato principal (165).

17. El legislador español se ha percatado únicamente de uno de los aspectos de la autonomía de la cláusula compromisoria —la autonomía material—, al señalar en el artículo 8 del proyecto de ley que:

«la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio».

El emplazamiento sistemático de esta norma en el Título II del proyecto (titulado «Del convenio arbitral y sus efectos»), en vez de en el Título X (titulado «De las normas de Derecho Internacional privado»), ha propiciado esta formulación incompleta de la autonomía de la cláusula compromisoria.

Con todo, es importante la acuñación por el legislador español de dicho precepto, si se tiene en cuenta que: a) El Convenio de Nueva York de 1958 permite, pero no exige, la autonomía de la cláusula compromisoria (166). b) Aunque hoy se trata de una polémica felizmente superada, tanto antes como durante la vigencia de la Ley de 1953, hubo quienes negaron tal autonomía, ante el silencio del legislador, frente a quienes, más correctamente, la defendieron, pese a la ausencia de una norma específica de esta materia (167). c) La sumisión de la cláusula compromisoria a un Derecho distinto del que regula el contrato principal no sólo es posible en nuestro ordenamiento por la falta de prohibición expresa, sino que puede

una nulidad del acuerdo arbitral, derivada del conjunto del contrato base, considerando que el convenio arbitral es *parte integrante* del mismo, tanto si se trata de una cláusula compromisoria como de un compromiso.

(165) *Vid. ad ex.*, en este sentido, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 117.

(166) En este sentido, *ad. ex.*, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 225.

Anteriormente A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 110-111, mantuvo una posición distinta, con el propósito evidente de hallar una fundamentación legal —o, más exactamente, convencional— a la autonomía de la cláusula compromisoria en el Derecho español: «Estimo que desde la perspectiva de la autoridad del *exequatur*, la adhesión al Convenio de Nueva York obliga a reconocerla en la medida en que la libertad de las partes en la designación, en la indicación, de la ley aplicable a la cláusula compromisoria es mucho mayor que la que el artículo 10.5 del Código Civil les consiente en relación con el contrato del que forma parte».

(167) La autonomía de la cláusula compromisoria fue negada por varios autores, entre los cuales destaca, porque su posición fue seguida por otros, M. MURO DE LA VEGA, «La clause compromissoire en Droit espagnol», *Revue de l'arbitrage*, 1961, pp. 227 y ss. A favor del reconoci-

inferirse indirectamente de la diferencia de conexiones utilizadas por el artículo 62 del proyecto, que es el que indica la ley aplicable a la validez del convenio arbitral, y por el artículo 10.5 C.c., que es el que fija el Derecho aplicable a los contratos internacionales.

VI. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. El órgano arbitral

1. Paso ineludible previo al inicio del procedimiento es la constitución del tribunal arbitral (168). El Convenio de Nueva York de 1958 dispone que podrá denegarse el reconocimiento a instancia de parte cuando se pruebe:

Así, pues, la regularidad o irregularidad en la constitución del tribunal arbitral debe valorarse en función de lo dispuesto por las mismas partes en el convenio arbitral, punto éste en el que poseen una enorme libertad, y, en su defecto, por lo que señale la ley del país donde se haya desarrollado el arbitraje. Se trata, por consiguiente, de un régimen jurídico caracterizado por: a) la utilización de dos criterios —la autonomía de la voluntad y el lugar de celebración del arbitraje—; b) que se encuentran entre sí en una relación jerárquica, no alternativa (169); c) que es el mismo

miento de su autonomía, se esgrimían diversos argumentos: la falta de una norma específica que sancionase con la nulidad, la actitud de nuestro ordenamiento frente a la ineficacia parcial, el respecto a la voluntad de las partes y la diferente función de la cláusula compromisoria y del negocio base. *Vid. ad ex.*, en este sentido, L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, «El Pacto Compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», *Anuario de Derecho civil*, 1954, pp. 1.156-1.157; J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 28 y 31-40; J. GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pp. 61-63; A. de LUNA, «Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères en Espagne», *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 1952, pp. 154 y ss.; V. TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pp. 318-320; J. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, p. 650.

(168) *Vid. ad ex.*, R. ADLERSTEIN, «Zur Unabhängigkeit des Schiedsrichters», *Studien zum Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, pp. 9-58; P. BELLET, «Le juge-arbitre», *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 394-414; P. BERNARDINI, *L'arbitrato...*, pp. 79-92; G. CORNU, «Le juge-arbitre», *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 373-393; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 308-387; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 112-113; Id., «El árbitro», AA.VV., *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1978, pp. 319-339; Id., «La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 473-474; E. KRINGS, «Un Magistrat de l'ordre judiciaire peut-il être désigné en tant qu'arbitre?», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1979, pp. 278-291; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 675-711; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 229-233; P. SANDERS, «Trends...», p. 271; P. SCHLOSSER, «Quelles nouvelles...», p. 307.

(169) Una relación alternativa supondría la admisión de una constitución del órgano arbitral o del desarrollo del procedimiento conforme a cualquiera de la dos conexiones previstas y, por

previsto para las cuestiones de procedimiento y d) supone una solución de compromiso entre la concepción contractualista y la publicista del arbitraje, que, sin embargo, posiblemente, haya decepcionado más a los partidarios de esta última puesto que la remisión a la sede del arbitraje —que, en la práctica, puede plantear problemas (170)— sólo opera subsidiariamente y supone de hecho, dada la prevalencia del arbitraje institucional, que las instituciones permanentes de arbitraje sean las principales beneficiarias del régimen instaurado por el sistema neyorkino.

2. Será la ley elegida por las partes o, en su defecto, de la sede arbitral la que regule la composición del órgano arbitral, la designación de los árbitros, las cualidades que deben poseer, las causas y procedimiento de recusación, las modificaciones de su jurisdicción y el estatuto jurídico del árbitro. Será esta misma ley y no la aplicable a los efectos del convenio arbitral —como sostiene algún autor (171)— la que atribuya o desconozca la facultad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia, sin necesidad de suspender el procedimiento arbitral y remitir la solución de esta cuestión previa a los tribunales estatales (*Kompetenz-Kompetenz*) (172), salvo que venga ya resulta por una norma material especial de Derecho internacional privado de origen convencional como, por ejemplo, el artículo V, 3 del Convenio de Ginebra de 1961, donde se señala que:

«A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la 'lex fori' contra el indicado laudo del tribunal de arbitraje ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuese impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre

consiguiente, de acuerdo a la ley del Estado de la sede, aunque fuera en infracción de lo dispuesto por las partes. Esta interpretación es más beneficiosa para la homologación extraterritorial del laudo y ha sido sostenida por J. GENTINETTA, *Die Lex Fori...*, p. 302, aunque sin ningún fundamento, puesto que no es lo querido realmente por el Convenio.

(170) Cuando, *ad ex.*, las partes no precisan el lugar del arbitraje, designan una institución permanente de arbitraje cuyo estatuto dispone que la remisión a ella no implica automáticamente que su sede social sea también la del arbitraje o atribuye a ésta la facultad de designar en lugar de las partes la sede del arbitraje, o la previsión por éstas de un arbitraje *ad hoc* carece, sin embargo, de tal designación. *Vid. ad ex.*, P. SANDERS, «Trends...», p. 273. *Vid.* en general sobre este punto de conexión, A. PANCHAUD, «Le siège de l'arbitrage international de droit privé», *Revue de l'arbitrage*, 1966, pp. 2-15.

(171) B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 462.

(172) Sobre la *Kompetenz-Kompetenz*, *vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 294 y 396-400 y 433-435; R. FORNI, «Il potere dell'arbitro di statuire sulla propria competenza e l'arbitrabilità del litigio», *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zürich, 1984, pp. 191-202; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 135-158; B. GOLDMAN, «Les conflits...», p. 462; *Id.*, «Arbitrage...», pp. 123-124 y 127; W.J. HABSCHIED, «Das Problem der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1982, pp. 321-327; P. SANDERS, «Trends...», pp. 271-272 y 277.

la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso».

En cambio, no necesariamente tiene que regirse por ese mismo ordenamiento jurídico el contrato celebrado entre las partes y los árbitros (173).

3. Cualquiera que sea el ordenamiento estatal rector de la organización del tribunal arbitral importa mucho, si se quiere que el laudo goce de eficacia extraterritorial, que los árbitros sean personas conocidas por las partes que actúen en la misión que se les confía con absoluta independencia e imparcialidad.

Es erróneo ocultar la identidad de los árbitros a las partes, aunque sea para salvaguardar su independencia, puesto que el artículo V, 1, letra b del Convenio de Nueva York reconoce el derecho de la parte contra la que se invoca la sentencia arbitral a ser «debidamente notificada de la designación del árbitro» y existiría el riesgo de que el tribunal del Estado en el que se solicitase el reconocimiento opusiese a éste, por tal motivo, el orden público del foro (art. V, 2, b del Convenio de Nueva York) (174).

La independencia e imparcialidad de los árbitros ha sido puesta en entredicho en dos supuestos: en el de los organismos permanentes de arbitraje de los Estados europeo-orientales y en el de los denominados *árbitros-parte*. En el primer supuesto, es cierto que la mayoría —no la totalidad— de los reglamentos de arbitraje de esos países reserva la cualidad de árbitros a sus nacionales. Pero no es menos cierto que no sólo se trata de un arbitraje libremente asumido por la otra parte sino que la nacionalidad no determina necesariamente la parcialidad ni esta deriva exclusivamente de este factor. De ahí que no falten decisiones en la jurisprudencia de los países de Europa occidental, en las que se proclama la no contrariedad al orden público del foro de las decisiones arbitrales dictadas por un organismo integrado exclusivamente por nacionales del mismo Estado que una de las partes (175). En el segundo supuesto, es cierto que la práctica

(173) *Vid. ad ex.*, A. DITCHEV, «Le 'contrat d'arbitrage'. Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer», *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 395-410; H.W. FASCHING, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Wien, 1973, pp. 55-80; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 675-677.

(174) *Vid. ad ex.*, las decisiones del *Oberlandesgericht* de Colonia de 10 de junio de 1976 (*Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, p. 258) y de la *Corte di appello* de Milán de 13 de octubre de 1981 (*Yearbook Commercial Arbitration*, 1983, p. 390).

(175) *Vid. ad ex.*, la decisión del *Bundesgerichtshof* suizo de 12 de febrero de 1958 (B.G.E., 84, I, 39), que interpretó restrictivamente la noción de orden público declarando «dass der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung im Gebiete der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Ent-

internacional de que cada una de las partes nombre un árbitro (árbitro-parte) y de que posteriormente un tercer árbitro sea nombrado por ellas de común acuerdo, por un tercero imparcial en su representación de ellas o por los árbitros-partes anteriormente designados ha conducido a considerar a éstos en muchos casos como abogados o representantes de las partes más que como auténticos árbitros y al tercer árbitro como un super-árbitro (176). Pero se trata, en todo caso, de un procedimiento libremente consentido por ellas. De tal manera que resulta mucho más pragmático, como vamos a ver a continuación, dejar a un lado esta discusión dogmática y evitar que el árbitro-parte de un lugar a un *arbitraje ex parte* (177).

4. No es infrecuente en el arbitraje comercial internacional que la parte demandada intente torpedear desde un principio la eficacia de la cláusula compromisoria o del compromiso de arbitraje, negándose a designar árbitro. Para solucionar este problema son varios los remedios de que disponen las partes. Cabe, en primer lugar, que en el propio convenio de arbitraje se prevea el supuesto y se le dé solución. También puede ocurrir que, tanto si el convenio o pacto arbitral prevén dicho problema como si no, la parte interesada solicite la aplicación a la constitución del órgano arbitral de la ley rectora del procedimiento, que puede adoptar distintas soluciones: recurrir a un tercero imparcial —por ejemplo, un órgano judicial o el presidente de la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o de la residencia habitual de la parte que no quiere nombrar árbitro— para que proceda a dicho nombramiento, suborgándose la voluntad de este tercero imparcial en la de la parte que guarda silencio; o bien —así ocurre en el sistema británico— autorizar, transcurrido un plazo, para que el único árbitro designado actúe como árbitro único de ambas partes contendientes (178).

Es ésta una cuestión de enorme transcendencia práctica que se suscito, *ad ex.*, en el caso contemplado por el *Auto T.S. (Sala 1.ª)* de

scheidungen enger auszulegen ist als im Gebiete der direkten Gesetzesanwendung». Vid. P. SANDERS, «Trends...», pp. 227 y 236-237.

(176) *Vid. ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 348-352; L. MATRAY, «L'arbitre-partie en matière internationale», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 152-169.

(177) R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 320-321; P.A. LALIVE, «De la désignation par un tiers de l'arbitre international», *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger*, Fribourg, 1968, pp. 373-386.

(178) Una exposición de los distintos remedios técnicos utilizables puede verse, *ad ex.*, en J.M.ª CHILLON MEDINA Y J.F. MERINO MERCHAN, *Tratado...*, pp. 398 y ss.; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 250, 272-277 y 279; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 686-711; J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial en droit interne international privé*, 4.ª ed., Paris, 1967, p. 383.

11 de febrero de 1981 (179). La demandante, una compañía finlandesa, nombró árbitro según lo dispuesto en la cláusula compromisoria y comunicó su designación a la parte española, que ni se opuso a tal nombramiento ni tampoco designó árbitro, por lo que, al finalizar el plazo estipulado en el convenio arbitral, el árbitro inglés designado por la compañía finlandesa se dispuso a actuar, con arreglo a la *Arbitration Act* de 1950, como árbitro único de las dos partes. Llegado el momento de solicitar el reconocimiento del laudo dictado por el árbitro designado unilateralmente por una de las partes, ante el silencio de la otra, la defensa de la demandada se opuso al mismo alegando su contrariedad con el orden público español.

Esta era una posibilidad que se le ofrecía a la empresa española demandada y que ésta aprovechó. Había razones, efectivamente, para creer que nuestro Tribunal Supremo sería receptivo a este argumento, pues, sólo unos años antes, a propósito de un laudo arbitral dictado en Londres en un caso de incumplimiento de un contrato de fletamento, el Tribunal Supremo había declarado que:

«...tratándose de la ejecución de un laudo arbitral que ha sido dictado por un árbitro designado exclusivamente por una de las partes, ya que por aplicación de la cláusula diecinueve del contrato de fletamento se interpretó el silencio de la otra parte como renuncia a la designación de árbitro (folio 73), lo que, evidentemente, va contra un principio que puede calificarse como de orden público y que se halla recogido en nuestro ordenamiento jurídico vigente, cual es que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo, y no será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos (artículo 22 de la Ley española de 22 de diciembre de 1953), e indicando el propio Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, sobre la materia, como uno de los requisitos esenciales que 'el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al or-

(179) Sobre él, *vid. ad ex.*, A.V. ALBANES MEMBRILLO, «El *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros: nuevas directrices del Tribunal Supremo en su concesión», *LA LEY*, 27 de abril de 1981, pp. 1-2; A.-L. CALVO CARAVACA, «Reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero (Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981)», *Bol. de la Asociación Española de Arbitraje*, n.º 4, 1981, pp. 40-53 (también en *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, 1982, pp. 221-232); B.M. CREMADES, «Changements radicaux dans l'orientation de la jurisprudence de la Cour de cassation espagnole», *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 437-439; Id., «Major International Treaties Regulating Arbitration in Spain», *International Business Lawyer*, 1983, pp. 194-202; Id., «Une nouvelle orientation de la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol das le cadre de l'arbitrage commercial», *Droit et pratique du commerce international*, 1983, pp. 602-604; F. RAMOS MENDEZ, «Primeras aplicaciones del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 al *exequatur* de sentencias arbitrales extrajeras por el Tribunal Supremo», *Justicia*, 1982, III, pp. 107-121; M. VIRGOS SORIANO, en *R.E.D.I.*, 1982, pp. 503-505.

den público o a los principios del Derecho público del país en que se invoque' (art. 1, letra e), ello constituye un obstáculo de fondo insalvable para la ejecución de la sentencia arbitral solicitada» (180).

Tal actitud era explicable, pero, en ningún caso, justificable. Era explicable como corolario de una Ley de Arbitraje promulgada en 1953, pero inspirada por la dos notas de *ocasionalidad* y *confianza* propias del arbitraje comercial del siglo XIX (181). Era explicable también en el contexto de una jurisprudencia que, en lugar de limitar el orden público a solamente el núcleo del Derecho imperativo del foro, se servía de la Ley *contra* el arbitraje para nutrir, para alimentar, una noción, la de orden público, que debería ser —y en nuestros Tribunales no lo ha sido— de uso excepcional. Pero era criticable por varias razones: a) Porque va contra la tendencia del Derecho comparado de excluir del orden público del foro o del orden público extranjero la designación unilateral del árbitro único: así, por ejemplo, la jurisprudencia francesa ha declarado que tal designación no hiere el orden público francés y la suiza ha rechazado esta argumentación en boca de una compañía española (182); b) porque va contra la misma jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo: los *Autos de 16 de mayo de 1936 y 27 de noviembre de 1958* no creyeron que esta cuestión afectase a nuestro orden público (183); c) porque aplica un tratamiento jurídico igual a situaciones desiguales: «la Sala mete así en el mismo saco a quien debió pasar por un acuerdo en el que renunció *a priori* al derecho de nombrar árbitro, conservado por la otra parte, y a quien negó sin motivo la colaboración en la constitución del tribunal arbitral a la que se había comprometido. Es evidente que no es evidente lo que evidente es para la Sala: que el orden público del foro deba amparar a quienes incumplen sus propios pactos, establecidos sobre una base de igualdad» (184); y d) porque ignora los especiales intereses que se hallan en la base del comercio internacional, poniendo al comerciante español en una situación ventajosa, la que le proporcionaría su inmunidad: de ahí que se escribiese que «si la línea jurisprudencial del *auto de 4 de julio de 1975* se mantiene, en el futuro, el resultado podría ser destructor para el arbitraje comercial internacional de carácter 'institucional'; y tal situación, como ya se ha dicho, muy favorable para los comerciantes españoles, pues les bastará con negarse a la

(180) *Auto de 4 de julio de 1975* (texto en A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 375-376).

(181) J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», p. 20.

(182) Para la jurisprudencia francesa, *vid.*, J. ROBERT, *Arbitrage...*, p. 382, n.º 4. Para la decisión del Presidente del Tribunal Federal de Suiza de 7 de julio de 1962, *vid.* J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», pp. 24-25 y P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 691-692.

(183) *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 127, nota 168, y el texto de los Autos en pp. 327-331 y 335-336.

(184) *Ibidem*, p. 127.

designación del árbitro, ante el organismo designado por la cláusula compromisoria, para que la decisión arbitral que resuelva el litigio no pueda ser ejecutada en España, por obra de este 'principio de orden público' del Derecho interno, al que se atribuye una proyección internacional desorbitada» (185).

El *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981* volvió a la jurisprudencia anterior, que nunca debió haberse abandonado, y recondujo la acción del orden público a sus confines, al estimar que:

«El laudo se dictó por un solo árbitro, lo cual es cierto..., pero también es cierto que así se permite tanto en la póliza de fletamento (cláusula 26) como en el Derecho inglés, que se aplicó por acuerdo de las partes y que en su virtud debe respetarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1 del Convenio de Nueva York (a sensu contrario)» (186).

2. Cuestiones procedimentales

1. La irregularidad en el procedimiento es causa de oposición en el *exequatur*. Este presupuesto habrá de apreciarse, como hemos visto, en relación con lo que las partes hayan convenido en el acuerdo arbitral, punto en el que gozan de gran libertad, y sólo subsidiariamente atendiendo a lo que disponga la ley del país donde se haya realizado el arbitraje (art. V, 1, d del Convenio de Nueva York) (187). Será esa ley la que deter-

(185) J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Sobre el convenio...», p. 25.

(186) Nuestro Tribunal Supremo ha homologado numerosos laudos arbitrales dictados en el transcurso de un *arbitraje ex parte*, con base en varios argumentos: a) su conformidad con el acuerdo de las partes y el Derecho aplicable al procedimiento (*Autos T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981; 3 de junio de 1982; 23 de mayo de 1985; 5 de noviembre de 1985; 19 de diciembre de 1985*); b) la designación conforme al Derecho aplicable no contraria a nuestro orden público (*Auto T.S. (Sala 1.ª) de 14 de enero de 1983*); c) la falta de prueba por el demandado de que el nombramiento no se ajustase a la ley del país donde se había efectuado el arbitraje (*Auto T.S. (Sala 1.ª) de 14 de enero de 1983*); d) el hecho de que a la demandada se le notificase el nombramiento del árbitro (*autos T.S. (Sala 1.ª) de 6 de octubre de 1983 y 19 de diciembre de 1985*); e) el hecho de que la demandada fuese informada, se ajustase al Derecho rector del procedimiento y además participase en el procedimiento arbitral, aunque no en la constitución del órgano arbitral (*Auto T.S. (Sala 1.ª) de 4 de octubre de 1983*); f) o simplemente las consecuencias negativas que derivarían de la actitud pasiva del demandado: «abstención obstrucción o pasividad...» —como dice el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 10 de febrero de 1984* (en el que además se observó lo ajustado del nombramiento a la ley inglesa, ley del lugar donde se había efectuado el arbitraje), ya que «bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de la sentencia» (*Auto T.S. (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1981*). En cambio, el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 3 de marzo de 1982* no se pronunció sobre esta cuestión.

(187) *Vid. ad ex.*, sobre las cuestiones procedimentales en general, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 322-331; P. BERNARDINI, *L'arbitrato...*, pp. 93-110; A. BÜLOW, «La convention des parties relative à la procédure d'arbitrage visée à l'Art. V. par. 1, litt. d) de la Con-

mine la estructura del procedimiento arbitral, regule la aportación de documentos, la práctica de las pruebas, el carácter oral o escrito de las intervenciones de las partes, la postulación procesal y defensa técnica de las partes, y, en general, todas las cuestiones que susciten el desarrollo del procedimiento arbitral desde la constitución del órgano arbitral hasta que se dicte el laudo. Los centros permanentes de arbitraje son en la práctica cotidiana los grandes beneficiarios de esa libertad reconocida a las partes.

2. Los convenios internacionales sobre arbitraje comercial internacional exigen, cualquiera que sea la ley rectora del procedimiento arbitral, un mínimo irrenunciable: el *respecto de los derechos de la defensa*, sin el cual carecerá de eficacia extraterritorial el laudo arbitral que se dicte (188).

vention de New York», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 81-95; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 400-435; Chr. DIERYCK, «Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage*, 1988, pp. 267-282; A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», pp. 27-38; Ch. N. FRAGISTAS, «Arbitrage...», pp. 7-10 y 14-20; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 127-130; Id., «Les conflits...», pp. 369-370; B. VON HOFFMANN, *Internationale...*, pp. 57-109; P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 612-659; Id., «Problèmes spécifiques...», pp. 359-360; L. MATRAY, «Les systèmes de preuve dans l'arbitrage commercial international», *Revue de la Banque* (Belgique), 1974, pp. 474-477; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 201, 229-233, 299; M. RUBINO SAMMARTANO, «La legge uniforme arbitrale delle Nazioni Unite, in embrione, e le rules of evidence arbitrari», *Foro padano*, 1984, parte seconda, 97-104; P. SANDERS, «Trends...», pp. 270-289; H.U. WALDER-BOHNER, «Zeugen von Schiedsgericht», *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zürich, 1984, pp. 213-220.

(188) Sobre el respeto de los derechos de la defensa, *vid. ad ex.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 296-311; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 121-127; Id., «La reconnaissance...», pp. 231-232; P. SCHLOSSER, «Quelles nouvelles...», pp. 303-304.

Al margen del alcance que la ley rectora del procedimiento arbitral atribuya a tales derechos, es necesario tener en cuenta que, en ningún caso, podrán ser vulnerados tal como los reconoce nuestra Constitución. Será nuestro Tribunal Supremo —el órgano encargado del *exequatur*— quien asuma esta tarea, denegando el reconocimiento a los laudos arbitrales extranjeros que violen tales derechos. En el caso de que éste no lo haga, su decisión será susceptible de recurso de amparo, como ha declarado el *Auto del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª, Sección 2.ª) de 13 de mayo de 1987* (*Registro n.º 39/87*), aun cuando en el caso concreto no haya apreciado efectivamente transgresión alguna de tales derechos por parte de un laudo arbitral extranjero dictado en Londres:

«Es claro que este tribunal no puede conceder amparo frente a lesiones de derechos fundamentales imputables a órganos de Estados extranjeros o a laudos arbitrales dictados también en el extranjero y válidos según la *lex loci*, pero en cuanto la ejecución de estas decisiones extranjeras haya de ser objeto de un auto de *exequatur*, si podría impugnarse ante nosotros ese acto de autorización o *exequatur* por no haber impedido la ejecución de decisiones que, por ser lesivas de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, pudieran entenderse contrarias al Derecho público interno. Para ello es, naturalmente, necesario que en las alegaciones de oposición a la concesión del *exequatur* se hayan invocado los mencionados derechos fundamentales, de manera que puedan ser tenidos en cuenta por el correspondiente órgano del Poder Judicial.»

El Convenio de Nueva York de 1958 alude a la transgresión de los derechos de la defensa, al recoger, entre las causas de denegación del *exequatur* a instancia de parte:

«Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa» (art. V, 1, b).

Se tipifica así el supuesto más frecuente de indefensión: la falta de citación o la citación en tiempo no útil para preparar la defensa. Y, junto a él, se incluye la indefensión «por cualquier otra razón», expresión amplia que sirve, ante todo, para subrayar la *ratio* del precepto —la defensa de la persona—, superando actitudes formalistas y propiciando una interpretación flexible de dicho precepto que atienda, desde el punto de vista de la notificación, a dos datos: la de su regularidad —que estará satisfecha desde el punto y hora en que se ajuste a lo preceptuado por la ley rectora del procedimiento arbitral— y la de su oportunidad —que se verá cumplida cuando la parte disponga de un plazo razonable para preparar su defensa—, cuestión esta última imposible de cuantificar con toda exactitud, que deberá por fuerza apreciarse discrecionalmente.

3. La falta de respecto de los derechos de la defensa es un concepto que debe diferenciarse de la rebeldía. En el caso contemplado por el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981*, la compañía española se opuso a la concesión del *exequatur* argumentando que el laudo arbitral había sido dictado en rebeldía. Evidentemente el propósito de esta pretensión era el que, declarado inaplicable el Convenio de Nueva York de 1958 —lo que no ocurrió—, se pasase por alto el régimen de reciprocidad, que no había sido alegado, y se procediese al régimen de *control interno independiente o de condiciones*, previsto en el artículo 954 L.E.Civ., que era muy beneficioso para los intereses de la demandada, pues permitía denegar el *exequatur* a las decisiones extranjeras dictadas en rebeldía (n.º 2) (189).

(189) Se sostuvo mayoritariamente por nuestra doctrina, con excepciones señaladas como la de M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pp. 347-351 y F. SANCHEZ-APELLANIZ, «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras», *Información jurídica*, n.º 100, 1951, p. 894, que, a falta de régimen convencional (art. 951 L.E.Civ.) y de régimen de reciprocidad (arts. 952 y 953 L.E.Civ.), era aplicable, por analogía con lo dispuesto para la homologación de decisiones judiciales extranjeras, al reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros el régimen legal previsto en el artículo 954 L.E.Civ. *Vid., ad ex.*, como representantes de la doctrina mayoritaria, B.M. CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, pp. 22 y ss.; A. DE LUNA, «Reconnaissance...», pp. 161 y ss.; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974, p. 148; *Id.*, *Ejecución...*, pp. 21-26.

El Tribunal Supremo, que ha habido declarado la aplicabilidad al caso concreto del Convenio de Nueva York, procedió a rechazar la pretensión de la parte demandada, aun reconociendo que el laudo se dictó en rebeldía:

«...siendo así que lo que permite denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, según el propio artículo 5.1, letra a) del citado Convenio, es el que 'la parte contra la que se invoca no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa'; y es visto que en el presente caso se hicieron puntualmente todas las notificaciones indicadas como está acreditado fehacientemente, lo que impide pensar que el oponente no pudo hacer valer sus medios de defensa, como tampoco puede estar ahora en condiciones de hacer el alegato, cuando su incomparecencia no tiene otro fundamento que la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente aceptó, con un desprecio inadmisiblemente de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional».

Resulta difícil pensar en un párrafo técnicamente más correcto. Hay en él, tres cuestiones unidas por la común argamasa del razonamiento jurídico pero conceptualmente discernibles: a) La inexistencia de indefensión: considera nuestro Tribunal Supremo que las distintas incidencias del arbitraje fueron debidamente notificadas —a través de notario— a la parte demandada. Con ello, se supera el erróneo planteamiento de los *autos de nuestro T.S. (Sala 1.ª de 13 de mayo de 1971 y 6 de abril de 1972, que denegaron el exequatur a sendos laudos arbitrales dictados en Gran Bretaña con base en que las notificaciones y comunicaciones al demandado no se hicieron conforme a lo establecido en el Protocolo hispano-británico de 27 de junio de 1929 sobre Asistencia Mutua en Procedimientos Civiles y Mercantiles, exigencia legalmente incorrecta y producto del espíritu ritualista que, a veces, ha anidado en nuestro Tribunal Supremo (190); b) la distinción entre rebeldía e indefensión: ni todas las causas de indefensión se reducen a la rebeldía ni toda rebeldía provoca indefensión. La distinción tiene importancia cuando, como ocurre en el Convenio de Nueva York, sólo es posible denegar el *exequatur* de un laudo arbitral extranjero si ha habido indefensión, pero no necesariamente si ha habido rebeldía, porque, en este caso, bajo una misma denominación se encubren situaciones muy diferentes —la rebeldía *por necesidad, por convicción, por conveniencia*—*

(190) Vid. A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 132 y el texto de los Autos en pp. 355 y ss. y 365 y s.

y no todas ellas pueden subsumirse como supuestos de indefensión (191). En estos casos, se ha señalado, «la rebeldía es tan sólo un síntoma al que hay que buscar la razón de ser» (192); y c) la sanción de la *rebeldía estratégica o por conveniencia*: todavía en los *Autos de nuestro Tribunal Supremo de 2 de junio de 1970 y 4 de julio de 1975* se había recurrido a la rebeldía del demandado para denegar la concesión del *exequatur* basándose en este motivo, que generalmente aparecía utilizado *ad abundantiam*, junto con otros (193). Ahora bien, no es lo mismo que el demandado no comparezca porque no se le haya notificado debidamente el nombramiento del órgano arbitral o el procedimiento —supuestos de inexistencia de notificación o realización de ésta en momento inconveniente (*rebelde a la fuerza, rebelde por necesidad*)—, que lo haga porque considere infundada la jurisdicción del tribunal arbitral, que éste obre sin jurisdicción o atribuyéndose una competencia abusiva o exorbitante (*rebeldía por convicción*), o que, como ocurre en este caso, lo haga, como muy bien dijo el Tribunal Supremo, animado por la «unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente aceptó, con un desprecio inadmisibles de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional» (*rebelde por conveniencia o por estrategia*). De tal manera que, en este Auto, el Tribunal Supremo, interpretando muy acertadamente el espíritu que inspira el Convenio de Nueva York, de 1958, procedió a un análisis jurisprudencial de la figura del *rebelde*, del demandado que no compareció ante el tribunal u órgano arbitral extranjero cuya decisión se presenta a reconocimiento, que carece, entre nosotros, de precedentes jurisprudenciales (194).

(191) Esta terminología ha sido acuñada y es de uso corriente desde su publicación por la obra de A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras...*, pp. 212 y ss.

(192) A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, p. 133.

(193) *Ibidem*, p. 132 y el texto de los autos en pp. 349 y s. y 373 y ss.

(194) Sobre las razones históricas que explican la exigencia, como presupuesto del *exequatur*, de la *no rebeldía*, en la que se subsumían diversos supuestos, además de la indefensión, así como los problemas procesales que este requisito ha provocado en nuestra jurisprudencia, *vid. ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 130-134.

Con posterioridad al *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981*, la violación de los derechos de la defensa ha sido casi sistemáticamente utilizada por los demandados en el procedimiento de *exequatur* para oponerse a la homologación del laudo extranjero, actitud que en la mayoría de los casos ha estado procedida de la no comparecencia en el procedimiento arbitral extranjero. Nuestra jurisprudencia ha sido terminante: ha rechazado tales pretensiones, por ser infundadas, y ha vuelto a distinguir la indefensión de la rebeldía (*Vid. Autos T.S. (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1981, 24 de marzo de 1982, 3 de junio de 1982, 14 de enero de 1983, 17 de junio de 1983, 4 de octubre de 1983, 6 de octubre de 1983, 22 de diciembre de 1983, 10 de febrero de 1984, 29 de marzo de 1985, 23 de mayo de 1985, 28 de octubre de 1985, 19 de diciembre de 1985, 2 de octubre de 1986, 16 de octubre de 1986*). Sólo ha habido un caso en el que se ha apoyado en ésta para denegar el *exequatur*, pero no se trataba de la *ratio decidendi* sino de una argumentación *ad abundantiam*, es decir, de un *obiter dictum* para justificar el fallo, que era denegatorio por otras causas, entre

3. El laudo arbitral

1. El procedimiento arbitral concluye cuando el órgano ante el que se ha desarrollado dicta el laudo o sentencia arbitral con que se dirimen las diferencias entre las partes (195). Aun cuando su naturaleza sea controvertida (196), de lo que no cabe duda es de que constituye una *respuesta jurídica* a las pretensiones de quienes recurrieron al arbitraje. Por consiguiente, nos interesa precisar con respecto a ella tres cuestiones básicas: cuál es el sistema jurídico aplicado al fondo del asunto sobre el que se basa la decisión arbitral, la posibilidad —y, en su caso, eventual transcendencia— de un fallo arbitral no motivado y, por último, las consecuencias derivadas de la falta de congruencia procesal entre lo planteado por las partes y lo resuelto por el órgano arbitral —en particular, la falta de eficacia extraterritorial de una decisión arbitral dictada en esas condiciones—.

2. La determinación del Derecho aplicable al fondo del laudo arbitral es un tema objeto de una controversia doctrinal ya clásica (197). Se suscita

las cuales figuraba la existencia de auténtica i defensión, pues a la parte se la había comunicado notarialmente el nombramiento del árbitro único, pero se le había requerido para que presentase su defensa en un plazo de sólo seis días (*Auto T.S. (Sala 1.ª) de 3 de marzo de 1982*). Correctamente el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 7 de octubre de 1986* estimó la vulneración de los derechos de la defensa en un caso en el que no fue debidamente notificada al demandado —que falleció antes de la incoación del procedimiento— ni a sus herederos —que se enteraron del procedimiento arbitral cuando se solicitó el reconocimiento en España del laudo extranjero— la designación del árbitro ni el inicio del procedimiento arbitral.

(195) Sobre la sentencia arbitral en general, *vid., ad ex.*, C. BARCLAY, «El laudo arbitral», AA.VV., *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1978, pp. 56-90; P. BERNARDINI, *L'arbitrato...*, pp. 127 y ss.; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 436-442 y 486-495; L. DERMINÉ, «L'interprétation des sentences arbitrales», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 206-219.

(196) Según la teoría contractual del arbitraje, la sentencia arbitral no es, en última instancia, más que una cláusula contractual deferida —y diferida en el tiempo— a un tercero en el que confían las partes; mientras que, de acuerdo a la teoría jurisdiccional o publicista, se trata de un acto cuasijudicial al que le falta exclusivamente la confirmación estatal de su naturaleza ejecutiva para que se convierta en una auténtica decisión judicial. *Vid., ad ex.*, P.A. LALIVE, «Problèmes...», p. 587.

(197) Sobre el Derecho aplicable al fondo de la sentencia o laudo arbitral, *vid., ad ex.*, H. BATIFFOL, «L'arbitrage et les conflits de lois», *Revue de l'arbitrage*, 1957, pp. 110-112; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 456-486; Y. DERAÏNS, «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige (A la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale)», *Revue de l'arbitrage*, 1972, pp. 99-121; F. EISEMANN, «La lex fori de l'arbitrage commercial international», *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, Paris, 1977, pp. 189-212; A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», pp. 39-49; J. GENTINETTA, *Die Lex Fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973, B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 366-414; Id., «Arbitrage...», pp. 116 y 131-132; Id., «La volonté...», pp. 481-486; B. VON HOFFMANN, *Internationale...*, pp. 110-130; H. VAN HOUTTE, «La loi applicable à l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1980, pp. 285-300; J. JAKUBOWSKI, «Les problèmes de la loi applicable et de l'arbitrage dans la coopération industrielle entre l'Est et l'Ouest», *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 103-112;

además con independencia de que las partes hayan designado el Derecho aplicable a sus relaciones —generalmente contractuales— o de que falte esta previsión, habida cuenta de que, como muestra el Derecho comparado, aunque el principio de autonomía de la voluntad goza de un amplio reconocimiento, los sistemas de Derecho internacional privado estatales discrepan sobre los presupuestos y condiciones para que dicha autonomía opere y, sobre todo, sobre las soluciones a aplicar ante la no designación del ordenamiento regulador por las partes (198).

Las posturas enfrentadas pueden reconducirse fundamentalmente a dos: la de quienes preconizan la utilización de la técnica conflictual y la de quienes abogan por la aplicación de normas materiales especiales para el tráfico externo de origen transnacional.

Desde la primera de estas posiciones, se intenta que el árbitro, al igual que haría un juez estatal, conecte el asunto con un ordenamiento jurídico estatal mediante una norma de conflicto. ¿Pero qué ordenamiento estatal? Surgen las discrepancias entre quienes se inclinan por el sistema de Derecho internacional privado del Estado en que tiene su sede el tribunal arbitral (199) o por el del Estado cuya ley material ha sido designada por las partes para regir su contrato (200). Si a la primera de estas soluciones, que presenta la ventaja innegable de la previsibilidad, se le ha criticado su falta de fundamento teórico —el árbitro no administra justicia en nombre del Estado en que tiene su sede el órgano arbitral sino en nombre de las partes que lo han nombrado— y sus inconvenientes prácticos— cuando resulta difícil determinar o es inexistente la sede— (201), a la segunda se le reprocha su impracticabilidad —cuando las partes no han elegido el ordenamiento aplicable— y su inferencia abusiva de lo querido por las partes —que, en el mejor de los casos, han designado el Derecho *material* (no

P.A. LALIVE, «Problèmes...», pp. 597-599 y 659-663; Id., «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», *Revue de l'arbitrage*, 1976, pp. 155-185; J.D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration. A Study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, New York, Netherlands, 1978; E. MINOLI, «L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'élimination des conflits de lois», *Revue de l'arbitrage*, 1966, n.º 3 (spécial), pp. 63-78; A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1986, pp. 52-97; A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», pp. 238-240; P. SANDERS, «Trends...», pp. 243-269; M. RUBINO-SAMMARTANO, «Le 'tronc commun' des lois nationales en présence (Réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)», *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 133-138.

(198) *Vid., per omnia*, B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 131.

(199) *Vid.* artículo 11 de la Resolución del I.D.I. en su sesión de Amsterdam (*Annuaire*, 1952, t. II, p. 484).

(200) *Vid., ad ex.*, Ch.N. FRAGISTAS, «Arbitrage étranger...», *passim*; F.-E. KLEIN, «Autonomie...», *passim*.

(201) *Vid., ad ex.*, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 364 y ss.; B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 367 y ss.

el conflictual) competente para regular las cuestiones de fondo (no otras cuestiones, como la forma, en que la voluntad de las partes puede tener incidencia, o la capacidad, que escapa totalmente al poder de disposición de ellas) (202)—. Otras conexiones posibles empleadas en el arbitraje comercial internacional son el lugar de celebración del contrato, el de su ejecución, el Estado del vendedor o el designado por la agrupación de varios de estos criterios (203).

Desde la segunda de las posturas, se defiende y ofrece, como una tabla de salvación ante los inconvenientes de la técnica conflictualista, el recurso a la técnica de las normas materiales especiales para el tráfico externo de origen transnacional; es decir, un sistema autónomo, auténticamente internacional, creado y custodiado por los árbitros, que de manera pretoriana, los formularían mediante sus laudos arbitrales y que giraría en torno a la denominada *lex mercatoria* (204). Se confía, pues, la solución del

(202) B. GOLDMAN, «Arbitrage...», p. 116.

(203) *Vid., ad ex.*, P. SANDERS, «Trends...», pp. 247-269.

(204) La enmienda n.º 40 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) intentó introducir la *lex mercatoria* ya en la fase del convenio arbitral, suprimiendo la exigencia de que la ley elegida por las partes tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia, y añadiendo la posibilidad de que se rigiese por dicha ley «...o por la *lex mercatoria*...» (*B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo de 1988, n.º 69-5, p. 30). La enmienda n.º 41 de este mismo Grupo Parlamentario volvió a tratar de que se introdujera la referencia a la «*lex mercatoria*», en el artículo 63 del proyecto de ley (*ibidem*, p. 30).

Sobre la *lex mercatoria*, *vid., ad ex.*, C.E. BALOSSINI, «La categoria del 'diritto dei privati' nei rapporti commerciali 'internazionali'», *Rivista di diritto pubblico*, 1969, pp. 50-166; H. BERMAN and C. KAUFMAN, «The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)», *Harvard International Law Journal*, 1978, pp. 221 y ss.; A. BUCHER, «Transnationales Rech im IPR», *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter*, Wien, 1986, pp. 11-59; F. DE CASTRO Y BRAVO, «El arbitraje y la nueva 'Lex Mercatoria'», *A.D.C.*, 1979, pp. 619-725; Y. DERAÏNS, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales (A la lumière de l'expérience de la Chambre de Commerce Internationale)», *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 122-149; M. FALLON, «La *lex mercatoria* vingt ans après. Notes de lecture des études offertes à B. Goldman sur le droit des relations économique internationales», *Annales de Droit*, Louvain, 1984, pp. 517-525; Ph. FOUCHARD, «L'Etat face aux usages du commerce international», *Travaux Com. fr. dr. int. pr., 1973-1975*, Paris, 1977, pp. 71-91; B. GOLDMAN, «Frontières du droit et 'lex mercatoria'», *Archives de Philosophie du Droit*, nouvelle série, n.º 9, 1964, pp. 177-192; *Id.*, «La 'lex mercatoria' dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives», *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 475-508; *Id.*, «Une bataille judiciaire autour de la 'lex mercatoria'. L'affaire NORSOLOR», *Revue de l'arbitrage*, 1983, pp. 379-409; J.M.ª GONDRA ROMERO, «La moderna 'lex mercatoria' y la unificación del Derecho del comercio internacional», *Revista de Derecho mercantil*, 1973, pp. 7-38; Ph. KAHN, «Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», *Etudes B. Goldman*, 1982, pp. 97-107; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria)*, Paris, 1984; L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, «Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria*», *Rev. gén. de Droit*, 1976, pp. 271-278; E. LANGEN, «Vom internationalen Privatrecht zum transnationalen

problema a la acción de los particulares en la formación de usos, costumbres y prácticas reguladoras del tráfico jurídico externo. Esta acción se verifica en el campo mercantil y presenta un cierto paralelismo con la situación existente en Europa antes de las codificaciones nacionales, caracterizada por la existencia de un régimen consuetudinario común del comercio internacional (*lex mercatoria* o *ius mercatorum* o *nundinarum*). El incremento de esta acción en los últimos años se ha visto favorecido por la agrupación gremial nacional e internacional. Más o menos embrionaria, la *sociedad internacional de los comerciantes* se apoya en agrupaciones profesionales que elaboran un Derecho corporativo, somete sus operaciones mercantiles a condiciones generales y contratos-tipo y se inclina a favorecer el empleo del arbitraje para resolver sus diferencias. Pero el hecho de que hoy pueda hablarse de la resurrección de la *lex mercatoria* o de un *New Law Merchant* no permite exagerar las actuales dimensiones de éste, cuya importancia tiene menos que ver con el número de reglas y amplitud del campo abarcado que con su precisión y fácil conocimiento por los comerciantes. La venta comercial y el crédito comercial bancario son los dos sectores en los que parece haber realizado un avance más significativo. Sus partidarios aspiran a hacer del arbitraje el eje de su futuro desarrollo.

El origen de la juridicidad de estos usos y costumbres es polémico, como ha puesto de relieve A. REMIRO BROTONS, en la práctica, la contestación está condicionada por el plano contencioso o no contencioso, internacional o estatal— en el que nos situemos (205). En un plano no contencioso, es innegable el significativo papel de la *lex mercatoria*. Un alto número de contratos internacionales funciona satisfactoriamente por aplicación de reglas *sui generis* gracias a que las partes se pliegan voluntariamente a ellas. En un plano contencioso internacional —arbitral—, cabe decir lo mismo. Los árbitros no son guardianes de un sistema jurídico esta-

Handelsrecht», *N.J.W.*, 1969, pp. 358-360; Id. «Transnationales Handelsrecht», *N.J.W.*, 1969, pp. 2.229-2.233; Ch. LEBEN, «Les études offerts à Berthold Goldman, la *lex mercatoria* au coeur des débats», *Journ. dr. int.*, 1983, pp. 360-367; W. LORENZ, «Die *Lex Mercatoria*: Eine internationale Rechtsquelle?», *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1985, pp. 407-429; Ch. DEL MARMOL, «Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, pp. 307-321; D. MARTINY, «*lex mercatoria*», en Chr. REITHMANN und D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 4.^a ed., Köln, 1988, pp. 54-57; K. SIEHR, «Sachrecht im IPR, transnationales Recht und *lex mercatoria*», *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, pp. 103-126; B. STERN, «*Lex mercatoria* et arbitrage international. A propos des Mélanges Goldman», *Revue de l'arbitrage*, 1983, pp. 447-463; V. TRIEBEL und E. PETZOLD, «Grenzen der *lex mercatoria* in der internationale Schiedsgerichtsbarkeit», *RIW/AWD*, 1988, pp. 245-250.

(205) Vid. A. REMIRO BROTONS, «Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado», *Simbolae García Arias, Temis*, 1973-1974, pp. 605 y ss.

tal, su competencia procede del acuerdo de las partes y, por lo tanto, aceptarán las reglas que son el fruto de ese mismo acuerdo. Su problema consistirá, precisamente, en saber qué hacer en el caso de que la *lex mercatoria* sea insuficiente para resolver la cuestión litigiosa. Pero en un plano contencioso estatal varía la situación. Ante un juez estatal, la *lex mercatoria* tiene vigencia sólo en la medida en que el Derecho del Estado la consiente y tolera: prospera en cuanto se produce en las áreas del Derecho dispositivo. Realmente, la única forma de que las costumbres y prácticas comerciales puedan defenderse del particularismo estatal consiste en su codificación, en su incorporación a convenios internacionales, una tarea que los propios Estados han animado en el seno de organismos intergubernamentales, como, por ejemplo, la CNUDMI, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, el COMECON, etc. Ahora bien, es obvio que, en este supuesto, su validez se encontrará precisamente en el consentimiento de los Estados a reconocerlas y aplicarlas.

Desde el punto de vista de los *intereses*, es comprensible el deseo de los Estados a no verse sometido al Derecho de otro Estado sino a regir por fuentes transnacionales —como, por ejemplo, los «principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas»— los contratos denominados *semi-internacionales*, es decir, concluidos entre un Estado y una compañía extranjera, que tienen por objeto de ordinario el arrendamiento o la concesión de un bien o servicio público (206). Pero, en cambio, ese mismo interés no aparece tan claro, tratándose de particulares. Por otra parte, en términos de estricta dogmática, resulta difícil admitir un ordenamiento no sólo muy fragmentario sino, sobre todo, formulado por decisiones judiciales no siempre publicadas (207) o, como veremos, no siempre motivadas (208). En definitiva, como señala, por ejemplo, Chr. von Bar, la doctrina de la *lex mercatoria* es «teóricamente, falsa como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vista de la política jurídica, equivocada» (209). Además, puede suceder que, desde un punto de vista procesal, el logro de un arbitraje *anacional* acabe tornándose en una *victoria sin alas*. El *síndrome NORSOLOR* se produce cuando las autoridades de un Estado rechazan el recurso interpuesto contra un arbitraje desarrollado en su territorio, que no consideran, sin embargo, nacional por haberse llevado a cabo el procedimiento al margen de todo ordenamiento estatal (210).

(206) *Vid., ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 299 nota 67.

(207) Sobre la publicación de los laudos, *vid., ad ex.*, M.J. HUNTER, «Publication of Arbitration Awards and Lex Mercatoria», *Arbitration*, 1988, pp. 55-58 y 67; P. SANDERS, «Trends...», pp. 240-241 y 246.

(208) Sobre los laudos arbitrales no motivados, *vid.* n.º 3 de este mismo epígrafe.

(209) Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. I, München, 1987, p. 79.

(210) *Vid., ad ex.*, en este sentido, A. REMIRO BROTONS, «La reconnaissance...», p. 201.

Se comprende que, ante un panorama tan complejo y diverso, el Convenio de Nueva York haya guardado silencio sobre la ley aplicable por los árbitros al fondo del asunto. el Convenio de Ginebra de 1961 ha colmado esta laguna con su artículo VII, 1 donde dispone que:

«Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.»

Este artículo, pese a su aparente simplicidad, constituye realmente un avispero de problemas, los más importantes de los cuales, aunque no los únicos, son, por un lado, la necesidad de que dicha norma de conflicto sea una norma estatal —o, por el contrario, la posibilidad de que el árbitro cree una norma de conflicto *ad hoc* que le parezca adecuada para el arbitraje comercial internacional— y, por otro, la dudosa referencia a los «usos mercantiles» como auténtico orden jurídico «autónomo» —o, por el contrario, como manifestación del despliegue de la autonomía material de las partes en el marco de un determinado ordenamiento jurídico estatal (211)—.

El proyecto de ley sobre arbitraje remitido por el Gobierno regula el Derecho aplicable por los árbitros en su artículo 63, conforme al cual:

«En el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, en último término, de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma».

En él, por consiguiente, se opta por un modelo conflictualista, que no es el único posible, en el que hay: a) Una *conexión principal*: «la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia». Esta viene justificada en la Exposición de Motivos que acompaña al proyecto, diciendo que «se ha mantenido el criterio, ya presente en el artículo 10.5 del Código Civil, de exigir algún grado de conexión entre la Ley aplicable y la controversia objeto de arbitraje, a fin de evitar que por la vía del arbitraje se pro-

(211) *Vid., ad ex.*, sobre este artículo, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 383-385; B. GOLDMAN, «Les conflits...», pp. 388-391; B. VON HOFFMANN, *Internationale...*, pp. 119-130; P. SANDERS, «Trends...», pp. 243-246.

duzca lo que se ha dado en llamar la fuga del Derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales». Con esto se consagra una solución legal distinta de la prevista en el artículo VII, 1 del Convenio de Ginebra de 1961, que reconoce a las partes una mayor autonomía de la voluntad que el artículo 10.5 C.c(212). b) Dos *conexiones supletorias* que conducen a la designación de la «ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, en último término de acuerdo con la más apropiada a las circunstancias de la misma». La primera de ellas siempre existe, así que difícilmente va a poder aplicar el árbitro la conexión de cierre. En el caso de que quiera acudir a ésta, cabe temer que la remisión de nuestro legislador a «la más apropiada» servirá de poca ayuda al órgano arbitral para determinar cuál es el ordenamiento jurídico más adecuado. Habida cuenta de la diferente dicción del Convenio de Ginebra de 1961 a este respecto y de que, como veremos, según el Convenio de Nueva York de 1958, sólo puede denegarse el reconocimiento a un laudo arbitral extranjero por razones de fondo cuando es contrario al orden público, hipótesis extrema que no se producirá en muchos casos, no parece arriesgado afirmar que la única ventaja del artículo 63 del proyecto de ley es la de que permanecerá inaplicado.

3. La falta de motivación de los laudos arbitrales ha sido, durante largo tiempo, un tema polémico (213). Esta tradición típicamente inglesa tenía su origen en el temor de los árbitros, que a menudo no son juristas, a que las razones sobre las que se basaban constituyesen posteriormente motivos sobre los que se interpusiesen recursos contra la sentencia arbitral. El reconocimiento de su eficacia extraterritorial peligraba en los países europeo-continetales, acostumbrados a que sus tribunales —y, también, sus árbitros— razonen sus fallos. Su adaptación al ordenamiento estatal —el inglés— que regía las cuestiones procedimentales, de un laudo, y, de otro, la dificultad de controlar una decisión arbitral que no formula de manera explícita las razones sobre las que se asienta dieron lugar a toda

(212) Vid. A. REMIRO BROTONS, «Artículo 10.5», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, Jaén, 1978, pp. 320-321.

(213) Sobre laudos arbitrales no motivados, *vid., ad ex.*, G.M. BERESFORD-HARTWELL, «The Reasoned Award», *Arbitration*, 1988, pp. 36-39 y 44; Th.E. CARBONNEAU, «Étude historique et comparée de l'arbitrage: vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences», *Rev. int. dr. comp.*, 1984, pp. 727-781; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 442-446; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 130-131; Y. LOUSOUARN, «De l'exequatur des sentences arbitrales étrangères non motivées», *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1957, Chronique XXXIII, pp. 191-194; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 172-173; Id., «La reconnaissance...», pp. 248-249; P. SANDERS, «Trends...», pp. 224, 239, 279-280; J. STEYN, «England», pp. 3 y 21.

El *Auto T.S. (Sala I.ª) de 14 de enero de 1983* otorgó el *exequatur* a un laudo arbitral inglés no motivado (*vid.* nota de M. VIRGOS SORIANO, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, pp. 185-186).

una jurisprudencia —en especial, francesa— que, aunque mayoritariamente acogió tales laudos, no fue en todo caso rectilínea. La presunción inicial de que el laudo era correcto según el Derecho inglés sirvió para desplazar la carga de la prueba de sus eventuales fisuras al demandado en el proceso de reconocimiento. Que el temor a colapsar el tráfico jurídico arbitral entre el Reino Unido y el continente europeo fue lo que movió, en última instancia, a aceptar resoluciones arbitrales difícilmente digeribles desde el punto de vista jurídico-procesal de los ordenamientos europeo-continentales y que, aun así, no cesaron los problemas de eficacia extraterritorial lo prueba el hecho de que la reforma inglesa operada por la *Arbitration Act* de 1979, dispusiese que cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar previamente a los árbitros que indiquen las razones de su fallo, facultad que se reconoce, después de dictado éste, a los tribunales ingleses para que éstos, dentro de los estrechos límites que la legislación inglesa permite para interponer recursos contra el laudo arbitral, puedan controlarlos. Con la práctica, el sistema inglés ha evolucionado en sentido favorable a la motivación del laudo, salvo que haya razones para que sus motivos permanezcan ocultos en el caso concreto o se trate de un arbitraje de calidad, e incluso los Estatutos de 1981 de la más importante institución británica de arbitraje —la *London Court of International Arbitration*— disponen que, salvo que las partes lo acuerden, el árbitro tendrá que indicar las razones del laudo. Se trata, en definitiva, de un problema que la evolución del Derecho inglés del arbitraje ha desdramatizado.

4. Finalmente, puede oponerse a la homologación de una decisión arbitral extranjera la incongruencia entre el contenido de la sentencia y el del acuerdo arbitral (214). Según el artículo V, 1, letra c, del Convenio de Nueva York se podrá denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada si ésta prueba que:

«...la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las dis-

(214) *Vid., ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 135-138; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 237-238.

Invocada por la parte que se oponía al reconocimiento, el *Auto T.S. (Sala 1.ª)* de 26 de abril de 1984 declaró que los árbitros no se habían extralimitado y que su laudo era congruente, puesto que se ajustaba al objeto del convenio arbitral.

Curiosamente, sin embargo, el Tribunal Supremo ha recurrido en un caso concreto al *exequatur parcial*, que interesa cuando hay incongruencia *por exceso*, para revisar el fondo del asunto, contraviniendo así el Convenio de Nueva York. *Vid. el Auto T.S. parcial* porque «pese a lo que dijera el pronunciamiento arbitral, el efectivo desembolso carece de la más leve prueba» (nota crítica de M. DESANTES REAL en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, p. 214).

posiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras».

En definitiva, no importa cuál sea la causa de la incongruencia, más que si se trata de incongruencia por *exceso*, en cuyo caso cabrá el reconocimiento *parcial*.

VII. LA FASE POST-ARBITRAL

1. Con el laudo arbitral se pone fin de ordinario a la diferencia que separaba a las partes. Es lo normal, cuando una de ellas resulta condenada —generalmente a la realización de una prestación dineraria—, que cumpla voluntariamente la sentencia arbitral. El grado de ejecución voluntaria de los laudos arbitrales es muy alto. Esto responde no sólo a la convicción —que puede existir o no— de la parte condenada de la bondad del fallo sino también, como ha sido puesto de relieve, a la existencia de mecanismos coactivos mediante los cuales la denominada *sociedad internacional de comerciantes* puede asegurar su cumplimiento y conseguir que el condenado —aun no conforme— desista de su actitud y ajuste su comportamiento a los establecidos por el órgano arbitral (215).

2. En ocasiones, sin embargo, el demandado que ha sido condenado interpone un recurso contra el laudo bien ante el Estado en el que se ha desarrollado el procedimiento arbitral, bien ante el Estado cuya legislación procesal ha sido aplicada —supuestos que, como hemos visto, no siempre coinciden—. Otras veces el demandado recurre, oponiéndose al laudo arbitral extranjero, cuando se pretende su reconocimiento y eventual ejecución en otro Estado, usualmente en el que tiene su domicilio —o sede social— o posee bienes. Uno y otro tipos de recursos constituyen la denominada *fase post-arbitral*, fase que, como se ha indicado, no siempre existe (216).

Parece en una primera impresión que se pone así de relieve, con el necesario recurso al aparato estatal, la debilidad del arbitraje; sin embargo, sucede todo lo contrario: la fase post-arbitral destaca las ventajas del

(215) Sobre los diversos medios de coacción o, más exactamente, intimidación de que pueden servirse las empresas, *vid., ad ex.*, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage...*, pp. 466-505, quien los clasifica bajo el rótulo de «sanciones corporativas en que se incurre en caso de inejecución espontánea de la sentencia», distinguiendo entre sanciones pecuniarias, sanciones morales y sanciones privativas de derechos o de cualidad.

(216) Sobre la fase post-arbitral en general, *vid., ad ex.*, R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 496-503; J. THIEFFRY, «L'exécution des sentences arbitrales. Eléments de droit comparé», *Revue de l'arbitrage*, 1983, pp. 423-446.

arbitraje frente al procedimiento ante órganos estatales, si se compara la escasa entidad de tales recursos y la facilidad con que se puede obtener la eficacia extraterritorial de un laudo con la complejidad de los recursos que pueden interponerse ante las decisiones judiciales estatales o la mayor dificultad con que pueden tropezar éstas para ser reconocidas en el extranjero.

1. Recursos

1. Será la ley aplicada a las cuestiones procedimentales la que determine y regule la facultad de interponer recursos, la posibilidad —en su caso— de renunciar las partes anticipadamente a ellos, los plazos de interposición, sus efectos, las causas —y clases— y el procedimiento a seguir (217). Este difiere sensiblemente de unos países a otros. Como difiere también la amplitud con que se acogen las causas de oposición, causas que van dirigidas bien contra la validez del convenio arbitral, contra irregularidades en el procedimiento o contra irregularidades en el fallo (218). La diversidad es tan grande que se justifica todavía la comparación —formulada en 1957— de las vías de recursos con el aspecto de un caleidoscopio (219). Con todo, debe observarse la tendencia contemporánea a restringir las causas de oposición al laudo, como evidencia la reglamentación de los recursos que ofrecen algunas de las más modernas legislaciones estatales sobre arbitraje comercial.

2. Según el artículo V, 1, letra e) del Convenio de Nueva York, puede oponerse al reconocimiento la falta de obligatoriedad de la sentencia o la anulación o suspensión de la misma (220).

(217) Sobre los recursos, *vid., ad ex.*, J. BEGUIN, «La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international», *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, 1985, pp. 241-261; J.-D. BREDIN, «L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales», *Revue de l'arbitrage*, 1965, pp. 77-98; R. DAVID, *L'arbitrage...*, pp. 488-490, 494-495, 513-527, 556-562; B. GOLDMAN, «Arbitrage...», pp. 136-137; F. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, «L'arbitrage international et les voies de recours. A propos du projet de Loi fédérale sur le DIP», *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 491-507; P. SCHLOSSER, «La procédure des voies de recours en matière d'arbitrage. Etude de droit comparé», *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 345-357; W. WENGER, «Die Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Entscheidungen», *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Genève, 1977, pp. 1-36.

La Ley modelo de la CNUDCI (art. 34, 1) y el Decreto Ley portugués n.º 243/84, de 17 de julio, presumen la renuncia. *Vid.* A. FERRER CORREIA, «Da arbitragem...», p. 5.

(218) *Vid., ad ex.*, un panorama de Derecho comparado en P. SANDERS, «Trends...», pp. 273-280.

(219) R. BRUNS et H. MOTULSKY, «Tendances et perspectives de l'arbitrage international (a propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927)», *Rev. int. dr. comp.*, 1957, p. 722.

(220) *Vid., ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 147-150; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 233-237.

La obligatoriedad de la sentencia habrá de estimarse conforme a las normas rectoras del procedimiento. Según una opinión mayoritaria, se entiende que una sentencia es obligatoria cuando ya no es susceptible de recurso ordinario.

La anulación o suspensión de la sentencia también podrá impedir el reconocimiento y ejecución, cuando haya sido declarada por la autoridad competente del país donde se pronunció o de aquél cuya ley se aplicó al procedimiento. El Convenio de Ginebra de 1961 restringe la aplicación del artículo V, 1, e) del Convenio de Nueva York a los casos de declaración de nulidad de la sentencia arbitral que, con carácter taxativo, indica en su artículo IX, 1.

De acuerdo con el artículo VI del Convenio de Nueva York, los procedimientos en curso para obtener una anulación o suspensión de la sentencia no podrán conducir más que al aplazamiento de su reconocimiento y ejecución.

2. Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros

A) Régimen del Convenio de Nueva York

El Convenio de Nueva York de 1958 fue elaborado con el propósito de favorecer la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales (221). Su di-

Sobre el carácter definitivo del laudo, *vid., ad ex.*, Auto T.S. (Sala 1.ª) de 28 de octubre de 1985 (con nota de E. ZABALO ESCUDERO en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 240-242). Nuestro Tribunal Supremo, dejándose arrastrar por la terminología de la L.E.Civ., habla a veces de firmeza de la decisión. *Vid. Autos T.S. (Sala 1.ª) de 4 de octubre de 1983 y 19 de diciembre de 1985* (con nota de R. VIÑAS FARRÉ, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 245-248, en especial p. 246).

(221) La bibliografía sobre el Convenio de Nueva York es muy abundante y ha sido ya parcialmente indicada en las anteriores notas a pie de página. Con todo, cabe señalar especialmente, para una visión de conjunto, las monografías de A.J. VAN DEN BERG y A. REMIRO BROTONS, que constituyen siempre una guía segura. Para una visión de conjunto, *vid., ad ex.*, J.D. BREDIN, «La Convention...», pp. 1.022-1.029; H. HARNIK, «Recognition and enforcement of foreign arbitral awards», *Am. Journ. Comp. L.*, 1983, pp. 703-712; G. NICOTINA, «Oggetto e limiti dell'accertamento giudiziale nel giudizio di delibazione di lodo estero secondo la Convenzione di New York», *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 129-144; B. OPPETIT, «Le refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans le cadre de la Convention de New York», *Revue de l'arbitrage*, 1971, pp. 97-107; C. PUNZI, «L'efficacia del lodo arbitrale nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno», *Riv. dir. proc.*, 1985, pp. 268-314 (también en *Rassegna dell'arbitrato*, 1985, pp. 305-343); W.M. TUPMAN, «Staying Enforcement of Arbitral Awards under the New York convention», *Arbitration Journal*, 1987, pp. 209-225. Particular interés presenta, para conocer la práctica española, la crónica de jurisprudencia en materia de arbitraje comercial internacional y de Derecho del comercio internacional que, bajo la coordinación del prof. J.C. FERNANDEZ ROZAS, ofrece la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, desde su aparición en 1984, con periodicidad anual. Para una visión de conjunto de los logros de la

ferencia fundamental del sistema de reconocimiento previsto por el Protocolo y el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927 radica no tanto en los presupuestos de éste como en la naturaleza del control —de oficio o a instancia de parte— y en el desplazamiento de la carga de su prueba del solicitante del *exequatur* al demandado.

Conviene que nos refiramos sucesivamente a las sentencias arbitrales beneficiarias del mismo, la fijación del momento inicial de su reglamentación, los presupuestos de la homologación, el procedimiento y la concurrencia de Convenios.

2. El Convenio ampara, bajo su manto protector, a cualquier decisión de naturaleza *arbitral* que sea *extranjera* y con independencia de quienes sean las partes o de cuál sea la materia sobre la que recaiga el laudo. España no hizo uso de la posibilidad de reservar la aplicación del Convenio para decisiones arbitrales «consideradas comerciales por su derecho interno» (art. I, 3, *in fine* del Convenio) (222). Como tampoco se reservó la facultad de reconocer exclusivamente a su amparo las sentencias arbitrales procedentes de otros Estados contratantes (art. I, 3, párrafo primero) (223). Cuestión de la que no siempre ha sido consciente el Tribunal Supremo, que por ejemplo, justificó la aplicación del Convenio de Nueva York en su *Auto de 11 de febrero de 1981* «justo porque ya había sido ratificado tanto por Finlandia como por España»: en realidad, era irrelevante que Finlandia, país de la nacionalidad del demandante, hubiera ratificado o no el Convenio, como igualmente lo era el que Gran Bretaña, país de procedencia del laudo, lo hubiera hecho o no, ya que España, como hemos indicado, no se acogió, como pudo haberlo hecho en momento oportuno a la reserva del artículo I, 3, párrafo primero (224).

más reciente jurisprudencia española *vid.* J.C. FERNANDEZ ROZAS, «La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 29-65.

(222) Sobre la *comercialidad*, *vid.*, II, 3.

(223) La consecuencia de ello ha sido, en la práctica, que no sólo nuestro Tribunal Supremo se muestra dispuesto a conceder el *exequatur* a decisiones judiciales procedentes de Estados que sí presentaron la reserva en favor de la reciprocidad, sino que incluso se ha extendido en ocasiones el ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra de 1961. *Vid.*, *ad ex.*, sobre esta cuestión, J.-M. VULLIEMIN, *Jugement et sentence arbitrale. Etude de droit international privé et de droit comparé*, thèse Lausanne, 1987, p. 236.

(224) El Convenio de Nueva York no ha querido imponer, en este tema, una fórmula única —el reconocimiento de *todas* las sentencias arbitrales extranjeras, con independencia del Estado en que hayan sido dictadas—, por muy ideal que fuese, sino que ha optado por la implantación de un régimen dual o alternativo a gusto de los distintos Estados. Este régimen se encuentra recogido en el artículo II, 3, párrafo primero, del Convenio, según el cual «en el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el

3. El Convenio de Nueva York no regula el problema del *momento inicial* de su reglamentación; es decir, si, una vez en vigor el Convenio en un Estado, los tribunales de éste deben aplicarlo a cualquier laudo arbitral que se presente, sin que importe la fecha en que fue pronunciado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado el Convenio a decisiones que, si bien posteriores a su entrada en vigor para España, eran resultado de procedimientos arbitrales incoados con anterioridad a la misma.

Es ésta una cuestión que se planteó y resolvió por vez primera en el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981*, ya mencionado. En su oposición a la solicitud de *exequatur*, la empresa española alegó que, aunque el laudo arbitral se dictó con posterioridad a la vigencia del Convenio de Nueva York en España, éste era inaplicable, puesto que el procedimiento arbitral se había iniciado antes de que España lo *ratificase*.

Obsérvese, pues, que la demandada aludió, en su oposición, al momento de la *ratificación*, cuando, en realidad, España se incorporó a dicho Convenio mediante *adhesión* (225). Además, si esto es así, la defensa olvidó que lo relevante en cualquier caso, a los efectos que se proponía, no

territorio de otro Estado contratante únicamente» (*Vid.* una exposición y crítica de esta restricción *ratione loci* en P. SANDERS, «La Convention...», pp. 300-305. Este precepto ha dado ya origen a una numerosa jurisprudencia. Un índice de las decisiones judiciales que ha provocado en diferentes Estados puede verse en A.J. VAN DEN BERG, «Index of Court Decisions New York Convention 1958», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. V, 1980, p. 278). Luego, si un Estado no formula tal reserva en el momento de la manifestación del consentimiento, estará obligado a aplicar el Convenio a todos los laudos arbitrales que se le presenten con tal pretensión, aun dictados en Estados no contratantes del mismo. España, como se ha dicho, no hizo uso de tal reserva en el momento de su adhesión (Para una valoración de la actitud española *vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 50-53). Así, pues, las consideraciones del Tribunal Supremo eran equivocadas en este punto: era irrelevante que Finlandia, país de la nacionalidad del demandante, hubiera ratificado o no el convenio, como igualmente lo era el que Gran Bretaña, país de procedencia del laudo, lo hubiera hecho o no, ya que España no se acogió, como pudo haberlo hecho en momento oportuno, a la reserva del artículo I, 3, párrafo primero. Ninguna de las dos hipótesis indicadas hubiera permitido descartar la aplicación del Convenio de Nueva York al laudo. Una vez incorporado el Convenio a nuestro ordenamiento jurídico y en vigor, su régimen se aplica a todas las sentencias arbitrales extranjeras con abstracción de su Estado de procedencia.

Sobre el ámbito espacial de aplicación del Convenio de Nueva York, *vid.* los *Autos T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981, 3 de junio de 1982, 14 de enero de 1983, 6 de octubre de 1983 y 17 de diciembre de 1986*.

En todo caso, está claro que, al no formular España ninguna de las dos reservas contempladas por el artículo I, 3 del Convenio de Nueva York, resulta difícil de imaginar un supuesto de arbitraje comercial internacional en el que éste no se aplicable. Por esto no deja de sorprender que el *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 19 de diciembre de 1986* reconociese un laudo arbitral dictado en Londres conforme al artículo 954 L.E.Civ. e ignorando, por lo tanto, la existencia de Convenio alguno.

(225) Sobre la distinción entre *ratificación*, *adhesión* y la denominada *adhesión sujeta a ratificación*, *vid.*, *ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público*, II (*Derecho de los Tratados*), Madrid, 1987, pp. 99-100 y 102-104.

era el momento en que el Estado español manifestó de forma definitiva su consentimiento en vincularse por el Convenio de Nueva York de 1958, sino el momento de entrada en vigor de éste (226).

Nuestro Tribunal Supremo rechazó la objeción, señalando que:

«...una cosa es la tramitación de la resolución arbitral y otra su cumplimentación en país extranjero... como igualmente consta que en el momento en que se pide la cumplimentación en España, la única normativa aplicable para ella, a estos exclusivos fines del reconocimiento y ejecución de aquel laudo, tenía que ser la del Convenio de Nueva York justo porque ya había sido ratificado tanto por Finlandia como por España...»

Tal como se alegó y probó ante el Tribunal Supremo, la demandante había designado árbitro, según lo acordado en la cláusula compromisoria, y comunicado su nombramiento a la parte española a través de un notario de La Coruña. La empresa demandada guardó el más estricto silencio, no contestando ni designando árbitro. Al finalizar el plazo contractualmente establecido, el árbitro inglés nombrado por la compañía finlandesa se dispuso a actuar solo, con arreglo a la *Arbitration Act* inglesa de 1950, por lo que se le comunicó a la demandada el 2 de septiembre de 1976, también a través de notario, el comienzo del procedimiento arbitral. El riguroso silencio que sostuvo la empresa española entonces no le impidió después, como se ha dicho, oponerse al reconocimiento y ejecución en España del laudo arbitral, basándose en que nuestro país se había incorporado al Convenio en agosto de 1977 y que, aunque el laudo fue dictado después de la entrada en vigor del Convenio, el procedimiento arbitral se había iniciado antes.

El tema es interesante puesto que el artículo XII.2 del Convenio se limita a fijar la entrada en vigor para cada Estado que lo ratifique o se adhiera a él al nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión; pero no precisa si, una vez en vigor en tal Estado, éste deberá aplicarlo a *todas* las sentencias arbitrales que se le presenten a reconocimiento o *sólo* a las dictadas con posterioridad a su *entrada en vigor* (227). Durante la elaboración del Convenio de Nueva

(226) España depositó el instrumento de adhesión en la Secretaría General de Naciones Unidas el 12 de mayo de 1977. Noventa días más tarde, el 10 de agosto de 1977, el Convenio entró en vigor para nuestro país, según lo dispuesto por su artículo XII.2 y señalado en el mismo *Boletín Oficial del Estado* de 11 de julio de 1977.

(227) Hasta ese momento, en el Derecho convencional integrante del ordenamiento jurídico español, existían dos tipos de soluciones a esta cuestión. Uno, moderado, minimalista: —el del artículo 6.º del Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 relativo a la ejecución de sentencias arbitrales— por el que únicamente se aplicaba dicho Convenio a las sentencias arbitrales dic-

York, fueron rechazadas tres propuestas, de los delegados de Yugoslavia, Italia y Turquía, que pretendían añadir un tercer párrafo al artículo XII en el que se limitaría la aplicación del Convenio a las sentencias arbitrales dictadas después de su entrada en vigor. ¿Por qué fueron rechazadas tales enmiendas? En 1960, un autor prestigioso, Pieter SANDERS, sobradamente conocido en los medios de arbitraje comercial internacional, sostuvo que, si las iniciativas yugoslava, italiana y turca no encontraron eco en la Conferencia, fue porque el Convenio de Nueva York es aplicable tanto si el procedimiento arbitral como el laudo son anteriores a la entrada en vigor del Convenio (228). En 1976, ponderando la práctica de los tribunales de distintos Estados, admitía el hecho, la conclusión que se extraía de la misma, de que no todas las jurisdicciones nacionales estaban dispuestas a homologar cualquier decisión arbitral con independencia de la fecha en que se hubiera iniciado su procedimiento o hubiese sido dictada. En 1977, añadía una tercera categoría de laudos arbitrales a las dos mencionadas anteriormente: la de los dictados en virtud de un convenio de arbitraje anterior a la entrada en vigor del Convenio de Nueva York.

Pero en la práctica el panorama que se divisa desde la atalaya del Derecho comparado es variopinto y multiforme. Quienes *perdieron* el arbitraje extranjero han pretendido y, en ocasiones, conseguido de los tribunales de su Estado *ganar*, poniendo a la aplicabilidad del Convenio de Nueva York los límites temporales que para él no quisieron sus propios creadores. Estos límites han querido fijarlos: a) en la fecha de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral; b) en la de la iniciación del procedimiento, o c) en la del pronunciamiento del laudo.

tadas después de la entrada en vigor del Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje; otro, progresivo, maximalista —el previsto por los artículos 17 del Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil y 24 del Convenio hispano-italiano de 22 de mayo de 1973 sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil— que permite, en una interpretación *a sensu contrario*, la aplicación de dichos Convenios a las decisiones dictadas antes de su entrada en vigor, salvo que lo hubiesen sido en rebeldía. Ambos tipos de soluciones han tropezado, sin embargo, con la incompreensión de nuestro Tribunal Supremo. *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 221-224.

Con posterioridad a su entrada en vigor, como se ha dicho, nuestra jurisprudencia ha optado por la aplicación del convenio a *todos* los laudos arbitrales presentados a reconocimiento, con independencia de la fecha en que fuera dictados o iniciado el procedimiento arbitral. Sobre el ámbito temporal del Convenio de Nueva York, *vid.*, ad ex., además, del *Auto T.S. (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981*, los *Autos T.S. (Sala 1.ª) de 17 de junio de 1983 y 13 de octubre de 1983*.

(228) P. SANDERS, «La Convention...», pp. 326-327; *Id.*, «Commentary», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1976, p. 210; *Id.*, «Commentary», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. II, 1977, p. 256.

a) *Convenio de arbitraje*. En Italia, la sentencia del Tribunal de Rávena de 15 de abril de 1970 declaró inaplicable el Convenio de Nueva York, dado que la cláusula arbitral había sido concluida antes de que Italia accediese al Convenio (229). Esta decisión tiene, sin embargo, escaso valor, puesto que fue revocada por la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de diciembre de 1971, a la que después nos referiremos, y porque la misma *Corte di Cassazione* ha reconocido laudos arbitrales dictados en base a convenios de arbitraje anteriores a la entrada en vigor del Convenio de Nueva York para Italia en sentencias de 8 de abril de 1975 (230), 25 de enero de 1977 (231) y 15 de septiembre de 1977 (232). En Holanda, al no haber sido suscitada ante el Tribunal de instancia, la sentencia del *Hoge Raad* de 7 de noviembre de 1975 no pudo examinar ni resolver la cuestión de si el Convenio de Nueva York era aplicable al reconocimiento de un laudo arbitral dictado en 1956 a partir de una cláusula compromisoria otorgada en 1932, es decir, muchos años antes de que el mismo Convenio de Nueva York hubiera sido concluido. No obstante, el *Hoge Raad* procedió en sus razonamientos como si el Convenio fuera aplicable (233). En el polo opuesto a toda esta jurisprudencia, hay que situar la sentencia del *Oberlandesgericht* de Hamburgo de 3 de abril de 1975, que no aplicó el Convenio de Nueva York al reconocimiento de un laudo arbitral dictado en los Estados Unidos conforme a las reglas de la *American Arbitration Association*, habida cuenta de que dicho Estado había ratificado el Convenio en 1970, esto es, después de que las partes hubiesen estipulado el acuerdo arbitral, y de que la República Federal de Alemania se hubiese acogido a la posibilidad de reconocer únicamente las sentencias arbitrales dictadas en otros Estados contratantes (art. I, 3, párrafo primero, del Convenio) (234).

b) *Procedimiento arbitral*. La sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 30 de abril de 1969 resolvió el litigio que se le planteaba estableciendo que el artículo II del Convenio de Nueva York no era aplicable a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor del convenio ya que, fundamentalmente, dicho artículo es, atendiendo a su contenido, más una norma de Derecho sustantivo que de Derecho procesal y, por consiguiente, no es de inmediata aplicación, como *ius superveniens*, en los procesos pendientes (235). Ahora bien, con gran razón ha observado un comen-

(229) *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1976, p. 190.

(230) *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1976, pp. 133-138 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. II, 1977, pp. 247-248).

(231) *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1978, pp. 118-121, en especial p. 120.

(232) *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1978, pp. 771-779, en especial p. 774.

(233) *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1976, pp. 195-198.

(234) *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. II, 1977, p. 241.

(235) *Foro it.*, 1969, I, 2.223 (también en *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1970, p. 332).

tarista C.M. BARONE, que tal afirmación no posee mayor trascendencia «porque no considera que en el momento de la decisión publicada el 30 de abril de 1969, la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, entrada en vigor sólo el 1.º de mayo de 1969, ni siquiera podía ser tomada en consideración como *ius superveniens* (236). En este sentido, la jurisprudencia italiana posterior ha sostenido que, una vez en vigor, el Convenio de Nueva York se ha constituido en parte integrante del ordenamiento jurídico italiano y, por lo tanto, es aplicable como *ius superveniens* tanto a los procedimientos arbitrales que estuviesen pendientes como a los que aún no hubieran comenzado, tesis recogida principalmente por las sentencias de la *Corte di Cassazione* de 27 de febrero de 1970 (237), 13 de diciembre de 1971 (238) y 10 de noviembre de 1973 (239).

c) *Laudo arbitral*. En Holanda, la sentencia del *Hoge Raad* de 7 de noviembre de 1975 operó, como se ha dicho, sobre el Convenio de Nueva York, aun cuando, en el caso concreto, se tratase de una sentencia arbitral dictada con anterioridad a la existencia misma del Convenio. Por el contrario, la *Cour de Justice Civile* de Ginebra se negó, en sentencia de 12 de mayo de 1967, a aplicar retroactivamente el Convenio de Nueva York al reconocimiento de un laudo dictado antes de que Suiza hubiese ratificado el Convenio (240). Aun cuando es discutible el valor que deba atribuirse a la sentencia del *Oberster Gerichtshof* austríaco de 17 de noviembre de 1965, es lo cierto que se aplicó el Convenio de Nueva York al reconocimiento de un laudo arbitral dictado antes de la entrada en vigor de dicho Convenio en el país de procedencia del laudo —Holanda—, lo que impedía su homologación al haber formulado los Estados del que eran nacionales las partes —República Federal de Alemania y Austria— la reserva al artículo I, 3 del Convenio; por lo que, en definitiva, prevaleció el que Holanda fuese ya un Estado contratante del Convenio en el momento en que se solicitó el reconocimiento del laudo por parte de la jurisdicción austriaca (241). Por último, las sentencias de 4 de junio de 1974 de la *District Court, Eastern District*, de Nueva York y de 29 de mayo de 1975 de la *Court of Appeals (2nd circuit)*, que confirmó la anterior, aplicaron retroactivamente el Convenio de Nueva York a un laudo arbitral dictado

(236) Cass. 20 de febrero 1970, *Foro it.*, I, 1.051, nota de C.M. BARONE.

(237) *Foro it.*, 1970, I, 1.051-1.059, en especial 1.057.

(238) *Foro it.*, Rep. 1971, voz *Arbitrato*, n.º 13 y 14 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1976, pp. 190-191).

(239) *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I, 1976, pp. 192-193.

(240) *Ibidem*, p. 199.

(241) *Ibidem*, p. 182. En contra, *vid* P. SANDERS, «Commentary», *ibidem*, p. 211, para el que esta sentencia, aunque se encuentra una vía de escape que le permite reconocer el laudo, pertenece a la categoría de las sentencias judiciales que deniegan el reconocimiento a los laudos arbitrales anteriores a la entrada en vigor del Convenio.

pocas semanas antes de que el Convenio entrara en vigor en los Estados Unidos (242).

El *Auto T.S. (Sala 1.ª de 11 de febrero de 1981)* optó, entre las soluciones posibles, por una respuesta progresista, de generoso internacionalismo, próxima a la que brinda la jurisprudencia italiana que hemos examinado y muy lejana, afortunadamente, de los pronósticos que nuestra práctica jurisprudencial más reciente hacía presagiar (243). Sin embargo, si el Tribunal Supremo ha sabido dar la respuesta acertada, no ha sabido hilvanar una explicación lógica y coherente de su proceder. ¿Cuáles son los motivos últimos que aconsejan la aplicación del Convenio de Nueva York a procedimientos arbitrales y/o laudos anteriores a su entrada en vigor? La explicación hay que buscarla en la jurisprudencia nacional que más frecuentemente ha tenido que afrontar este problema, la italiana, tan cercana a nosotros y no sólo por razones geográficas. Téngase en cuenta que únicamente cuando un problema se plantea bastantes veces ante una jurisdicción se está seguro tanto de que no se trata de un problema artificial o excepcional, de escuela, sino real, como de la bondad o inadecuación de las soluciones que se le aplican.

Recuérdese que si la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 30 de abril de 1969 había denegado el reconocimiento según el Convenio de Nueva York era porque el artículo II del Convenio, que se refiere a la forma del compromiso y de la cláusula compromisoria, es, por su contenido, según el Tribunal, *norma de Derecho sustancial y no ya procesal* y, consiguiente, *no de inmediata aplicación, como ius superveniens*, a los procesos pendientes. ¿Acaso tales afirmaciones no están posibilitando una interpretación *a contrario sensu*? ¿Y si en lugar de haber sido una disposición material, hubiera sido solicitada la aplicación de una disposición procesal? ¿Hubiera sido entonces considerada aplicable en ese momento y lugar? La semilla estaba sembrada y sólo quedaban por recoger los frutos. Como así fue. La sentencia de la *Corte di Cassazione* de 27 de febrero de 1970 declaró que el Convenio de Nueva York se debía tener en cuenta, como *ius superveniens*, «a los fines de decidir el aun abierto problema de jurisdicción, siendo las normas referentes a la jurisdicción, por su naturaleza pública, de inmediata aplicación», términos que son literalmente, reproducidos por la sentencia de 8 de abril de 1975 y confirmados, con distintas palabras pero con el mismo espíritu, por la sentencia de 25 de enero de 1977, no sin que antes la sentencia de 13 de diciembre de 1971, la más analítica de todas dejase claro que «en el ordenamiento jurídico italiano algunas de las normas que regulan la cláusula compromisoria... se refieren a su momento

(242) *Ibidem*, pp. 202-203.

(243) *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 222-224.

genético, estático o estructural, y en tal caso viene con absoluta evidencia y preeminencia el aspecto negocial (con el fin de verificar, por ejemplo, la capacidad de las partes, la existencia de su acuerdo, los requisitos formales), no existiendo duda de que, respecto a dichas normas, la cláusula compromisoria haya de calificarse como un negocio de Derecho sustancia» y añádiese que «otras disposiciones, por el contrario, tienen por objeto el mismo instituto, tomando de él los efectos característicos... en tema de procedimiento, entre los cuales, relevantísimos y primarios, los efectos preclusivos de la jurisdicción de la autoridad judicial italiana en favor de árbitros italianos o extranjeros», para concluir que, en estos casos, la cláusula compromisoria es considerada sólo como fuente de determinados efectos procesales que pueden caer bajo el imperio de una disciplina jurídica sobrevenida.

En definitiva, si una vez en vigor el Convenio de Nueva York es aplicado con independencia de la fecha de la cláusula o pacto compromisorio, de la del procedimiento en que la sentencia arbitral se fraguó o del día mismo en que ésta recayó, es porque el régimen jurídico que el Convenio introduce en el ordenamiento jurídico interno no es otra cosa que un mecanismo de *naturaleza jurídica procesal* que encauza y facilita el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, lo que supone, ciertamente, una ventaja que se concede a quien resultó vencedor en el arbitraje internacional, pero de ninguna manera una lesión de los *derechos subjetivos de carácter material* del perdedor, puesto que es ésta una materia en la que no cabe reconocer *derechos adquiridos*; ya que, como acertadamente ha apuntado A. REMIRO BROTONS, «parece un despropósito sugerir, para opinar lo contrario, que el condenado por una sentencia arbitral tiene un *derecho adquirido* a la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución vigente en el momento en que devino obligatoria la decisión, se incoó el procedimiento o se concertó el acuerdo arbitral. Los *derechos* del condenado se sitúan en otro plano: el de las causas de denegación. Debe ser la *calidad* de la decisión la que, en su caso, impida su homologación, no las limitaciones artificiales de un insatisfactorio marco de cooperación internacional ya superado» (244). Tampoco supone un obstáculo a esta tesis el *principio de irretroactividad de las leyes procesales*, ya que el Convenio de Nueva York se aplica a todos los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que se incoen desde su entrada en vigor, respetando así escrupolosamente el aforismo *tempus regit actum*, aforismo que sólo saldría malparado en el supuesto de que el régimen convencional establecido por el convenio de Nueva York se aplicase a los procedimientos de obtención del *exequatur* por parte de laudos arbitrales extranjeros ya iniciados.

(244) *Ibidem*, p. 222 (subrayado en el original).

4. El régimen de *exequatur* instaurado por el Convenio de Nueva York es enormemente favorable al laudo por:

— *Su sencillez documental*: el interesado en el reconocimiento del laudo arbitral sólo está obligado a aportar el original o copia del acuerdo arbitral —que ha de ser un *acuerdo por escrito*, salvo que sea aplicable el Convenio de Ginebra de 1961— y de la sentencia arbitral.

— *La limitación de las cuestiones objeto de control*: no sólo no es posible la revisión del fondo del asunto sino que el *exequatur* sólo puede denegarse por ciertas causas que el Convenio enumera taxativamente.

— *Y el modo como se realiza el control*: la mayoría de las causas de denegación del reconocimiento sólo puede examinarse a instancia de parte, y no de oficio, ya que la reglamentación convencional se basa en la corrección del laudo como presunción *iuris tantum* (245).

Son causas de denegación apreciables únicamente a *instancia de parte*: *la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral*, cualquiera que sea su causa —capacidad, forma o fondo—; *la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral o en el procedimiento*; *la falta de respeto de los derechos de la defensa*, *la incongruencia entre el contenido de la sentencia y el del acuerdo arbitral*, cualquiera que sea la causa de la incongruencia, salvo si se trata de incongruencia *por exceso*, en cuyo caso cabrá el reconocimiento *parcial*; y, por último, *la falta de obligatoriedad de la sentencia o la anulación o suspensión de la misma*.

Por el contrario, el órgano al que se confía el *exequatur* deberá denegar el reconocimiento si aprecia *de oficio* alguna de estas causas: *la no arbitrabilidad del objeto de la diferencia* o *la incompatibilidad de la sentencia con el orden público del foro*. Este último es un presupuesto del reconocimiento inevitable (246). Dada su connatural indefinición, existe el riesgo

(245) Como señala nuestro Tribunal Supremo existe una *presunción de legalidad* del laudo arbitral (*autos T.S. (Sala 1.ª) de 10 de febrero de 1984; 29 de abril de 1985; 20 de febrero de 1987*) o, lo que es lo mismo, es necesaria, en principio la alegación de los motivos de oposición al reconocimiento (*Autos T.S. (Sala 1.ª) de 13 de octubre de 1983; 10 de febrero de 1984; 20 de febrero de 1987*). En contra, *vid.* el erróneo *Auto T.S. (Sala 11) de 3 de marzo de 1982*, que desplazó la carga de la prueba sobre el solicitante del *exequatur* (*vid.* nota crítica de A.L. CALVO CARACAVA, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, p. 167).

(246) Sobre el orden público en el arbitraje internacional, *vid., ad ex.*, Ch. CARABIBER, «L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public», *Revue de l'arbitrage*, 1956, pp. 118-131; J.-L. DELVOLVE, «Arbitrage et ordre public dans les pays en développement», *Revue de l'arbitrage*, 1979, pp. 95-100; Y. DERAIS, «L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 375-413; M. FERRANTE, «Enforcement of foreign arbitral awards in Italy and public policy», *Hommage à Frédéric Eisemann. Liber amicorum*, Paris, 1978, pp. 83-96; E. VON HEYMAN, *Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1969; P. LALIVE, «Ordre public transnational (ou réellement

de que los tribunales estatales transvasen automáticamente las normas imperativas internas al orden público internacional, ignorando con ello que éste se nutre sólo de las normas que pudieran denominarse *super-imperativas*, que son las que integran el núcleo del Derecho imperativo del foro. Así, por ejemplo, en el pasado, el orden público fue utilizado en ocasiones por los tribunales para denegar el *exequatur* a laudos arbitrales extranjeros que no se ajustaban a las prescripciones de nuestra Ley sobre arbitraje de 1953. Se confundía así el orden público interno con el orden público internacional, olvidando que éste está integrado exclusivamente, como señalara la *Sent. T.S. (Sala 1.ª) de 5 de abril de 1966*, por «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (247). Estos principios pueden operar frente al contenido del laudo arbitral y como último reducto en el que se atrincheran las concepciones procesales del Estado requerido, una de las cuales sería preferencia por los procesos ya acabados o en curso en el foro sobre los laudos extranjeros que se pretende importar. De ahí que el Convenio intente solucionar este conflicto de intereses en algún caso concreto (248).

7. El procedimiento es el mismo del *exequatur* de las sentencias judiciales extranjeras. En España, la autoridad competente es la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, excepto si los laudos proceden de Suiza —según lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, hoy puestas, con toda razón, en tela de juicio (249)— y Checoslovaquia —según lo fija el Convenio con este país, de vigencia discutida— (250).

international) et arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 329-373; A.M.ª LORCA NAVARRETE, «La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España (según la doctrina del Tribunal Constitucional español)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, pp. 81-85.

(247) Aranzadi, rep. de Jurisprudencia, 1966, n.º 1.684. *Vid.* nota de J.D. GONZALEZ CAMPOS, *R.E.D.I.*, 1967, pp. 307-320. Coherentemente con esta definición, nuestro Tribunal Supremo ha rechazado repetidas veces la excepción de orden público interpuesta por el demandado en el procedimiento de *exequatur* que se opone al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero en supuestos en los que, ciertamente, no estaba justificada tal alegación. *Vid. Autos T.S. (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1981, 1 de junio de 1983, 17 de junio de 1983, 6 de octubre de 1983, 13 de octubre de 1983; 22 de diciembre de 1983, 29 de abril de 1985; 5 de noviembre de 1985; 12 de mayo de 1986; 17 de diciembre de 1986.*

(248) *Vid. ad ex.*, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, 165-180; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 224-252.

(249) *Vid.* M. VIRGOS SORIANO, «Comentario al Auto de 27 de diciembre de 1985 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Azpeitia», *Poder Judicial*, n.º 6, junio 1987, pp. 101-110; *Id.*, Nota en *R.E.D.I.*, 1987, pp. 210; J.M. VULLIEMIN, «Jurisprudencia suiza en materia de arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, p. 232; *Id.*, «El Tratado entre España y Suiza sobre la ejecución recíproca de sentencias o fallos en materia civil o comercial de 19 de noviembre de 1896: la autoridad española competente en

8. Cabe preguntarse si el régimen de reconocimiento establecido por el Convenio de Nueva York puede combinarse con el previsto por otros Convenios (251). El hecho de que España haya concluido algunos tratados bilaterales con distintos países —Suiza, Checoslovaquia, Francia, Italia— en los que se contempla la inclusión en su campo de aplicación de los laudos arbitrales ha obligado a formular la anterior pregunta. De ordinario, el régimen neoyorkino será el más beneficioso. Pero, ¿y si no lo es? En este

materia de 'exequatur', *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 1.219-1.231. Desde la postura tradicional resulta interesante la lectura de los trabajos de S. ALVAREZ GONZALEZ, «Los juzgados de primera instancia ante el 'exequatur' de laudos arbitrales extranjeros», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 53-65; Id., Nota en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 194-198.

Excede del propósito de este comentario analizar las propuestas de *lege ferenda* formuladas con motivo del Proyecto de Ley sobre arbitraje remitido por el Gobierno tendentes a atribuir dicha competencia a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (Enmienda n.º 37 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y Enmienda n.º 183 del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, *B.O.C.G., Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo 1988, n.º 69-5, pp. 29 y 69 respectivamente) o a restringir la intervención del Ministerio Fiscal a las causas de oposición de oficio (orden público y arbitrabilidad). *Vid., per omnia*, las razonables sugerencias de J.L. IRIARTE ANGEL, «Algunas notas críticas al proyecto de ley de arbitraje en sus disposiciones referentes al arbitraje comercial internacional», *Revista General de Derecho*, 1988, en prensa e Id., «El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del Proyecto de Ley de arbitraje. Análisis crítico», *Actualidad civil*, n.º 31, 1988, pp. 1.909-1.910.

(250) Da por supuesta su vigencia —discutida en la doctrina— el preámbulo al Convenio, aún no en vigor al tiempo de redactar estas líneas, entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles de 4 de mayo de 1987 remitido a las Cortes (*B.O.C.E.*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie C, n.º 159, de 31 de diciembre de 1987) (reproducido en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, pp. 257-263). En él, se incluye el reconocimiento de laudos arbitrales (art. 16, letra c), pese a la recomendación doctrinal en sentido contrario a la inclusión de las cuestiones arbitrales en Convenios bilaterales que no establezcan para los laudos extranjeros un régimen jurídico más beneficioso que el Convenio de Nueva York.

(251) La exposición más completa y satisfactoria a nuestro entender es la de A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 229-236 e Id., «La reconnaissance», pp. 266-277. En contra de la interpretación propuesta, *vid.*, A.J. VAN DEN BERG, *The New York...*, pp. 90-118. Una síntesis de los términos en que se plantea la discusión puede verse, *ad ex.*, G. GAJA, «Problems of applicability of International Conventions on Commercial Arbitration», *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 191-217; M. VIRGOS SORIANO, *R.E.D.I.*, 1987, pp. 210-213.

Es éste, el de la concurrencia de Convenios internacionales, un terreno en el que se aprecia como nuestro Tribunal Supremo se mueve en términos generales con dificultad. *Vid. los Autos T.S. (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1981, 24 de marzo de 1982, 13 de julio de 1982, 13 de octubre de 1983, 22 de diciembre de 1983; 10 de febrero de 1984; 26 de abril de 1984; 30 de octubre de 1984; 23 de mayo de 1985; 12 de mayo de 1986; 7 de octubre de 1986; 24 de septiembre de 1987.*

El Auto T.S. (Sala 1.ª) de 15 de abril de 1983 procedió a la homologación de un laudo conforme al Convenio de reconocimiento con Francia (sobre este tema, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, «El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969: balance de quince años de vigencia», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 316-317 con referencias jurisprudenciales).

caso, debería entenderse como un mínimo —que quiere favorecer el reconocimiento, no dificultarlo— y la parte interesada en éste podría alegar la norma convencional —o, en su caso, interna— más beneficiosa. De cara al futuro, se ha señalado, sería conveniente que España no incluyese en los convenios bilaterales de reconocimiento a los laudos, si no es para mejorar en sus relaciones recíprocas, como han hecho otros países, el funcionamiento del Convenio de Nueva York (252).

B) Régimen de Derecho común

1. El artículo 60 del Proyecto de Ley sobre arbitraje regula los presupuestos del *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros señalando que:

«La Sala declarará no haber lugar a la ejecución solo si el laudo es contrario al orden público o si los árbitros han resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no son susceptibles de arbitraje. A instancia de parte o del Ministerio Fiscal la Sala podrá hacer la misma declaración:

a) Si el convenio arbitral es nulo conforme a la Ley que resulte aplicable.

b) En los casos del n.º 4 del artículo 46, conforme a la Ley que resulte aplicable.

c) Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

El n.º 4 del artículo 46 del proyecto, que se acaba de mencionar, dice así:

«El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos: ...4. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado los requisitos y formalidades esenciales establecidas en la Ley».

Para enjuiciar este régimen de Derecho internacional privado autónomo, podemos situarnos en una doble perspectiva: desde el punto de vista de su oportunidad y desde el punto de vista de su ejecución, una vez admitida —lo que, como vamos a ver, es discutible— su oportunidad.

2. Desde la primera de las perspectivas apuntadas, cabe ciertamente preguntarse si debe o no regularse el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros por el régimen de Derecho común. Esta pregunta cobra todo su sentido, cuando se contemplan las tres alternativas que se le ofrecían

(252) *Vid.*, en este sentido, A. REMIRO BROTONS, *Ejecución...*, pp. 241-245; *Id.*, «La reconnaissance...», pp. 278-280.

a nuestro legislador: a) Primera: prescindir de toda reglamentación. Su justificación estaría en la participación española en varios Convenios internacionales que ya regulan esta misma cuestión y alguno de los cuales —el Convenio de Nueva York— posee eficacia *erga omnes*, al no haber subordinado nuestro país su aplicabilidad ni a la condición de reciprocidad ni a la mercantilidad del objeto de la controversia. Es una opción técnica que fue defendida en el trámite parlamentario del proyecto por vía de enmienda (253). b) Segunda: integrar el régimen convencional en nuestro régimen común bien mediante la incorporación por referencia o, lo que es lo mismo, remisión, como muestra la práctica suiza, o, bien mediante la técnica menos elaborada de la reproducción literal de la normativa convencional. La primera de estas dos modalidades fue sugerida durante el proceso de gestación parlamentaria del proyecto (254). c) Tercera: proceder a una reglamentación *autónoma*. Esta *tercera vía*, que es la que ha seguido el legislador, estaría justificada sólo si el régimen autónomo fuese más perfecto técnicamente que el convencional. Pero, ¿ha sido así? Para despejar esta interrogante, debemos pasar a analizar el artículo 60 del Proyecto de Ley desde la segunda de las perspectivas apuntadas.

3. Desde esta última, cabe criticar la reglamentación que ofrece nuestro legislador en atención a: a) La defectuosa redacción del precepto: las causas de oposición al laudo no han sido redactadas atendiendo fielmente al tenor del artículo V del Convenio de Nueva York, lo que provoca la duda de si tienen exactamente el mismo significado, especialmente en el caso de la incongruencia de la sentencia arbitral, en el que nuestro legislador omite toda referencia al *exequatur parcial* del fallo por exceso (255). b) Su omisión de algunas causas esenciales de denegación del *exequatur*. Comparándola con el artículo V del Convenio de Nueva York, se aprecia la omisión de dos presupuestos del reconocimiento: el respeto de los derechos de la defensa y la falta de la obligatoriedad del laudo (256). El silen-

(253) Enmienda n.º 38 al Proyecto de Ley del Grupo Parlamentario Vasco (PNV), (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, 17 de marzo de 1988, n.º 69-5, p. 29).

(254) Enmienda n.º 36 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) (B.O.C.E., Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, 17 marzo 1988, n.º 69-5, pp. 28-29):

«Los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958

JUSTIFICACION

La redacción propuesta es fiel a una técnica cada vez más generalizada en el Derecho comparado cual es la de la «incorporación por referencia» de Convenios internacionales a la legislación interna cuando éstos hayan adquirido un efecto «erga omnes».

(255) Vid. J.L. IRIARTE, «El reconocimiento...», pp. 1.908-1.909.

(256) *Ibidem*, pp. 1.905-1.908.

cio, sin embargo, no impedirá al intérprete apreciarlos, para oponerse a la homologación de un laudo extranjero. Garantizado por el artículo 24 de la Constitución el derecho legítimo a la tutela judicial efectiva, resulta impensable que nuestro Tribunal Supremo homologue una laudo extranjero dictado como consecuencia de un procedimiento en el que haya habido indefensión. El orden público serviría como último reducto en el que atrincherarse para defender las concepciones procesales de nuestro ordenamiento. Y otro tanto sucedería con la falta de obligatoriedad del laudo extranjero: no se puede atribuir, mediante el procedimiento de *exequatur*, al laudo extranjero una cualidad —obligatoriedad— o un efecto —ejecutividad— del que carece en su país de origen. Hubiere sido preferible, en todo caso, sacar del magma indiferenciado del orden público estos dos requisitos, como hace el Convenio de Nueva York. Interpretado *ad pedem litterae*, podría creerse que el sistema español de reconocimiento de laudos arbitrales es más favorable que el previsto en el Convenio de Nueva York y que, por consiguiente, debería aplicarse en lugar de éste; sin embargo, de los trabajos parlamentarios de elaboración del texto, no parece en modo alguno que esta haya sido la intención de nuestro legislador (257).

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

1. Es poco menos que imposible emitir un juicio de conjunto sobre la regulación del arbitraje comercial internacional por el sistema español —convencional e interno— sin incurrir necesariamente en una simplificación. No obstante, acaso sea útil poner de relieve dos ideas básicas.

2. La primera de ellas —centrada en nuestro régimen convencional— es ya una realidad, que mira al pasado y al presente, pero también un vaticinio, que se asoma al futuro. Históricament el Convenio de Ginebra de 1961 y, sobre todo, el Convenio de Nueva York de 1958 han supuesto, por un lado, el *paso del Rubicón* de un sistema influido negativamente por la Ley de 1953 al régimen actual y, por otro, un *salto cualitativo* del sistema que, *grosso modo*, ha tenido reflejo satisfactorio en nuestra jurisprudencia. De cara al futuro, el régimen convencional deberá ser el eje fundamental en torno al cual sigan girando las decisiones de nuestros tribunales.

3. La segunda idea básica está relacionada con el sistema español elaborado por nuestro legislador como recambio del anacrónico de 1953. Sería fácil criticar su apresurada elaboración, en la que no ha habido auténtico debate. Pero, probablemente, como en la fábula clásica de la araña que teje su hilo, lo importante no sea el tiempo sino el resultado. Y éste es de-

(257) *Ibidem*, p. 1.908.

cepcionante. Nuestro legislador ha ignorado los modelos extranjeros que hubieran podido servirle de ejemplo como la Ley modelo de la C.N.U.D.M.I., el propio Convenio de Nueva York o algunas de las más modernas legislaciones sobre arbitraje de nuestro entorno. Insensible ante ellas, suministra una normativa que si, desde el punto de vista del arbitraje interno es discutible, desde el arbitraje internacional, resulta rechazable. No es difícil pronosticar que nuestra Ley no constituirá un atractivo, como erróneamente han sostenido algunos augureros, para que España se convierta en una sede de arbitrajes comerciales internacionales. Pero no sólo porque el contenido material de nuestra Ley no invita a ello, sino porque la conversión de un Estado en exportador de laudos arbitrales depende además de otros factores. España va a seguir siendo, por lo menos en un futuro cercano, un país importador de laudos arbitrales extranjeros. El régimen hilvanado por nuestro legislador para su reconocimiento no les va a servir y acaso acabe perjudicando a alguien. No les va a servir, porque, dada la eficacia *erga omnes*, en nuestro Derecho del Convenio de Nueva York, resulta difícil pensar que nuestro Derecho interno tenga oportunidad de ser aplicado. Acaso alguien salga perjudicado porque las discrepancias entre nuestro régimen convencional y nuestro régimen interno pueden suscitar la duda en el juez y perderse la certidumbre que proporciona saber de antemano cuál es el sistema aplicable. Un antiguo iusinternacionalprivatista francés, J.-P. NIBOYET, formuló la que él denominaba *ley sociológica del máximo de diferencias entre el Derecho convencional y el Derecho interno*: la tensión entre un régimen convencional y un régimen legal muy alejados entre sí acaba rompiéndose en favor del tratado internacional —que, utilizado como banco de pruebas, se generaliza— o de la ley interna —ahogando aquél—. Ojalá que, en nuestro caso, se rompa en favor del régimen convencional.