

ARTÍCULOS

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

MIGUEL VIRGÓS
Abogado *

1 · INTRODUCCIÓN Y MÉTODO DE ANÁLISIS

El convenio arbitral es el acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias. Este acuerdo puede referirse a una controversia actual o futura y adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato (o los estatutos de una sociedad) o de un pacto independiente.

En el ámbito internacional, el análisis jurídico del convenio arbitral presenta ciertas particularidades. Para comprenderlas mejor conviene comenzar por la finalidad de este análisis, en nuestro caso determinar la eficacia procesal del acuerdo. Lo que debemos responder es «si y bajo qué condiciones» un convenio arbitral va a ser eficaz para producir los dos efectos básicos que típicamente se pretenden: el negativo, excluir la competencia de los tribunales judiciales para conocer del asunto, y el positivo, fundar la competencia de los árbitros para decidir sobre él. Pues bien, para responder a esta cuestión han de examinarse una serie de elementos (capacidad de las partes, consentimiento, forma,

contenido) y esto presenta una complejidad añadida en el ámbito internacional, donde el acuerdo arbitral puede desplegar efectos sobre distintas jurisdicciones nacionales, cada una con su propio Derecho procesal, conflictual y material. En términos generales, el estudio de los convenios arbitrales debe hacerse a partir de estas tres ideas:

— El «sistema jurídico de referencia». Si bien es verdad que el arbitraje comercial internacional es esencialmente autónomo (se basa en la autonomía privada y no tiene una *lex fori* como los tribunales de justicia, que forman parte de un ordenamiento nacional), también lo es que el arbitraje internacional no existe aislado de esos ordenamientos y «toma contacto» con ellos, o puede tomarlo, en distintos momentos. Este contacto se torna evidente cuando las partes no aceptan voluntariamente el procedimiento arbitral o su resultado, el laudo o sentencia arbitral, y se hace necesario el «enforcement» jurídico para hacerlo efectivo. Así, la cuestión de la validez de un convenio arbitral puede plantearse; (i) ante el propio tribunal arbitral (que tiene competencia sobre su competencia); (ii) ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye, reclamando la invalidez de la cláusula; (iii) ante los tribunales de la sede de arbitraje, como fundamento de una demanda de anulación del laudo; y (iv) ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como motivo de denegación.

En la medida en que foro derogado, sede y foro de ejecución apunten a jurisdicciones distintas, distinto será el «sistema de referencia» con el que se valorará esa cláusula. Las páginas que siguen están escritas tomando como sistema de referencia el español (incluidos los tratados internacionales

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

aplicables), sea porque se deroga la competencia de los tribunales españoles, sea porque España es la sede del arbitraje.

— El principio de «separabilidad». Este principio significa que el ordenamiento considera el convenio arbitral como un «acuerdo autónomo», separable de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas. Lo cual conlleva algunas consecuencias importantes. Así, permite someter dicho convenio a un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo. Como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral puede decidir sobre la (in)validez o nulidad del contrato principal sin, retrospectivamente, despojarse de su propia competencia. La separabilidad favorece, así pues, la integridad de la vía arbitral al asegurar que el arbitraje sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal.

Naturalmente, autonomía de régimen no significa desconexión. El hecho de que el acuerdo arbitral tenga por objeto un contrato principal o incluso que se integre formalmente en él no puede desconocerse¹. En ese caso el carácter funcionalmente accesorio del convenio arbitral respecto del contrato principal tiene consecuencias, por ejemplo, en los casos de sucesión singular (e.g. cesión de créditos, subrogación) o universal (e.g. fusión de sociedades) del contrato principal, pues no es concebible una transmisión del convenio arbitral al margen del crédito al que sirve. El artículo 9.6 LA, que deja operar alternativamente tres leyes o grupos de normas distintas, inclusive la ley del fondo, facilita que el convenio arbitral siga al contrato principal en sus modificaciones subjetivas y sea transferido con el contrato que constituye su objeto. La separabilidad no determina, pues, la cuestión de si una cesión de derechos del contrato principal acarrea o no el derecho/obligación de someter las disputas a arbitraje.

¹ Sigue siendo útil el trabajo de Schlosser: «Der Grad der Unabhängigkeit einer Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag», en *Briner et al.*(ed.) *Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*, pág. 697, en particular sobre la cesión págs. 702 y ss. En la perspectiva española, Cadarso: «Artículo 22», en González Soria (coord.): *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, 2004, págs. 261-263.

— La «doble naturaleza» material y procesal del convenio arbitral. El convenio arbitral es un acuerdo cuyo objeto es procesal, sobre esto no parece que pueda haber dudas. Como tal acuerdo, le son aplicables las reglas sobre contratos: su origen es la voluntad de partes que se vinculan recíprocamente y, por lo tanto, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). No obstante el objeto de este acuerdo es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: normas materiales y normas procesales. Las normas procesales (e.g. la Ley de Arbitraje española) determinan típicamente: (i) las «condiciones de eficacia» del acuerdo, ya sean las mismas que para cualquier otro contrato o cláusula contractual, en cuyo caso se remiten implícitamente al Derecho de los contratos; ya exija condiciones especiales, como cumplir con una forma determinada, en cuyo caso desplazan, en cuanto a ese requisito, a las normas del Derecho de los contratos. (ii) Los «efectos procesales» del acuerdo, esto es su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros.

Dicho de otra manera, en la regulación del convenio arbitral se combinan normas del Derecho de los contratos y normas procesales, pero son estas últimas las que fijan la frontera. La exposición de motivos de Ley de Arbitraje española refleja esta idea cuando señala que «El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no expresamente previsto en esta ley».

2 · RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1 · El Convenio de Nueva York de 1958 como Regla de Base del Sistema Español

Planteamiento y principio de aplicación de la regla más favorable

El arbitraje en España está regulado con alcance general por la Ley de Arbitraje de 2003 (LA). Sin embargo, en el plano internacional, la regulación de los acuerdos arbitrales viene determinada principalmente por reglas de origen convencional (i.e. tratados internacionales) que desplazan, en su

ámbito de aplicación, a las normas de dicha ley; a salvo, naturalmente de que esas normas convencionales dispongan otra cosa. Aunque es normal en muchas publicaciones comenzar a estudiar el régimen previsto en la ley española y seguir con los convenios internacionales en la materia, dada la primacía del régimen contenido en los tratados internacionales y la amplitud de sus normas, el orden correcto es justamente el contrario y será el que nosotros sigamos.

Entre los textos internacionales ratificados por España, los dos convenios más significativos en el ámbito civil y mercantil son el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 («CNY 1958») y el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 («CG 1961»). Este es un convenio expresamente concebido como complementario del CNY 1958, algunas de cuyas reglas modifica expresamente en las relaciones entre los Estados contratantes.

El régimen básico de los acuerdos de arbitraje está contenido en el CNY 1958. A pesar de su título, la CNY 1958 va más allá del reconocimiento y disciplina en su artículo II los acuerdos de arbitraje y sus efectos tanto positivos (atribución de competencia a los árbitros) como negativos sobre la competencia de los tribunales judiciales nacionales. Así, el artículo II CNY 1958 establece que «Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje».

El CNY 1958 es, para España, de aplicación universal o erga omnes (se aplica incluso frente a Estados no contratantes); además nuestro país no hizo uso de la «reserva comercial», que permite limitar su aplicación a relaciones consideradas comerciales por su Derecho interno. Por estas dos razones, el artículo II del CNY 1958 contiene la verdadera norma general del sistema español sobre los acuerdos de arbitraje.

Hay que decir de inmediato, que el artículo II del CNY 1958 no se aplica en todos los arbitrajes, sino sólo en los arbitrajes internacionales y sólo en este ámbito tiene carácter de norma de base. En nuestro sistema son arbitrajes internacionales los que reúnen las condiciones del artículo 3 de la Ley de

Arbitraje: «El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional». Se entiende que una relación afecta a los intereses del comercio internacional cuando implica una transferencia internacional de bienes o servicios.

La afirmación hecha en el párrafo anterior merece un comentario adicional, pues en realidad el CNY 1958 no contiene ninguna regla estableciendo en qué casos resulta de aplicación su artículo II. Esta indefinición es el resultado de la propia génesis del Convenio, pues sólo en la última fase de negociaciones se incorporó este precepto y ello explica varias lagunas de regulación: el Convenio había sido redactado hasta ese momento como tratado exclusivamente de «reconocimiento y ejecución» y sólo al final se reconvirtió en un tratado «doble» que regula también los acuerdos arbitrales, base de competencia de los árbitros. Aplicando *mutatis mutandis* las condiciones de aplicación de su artículo I al acuerdo de arbitraje, resultaría que el Artículo II CNY 1958 debe ser aplicado en un Estado contratante cuando el acuerdo arbitral contempla un arbitraje susceptible de resultar en un laudo arbitral extranjero². Este es el caso en España de arbitrajes en que el laudo se pronuncie en el extranjero (artículo 46 LA), lo cual coincidirá con arbitrajes cuya sede esté también en el extranjero. Si la sede del arbitraje está en España, el Artículo II CNY 1958 no sería aplicable y entrarían en acción directamente las reglas de la LA.

Sin embargo, esta interpretación daría lugar a asimetrías extrañas: que entre partes de dos Estados contratantes un acuerdo arbitral que satisface las condiciones del CNY sirva para excluir la competencia de los tribunales de los tribunales del Estado donde *no está* la sede, pero no necesariamente para derogar la competencia de los tribunales de justicia

² Bucher: *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, 1988, pág. 48.

del Estado donde se localiza la sede del arbitraje (pues se aplicaría el Derecho nacional y no el artículo II CNY)³. Con esta interpretación no se garantizaría un tratamiento uniforme de un acuerdo arbitral entre dos Estados parte del CNY (en uno sería válido y en otro no) lo cual iría en contra de su propio objetivo. Por eso parece preferible referir el ámbito del artículo II CNY 1958 a los arbitrajes llamados a desplegar sus efectos en dos o más Estados, es decir a los arbitrajes internacionales. Para ello la definición de la propia LA es útil porque esos son los que el legislador español acepta como tales de modo seguro.

Por otra parte, para entender el régimen del CNY 1958 es muy importante explicar el principio de aplicación de la «regla más favorable» que contiene el artículo VII.1 del CNY 1958: proyectado este principio sobre el acuerdo arbitral ello significa que el Convenio admite la aplicación de la ley del Estado en que se pretende hacer valer el acuerdo arbitral, en la medida en que sea más favorable a la validez de dicho acuerdo que el propio Artículo II del CNY.

Hay que advertir que literalmente el Artículo VII.1 CNY 1958 se limita al ámbito del reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia arbitral: «Las disposiciones de la presente Convención ... no privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque». Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia anticipan su aplicación al «reconocimiento» del acuerdo arbitral: poco sentido tendría exigir criterios de validez diferentes al acuerdo arbitral como causa de exclusión de la competencia de los tribunales judiciales (en el momento en el que se plantea la excepción o, en España, declinatoria de arbitraje) y como fundamento de la competencia de los árbitros (en el momento del reconocimiento del laudo), cuando el acuerdo arbitral que sirve ambas funciones es el mismo. En el segundo caso, reconocimiento del laudo, no hay duda de que operaría el principio de aplicación de la regla más favorable. La consecuencia inmediata de esta interpretación es que, en las condiciones que establece el propio artículo VII.1, los Estados podrán aplicar sus leyes siempre que sean más favorables al reco-

nocimiento del acuerdo arbitral. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, cuando esas leyes no exijan que el convenio arbitral conste por escrito (como requiere en cambio el CNY 1958). Hay que señalar, sin embargo, que, aunque mayoritaria esta doctrina no es unánime. Para aquellos que niegan la aplicación del artículo VII.1 a los acuerdos arbitrales, el artículo II de la CNY desplaza completamente a las normas nacionales sobre arbitraje de los Estados contratantes.

Por último, conviene indicar que el carácter general del CNY 1958 plantea problemas, curiosamente no tanto en el ámbito que le es propio, el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, sino en el plano del convenio arbitral y la exclusión de la competencia de los tribunales de justicia a favor de arbitrajes con sede en el extranjero. La razón es que el CNY 1958 fue redactado con la vista puesta en el arbitraje comercial y no atiende a los problemas de dos sectores en que existen políticas de protección, consumidores y trabajo, que no pueden quedar desatendidas en el campo arbitral. La nueva LA 2003 tampoco ha dedicado el suficiente esfuerzo a estos sectores y ello obliga a un esfuerzo interpretativo suplementario a los operadores jurídicos. Aunque nos centraremos en el arbitraje comercial, haremos alguna alusión a estos problemas. El CNY 1958 también es aplicable a arbitrajes en los que es parte un Estado o entidad pública.

2.2 · El «régimen mixto» del convenio arbitral en el CNY 1958

El régimen jurídico del convenio o acuerdo arbitral es mixto. En una parte (*núcleo directamente regulado*), el acuerdo arbitral se rige por las normas uniformes que contiene el propio convenio. Así, el artículo II CNY 1958 exige la existencia de un acuerdo por escrito y fija las condiciones en que este requisito se entiende satisfecho. De este modo, el artículo II establece una norma de Derecho uniforme relativa a las condiciones de eficacia del convenio arbitral, que se inserta en los sistemas de los Estados parte y desplaza a las normas nacionales (*régimen material uniforme*). En cambio, en los extremos no regulados directamente por el propio CNY 1958, el régimen jurídico del acuerdo arbitral se obtiene «por remisión» a un Derecho nacional; en concreto la validez del convenio arbitral en cuanto al fondo se rige por el Derecho aplicable según la norma de conflicto contenida en el artículo V.I.a del CNY 1958 (*régimen «por remisión»*).

³ Los ejemplos de Van Der Elst son convincentes: *The New York Arbitration Convention*, 1981 pág. 61 y ss.

Antes de continuar es conveniente señalar que el CNY 1958 utiliza un concepto amplio de acuerdo arbitral que comprende tanto el «compromiso» por el cual se somete a arbitraje una controversia ya existente y un acuerdo, como la «cláusula compromisoria» relativa a las futuras diferencias que puedan surgir respecto de una relación jurídica entre las partes. Los Estados contratantes se obligan, pues, a reconocer ambas modalidades del acuerdo de sumisión, que quedan sujetos en el CNY 1958 a los mismos requisitos de forma y producen los mismos efectos procesales. Aunque esta distinción ha dejado de ser relevante en España, donde el convenio arbitral se configura, en elegante expresión, como el «punto único de partida» en el arbitraje⁴, sigue teniendo raigambre en otros ordenamientos.

2.1 · El «régimen material uniforme»

Aspectos generales

El núcleo de cuestiones directamente reguladas por el Convenio lo proporciona su artículo II. En este núcleo uniforme, el régimen convencional desplaza a las normas nacionales, que no pueden alterarlo, excepto por lo que se dirá sobre el principio de «mayor favorabilidad», que permite liberalizar pero no establecer criterios más estrictos que el Convenio. Esta posibilidad de reducir los requisitos exigidos favorece la efectividad de la vía arbitral en un primer momento, pero elimina la uniformidad conseguida por la CNY 1958. Esto implica que el laudo no será necesariamente reconocido en todos los Estados parte del convenio si los árbitros han fundado su competencia en un acuerdo arbitral válido conforme a las reglas nacionales pero que no satisface los requisitos del artículo II CNY 1958. Existe un riesgo que *ex post* no se puede gobernar (depende de dónde deba ejecutarse el laudo si éste no es cumplido voluntariamente). Por eso *ex ante* el mejor consejo es ajustar siempre la contratación a los estándares exigidos por la CNY 1958, incluso si el Derecho nacional es más liberal.

El acuerdo arbitral debe referirse a una «determinada relación jurídica». Es decir a una relación susceptible de ser individualizada, aunque sea futura.

Este requisito se interpreta en sentido amplio y se considera satisfecho si, por ejemplo: (i) se incluye el acuerdo arbitral en un contrato-marco que abarca una pluralidad de relaciones; y (ii) se incluye en los estatutos de una sociedades y se refiere a las controversias que puedan surgir con motivo de las relaciones internas entre la sociedad y sus socios en la condición de tales. Con el requisito de la determinación de la relación jurídica se pretende evitar que una parte resulte sorprendida por la atribución al arbitraje de relaciones distintas de aquellas por motivo de las cuales se pactó la sumisión a arbitraje. No satisfaría este requisito el acuerdo por el cual dos personas sujeten a arbitraje todas sus eventuales disputas futuras sobre las relaciones jurídicas que medien entre ellas⁵. La Ley española de arbitraje reproduce esta exigencia literalmente. En ambos casos, la relación o relaciones objeto del acuerdo pueden ser de naturaleza contractual o no contractual

Por lo demás, el arbitraje es el fruto de la autonomía privada y las partes pueden delimitar el ámbito de controversias sujetas a arbitraje según sus conveniencias: todas las relativas a esa relación o sólo algunas. El CNY 1958 no restringe esta autonomía de configuración. La amplitud de la remisión a arbitraje depende, pues, del concreto tenor del acuerdo arbitral y de su interpretación. Esta se rige por la misma ley (o normas) que rija la validez en cuanto al fondo del convenio arbitral que, en las relaciones contractuales coincidirá normalmente con la ley aplicable al contrato principal (aunque véase n.º 4.2). En principio, una vez que llena las condiciones del artículo II CNY (que son objeto de interpretación autónoma), no hay ninguna razón para efectuar una interpretación restrictiva del convenio arbitral que lo aparte de las expectativas razonables de las partes en el momento de contratar. La jurisprudencia tiende a concebir la sumisión a arbitraje como una «excepción» a la jurisdicción nacional y a aplicar el principio *in dubio mitius* (en la duda, lo menos restrictivo).

También pueden las pautas combinar la cláusula arbitral con otras cláusulas de resolución de conflictos, dando lugar a acuerdos híbridos Arbitraje / MASC⁶ —*ADR en su versión inglesa*— (e.g. las partes se comprometen a seguir un proceso de mediación previo al arbitraje o, en la versión más débil,

⁴ Verdadera: *La Ley 600/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje: Entre la Tradición y la Innovación*, 2005, pág. 79; esta obra explica «desde dentro» la génesis de la ley y la razón de sus principales novedades.

⁵ Van der Elst, opus cit. p. 149.

⁶ Medios Alternativos de Solución de Controversias

a intentar resolver el problema mediante negociación antes de acudir al arbitraje); e, incluso, Arbitraje / Jurisdicción (e.g. la parte que resulte demandante elige la vía; o se someten sólo determinadas controversias a arbitraje y el resto a jurisdicción).

En cuanto a las primeras, nada hay que objetar. Acudir a la mediación o intentar la negociación es simplemente una «carga» que la parte demandante debe satisfacer antes de comenzar el arbitraje. Ahora bien, si no está claramente precisado el tránsito de una a otra fase, especialmente en el caso del deber de negociación previa, puede surgir fácilmente problemas que retrasen o dificulten la vía arbitral («trampa de la cortesía»). En cuanto a las segundas, no debe haber problema de principio para admitirlas, una vez que la jurisprudencia española ha dejado de exigir la «renuncia clara y manifiesta a su fuero propio» o el uso de determinadas fórmulas rituales como condicionante de la validez del convenio arbitral (muy clara la STS de 9 de mayo de 2003, RJ 3893). Una exigencia ajena al CNY 1958, para el que basta la expresión escrita y clara de la voluntad de sumisión a arbitraje. Además está implícito en el propio artículo II CNY (y artículo 9.1 LA) que una misma relación puede estar sujeta a arbitraje y jurisdicción (y por tanto a una cláusula de arbitraje y a otra de elección de tribunal), cuando permite sujetar a arbitraje sólo «algunas» disputas que puedan surgir respecto de una relación contractual. Ello sin perjuicio de la valoración que la cláusula concreta merezca, sea por la delimitación de la esfera propia de lo que corresponde respectivamente a arbitraje y a jurisdicción (un problema típico surge cuando las cuestiones objeto de litigio son «inseparables»), sea por el mecanismo de selección de la vía aplicable, que puede incluir la atribución de una opción a una de las partes, con el límite del abuso de derecho⁷. En este sentido, la jurisprudencia del TJCE que impide el recurso a *anti-suit injunctions* sobre cláusulas de elección de foro ha popularizado el uso de cláusulas mixtas de distinta factura, que intentan aprovechar el que esta jurisprudencia no es (todavía) aplicable al arbitraje. En efecto, el TJCE declaró incompatible con el Reglamento 44/2001 el uso de medidas anti-proceso (*anti-suit injunctions*) para proteger las cláusulas exclusivas de elección de foro

frente a demandas presentada en otros Estados⁸. Además, el TJCE desaprovechó la ocasión de aplicar analógicamente la razonable norma contenida en el artículo 23.3 (los demás tribunales sólo pueden conocer del litigio cuando los tribunales designados en la cláusula hayan declinado su competencia)⁹.

La forma del convenio arbitral

El CNY 1958 sólo reconoce el acuerdo arbitral por escrito¹⁰. La exigencia de forma escrita tiene una doble finalidad: asegurar la realidad de la existencia del consentimiento de las partes, evitando que pasen desapercibidas cláusulas insertadas en el contrato por una sola de las partes (*función interna*) y facilitar su prueba, pues evidencia la existencia del acuerdo arbitral de un modo inmediatamente reconocible por los tribunales (*función externa*). Dados los efectos del convenio arbitral (la exclusión del recurso a la jurisdicción ordinaria) esta cautela, proporcionar suficiente seguridad sobre la sumisión a arbitraje, parece prudente como criterio inspirador de una regla general en la materia. De hecho cuando en 1985 se redacta la Ley Modelo UNCITRAL, su artículo 7.2 parte exactamente del mismo principio de constancia por escrito del acuerdo arbitral, que se traslada a todas las leyes nacionales que han incorporado o seguido esta Ley Modelo, incluida, como después veremos, la LA española de 2003.

El artículo II exige: (i) que exista un «acuerdo» de las partes sobre la sumisión a arbitraje; y (ii) que dicho acuerdo cumpla determinadas «condiciones de forma» (i.e. que conste por escrito el consentimiento de las partes). El sentido y fin de esta regla convencional (asegurar mediante una regla uniforme el consentimiento real de las partes al arbitraje) exige también una regulación uniforme de aquellas cuestiones de fondo inextricablemente unidas a la regla de forma. Entre ellas, las condiciones de incorporación de una cláusula arbitral incluida en condiciones generales de la contratación («CG»). Por eso, en relación a esta cláusula, el Artículo II CNY 1958 desplaza las reglas nacionales sobre inclusión de CG (incluido su régimen conflictual).

⁷ Hass, en Weigand: *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, págs. 453-454, con referencias jurisprudenciales.

⁸ Asunto C-159/02, Turner c. Grovit.

⁹ Asunto C-116/02 Eric Gasser GmbH c. MISAT.

¹⁰ Seguiremos en lo que sigue el planteamiento de Hausmann, en Reithmann; Martiny: *Internacionales Vertragsrecht*, 2004, págs. 2244 y ss.

La consecuencia inmediata es que el régimen normativo de dicha cláusula es diferente al de las demás CG (principio de separabilidad).

Este requisito de forma no tiene en el CNY 1958 un alcance meramente probatorio, sino que es una condición de eficacia del convenio arbitral («forma para la eficacia»); un acuerdo oral, aunque pueda ser probado, no es reconocido por el CNY 1958 como un convenio arbitral que obligue a las partes a someterse a arbitraje y a los tribunales a deferir el asunto a los árbitros o a reconocer el laudo pronunciado en el extranjero sobre su base. Naturalmente, esa calificación no impide, en los casos apropiados, la aplicación, *praeter conventionem*, de la doctrina de los actos propios. Puede valer el ejemplo de una parte que concluye tres contratos iguales y después alega la validez del convenio arbitral en un caso y su invalidez en otro¹¹. En cambio, el mero hecho de que las partes hayan ejecutado el contrato principal no impide que alguna de ellas pueda hacer valer la ineficacia del convenio arbitral en caso de litigio. En principio la forma puede llenarse en cualquier momento posterior al acuerdo oral o tácito (y «curar» así este defecto).

Los mismos requisitos que se exigen para el convenio arbitral se exigen para el acuerdo por el que ese convenio se modifique. En cambio, la forma escrita sólo se exige para el acuerdo de sumisión en sentido estricto, no para acuerdos complementarios sobre el régimen del procedimiento arbitral¹². Esta distinción está contemplada en el Artículo V CNY 1958, en el apartado *a*) y en el apartado *d*). Esto implica que las condiciones de forma se contraen a aquellos elementos que son imprescindibles para poner en marcha el arbitraje, en último término con apoyo judicial¹³. Si la sede del arbitraje está en España, basta un convenio arbitral en el que las partes acuerden someter sus diferencias respecto de una determinada relación jurídica a arbitraje, sin más elementos (i.e. un convenio arbitral *cuasi en blanco*). Aunque poco recomendable, un convenio semejante bastaría en conjunción con las previsiones de la Ley de Arbitraje para formalizar judicialmente el arbitraje. Tampoco es necesaria la forma escrita del artículo II CNY en los casos de cesión de créditos. Basta con que el convenio entre las partes originales cumpla ese requisito. Una vez

que está en el contrato, la sumisión a arbitraje es una característica del derecho adquirido de la que el adquirente del mismo debe informarse. No hay ningún interés protegible que justifique imponer la forma del artículo II CNY en este caso.

El CNY 1958 no exige que el convenio arbitral sea objeto de una negociación y conclusión individualizada como tal. Por esta razón, cuando no hay una negociación separada del convenio arbitral, las formas lo son del contrato que contiene la cláusula arbitral. En este sentido, si el convenio arbitral se negocia individualmente no se suelen plantear problemas con la aplicación del Artículo II CNY. Los problemas suelen plantearse cuando el convenio arbitral aparece como una cláusula de un contrato. En este caso es necesario distinguir, a su vez, según el contrato principal en el que se integra el convenio arbitral se haya negociado en términos individuales o con condiciones generales.

(i) En el caso de cláusulas arbitrales contenidas en contratos negociados individualmente, el artículo II CNY no exige que las declaraciones de las partes sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual, pero sí que ambas consten por escrito. Si el contrato consta de un único documento, es necesario la firma de ambas partes en el texto del contrato donde se contiene la cláusula (no es necesaria una firma específica para la cláusula, ni un acto de consentimiento específicamente dirigido a ella); cabe, sin embargo, que las partes se refieran a un contrato anterior que satisfaga las condiciones de forma del artículo II, prorrogándolo, incluso verbalmente, o sujetando su nueva relación a los mismos términos, en este segundo caso siempre que se haga por escrito (e.g. mediante incorporación por referencia, STS 20 de febrero 2001, YBCA 2001, página 858). Si el contrato se documenta en varias copias, es suficiente con que cada parte firme la copia dirigida a la contraparte. La cláusula es también válida si se contiene en un intercambio de notas o de telegramas (en un esquema oferta/aceptación, por ejemplo). En este caso no es necesario la firma de los documentos (la autenticidad puede asegurarse por otros medios), pero sí que las declaraciones de ambas partes consten por escrito (de ahí la expresión «canje» del artículo II, STS de 28.01.1998, RAJ 118). La jurisprudencia permite atender al conjunto de documentos intercambiados a lo largo del *iter* contractual seguido entre las partes (STS de 9 de mayo de 2003, RJ 3893; STS de 9 de febrero de 2003, RJ 850). Se puede satisfacer este requisito incluso si es el mismo documento el que se intercambia; por

¹¹ Haas, *opus cit.* pp. 463-464.

¹² Hausmann, *opus cit.* n.º marg. 3268.

¹³ Haas, *opus cit.* p. 440.

ejemplo, una parte envía su oferta, en la que se contiene la cláusula arbitral, a la otra y ésta devuelve la oferta firmada¹⁴.

No satisface este criterio una oferta por escrito seguida de aceptación por silencio de la otra parte, incluso si esta ejecuta el contrato: si la cláusula se encuentra en el texto de la oferta, la aceptación debe hacerse por escrito (no es necesaria una aceptación específica de la cláusula, basta la aceptación por escrito del contrato). No lo satisface la aceptación por actos concluyentes del contrato que contiene la cláusula arbitral (así, indicando que la mera perfección del contrato por actos concluyentes no acredita la voluntad de incluir en el clausulado la sumisión a arbitraje, entre otros, ATS de 5 de mayo de 1998, RJ 4296). Tampoco satisface ese requisito un acuerdo verbal confirmado por escrito por una sola de las partes. En los supuestos de intercambio de cartas o documentos, las declaraciones de las partes contenidas en el canje deben ser congruentes entre sí. No lo son si la oferta contiene una sumisión a tribunales judiciales y la aceptación a arbitraje o si cada parte se refiere a un arbitraje distinto. Las formas electrónicas de comunicación pueden equivaler a la forma escrita siempre que proporcionen suficiente constancia del acuerdo (i.e., un registro duradero). Como veremos, la LA 2003 elimina desde el punto de vista del Derecho español cualquier duda a este respecto.

(ii) En el caso de cláusulas arbitrales incluidas en condiciones generales de la contratación (CG) las reglas que se han desarrollado judicialmente se construyen a partir del criterio de la doble garantía (ATS 17.02.1998, RAJ, 760): (1ª) garantía de que el adherente haya sido advertido de la inclusión de condiciones generales (i.e. de que contrata bajo CG), y (2ª) garantía de que haya tenido posibilidad razonablemente objetiva de conocerlas en el momento de celebración del contrato. En cuanto al *primer requisito*, es necesario una remisión expresa a las CG en el contrato firmado por ambas partes o en los documentos que se intercambien. No es necesario, en cambio, que la remisión sea específica a la cláusula arbitral, basta la genérica a las CG entre las que se incluye. En cuanto al *segundo requisito* es necesario una posibilidad efectiva y razonable de conocer el contenido de las CG, en último término en el momento de la celebración del contrato. El texto de las CG puede ir en el mismo con-

trato, en un documento anexo, en un documento anterior o incluso no es necesario la entrega formal por el predisponente si hay hábitos *inter partes* o usos generales de contratar bajo esas CG o si el adherente las acepta expresamente y por escrito. La mera remisión genérica a unas CG que no acompañan al contrato ni se han hecho accesibles antes, ni es un uso contratar bajo ellas, no satisface las exigencias del artículo II CNY 1958. Las CG deben estar redactadas en el idioma de la negociación o en un idioma común en el comercio internacional que la contraparte deba conocer. En los supuestos de «batallas de formularios», si ambas cláusulas satisfacen los requisitos de incorporación del artículo II, se deben tener por no puestas. Si solo las satisface una de ellas, ésta prevalecerá.

2.2 · El régimen «por remisión» al Derecho nacional

Validez en cuanto al fondo

Los aspectos del régimen jurídico del convenio arbitral que no quedan comprendidos en la norma uniforme contenida en el artículo II CNY 1958 se someten a la ley nacional que resulte aplicable según las normas de conflicto previstas por el artículo V.1.a CNY 1958 («régimen por remisión»). Aunque este precepto se refiere a la fase de reconocimiento del laudo, sus normas de conflicto son aplicables también en un momento anterior, cuando se alega el acuerdo arbitral como fundamento de la exclusión de la competencia de los tribunales. Técnicamente la solución se construye como una remisión interna del artículo II al artículo V.1.a del CNY 1958.

Quizás aquí convenga detenerse un momento para explicar que, si bien el Artículo V CNY 1958 se refiere al reconocimiento del laudo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que la norma de conflicto uniforme que contiene sobre la ley aplicable al acuerdo arbitral vale también para el reconocimiento del acuerdo arbitral; esto es, vale como regla de conflicto aplicable por el tribunal nacional en la fase de planteamiento de la declinatoria o excepción de arbitraje. Cuando artículo II.3 del Convenio dispone que el juez deberá remitir las partes a arbitraje «salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz o inaplicable», presupone que esa validez se determinará, en lo no previsto por el propio CNY por un Derecho nacional; y ese Derecho no debe ser distinto en la fase de declinatoria de la competencia y en la fase de reconocimiento del laudo, pues de otro modo el sistema entraría en contra-

¹⁴ Haas, *opus cit.* p. 442.

dicción consigo mismo. Una interpretación sistemática del CNY 1958 exige que el reconocimiento del acuerdo y el reconocimiento del laudo sigan, en cuanto a la validez del acuerdo de arbitraje, los mismos parámetros¹⁵: un mismo tribunal no debe reconocer la cláusula arbitral como válida para luego no reconocer el laudo dictado alegando motivos de validez dicha cláusula; sería incurrir en un absurdo lógico.

Conforme al artículo V.1.a CNY, el acuerdo arbitral se rige por la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar donde se ha pronunciado el laudo. Adaptando este precepto a la fase anterior al pronunciamiento del laudo, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable debe estarse a la ley del Estado donde vaya a tener lugar el arbitraje (i.e. donde éste tiene o deba presumiblemente tener su sede), inclusive sus normas de conflicto; y si ese lugar no es determinable, la solución convencional se torna impracticable y debe acudir a las normas de Derecho internacional privado del foro¹⁶.

La ley así designada rige todos los aspectos de formación no cubiertos por la norma convencional (por ejemplo, si y bajo qué circunstancias una oferta puede ser retirada o los efectos de una aceptación tardía) y también los vicios del consentimiento desvinculados de las cuestiones de forma. En la práctica, el cumplimiento de sus requisitos del artículo II CNY hace difícil que se planteen problemas en la esfera del consentimiento o de la formación del convenio arbitral. En efecto, el artículo II CNY al subordinar el reconocimiento del convenio arbitral a la existencia de un «acuerdo por escrito» entre las partes exige examinar si la cláusula ha sido efectivamente fruto de un consentimiento expresado de forma clara y precisa por ambas partes. El requisito de forma tiene como misión garantizar que se acredite, efectivamente, el consentimiento de las partes; por esta razón, si llena esta

exigencia puede presumirse que se ha producido un acuerdo de voluntades sobre la sumisión a arbitraje. A esa misma ley corresponde, en su caso, practicar el «control de contenido» (no de inclusión) de las condiciones generales.

Si se trata de contratos celebrados con consumidores hay que tener en cuenta las normas sobre protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas, en particular el artículo 10.4, el artículo 10 bis y la Disposición Adicional 1.º, cláusula 26, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Las normas de protección frente a cláusulas abusivas se someten a conexión autónoma y son aplicables aunque el convenio arbitral se rija, conforme a la norma de conflicto del CNY 1958, por una ley distinta de la española¹⁷. La compatibilidad de esta aplicación con el CNY 1958 está fuera de toda duda, toda vez que, al margen de otros argumentos¹⁸, tales normas forman parte del «orden público de protección» del sistema español¹⁹.

Ninguna de las reglas de la Ley de Arbitraje española supone obstáculo a la interpretación anterior. En último término, porque las normas de la LGDCU de protección frente a cláusulas abusivas son transposición de una Directiva comunitaria y priman por esta razón sobre la LA, tanto en el plano materia como conflictual (y en particular sobre la propia norma de conflicto del artículo 9.6 LA²⁰).

Limites extrínsecos: arbitrabilidad y orden público

El CNY 1958 permite a los Derechos nacionales fijar límites extrínsecos al convenio arbitral a través de dos cláusulas generales: la arbitrabilidad de la

¹⁵ El hecho de que dichas normas aparezcan por primera vez en el Artículo V se explica fácilmente porque sólo en la última ronda de negociaciones se amplió el ámbito del convenio a la regulación del acuerdo arbitral, según explica Van Den Berg, *opus cit.*, p. 126. MünchKommZPO/Gottwald, Band 3 pág.1946.

¹⁶ A su vez, la capacidad de las partes se somete a su ley personal (por remisión de ese precepto a nuestras normas de D.I. privado, arts. 9.1 y 9.10 C. civil y 11 CR 1980 por analogía). El resto de cuestiones no es abordado por el CNY 1958 y se aplican directamente las normas de D.I. privado del foro (así, para la representación voluntaria el art. 10.11 CC; la orgánica se rige por la *lex societatis*).

¹⁷ Téngase en cuenta la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/2003) que declaró que España transpuso inadecuadamente la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y el Proyecto de Ley 121/000083 de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (BOCG, de 31 de marzo de 2006), con el que se remedia.

¹⁸ Esas normas son transposición de una Directiva comunitaria que, como tal, es una norma supranacional que puede ser equiparada a la introducción de una regla convencional especial, que resultaría aplicable conforme al art. VII.1 CNY 1958.

¹⁹ La explicación en Virgós; Garcimartín, «Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas», en Menéndez, Díez-Picazo, Alfaro, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 2002, págs. 145 y ss., en pág. 208.

²⁰ El art. 9.2 LA presupone que la ley española de arbitraje es la ley aplicable al convenio arbitral (de ahí la también excepción contenida en su art. 1.2, como señala Olivencia, *opus cit.* p. 41), pero en tal caso no se plantea el problema suscitado en el texto.

controversia (ex artículo II.1 CNY) y el orden público (ex artículo II.3 en relación con el Artículo V.2.b) CNY).

El CNY 1958 exige que el convenio arbitral se refiera a «un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje». En el marco del artículo II CNY la arbitrabilidad se determina por la *lex fori* del tribunal nacional al que se plantea la declinatoria o excepción de arbitraje; si ésta se plantea a los tribunales españoles, por la ley española. Esta remisión comprende, en el caso español, al artículo 9.6 LA que contiene una regla de conflicto alternativa aplicable a la arbitrabilidad lo cual redundaría en un régimen muy generoso de arbitrabilidad para los arbitrajes internacionales y que analizaremos más adelante.

Por otra parte los argumentos que justifican la operación del orden público frente al convenio arbitral (y no sólo frente al laudo) son los mismos a los que ya hemos aludido antes: el artículo II.3 CNY debe ser interpretado en armonía con el artículo V del mismo texto legal; y la remisión implícita que el artículo II hace al artículo V comprende no sólo la norma de conflicto de su apartado 1.a, sino también el orden público de su apartado 2.b)²¹. La cláusula de orden público sirve, así, para «trasladar» al ámbito del arbitraje dos políticas fuertes del ordenamiento español en el ámbito de la CJI: la protección de contratantes típicamente débiles (los *foros de protección*) y las materias cuyo conocimiento se quiere centralizar imperativamente en España (las *competencias exclusivas*).

El resultado del juego de estas dos cláusulas es el siguiente: (i) En algunas materias el recurso al arbitraje está completamente excluido y, por lo tanto, las cláusulas arbitrales no son válidas para excluir la competencia de los tribunales judiciales: materias no arbitrables. (ii) En otras materias, el recurso al arbitraje está permitido, pero su alcance internacional está restringido. Así ocurre en el caso de los contratos de consumidores y de trabajo, y de las competencias exclusivas. En estos dos ámbitos, las cláusulas arbitrales están sometidas a los mismos límites que las cláusulas de elección del tribunal nacional competente (cláusulas de elección de foro): los criterios de competencia judicial internacional subyacentes determinan dónde puede tener lugar el arbitraje. Así, cabe el arbitraje en materia de contratos celebrados con consumidores, pero

no en otros países distintos de aquellos donde el consumidor dispondría, en defecto de tal cláusula, de un foro de competencia judicial a su favor. Y lo mismo en materias objeto de competencia exclusiva: cabe el arbitraje (el carácter exclusivo no implica que sean por esta razón inarbitrables) pero no en otro Estado distinto de aquél al que viene atribuida la competencia exclusiva: en materia de inmuebles el Estado de situación, en materia de sociedades el Estado del domicilio social, y así sucesivamente.

Es cierto que el sistema español no establece expresamente límites a la sumisión a arbitrajes en el extranjero. La razón es simple: no hace falta hacerlo expresamente pues esta limitación se desprende por implicación necesaria del papel sustitutivo que tiene el arbitraje respecto de los servicios jurisdiccionales nacionales (así, por ejemplo, STC 174/1995). Dos ejemplos bastarán:

En el Derecho positivo español las normas de protección de los consumidores en el plano de la tutela jurisdiccional están recogidas en los artículos 15-17 del Reglamento 44/2001, artículos 13-15 del Convenio de Bruselas de 1968, artículos 13-15 del Convenio de Lugano de 1988 y en el artículo 22.4.º LOPJ. El régimen de competencia judicial de protección del consumidor establece un reparto especial de los riesgos de internacionalidad jurisdiccional y de las cargas de acceso a la tutela judicial, que tiene en cuenta las necesidades de protección de este sujeto. Este régimen no es derogable por acuerdo de elección de foro en perjuicio del consumidor. El recurso al arbitraje debe significar simplemente la elección de un sistema alternativo de solución de controversias, pero no una alteración de ese régimen de asignación de riesgos y de cargas de acceso (no debe suponer una redistribución de las armas procesales). En el caso de un consumidor pasivo captado por una empresa alemana en el mercado español, no sería lógicamente consistente decir que la competencia de los tribunales españoles no se puede derogar a favor de los tribunales alemanes (véase artículo 17 Reglamento 44/2001), pero sí a favor de un arbitraje en Alemania (o en un tercer país). Las cargas de acceso y los obstáculos al ejercicio real de los derechos del consumidor que ello supondría son semejantes a los derivados de una sumisión a los tribunales Alemanes; y sin embargo en este segundo caso, la respuesta del sistema es hacer inderogable la competencia de los tribunales españoles. Pues bien, el arbitraje no puede entrar en contradicción con un principio fuerte de nuestro ordenamiento, como es

21 MünchKommZPO/Gottwald, Band 3 pág.1949.

el de protección del consumidor. Las necesidades de protección internacional en cuanto a su acceso a la justicia son las mismas, ya se plantee el asunto ante jueces o árbitros. De ahí que los foros de competencia judicial internacional subyacentes (los foros judiciales de protección no derogables por las partes) operen también como límites a la localización en uno u otro país del arbitraje. El mismo principio general que protege el régimen legal de CJI de los tribunales en materia de contratos de consumo alcanza a su «sustituto», esto, es al arbitraje. Cabe el arbitraje, pero no en otros países distintos de aquellos donde el consumidor dispondría, en defecto de tal cláusula, de un foro de competencia judicial a su favor. El profesional no puede «desplazarlo» a otro país por vía del arbitraje. Naturalmente, si el consumidor acepta *después* de nacida la controversia el arbitraje en sede distinta no se plantean problemas.

Tomemos ahora el ejemplo de las competencias exclusivas. En el Derecho positivo español las competencias exclusivas están recogidas en el artículo 22 del Reglamento 44/2001, en el Artículo 16 del Convenio de Bruselas de 1968, en el artículo 16 del Convenio de Lugano de 1988 y en el artículo 22.1.º LOPJ. Los foros de competencia exclusiva obedecen a la pretensión del legislador de monopolizar para cierta categoría de litigios, la competencia judicial de sus tribunales. La justificación de los foros exclusivos resulta de una combinación de tres tipos de razones: (i) la fuerte presencia de intereses públicos materiales, (ii) la repercusión sobre la seguridad del tráfico, y (iii) la estrecha relación entre los aspectos declarativo y ejecutivos en el tipo de litigio en cuestión. Estos aspectos justifican a juicio del legislador español y comunitario la imposición de un «monopolio de jurisdicción» no derogable por los interesados en favor de los tribunales de un Estado determinado. Si el legislador español y comunitario establecen una competencia exclusiva y excluyente en materia de personas jurídicas en favor de los tribunales del Estado del domicilio social eso implica que no se admite al competencia de ningún otro tribunal nacional respecto de los litigios sobre validez, nulidad o disolución de sociedades, así como de validez de las resoluciones de sus órganos. Esta competencia exclusiva opera a pesar de que el Reglamento 44/2001 parte del «principio de equivalencia» de los servicios jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros y, por lo tanto de su fungibilidad funcional. El legislador busca centralizar las disputas en los tribunales de un Estado determina-

do y para ello le atribuye el monopolio jurisdiccional. No tiene ningún sentido que se pretenda que por la vía del arbitraje pueda escaparse de estas políticas legislativa sometiendo los litigios a arbitraje con sede en un país distinto (la supervisión o el control no corresponderá los tribunales de ese Estado y los litigios no se centralizarán en ese Estado sino donde las partes quieran). No hay razón de política legislativa que permita echar por la ventana del arbitraje lo que se ha pretendido atar en la casa de la jurisdicción nacional. Cabe el arbitraje pero no en un Estado distinto. Esto vale incluso si no se comparte la decisión del legislador de establecer monopolios jurisdiccionales, pues lo cierto es que de *lege lata* existen y que el legislador prohíbe su modificación por voluntad de las partes. De ahí que el control de las competencias exclusivas se haga incluso de oficio.

Hay que añadir, que el propio sistema positivo español no «olvida» sus competencias exclusivas por el hecho de que las partes elijan la vía arbitral. Así, por ejemplo, conforme al artículo 722 II LEC sólo cooperarán adoptando medidas cautelares en favor de un procedimiento arbitral seguido en un país extranjero «en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles» (énfasis añadido); norma que no tendría sentido si las competencias exclusivas no operasen frente al arbitraje internacional²².

En resumen, el CNY 1958 permite a través de esas cláusulas generales (arbitrabilidad y orden público), cuyo contenido se toma del Derecho nacional, mantener la coherencia valorativa de los ordenamientos de los Estados parte del mismo. El arbitraje representa un método sustitutivo de la jurisdicción

²² El carácter exclusivo de la competencia no quiere decir, por sí mismo, que la materia es inarbitrable, que lo puede ser perfectamente; lo que implica es que aunque sea arbitrable el arbitraje tiene que tener lugar en el Estado de la competencia exclusiva y no en otro. El sistema de control sobre el arbitraje, sea internacional o nacional, de este Estado garantiza el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la competencia exclusiva. La confusión entre uno y otro extremos oscurece los debates doctrinales en España. Un resumen en Perales Viscasillas: *Arbitrabilidad y convenio Arbitral*, Madrid, 2005, págs. 149 y ss. A este propósito, hay que decir que el legislador de la LEC no «se confunde» (Cfr. Fernández-Ballesteros, en González Soria (coord.): *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, pág.132) sino que es congruente con el significado de las competencias exclusivas (que no es «distribuir ciertas competencias entre jueces de un mismo espacio común»).

dicción estatal desde el punto de vista de la tutela de los derechos privados; por eso las decisiones arbitrales tienen en España fuerza de cosa juzgada (artículo 43 LA). Pues bien, los mismos intereses que se protegen en el régimen legal de competencia judicial internacional en materia de consumo y trabajo o de competencias exclusivas deben protegerse en su «sustituto»; esto es, en el arbitraje. Por consiguiente, aunque quepa el arbitraje (la exclusividad no implica inarbitrabilidad *per se*), no cabe en un Estado distinto de aquél cuyos tribunales serían competentes en defecto de la cláusula arbitral. De ahí que los foros de competencia judicial internacional (CJI) subyacentes (los foros no derogables por las partes) operan también como límite a la localización del arbitraje en otro Estado. O dicho de otra manera: si las normas de CJI establecen un foro de competencia a favor de los tribunales españoles no derogable por las partes, el único arbitraje que se puede reconocer como un «equivalente jurisdiccional» a los tribunales españoles es un arbitraje en España. Este «efecto reflejo» de las normas de CJI sobre el arbitraje internacional viene exigido por el principio de unidad y coherencia interna del ordenamiento. Las reglas de competencia judicial internacional contenidas tanto en el Reglamento 44/2001 como en el Convenio de Bruselas de 1967, en el convenio de Lugano de 1988 y en la LOPJ componen la «estructura básica» de la tutela judicial internacional. En el caso de los consumidores y trabajadores, donde opera una política clara de protección internacional, y de las materias objeto de competencia exclusiva, en cuanto protegen intereses públicos, esta estructura tiene carácter imperativo-general y condiciona la deslocalización del arbitraje. El CNY 1958 permite reflejarlo a través de la cláusula de orden público.

3 · EL CONVENIO DE GINEBRA

Por su parte, dentro del ámbito de aplicación del CG 1961, que solo opera *inter partes*, se establece una norma parecida a la del CNY 1958 sobre el convenio arbitral, aunque relaja las exigencias de forma al admitir acuerdos arbitrales no celebrados por escrito en las relaciones entre Estados contratantes cuyas leyes no exijan la forma escrita. Ex Artículo I.a CG tales Estados son los Estados de residencia habitual, domicilio o sede social de las partes. Las reglas desarrolladas específicamente para las condiciones de forma del convenio arbitral han sido semejantes a las del CNY 1958 (salvo intervención del Derecho nacional ex artículo

I.2.a) *in fine*)²³. Para los demás aspectos rigen las normas designadas por su Artículo VI: «Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo; c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto».

4 · LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

4.1 · Planteamiento y requisitos generales

La Ley de Arbitraje de 2003 (LA) es directamente aplicable fuera del ámbito del CNY 1958 y del CG 1961; es decir, en los arbitrajes domésticos. Dentro del ámbito de esos convenios, el arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje es aplicable por dos vías: (i) por la remisión que las normas convencionales hacen a los Derechos nacionales para regir diversas cuestiones; (ii) por vía del principio de mayor favorabilidad que permite alegar una regla nacional más favorable que la convencional.

La Ley de Arbitraje española regula el convenio arbitral en su artículo 9²⁴. En su Exposición de

²³ Hausmann, *opus cit.* núm. marg. 3351. En este caso, el alcance de la remisión a los Derechos nacionales más favorables prevista por el art. I 2.a es discutida; para unos autores es una remisión al Derecho interno, mientras que para otros es una remisión que incluiría las normas de conflicto. Parece más acertada esta segunda opción en la medida en que no es muy explicable que ambos Estados, considerando válida esa cláusula al margen del convenio (el régimen será el conflictual), acaben considerando nula en aplicación del convenio (por limitar este la remisión al Derecho nacional).

²⁴ Sobre este precepto, Montés Penadés, en Cuatrecasas/Garrigues: *La Nueva Ley de Arbitraje*, 2004, págs. 49 y ss; Díez-Picazo, en González Soria (coord.): *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004 págs. 99 y ss; Verdura Server, Espulgues, en Barona (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2004, págs. 315 y ss; Mantilla-Serrano: *Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, 2005, págs. 75 y ss; Gómez Jene, en Arias Lozano,

Motivos se dice que la nueva ley, en relación con el convenio arbitral, «[...] trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos». La LA no busca, por tanto, una alteración radical del régimen anterior, sino más bien su evolución. En esta evolución el legislador español se ha inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL. Basta la comparación del tenor literal del artículo 9 LA con el artículo 7 de la Ley Modelo para darse cuenta de que la Ley española sigue muy fielmente a la Ley Modelo UNCITRAL en este punto. Este dato genético es muy importante a la hora de interpretar el artículo 9 LA, porque a igualdad de lenguaje no debe entenderse que el legislador español haya querido variar el significado internacionalmente uniforme que se da a los preceptos de esa Ley modelo. La presunción de la que se ha de partir es que el legislador español ha querido incorporar esos significados en el texto de nuestra ley y que solo cuando no lo ha querido así ha modificado de un modo significativo el lenguaje empleado.

Un primer dato importante es que la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito, que proviene del CNY 1958, es una condición de eficacia del acuerdo y no sólo una regla de prueba. Lo era así, como vimos en el CNY 1958 y lo siguió siendo en la Ley Modelo. Este no es un requisito de que exista evidencia escrita del acuerdo (i.e un acuerdo oral que una de las partes hubiera confirmado por escrito), sino que el acuerdo mismo debe constar por escrito²⁵. El *test* básico de que existe un acuerdo por escrito es que cada una de las partes haya declarado por escrito su consentimiento al arbitraje (o al contrato que contiene la cláusula arbitral). En este sentido, la afirmación que se lee en algunos comentarios de que la ley española consagra una libertad casi total de forma no se corresponde con su regla de base: que el acuerdo debe constar por escrito. Es cierto que en su Exposición de Motivos se dice que «la ley refuerza el criterio antiformalista», pero este comentario debe entenderse referido a su evolución frente a la situación bajo la Ley de arbitraje derogada (LA 1988) y a la

admisión expresa que la ahora se hace de soportes distintos del papel para satisfacer la exigencia de forma escrita.

A partir de esta regla básica, la Ley española de Arbitraje sólo introduce tres modificaciones por comparación al régimen vigente según la regla del artículo II CNY 1958. Estas tres modificaciones son semejantes a las que propone la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 7(2) y en realidad sólo ratifican soluciones ya apuntadas o aceptadas por la jurisprudencia. Así, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje:

(i) Amplía la noción de escrito a medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Aquí conviene comparar los textos de UNCITRAL y de la LA. Según el artículo 7 de la Ley Modelo, «Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo». El texto de la LA española es prácticamente igual: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo». Pero se añade un segundo inciso: «Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo». La finalidad de este segundo inciso es equiparar a la documentación tradicional en soporte papel otros tipos de soportes (electrónicos, magnéticos, ópticos o de otro tipo), para ajustar la norma a la evolución tecnológica. No es su finalidad, en cambio, modificar el principio de base que debe orientar su interpretación: la constancia por escrito (o ahora por su «equivalente») del consentimiento.

En este sentido, si los nuevos soportes deben ser tratados por mandato legal como un «equivalente funcional» del escrito, los parámetros de interpretación que les resultan exigibles son *mutatis mutandis* los mismos que hemos proyectado antes sobre el Artículo II CNY 1958 (distinguiendo entre negociación individual y negociación bajo CG, etc.), de modo que puedan cumplir las mismas funciones que la forma escrita con la que se equiparan: asegurar el consentimiento real de las partes al arbitraje y probar de un modo inmediatamente reconocible la existencia del acuerdo. Así, para que el documento o registro en otro soporte sea equivalente a un escrito firmado por las partes es necesario que se utilice un método suficientemente fiable

Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003, 2005, págs. 83 y ss; Cremades, en Martín Muñoz; Hierro Anibarro: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, 2006, págs. 273 y ss. Mantilla-Serrano: *Ley de Arbitraje. Una Perspectiva Internacional*, 2005, págs. 75 y ss; 25 Holtzmann; Neuhaus: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, pág. 260; en cuanto a la ley española, en este mismo sentido, Díez-Picazo, opus cit. p. 106.

para identificar a cada parte y para indicar la voluntad de esas partes respecto de la información consignada. Con todo, el interés práctico mayor del nuevo artículo 9.3 LA es que asegura la admisión de convenios arbitrales acordados mediante intercambio de todo tipo de comunicaciones electrónicas (e.g. intercambio electrónico de datos, correo electrónico, etc.).

(ii) Ampara los mecanismos de «incorporación por referencia» de acuerdos arbitrales. Frecuentemente el convenio o cláusula arbitral se contiene en un documento separado al que las partes se refieren en sus escritos. El artículo 9.4 elimina cualquier duda sobre esta fórmula de incorporar al acuerdo de las partes el convenio arbitral: «*Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*». La referencia basta al documento que contiene la cláusula, no es necesario que se haga a la cláusula de arbitraje en concreto. En cambio, la referencia debe hacerse por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 9.3 LA: esto es, en un escrito firmado por las partes o en un intercambio de cartas u otro medios de telecomunicación. En este sentido se diferencia de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, mucho más flexible, que dispone que «*Where the parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing*» [section 5(3), énfasis añadido]. No basta cualquier referencia del contrato principal al documento en el que se contiene la cláusula arbitral (o a ésta directamente), sino que la referencia ha implicar que la cláusula arbitral pasa a formar parte del contrato principal.

(iii) Equipara al acuerdo de sumisión a arbitraje un intercambio de escritos de demanda y contestación, cuando la existencia del acuerdo arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra (Artículo 9.4). Esta norma también encuentra su antecedente inmediato en la Ley Modelo UNCITRAL. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje contiene una enigmática frase en la que el legislador dice que la voluntad de las partes prima sobre la de forma: «*Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*». Esta frase, que se cita frecuentemente fuera de contexto, va dirigida única y exclusivamente al artículo 9.5 LA. Basta comprobar que el legislador, en ese párrafo 1.º del apartado III de la Exposición de motivos, dedica sucesivamente a cada uno de los 6 apartados del Artículo 9 un inciso explicativo: la referencia a las

distintas modalidades de constancia por escrito va dirigida al apartado 3.º; el siguiente inciso («*Se consagra también, la validez de la cláusula arbitral por referencia [...]*», al apartado 4.º; el que ahora comentamos, al apartado 5.º, pues es obvio que en esta hipótesis no hay constancia previa de acuerdo alguno; y el siguiente («*En lo que respecta a la ley aplicable [...] tampoco hay dudas de que va encaminado a explicar el apartado 6.º del artículo 9*». Esta precisión es necesaria para evitar que sirva de excusa a interpretaciones poco consistentes con el principio de constancia por escrito del convenio arbitral que informa a la ley.

4.2 · La regla de conflicto del Artículo 9.6: ámbito y límites

Sin duda ninguna, la innovación mayor de la LA tanto respecto de la ley de arbitraje anterior como de la Ley Modelo UNCITRAL, a la que no sigue en este extremo, es su artículo 9.6. Esta innovación viene por la vía más complicada, la conflictual. En efecto, siempre que se trate de un arbitraje internacional el artículo 9.6 establece una regla *in favor validitatis* muy potente: «*Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español*».

Esta norma son en realidad dos. Una referida a la validez del convenio arbitral y otra a la arbitrabilidad. En ambos casos sólo entra a jugar cuando el arbitraje es, conforme al Artículo 3 de la ley española, un «arbitraje internacional».

Por lo que se refiere al convenio arbitral, el artículo 9.6 LA rige tanto la validez sobre el fondo como la forma del convenio²⁶. La redacción intencionalmente amplía del precepto así lo justifica, pues la norma busca asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral en todos sus aspectos, de ahí que incluso comprenda la arbitrabilidad de la controversia.

En cuanto a la validez de fondo, valen las observaciones hechas anteriormente. El artículo 9.6 LA

²⁶ Implícitamente, Olivencia, *opus cit.* pp. 40-41; claramente, Mantilla-Serrano, *opus cit.* p.83; en cambio, va demasiado lejos este autor cuando sugiere que el art. 9.6 LA cubre también las cuestiones de capacidad y de representación.

pretende dotar al convenio arbitral de una «coraza reforzada de validez» pues leído negativamente implica que solo se podrá declarar su nulidad si así resulta de la aplicación cumulativa de las leyes (o normas) aplicables al fondo de la controversia, al convenio arbitral y del Derecho español²⁷.

Nos centraremos ahora en la validez en cuanto a la forma, que es el aspecto en el que menos se detienen los comentaristas de este precepto. Hay que recordar que en el arbitraje internacional, como ya explicamos, las normas españolas, incluido este Artículo 9.6 en cuanto aplicable a la forma, sólo es de aplicación en la medida en que resulte más favorable al reconocimiento del convenio arbitral que el artículo II CNY 1958. Vale, por lo tanto sólo para liberalizar sus requisitos.

El artículo 9.6 contiene una triple referencia a la ley (o normas jurídicas) del fondo, a la ley (o normas jurídicas) del convenio arbitral y a la ley española. Pese a la impresión de una primera lectura, desde el punto de vista de la forma la alternativa práctica se reduce a validar el convenio arbitral si es conforme a la ley española (siempre) o a la ley aplicable al fondo; en la mayoría de los casos eso conduce a la ley del contrato en el que se inserta la cláusula arbitral. Sólo es raros supuestos vendrá a aplicarse la primera posibilidad (validez conforme a la ley o normas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral), pues si las partes se han parado a elegir la ley o las normas jurídicas aplicables al convenio arbitral y a hacerlo de un modo diferente al fondo del contrato, sería un tanto extravagante que no se decidieran a plasmarlo en un documento: se trata de un acuerdo atípico y lo atípico no se deja en el tráfico sin evidencia que lo constate.

En principio, se requiere que el convenio arbitral cumpla, aunque se trate de un arbitraje internacional, con la forma escrita requerida por el derecho español (i.e. la forma escrita en las condiciones de los apartados 1-5 del artículo 9 LA). Pero si conforme a la ley aplicable al fondo no se requiere una forma escrita del acuerdo arbitral, entonces tampoco se exigirá una forma escrita en España. El sistema español ya admitía una liberalización del requisito de forma en el marco del Convenio de Ginebra de 1961, por lo que la novedad es relativa.

En todo caso, la técnica conflictual elegida no favorece la previsibilidad de las soluciones. En este sentido, probablemente se haya perdido una oportunidad para hacer evolucionar el sistema autónomo español de un modo más claro, alineando el convenio arbitral con las fórmulas, más flexibles y conformes al comercio internacional, ya contempladas por el Reglamento 44/2001 para los acuerdos de elección de foro. Bastaría haber previsto que, junto a los convenios arbitrales que figuren por escrito, debían ser admitidos aquellos convenios arbitrales celebrados: (i) en cualquier forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; (ii) en cualquier forma conforme a los usos del sector comercial considerado siempre que fueran ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo por los operadores del sector.

Más difícil de entender es la regla sobre la *arbitrabilidad*. La arbitrabilidad define las materias que el legislador reserva a la competencia de las autoridades judiciales por razones imperativas de interés general y fija la frontera del arbitraje. Por eso resulta extraño en un primer acercamiento a la cuestión que el legislador deje en la manos de las propias partes el fijar esa frontera, pues somete la arbitrabilidad a la misma regla alternativa que hemos visto para la validez del convenio arbitral.

Sin embargo, bien miradas las cosas, la regla no es tan dramática. Lo primero porque en su ámbito normal de aplicación la alternativa ley española o ley del fondo para determinar la arbitrabilidad es razonable: si conforme al Derecho que rige el fondo la materia es arbitrable aunque no lo sea conforme al Derecho español, no hay por qué imponer un criterio de arbitrabilidad distinto por el hecho de que el arbitraje internacional se desarrolle en España. Esta misma idea se explica desde la voluntad de convertir a España en una sede neutral del arbitraje internacional. Si la sede es neutral, no tiene por qué imponer a las partes sus límites a la arbitrabilidad cuando la ley del fondo o la ley del Estado donde el laudo está llamado a producir efectos permiten el arbitraje en esa materia. Un foro neutral debe evitar jugar innecesariamente el «rol del aguafiestas».

En este sentido, el tenor del artículo 9.6 LA es congruente con la idea de España como foro neutral de arbitraje; o, en un lenguaje más tradicional, como Estado «desinteresado». Sin embargo ese mismo tenor va demasiado lejos cuando España es un Estado «interesado» en la materia objeto del arbitraje. Un arbitraje es internacional, por ejemplo, cuan-

²⁷ Así, Fernández-Armesto, en Martín Muñoz, Hierro Anibarro: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, 2006 págs. 749-750.

do ambas partes tienen su domicilio en Estados diferentes (artículo 3 LA). Es difícil encontrar una razón que justifique que por el hecho de que dos personas tengan sus respectivos domicilios en Portugal y España puedan someter a arbitraje aquello que está excluido tanto en el sistema español como en el sistema portugués: por ejemplo, someter las cuestiones de estado civil a arbitraje (e.g. eligiendo una ley aplicable al convenio arbitral que lo permita). No parece que ésta haya sido la intención del legislador español. Más bien parece que el legislador, preocupado de fomentar el arbitraje, confía en una utilización razonable del artículo 9.6 LA por los operadores, y delega en la jurisprudencia la fijación de los límites a esta regla de base.

Estos límites pueden venir determinados de dos maneras, cuyos trazos simplemente esbozaremos aquí. La *primera* sería entender que es condición de aplicación del artículo 9.6. y del principio *in favor arbitrabilitatis*, que el Estado español no sea un Estado «interesado» (e.g. que no esté en juego el estado civil de un Español o persona domiciliada en España). Esto implicaría, por ejemplo, que cuando se tratar de derogar la competencia de los tribunales españoles o de ejecutar un laudo en España, el concepto de arbitrabilidad a aplicar sería el del artículo 2.1 LA y no el derivado del artículo 9.6 LA. La *segunda* forma sería entender que en el arbitraje internacional se aplica siempre el artículo 9.6, con el límite del orden público. La aplicación del orden público garantizaría que siempre que exista un interés fuerte y una vinculación suficiente con España («*Inlandsbeziehung*») se protegería la prohibición de someter la materia a arbitraje tanto en España como en el extranjero. En la

práctica, como ha sido observado, esto implica dejar al orden público como única frontera del arbitraje, siguiendo acaso la inspiración del sistema francés²⁸. En esta perspectiva, se facilita el papel como sede pero se «sobrecarga» el orden público.

5 · A MODO DE CONCLUSIÓN

Más allá de sus concretas soluciones y de su decidida inspiración en la Ley modelo UNCITRAL, la Ley de Arbitraje de 2003 demuestra un profundo cambio de actitud del legislador español: del legislador desconfiado del arbitraje y preocupado por la «fuga del Derecho» que redacta la ley de Arbitraje del año 1988 hemos pasado a un legislador que confía en el arbitraje y en sus instituciones. Por eso, una vez constatada la voluntad clara de las partes de utilizar la vía arbitral para resolver sus disputas (de ahí la persistencia del convenio escrito como regla de base del artículo 9 LA), no se preocupa de poner ulteriores frenos o condiciones, sino de facilitar la efectividad de la elección practicada. El artículo 9.6 LA refleja excepcionalmente bien esta idea pues proyecta sobre la base misma del arbitraje, el convenio arbitral, una política de favorecer su validez y protegerlo frente a reglas que no respondan a un estándar internacional: la regla alternativa en cuanto a la validez se torna cumulativa para la nulidad y sólo es verosímil que la ley del fondo, la ley del convenio arbitral y el Derecho español coincidan en una causa de invalidez si esta causa responde a ese estándar. A partir de ahí, no es que el legislador se olvide de poner límites, es que simplemente delega en jueces y tribunales esta tarea por medio de las cláusulas generales del ordenamiento.

²⁸ Como explica Gómez Jene, *opus cit.* pp. 36-37. Sea cual sea la interpretación elegida, se evitarán los riesgos apuntados por Cremades, *opus cit.* p. 302.