

## PANORAMICA EUROPEA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL\*

*Faustino Cordón Moreno*

Abogado  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Navarra

### SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. LA DIFUSION DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL. III. LAS CARACTERISTICAS GENERALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL. 1. *El concepto de arbitraje internacional*. 2. *Relevancia de la voluntad de las partes*. 3. *Antiformalismo*. 4. *La institucionalización del arbitraje*. 5. *La limitación de las causas de impugnación del laudo*. IV. LOS PROBLEMAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL OBJETO DE ANALISIS. 1. *Su ámbito de aplicación*. 2. *La internacionalidad del arbitraje*. 3. *La autonomía del convenio arbitral*. 4. *Los requisitos del convenio*. 5. *Los efectos del convenio*. 6. *La ley aplicable por los árbitros al fondo del asunto*. 7. *Reconocimiento y ejecución del laudo*.

### I. INTRODUCCION

1. En esta intervención me propongo analizar las principales cuestiones que suscita el arbitraje comercial internacional desde la perspectiva europea en general y española en particular. La exposición, necesariamente sumaria, dejará de lado cuestiones sociológicas para detenerse en algunos aspectos jurídicos relevantes de la institución que han suscitado el interés e incluso la polémica dentro de la doctrina.

La perspectiva general europea –y en particular española– abordada significa tomar como referencia obligada los convenios internacionales multilaterales en materia de arbitraje –que, para Europa, son la Convención de Nueva York de 1958 y el Convenio Europeo de Ginebra 1961–, pero sin desconocer las peculiaridades nacionales –españolas en el caso– que en ocasiones dificultan la aplicación uniforme de aquellos; y viene justificada por el hecho de que, aunque existe una tendencia acentuada hacia la elaboración de una normativa uniforme, esta todavía no se ha producido. Los intentos llevados a cabo tanto a nivel regional europeo por la Ley uniforme en materia de arbitraje elaborada por el Consejo de Europa (Convención de Estrasburgo de

\* Ponencia presentada por el autor en el Congreso Sobre Arbitraje Civil y Comercial, organizado por la Universidad de los Andes (Chile), realizado el día 4 de septiembre de 1997.

20 de enero de 1966) –también a nivel regional americano por el proyecto de Ley uniforme sobre Arbitraje en América, presentado por el Comité Jurídico Interamericano en 1956– como universal –la Ley modelo de la CNUDCI de 1985–, no se han visto coronados por el éxito.

## II. LA DIFUSION DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados, fundada en la voluntad de las partes, que ha experimentado una gran difusión, sobre todo en el ámbito internacional, en el que su auge ha ido paralelo al desarrollo creciente de las transacciones comerciales internacionales; hasta tal punto de que hoy, sin duda, es el medio más utilizado para resolver los conflictos que surgen en el comercio internacional, que, como se ha resaltado por la doctrina, exige seguridad y rapidez en las transacciones y, por lo tanto, unas técnicas simples y eficaces de solución de las controversias que puedan surgir.

En el ámbito de las relaciones comerciales internacionales existe una mentalidad a favor del arbitraje. Su aceptación y desarrollo es, ante todo, consecuencia de la ausencia de una jurisdicción supraestatal de derecho privado, para resolver los litigios que pueden surgir en las relaciones internacionales; los Estados no ofrecen más que las jurisdicciones nacionales, concebidas en su origen para dilucidar los conflictos internos y los tratados internacionales sobre competencia judicial internacional –a pesar del desarrollo que han experimentado y de los indudables avances técnicos que introducen– resultan insuficientes para atender las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico. En el ámbito internacional –sobre todo en el campo de las relaciones comerciales– se deja sentir la necesidad de acudir a una jurisdicción neutral ya adaptada a las necesidades del comercio internacional y, como se ha dicho, las personas que se dedican a él han sabido utilizar el arbitraje para hacer del mismo un instrumento de la neutralidad deseada. Su celeridad y flexibilidad, su adaptación a la voluntad de las partes, que pueden elegir entre un arbitraje de derecho y un arbitraje de equidad y, en el primer caso, la ley aplicable por los árbitros para resolver el conflicto, constituyen otras virtudes intrínsecas de la institución que han contribuido, sin duda, a su éxito.

Pero el desarrollo del arbitraje internacional no sería lo que es actualmente sin la eficacia real de las sentencias arbitrales. La flexibilidad con la que los árbitros ejercen sus poderes en materia de comercio internacional contribuye a asegurar la ejecución espontánea de sus decisiones; con referencia a estadísticas de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio internacional de París, sólo un escaso número de sentencias arbitrales dictadas han precisado de un procedimiento de *exequatur*. Lo cual se explica, además de por la flexibilidad, por el apoyo de los Estados que han contribuido a la elaboración de tratados internacionales facilitadores de la ejecución de las resoluciones arbitrales en los diferentes países y también por la presión sociológica de los medios de comercio internacional. En efecto, la denegación de ejecución de una sentencia dictada bajo los auspicios de una institución arbitral de renombre se asimila fácilmente a la mala fe y aparece como una mancha en la vida comercial de la persona obstinada.

Por lo demás, conviene tener presente la influencia que en el éxito del arbitraje internacional han tenido factores externos a la institución. En especial, la actuación y la presión de las grandes organizaciones profesionales que operan en el comercio internacional, las cuales, haciéndose eco de los intereses de las grandes empresas que representan, han fomentado el recurso al arbitraje como medio, por un lado, de desembarazarse del Derecho estatal, sustituyéndolo por la *lex mercatoria*, y por otro, de obtener así una decisión vinculante fácilmente exportable a todos los países. El éxito del arbitraje no se explica sin tener en cuenta esta realidad, que, como hemos dicho, se ha visto apoyada por los Estados que han propiciado la eficacia extraterritorial de los laudos a través de múltiples convenios internacionales; sin ella probablemente los esfuerzos se hubieran decantado hacia la mejora de los controles judiciales internacionales.

2. España ha permanecido durante muchos años ajena al fenómeno del arbitraje internacional. Sin duda contribuyeron a ello las deficiencias de la anterior Ley de 22 de diciembre de 1953, que, al no ofrecer una base normativa favorecedora del desarrollo del fenómeno arbitral, impidió que se formara en mi país una *mentalidad* en favor del mismo. Esta ley —excesivamente formalista y negadora del arbitraje institucionalizado— fue fruto de la época y nació alejada de la problemática real, desconocedora de las exigencias del tráfico jurídico, en especial del mercantil y, en lo que ahora interesa, no contemplaba mecanismos para la solución de controversias que pudieran surgir en el ámbito mercantil internacional.

Sin embargo, y de una manera aparentemente contradictoria, en la década de los setenta —en 1975 y 1977— España ratificó los tratados internacionales más importantes sobre esta materia —el Convenio europeo de Ginebra de 1961 y el de Nueva York de 1958, respectivamente— y una jurisprudencia progresiva del Tribunal Supremo fue liberando, a partir de 1981, los obstáculos que la estrechez de miras interpretativa —fundada en una exégesis literal de los requisitos de la legislación interna— ponía a su plena aplicación. Poco a poco el arbitraje internacional fue adquiriendo carta de naturaleza en España, como consecuencia tanto de la cada vez mayor integración de nuestro país en el marco de las transacciones económicas internacionales como del aumento creciente de las inversiones extranjeras en España.

De este modo se propició una situación cuanto menos curiosa (de *esquizofrénica* la han calificado otros). Coexistían en nuestro país dos ordenamientos arbitrales: el interno abocado al fracaso y el internacional en creciente éxito; dos regímenes arbitrales en gran medida antitéticos y faltos de conexión, que dificultaban la aplicación de las remisiones que los convenios internacionales hacen en favor de las legislaciones de los Estados parte. Esto era llamativo y fue muy criticado. Aunque fuese sólo por razones de coherencia jurídica, la adaptación del ordenamiento interno al internacional se hacía necesaria. La modernización del ordenamiento arbitral resultaba, además, imperiosa después de la adhesión de España a la Unión Europea, en cuyo seno nuestro país se encontraba en una clara situación de desventaja frente a los demás países comunitarios, que o bien poseían una larga tradición arbitral o bien se habían dotado de nuevas leyes arbitrales.

La adaptación se produjo, por fin, con la Ley 36-1988, de 5 de diciembre, que —se puede afirmar— cumple con los objetivos de reforma necesarios para poder arbitrar con seguridad jurídica en España, cosa que antes no sucedía. El

enfrentamiento político e institucional que existió en su origen y los fantasmas del legislador –que en el arbitraje internacional se concretaban en la *lex mercatoria*, como idea de supuesta fuga del derecho en beneficio de las empresas multinacionales– permiten explicar algunas incongruencias y contradicciones internas; pero la valoración global debe ser positiva tanto por el impacto que ha tenido en el ámbito mercantil y de los negocios como, en un plano estrictamente jurídico, por las novedades que introduce.

### III. CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

#### 1. *Concepto de arbitraje internacional*

El concepto y la naturaleza jurídica del arbitraje no varía porque al mismo le pongamos el calificativo de internacional. Las coordenadas que enmarcan la institución son las siguientes:

- A) *La voluntad* de las partes de someter a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición, que en el ámbito internacional se limitan normalmente, aunque no siempre a las de carácter comercial o mercantil. El acuerdo o convenio arbitral –la voluntad de las partes, por tanto– es así la pieza clave que da origen al arbitraje.
- B) La existencia de este convenio obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje. El arbitraje, voluntario en su origen, es obligatorio por su resultado, siempre, por supuesto, que ambas partes no decidan cambiar su voluntad y acudir a la solución jurisdiccional.
- C) El arbitraje se desarrolla a través de un procedimiento, que culmina con el laudo, el cual, una vez firme, produce –como la sentencia judicial– efectos de cosa juzgada y podrá abstenerse su ejecución forzosa.

#### 2. *Relevancia de la voluntad de las partes*

La voluntad de las partes constituye, pues, la pieza clave de la institución arbitral, de conformidad con la idea de que el arbitraje es un camino que convienen de común acuerdo para la solución de los conflictos. Esta voluntad se plasma en el convenio arbitral, que es un acto con sustantividad propia, incluso cuando se ha suscrito –como ocurrirá la mayoría de las veces– como un pacto accesorio dentro de un contrato principal. Pero la voluntad de las partes no sólo está en el origen del arbitraje, sino que lo informa a lo largo de todo su procedimiento y, como veremos, es la que determina la ley aplicable por los árbitros para resolver el problema de fondo.

Los tratados internacionales sobre arbitraje subrayan el origen contractual –y, por tanto, voluntario– del arbitraje internacional con más intensidad, si cabe, que las diferentes normativas reguladoras del interno. Conviene salir al paso de determinados fenómenos e insistir –utilizando una frase del Tribunal Constitucional español– en que el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución, ya que la exclusión de la vía jurisdiccional –para uno o determi-

nados casos concretos, porque no se admite la renuncia general a la tutela judicial— sólo es lícita si las partes lo deciden de mutuo acuerdo. Por eso, se puede afirmar que resulta contrario a la norma fundamental que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje.

La polémica se suscitó en España a propósito de la regulación del arbitraje en materia de transportes terrestres, en el que el legislador pretendió establecer un arbitraje obligatorio para contiendas inferiores a determinada cuantía, y, en el ámbito del arbitraje internacional, como consecuencia de la inclusión por el Convenio europeo de Ginebra de 1961, dentro de su ámbito, de los arbitrajes desarrollados por los organismos permanentes de arbitraje de la antigua URSS y demás Estados comunistas de la Europa oriental, países en los que las cláusulas compromisorias que daban origen al arbitraje de tales órganos estaban integradas en contratos de adhesión elaborados por el propio Estado, que ejercía el monopolio del comercio exterior. En España la polémica fue zanjada por el Tribunal Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de la ley de transportes en ese punto (SSTC 75-1996, de 30 de abril y 174-1995 de 23 de noviembre); y respecto del pretendido arbitraje desarrollado en los antiguos países del Este, pocos son los que han defendido su naturaleza de tal, inclinándose la doctrina mayoritaria por considerar a aquellos “organismos permanentes de arbitraje” como verdaderos órganos judiciales estatales disfrazados de órganos arbitrales.

### 3. *El antiformalismo*

1. La normativa reguladora del arbitraje internacional es poco proclive a los formalismos y esto se aprecia, en primer lugar, en la amplia libertad de forma del convenio arbitral. Según la Convención de Nueva York, el convenio deberá realizarse por escrito, con lo que se pretende evitar un litigio previo sobre la existencia misma del convenio, aunque se entenderá que está hecho por escrito cuando resulte del intercambio de cartas o telegramas o —añade nuestra Ley interna— de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. II. 1). Como se ha dicho, el Convenio establece una exigencia *mínima*, pero cabe preguntarse también si es una *condición indispensable*, porque existen Estados cuyos ordenamientos liberan al convenio arbitral de la exigencia de forma escrita.

Desde la perspectiva del Convenio —que, no se olvide, tiene por objeto el reconocimiento y ejecución del laudo— la respuesta última está en manos de los tribunales de los diferentes Estados que son los que, en última instancia, controlan los requisitos del convenio al examinar la validez del mismo en sede de reconocimiento. ¿Puede solicitarse el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados con base en convenios verbales al amparo del régimen del Convenio de Nueva York? A mi juicio, la respuesta debe partir de que el incumplimiento del requisito de forma no está previsto como una causa específica de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo en el art. V.1 del Convenio, por lo que, para ver si se ha cumplido, habrá que estar a la ley aplicable a los requisitos de validez del convenio que es la de autonomía de las partes (art. V.1, a) y estas pudieron someterse a la ley de un país que prevé la forma verbal.

Por lo demás, no pueden olvidarse ni los avances tecnológicos de la comunicación en el cruce de ofertas y demandas, que deben llevar a la exclusión de cualquier interpretación restrictiva de este precepto del Convenio, ni las exigencias de agilidad del tráfico jurídico mercantil; la confianza que preside las relaciones que se desenvuelven en el mismo ha llevado en la práctica a que se atenúen las exigencias formales para los convenios arbitrales, admitiéndose los acuerdos puramente verbales, la designación unilateral por una de las partes del recurso al arbitraje seguida por el silencio de la otra o la simple comparecencia de las partes, sin mediar acuerdo previo, en el procedimiento arbitral. Quizá por esta razón, a pesar de las reticencias mostradas en la elaboración del Convenio de Nueva York, que llevaron a excluir la admisión del acuerdo tácito, la evolución natural sea flexibilizar la exigencia de la escritura como requisito de validez y tender hacia la admisión incluso del convenio verbal, en la línea que sigue el art. 1.2 a) del Convenio de Ginebra, que prescinde de la exigencia escrita cuando se trate de relaciones entre Estados que no exigen dicha forma para el convenio arbitral.

2. La ausencia de formalismo se extiende también al procedimiento arbitral. El art. V.1, b) del Convenio de Nueva York establece unos principios esenciales —notificación a la otra parte de la designación del árbitro, posibilidad de hacer valer los medios de defensa, etc.— que deben mantenerse en el procedimiento arbitral; principios que deberán ser valorados por el tribunal del país que conoce del *exequatur*; en España, a la luz de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, que señala nuestra Ley interna como principios mínimos a respetar, los cuales, en cuanto garantías constitucionales, integran el núcleo duro de la excepción de orden público.

Por lo demás, el desarrollo de procedimiento arbitral se regirá por lo dispuesto por las mismas partes en el convenio arbitral o por las normas establecidas por la corporación o institución o asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por lo que señalen la ley del país donde se desarrolle el arbitraje —en el régimen del Convenio de Nueva York— o las normas previstas con carácter supletorio en el art. II del Convenio de Ginebra. Conforme a estas normas se regirán las alegaciones y la oposición de las partes, la fase probatoria, etc., sin más límites que el respeto a los principios fundamentales antes señalados y a los que puedan venir impuestos, en su caso, por los Convenios. La dispersión de normas aplicables en defecto de acuerdo entre las partes no favorece la uniformidad; los Convenios no han sabido apostar por la unificación de la normativa supletoria, como lo ha hecho, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, signada en Panamá el 30 de enero de 1975, que señala las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) (art. 3).

#### 4. *La institucionalización del arbitraje*

La normativa de los convenios analizados apuesta claramente por el arbitraje institucional. Igual cosa ocurre en el arbitraje interno, la libertad de las partes se extiende a la designación de los árbitros y esta libertad se traduce en los Convenios en la opción, libremente ejercitable, entre designar una o va-

rias personas de su confianza a cuya decisión se someten (arbitraje *ad hoc*), deferir a un tercero el nombramiento o bien –y el supuesto no es más que una variante del anterior– delegar esta decisión en una institución permanente (arbitraje institucional) (cfr. arts. 1.2 del Convenio de Nueva York y 1.2 b) del de Ginebra).

La tendencia es clara a favor del arbitraje institucional cuyas ventajas objetivas son evidentes. Ciertamente en el arbitraje *ad hoc* las partes eligen a los árbitros pensando en sus concretas y determinadas circunstancias y, sobre todo, en la confianza que les merecen. Pero esto también ocurre en el institucionalizado; las partes eligen –o pueden elegir– la institución que por su experiencia y prestigio les merece mayor confianza, es decir, la que a través de su actividad diaria ofrece garantías de neutralidad y de gestión eficaz. La institución arbitral vigilará el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando el laudo con la autoridad y prestigio no sólo del eventual árbitro que lo dicta, sino también de la institución en cuyo marco se ha llevado a cabo el procedimiento. El arbitraje institucional supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad especializada en temas arbitrales, que facilita el recurso a personal auxiliar y colaborador también especializado. En fin, el árbitro se sabe seguro al dictar su sentencia porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un indiscutible interés en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora del arbitraje.

Por lo demás, en este tipo de arbitraje los problemas que pueden presentarse en el desarrollo de la función arbitral se resuelven casi automáticamente, al existir un cauce previamente establecido (y, por lo tanto, conocido) en el reglamento de la institución o asociación arbitral; institución que, por otra parte, es una entidad que dispone de servicios y medios adecuados para facilitar el arbitraje. Ciertamente todo lo que supone institucionalización y garantía implica organización y, por eso, el procedimiento arbitral institucionalizado será algo más lento y más caro, pero los inconvenientes se compensan con las ventajas antes dichas.

##### 5. *La limitación de las causas de impugnación del laudo*

En cuarto, lugar, la normativa es opuesta a la fácil impugnación. Según el art. V.1, e) del Convenio de Nueva York, puede oponerse al reconocimiento y ejecución la falta de obligatoriedad de la sentencia o la anulación o suspensión de la misma. La obligatoriedad de la sentencia equivale a su firmeza y habrá de estimarse conforme a las normas rectoras del procedimiento, que, como antes veíamos, dependen –en el marco de este Convenio– de la voluntad de las partes o, en su defecto, de la ley de la sede arbitral. Será, pues, esta ley la que regule la posibilidad de interponer recursos y, en caso afirmativo, las clases y procedimiento a seguir en los mismos.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, para los países por tal convenio vinculados, el art. IX.2 del Convenio de Ginebra restringe la aplicación de esta causa de oposición al reconocimiento del laudo a los casos de anulación de la sentencia arbitral que prevé taxativamente en el párrafo primero de ese artículo.

## III. LOS PROBLEMAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL OBJETO DE ANALISIS

1. *Su ámbito de aplicación*

Existen fenómenos que ponen en cuestión el ámbito mismo de aplicación de los convenios internacionales, porque, previamente, cuestionan la existencia de un verdadero arbitraje. A él se acude normalmente buscando la solución de una controversia en sentido estricto; pero, en ocasiones, lo que se pretende de los árbitros no es que resuelvan un litigio *inter partes* en sentido estricto, sino algo diferente: que resuelvan una discrepancia puramente factica –por ejemplo, la tasación de unos daños– o jurídica –la interpretación de un contrato o su adaptación, en el caso de ser de tracto sucesivo, a las nuevas circunstancias–. La cuestión acerca de si en tales supuestos, en especial en el último, existe o no verdadero arbitraje es polémica en la doctrina y la discusión es alimentada por la ambigüedad y aparente contradicción de los tratados internacionales y la posición poco clara de los derechos nacionales.

La doctrina, en efecto, ha puesto de manifiesto las diferencias al respecto entre el Convenio de Nueva York y el de Ginebra: mientras el primero –también la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 1)– habla de *diferencias* (art. II.1), el segundo utiliza los términos más precisos –y restrictivos– de *contendias o controversias* (art. I.1). La posición poco clara de los derechos nacionales se observa, por ejemplo, en el ordenamiento español, en el que la Ley de 1988 no exige la existencia de una “controversia” en sentido estricto; el término “cuestión litigiosa” que utiliza el art. 1 es más amplio y puede dar pie para la inclusión dentro del arbitraje de materias dudosas. Además ha desaparecido de la ley –sin que haya unanimidad a la hora de sostener si se trata de un olvido o de una decisión consciente– el precepto contenido en el art. 2 de la antigua de 1953, según el cual “no se considerará arbitraje la intervención de tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”. No ha desaparecido, en cambio, la exclusión del arbitraje irritual, que no es verdadero arbitraje para el derecho interno (art. 2.2 de la Ley), por lo que, al ser el juez nacional el que califica, no considerará verdadero laudo su resolución, si se pretendiera su ejecución en España, no obstante las discusiones –planteadas sobre todo en Italia– acerca de si este tipo de arbitraje encaja o no dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York.

Sea cual sea la postura que se adopte, parece claro que los esfuerzos deberán encaminarse a buscar una solución única, favorable o contraria a la inclusión de estas decisiones en el ámbito de los convenios, facilitando la aplicación uniforme de los mismos. Probablemente la progresiva desvinculación del arbitraje internacional de modelo judicial –al que no se podría acudir para tales fines–, su adaptabilidad a la diversa variedad de los conflictos que se plantean en el ámbito internacional de los negocios, el papel relevante que en el mismo desempeña la voluntad de las partes y la tendencia hacia un modelo arbitral de tipo único son circunstancias que en un futuro facilitarán la adopción de una solución favorable, en la que se reconozcan a los árbitros estas facultades.



## 2. *La internacionalidad del arbitraje*

La determinación de la internacionalidad del arbitraje es importante para los efectos de fijar la normativa que es aplicable, en primer lugar, a los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral, y en segundo lugar, al régimen de reconocimiento y ejecución del futuro laudo que se dicte. Ahora bien, tampoco en este punto existen unos criterios uniformes, ya que los mismos difieren de unos ordenamientos a otros y de estos a los recogidos en los convenios internacionales.

Según el art. I.1, a) del Convenio de Ginebra, 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*". El criterio cubre sin duda los supuestos más frecuentes que pueden plantearse, pero no todos los imaginables; por de pronto, conforme al mismo, quedan excluidos los arbitrajes pactados para resolver conflictos surgidos o por surgir en "operaciones de comercio internacional", por quienes sean nacionales de un mismo país o tengan en él su residencia o su domicilio o sede social.

Desde el punto de vista español, esta exclusión era congruente con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, en el ámbito jurisdiccional, ha venido negando a los nacionales, hasta tiempos bien recientes, la posibilidad de sustraerse a la jurisdicción de los tribunales españoles a través de la sumisión a un juez extranjero. En el ámbito arbitral, el problema estaba resuelto por el Convenio de Nueva York que ofrece un criterio más amplio, ya que establece como uno de los principios delimitadores de la internacionalidad del arbitraje la extranjería a ambas partes de la resolución arbitral a dictar, considerándose que la resolución es extranjera, entre otros supuestos, cuando ha sido dictada "en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución" (art. I.1); criterio que, además, fue conscientemente adoptado por los países firmantes del Convenio, ya que en su discusión fue expresamente rechazada una enmienda italiana que, con base en el art. 2 de su Código Procesal Civil, proponía negar la aplicación del Convenio "cuando ambas partes son nacionales o tengan su domicilio o residencia habitual en su territorio". Y en el ámbito jurisdiccional ha encontrado solución recientemente en la jurisprudencia que, aplicando los principios contenidos en el Convenio de Bruselas de 1968, admite la sumisión de nacionales a la jurisdicción de otros Estados cuando el litigio verse sobre materias que no son de competencia exclusiva del foro.

El Convenio de Nueva York todavía ofrece otro criterio para determinar la internacionalidad del arbitraje, al aplicarse, según el mismo art. I.1 "a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución". Si se tiene en cuenta que, conforme al art. I.1.3, 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", resulta que, conforme a dicho criterio, y si no se formuló tal reserva, podrán tener la consideración de arbitrajes internacionales los desarrollados en el foro con-

forme a la normativa de los convenios internacionales o de otros ordenamientos diferentes, y de nacionales los desarrollados en el extranjero conforme a la normativa del propio país; todo dependerá de que el Estado en cuestión, en que se solicita el reconocimiento y ejecución, considere a la sentencia arbitral como nacional o extranjera aplicando la ley territorial del lugar en que se dictó —es el caso de España— o la que rige el procedimiento arbitral (caso de Alemania por ejemplo).

Desde la perspectiva del Derecho español, que recoge el criterio de territorialidad exclusivamente —según el art. 56.2 de la Ley de Arbitraje es laudo arbitral extranjero “el que no haya sido pronunciado en España”—, el problema se halla bastante simplificado: ni un laudo arbitral dictado en España puede ser internacional, aunque el procedimiento se desarrolle conforme a una ley distinta de la española, ni uno dictado en el extranjero puede ser nacional, aunque el procedimiento se haya desarrollado conforme a esta ley; en consecuencia no será aplicable el segundo de los criterios de internacionalización del arbitraje previsto en el Convenio de Nueva York.

No ocurre lo mismo en países que, como Alemania o Francia, hacen depender la “nacionalidad del laudo” de la ley que rige el procedimiento arbitral. Para ellos está previsto aquel segundo criterio y en ellos se plantea el problema de cómo se debe aplicar: si en un plano de igualdad con el primero de los criterios contemplados en el Convenio o sólo con carácter supletorio. Imaginemos un laudo dictado en España conforme a la ley alemana. Si la ejecución se solicita en España, el juez español lo considerará nacional porque la legislación de nuestro país establece exclusivamente el criterio territorial —art. 56, antes citado— que, además, es congruente con el primero de los criterios del Convenio de Nueva York; por el contrario, si la ejecución se solicita en Alemania, el juez de este país, que es el que debe calificar el laudo como nacional o extranjero, podrá acudir, en abstracto, bien al primero de los criterios del Convenio de Nueva York y considerar el laudo extranjero, bien al segundo de ellos y calificar —de acuerdo con su legislación interna— el laudo como nacional por haberse desarrollado el procedimiento conforme a la ley alemana. Que pueda acudir a uno u otro de los criterios libremente o que deba acudir al segundo sólo en defecto de primero, dependerá de cómo se entienda que deben aplicarse ambos criterios del Convenio de Nueva York, cuestión que es discutida por la doctrina. En el bien entendido de que, si defendemos el carácter supletorio del segundo, su ámbito de aplicación se reduce considerablemente; en concreto a aquellos casos en que se solicite la ejecución del laudo en el mismo Estado en que se dictó rigiéndose el procedimiento por una ley extranjera. El hecho de que la experiencia práctica ponga de manifiesto la escasa aplicación del segundo criterio (Van den Berg decía en 1981 que no se conocía ningún caso) quizá abone la interpretación de la aplicación subsidiaria. Con ella, además, se eludiría el problema de determinar la jurisdicción estatal a la que recurrir en el caso de que se requiera la intervención jurisdiccional, ya que, de admitirse la aplicación alternativa, el laudo podría ser considerado nacional en ambos países y no saber al juez de cuál de ellos acudir.

### 3. *La autonomía del convenio arbitral*

Los efectos del convenio arbitral internacional, en especial el efecto negativo de exclusión de la vía jurisdiccional, están supeditados al examen que

el juez del foro realice de su validez, eficacia y aplicabilidad al caso concreto. El problema surge a la hora de determinar cuál es la ley por la que se rige: la que regula el contrato en que está inserto, la ley del foro (en el caso de que difiera de la anterior) o la ley de autonomía de las partes.

La primera se aplicará si entendemos que la cláusula arbitral no goza de autonomía propia, sino que sigue las vicisitudes del contrato principal y se rige por la ley a él aplicable; la segunda, si entendemos que la ley interna reguladora del arbitraje es, en todo caso, de orden público; la tercera, en fin, si defendemos la autonomía de la cláusula arbitral y negamos que la legislación interna de arbitraje sea de orden público.

La discusión sobre la autonomía de la cláusula arbitral está hoy superada dogmática y legalmente. Tanto en el Convenio de Nueva York (art. V.1, a) como el de Ginebra (art. VI.2) prevén la ley de autonomía como norma principal aplicable, aunque ciertamente, en defecto de la misma regulan —en esos mismos preceptos— otros criterios aplicables con carácter supletorio. La Ley de autonomía es igualmente el criterio seguido por el art. 61 de la Ley interna española, que prevé también unos criterios supletorios, aunque diferentes de los previstos en los Convenios: “en su defecto (de acuerdo entre las partes), por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de esta, por la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, si este no estuviese determinado, por la ley del lugar de celebración del convenio arbitral”. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los tratados internacionales, dicho precepto establece unos condicionamientos a la aplicación de la ley de autonomía de la voluntad de las partes —necesidad de que la manifestación de voluntad sea expresa y, sobre todo, la exigencia de que la ley elegida tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia— que de hecho esta queda desvirtuada. Por eso, ha sido fuertemente criticada por la doctrina que ha acusado al legislador de negar la premisa de partida —la autonomía del convenio arbitral— al menos en lo relativo a la conexión con el negocio principal y de haber optado por un criterio que desatiende palmariamente la realidad del comercio internacional y que incidirá muy negativamente sobre los arbitrajes realizados en España.

En cualquier caso, se consagra así, aunque con las limitaciones vistas en el Derecho interno español, el principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio del negocio principal. Y esto quiere decir dos cosas: 1º) que la nulidad del contrato principal no lleva consigo necesariamente la del convenio arbitral accesorio; 2º) que puede aplicarse al convenio arbitral una normativa distinta de la aplicable al contrato principal. Por lo demás, frente a esta autonomía no puede alzarse hoy —desde la corriente jurisprudencial iniciada con el auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981— la consideración como de orden público de la normativa interna reguladora del arbitraje.

#### 4. *Los requisitos del convenio*

1. No contienen los convenios internacionales ningún precepto en el que se agrupen sistemáticamente los requisitos del convenio arbitral, limitándose a regular, por un lado (y de manera autónoma), el requisito de forma y, por otro, los demás, fijando la ley que les es aplicable. Dentro de estos distinguen, por un lado, el requisito de capacidad de las partes y, por otro, las

demás cuestiones determinantes de la existencia y validez del convenio (arts. V.1, a) del Convenio de Nueva York y VI.2 del de Ginebra, respectivamente).

2. La capacidad de los sujetos para comprometerse aparece regulada en el art. V.1, a) del Convenio de Nueva York de una manera general, al disponer que la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral podrá denegar dicho reconocimiento si la parte interesada prueba que las partes estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable; idéntico criterio es el seguido por el Convenio de Ginebra cuando dispone que "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 hubiese promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse "a la ley que les sea aplicable a estas" (art. VI.2).

Los Convenios, atendido el objeto propio de su regulación, se refieren a la capacidad al regular la oposición bien al reconocimiento del laudo, bien al convenio mismo cuando la validez del mismo se discute ante un tribunal nacional, pero no precisan la ley por la que se rige; para su individualización habrá que acudir al Derecho del país ante el que se inste el reconocimiento del laudo o se plantee la oposición al convenio. Y de nuevo en este punto nos encontramos con la falta de uniformidad de los diferentes sistemas nacionales. En España será de aplicación el art. 60 de la Ley de Arbitraje de 1988, según el cual "la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva ley personal para disponer en la materia controvertida"; aunque, al añadir esta última frase (*para disponer en la materia controvertida*), la Ley confunde la capacidad en sentido estricto con el poder de disposición sobre el objeto de la controversia que se mueve en un ámbito distinto.

3. El segundo requisito ineludible del convenio arbitral es que el mismo recaiga sobre una materia susceptible de ser sometida a arbitraje. En el ámbito de los Convenios internacionales que estamos examinando este requisito se desdobra en dos, aunque de diferente transcendencia: la *mercantilidad* de la controversia y la *arbitrabilidad* de la misma.

A) El Convenio de Ginebra limita el arbitraje a las "controversias surgidas o por surgir en *operaciones de comercio internacional*" (art. I.1, a); en el mismo sentido se pronuncia la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta restricción, sin embargo, no se contiene en el Convenio de Nueva York, aunque su art. I.3 dispone que, en el momento de firmar o ratificar la Convención, el Estado podrá "declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno". El requisito, en el caso de que opere, no presenta más problemas que los derivados de la dificultad de determinar qué se entiende por operación o relación jurídica comercial. La imposibilidad de alcanzar un acuerdo, ante las posiciones discrepantes mantenidas por los diversos países, explica que el Convenio de Nueva York, al regular la reserva antes transcrita, haya renunciado, lo mismo que con la capacidad a proporcionar una solución propia, remitiéndose al derecho interno de los Estados. Pero con ello, de nuevo, sale a relucir la falta de coordinación entre el derecho

convencional y los derechos nacionales, que impide la aplicación uniforme de aquel.

- B) El art. II.1 del Convenio de Nueva York considera objeto del convenio arbitral "todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas (las partes) respecto a una determinada relación jurídica contractual, *concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*". Y el art. V.2, a) completa esta norma previniendo la posibilidad de que el tribunal del foro deniegue de oficio el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral cuando, según la *lex fori*, "el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje".

Por su parte, el art. VI.2, *in fine*, del Convenio de Ginebra reproduce prácticamente esta segunda norma, al disponer que "el tribunal ante el que se hubiera promovido el asunto (la incompetencia de jurisdicción por existencia de un previo convenio arbitral) 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".

Resulta, pues, que planteada la incompetencia de jurisdicción de los tribunales nacionales o solicitado ante ellos el reconocimiento de un laudo, son ellos los que –incluso de oficio– deberán decidir, conforme a la ley interna, sobre la arbitrabilidad de la cuestión sometida a arbitraje. En España serán aplicables en bloque los preceptos de la Ley interna de Arbitraje reguladores de la cuestión, que, de alguna manera, pasan a formar parte del orden público, aunque diferenciado del mismo. Desde otra perspectiva, cabe entender que la arbitrabilidad de la cuestión constituye un requisito de validez del convenio arbitral, y al regirse esta, como veíamos, por la ley de voluntad de las partes, puede existir una discrepancia entre la ley de autonomía, reguladora del arbitraje, y la *lex fori*, reguladora del reconocimiento del laudo a efectos de su ejecución, discrepancia que se resolverá a favor de esta última que, en definitiva, es la aplicable cuando la cuestión se plantea en sede de reconocimiento y ejecución del laudo.

4. Como decíamos antes, hay que sostener que el convenio arbitral y el contrato principal gozan de independencia en cuanto a sus efectos, pero también, si esta fue la voluntad de las partes, en cuanto a la ley aplicable. Dicha conclusión sólo dejaría de ser válida en el caso de entender que, para resolver dichas materias, debe aplicarse siempre la legislación del foro sobre arbitraje, por formar parte sus preceptos del orden público. En España nuestros tribunales defendieron tradicionalmente esta postura hasta tiempos relativamente recientes bajo el imperio de la Ley de Arbitraje de 1953, pero la misma fue definitivamente superada por el Tribunal Supremo a partir de 1981, para el que "de entender nucleada en el orden público la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 o aplicable el art. 954 LEC quedarían aquellos Convenios (los internacionales sobre arbitraje ratificados por España) convertidos en letra muerta, ya que bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para evitar la futura ejecución de la sentencia" (ATS 8 de octubre de 1981).

Por consiguiente, salvo en lo que se refiere a la forma y a la capacidad de las partes, los requisitos del convenio arbitral se regularán por la ley del país que las partes fijen de mutuo acuerdo.

Me interesa precisar ahora que cuando los Convenios establecen como primer criterio la ley de autonomía no fijan ningún límite a la misma, salvo que se conecte con un ordenamiento estatal. Este límite me parece evidente en el CNY, porque, a pesar de que el art. VI.1, a) no haga referencia a que la ley de autonomía de las partes deba ser una ley estatal, el art. V.1, e) establece claramente dicha conexión cuando prevé, entre las causas de oposición al reconocimiento de la sentencia arbitral, que la misma “no ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que o conforme a cuya ley ha sido dictada esa sentencia”. La existencia de un arbitraje en el que tal conexión estuviera ausente sería posible sólo en la medida en que el mismo, desde su inicio hasta su terminación con el cumplimiento del laudo, estuviera respaldado por la colaboración de las partes. Desde el momento en que esto parece hoy una utopía, porque un cierto control judicial se hace preciso para corregir los abusos en el curso del procedimiento y, sobre todo, para asegurar el cumplimiento de laudo, la categoría de este arbitraje *—flotante o anacional—* debe entenderse a lo sumo como una tendencia, pero no como una realidad. Como se ha dicho, “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 a los defensores a ultranza de la denominada nueva *lex mercatoria*. Es esta 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. Ello no obstante, el Comité de Expertos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas rechazó esa hipótesis y substituyó la expresión *sentencia arbitral internacional* por la de *sentencia arbitral extranjera*, indicando con ello que toda sentencia arbitral está necesariamente conectada con un ordenamiento jurídico estatal” (Calvo Carravaca y Fernández de la Gándara).

Y ello no podía ser de otra manera. En el momento presente el orden jurídico estatal se encuentra en todas las fases del arbitraje. En primer lugar estableciendo las controversias que pueden ser resueltas por esa vía —parece evidente que la noción misma de *arbitrabilidad* no tiene sentido si no es con referencia a un orden jurídico estatal— pero también controlando la validez del acuerdo —la CNY impone que el laudo debe ser válido en el país de origen para que pueda ser ejecutado en otros países—, controlando la regularidad del procedimiento arbitral y, sobre todo, regulando su ejecución forzosa. El respaldo estatal a que me refería al comienzo de la exposición, que garantiza la eficacia del arbitraje, sólo se prestará a condición de conservar un poder de control —mayor o menor, y aquí puede darse entrada a la polémica— sobre el arbitraje mismo.

Pero la ley de la autonomía de la voluntad resulta insuficiente, ya que los interesados no siempre hacen uso de la facultad de elegir la norma por la que se ha de regular el convenio. Por eso, en defecto de voluntad de las partes, el Convenio de Nueva York señala, como criterio supletorio, la “ley del país en que se haya dictado la sentencia” (art. V.1, a); cfr. también el art. VI.2 b) del Convenio de Ginebra). Este último Convenio, previendo la posibilidad de que el tribunal del foro tenga que pronunciarse sobre la validez del convenio antes de que el laudo sea dictado, todavía establece un criterio supletorio de segun-

do grado: "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 haya sido sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces se actuará según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conoecedor del asunto" (art. VI.2, c).

Por consiguiente, los Convenios ofrecen en este punto unos criterios propios que, además, parecen suficientes para solucionar todos los problemas que pueden plantearse. Por eso, resulta criticable la postura de algunos derechos internos, como por ejemplo el español, que, en leyes posteriores a aquellos, ofrecen una regulación de los mismos autónoma y diferente, dificultando, una vez más, la aplicación uniforme del derecho convencional. "En defecto de ley expresamente designada por las partes —dice el art. 61 de la Ley española—, la validez del convenio arbitral y sus efectos se regirán por la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto de esta, por la ley del lugar en que deba dictarse el laudo y, si este no estuviese determinado, por la ley de lugar de celebración del convenio arbitral".

### 5. *Los efectos del convenio*

1. El convenio arbitral internacional tiene una eficacia doble: la eficacia positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y la eficacia negativa, consecuencia de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales.

2. Según el art. 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 se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". En el marco del Convenio de Ginebra dispone el art. VI.1: "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, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento de plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".

Conforme a lo dispuesto en los preceptos antes citados, parece claro que, en el régimen de ambos Convenios internacionales, la cláusula arbitral internacional excluye, previa petición de parte a través de la interposición de la correspondiente excepción, el conocimiento de los tribunales estatales. En cuanto al régimen jurídico de dicha excepción habrá que tener en cuenta los siguientes datos:

- A) Ambos Convenios la configuran como una excepción en sentido estricto y, por lo tanto, será necesaria su alegación por el demandado.
- B) En el Convenio de Ginebra existe una remisión a la ley del foro, por lo que el tribunal español aplicará el régimen de la excepción dilatoria de

arbitraje prevista para el arbitraje interno. En consecuencia: 1) en el juicio declarativo de mayor cuantía podrá interponerse con carácter previo, y en los demás hacerse al contestar a la demanda; 2) la estimación de la excepción comporta el reconocimiento de la competencia exclusiva de los árbitros y, por tanto, la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por los tribunales. No obstante, conforme al art. VI.4 del Convenio, "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 este resuelva en cuanto al fondo"; en consecuencia, la adopción de tales medidas por el órgano judicial estatal no puede servir de fundamento a una excepción de litispendencia arbitral.

En el régimen del Convenio de Nueva York no existe tal remisión a la ley del foro, por lo que, en principio, parece que la misma será enjuiciada a la luz de la normativa por la que se rige, dentro de este Convenio, el acuerdo arbitral internacional; aunque de nuevo aquí surge la falta de coordinación entre los sistemas convencional y legal interno, ya que, desde la perspectiva del derecho español, se regirá por la misma ley aplicable a la validez del convenio arbitral (cfr. art. 61 LA). Conforme a la norma del Convenio de Nueva York antes transcrita, la estimación de la excepción planteada y, por consiguiente, la producción de su eficacia típica (la remisión de las partes al arbitraje) está supeditada al examen previo que el tribunal ante el que se planteó realice de la "validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral". En el mismo sentido, el art. VI.2 del Convenio de Ginebra regula el enjuiciamiento por parte del juez del foro de la "existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral" al examinar la cuestión planteada.

Si el convenio arbitral reúne todos los requisitos conforme a la ley que le es aplicable, el juez del foro deberá estimar la excepción planteada, remitiendo a las partes al arbitraje. La parte que eludió el compromiso acudiendo a los tribunales del foro tendrá todavía una oportunidad de oponerse, pero en un momento posterior: en el momento en que se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, oponiendo alguno de los motivos de nulidad del mismo previstos en el art. V del Convenio de Nueva York o en el art. IX del Convenio de Ginebra de 1961.

3. Cabe preguntarse si es posible interponer ante los juzgados y tribunales españoles la excepción de litispendencia arbitral internacional con base en un procedimiento arbitral internacional pendiente.

La doctrina ha venido negando la posibilidad de que el procedimiento arbitral pendiente fundamente la excepción de litispendencia. Si a ello se añade el carácter internacional del proceso (o del arbitraje) pendiente, la respuesta negativa se reafirma: "En el actual estado de Derecho Internacional, lo normal es que el proceso extranjero sólo pueda tener vigencia en el ámbito nacional mediante la figura del *exequatur*. Como este, por otra parte, sólo debe concederse a las resoluciones irreformables de los países, a la simple pendencia del proceso le es imposible alcanzar aquel reconocimiento" (Gutiérrez de Cabiedes).

Sin embargo, esta doctrina debe someterse hoy a revisión:



- A) En primer lugar por aplicación de la doctrina revisora elaborada en el ámbito estrictamente judicial después de la ratificación y entrada en vigor para España del Convenio de Bruselas, cuyo artículo 21 regula expresamente la litispendencia internacional y, además, como excepción controlable de oficio. La doctrina hacía tiempo que venía defendiendo la necesidad de la implantación de esta excepción, que en España, por fin, ha sido admitida por la jurisprudencia (cfr. la STS de 18 de junio de 1990, que la admite con carácter general, aunque la desestime en el caso concreto que resuelve).
- B) En segundo lugar, porque la finalidad que se persigue con la excepción se encuentra contemplada en los tratados ratificados por España. Conforme al art. VI.3 del Convenio de Ginebra de 1961, "si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse a 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 este dicte su laudo sobre el fondo de asunto, siempre que el Tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma". No cabe duda de que, enfocada desde el punto de vista del derecho interno español, difícilmente puede decirse que esta norma —y otras similares contenidas en tratados bilaterales ratificados por España, como por ejemplo el suscrito con Francia en 1969— regulen la excepción de litispendencia arbitral internacional, en especial, porque, en nuestro ordenamiento procesal, la excepción de litispendencia produce una sentencia absolutoria en la instancia, nunca la suspensión del proceso. Sin embargo, desde un punto de vista más amplio, hay que tener presente que tal norma establece los mismos presupuestos que la litispendencia en el derecho interno: la existencia de dos pleitos pendientes (aunque uno de ellos sea un procedimiento arbitral) y la identidad subjetiva y objetiva de ambos, aunque respecto de esta última no se exija el rigor que nuestra jurisprudencia aplica a la hora de enjuiciar los requisitos de la litispendencia interna. En segundo lugar, es la misma la finalidad perseguida, evitar resoluciones contradictorias, si bien con un propósito distinto: en el derecho interno como medida preventiva de la cosa juzgada; en el derecho internacional, como medio para que el laudo o sentencia arbitral pueda ser ejecutada, en su día, en España.

Si para conseguir esta finalidad los Tratados no se limitan a ordenar al tribunal del foro que dicte una sentencia absolutoria en la instancia —como en el proceso interno español—, sino que, según los casos, le facultan para suspender el proceso hasta que el tribunal arbitral haya dictado una resolución sobre el fondo o a declarar la inadmisibilidad de la demanda, ello se debe a que, con mayor perfección técnica, están previendo la posibilidad de que el laudo no resuelva sobre el fondo —por declarar la falta de competencia del tribunal arbitral, por ejemplo— o que se niegue su reconocimiento en España por prosperar alguna de las excepciones al reconocimiento y ejecución reguladas en los mismos tratados. En estos casos razones de economía procesal obligan a no tener que comenzar un nuevo proceso.

## 6. *La ley aplicable por los árbitros al fondo del asunto*

1) La voluntad de las partes no sólo da origen al arbitraje y regula los requisitos del convenio, sino que lo informa a lo largo de todo su procedimiento. Las partes, sobre todo, pueden determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia, en el caso de que se trate de un arbitraje de derecho.

La cuestión sobre la ley aplicable por los árbitros para resolver el problema de fondo es especialmente polémica. El problema radica en determinar si, al calor de esta libertad que se reconoce a las partes, puede aplicarse por los árbitros la llamada *lex mercatoria*, entendida como un sistema normativo autónomo de origen transnacional y no codificado, integrado por los principios, usos, costumbres y prácticas reguladoras del tráfico jurídico internacional. En mi opinión, no obstante la tendencia hacia la desnacionalización, no se puede afirmar que esta posibilidad esté prevista en los convenios internacionales.

Al respecto, dispone el art. VII.1 del CG –y en términos semejantes el art. 33 del Reglamento de la CIAC– 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”, fijando como normativa que se aplicará supletoriamente, en defecto de tal acuerdo, la correspondiente a “la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión”. En uno y otro caso, concluye el precepto que “los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles”. Si esto es así, parece que la interpretación literal del mencionado Convenio lleva a defender siempre la existencia de una conexión con una ley estatal, incluso en los casos en que las partes fijan de mutuo acuerdo la ley aplicable, porque los usos mercantiles –que integran aquella *lex mercatoria*– sólo tienen el carácter de elemento interpretativo a ser tenido en cuenta por los árbitros.

Y esta interpretación es también la más razonable en el momento actual, en que la falta de codificación de usos o de su recepción por tratados internacionales hace que nos encontremos ante un ordenamiento difuso, fragmentario y no siempre conocido. No obstante, el espíritu de los convenios parece claro: imponen al árbitro la búsqueda de una ley estatal, pero exigen que esa ley sea adaptada a las circunstancias internacionales mediante una aplicación preceptiva de los usos del comercio internacional. Con ello logran coordinar dos tendencias: la vigencia de la norma jurídica estatal, pero desprendida de las eventuales peculiaridades nacionales mediante una internacionalización lograda a través del recurso a los usos; o dicho con otras palabras, los convenios se insertan en la tendencia a la desnacionalización existente, pero sin romper los vínculos con el derecho estatal.

La solución, como decía, parece razonable, por lo que no se entienden actuaciones, como la del legislador español, que, con posterioridad a la vigencia de los Convenios, da un paso atrás y exige en el art. 62 de la Ley interna de Arbitraje que la ley designada expresamente por las partes “tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia”. Se trata de justificar este criterio en la Exposición de Motivos “a fin de evitar que por la vía del arbitraje se produzca lo que se ha dado en llamar la fuga del derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales”. Pero con ello se

desvincula de las tendencias modernas que se observan, a nivel normativo y doctrinal, en el arbitraje internacional.

### 7. Reconocimiento y ejecución del laudo

1. De acuerdo con el art. 56.1 de la Ley española de Arbitraje, “los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con los Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente Ley”. Estos Convenios son el de Nueva York de 1958 –que tiene carácter *universal* para España– y los demás tratados bilaterales sobre reconocimiento y ejecución ratificados por España.

2. Dispone el art. VII del Convenio de Nueva York que “las disposiciones de la presente Convención no afectarán a la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán 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 esa sentencia se invoque”. Como ha apuntado la doctrina, en caso de concurrencia de convenios debe entenderse que el Convenio de Nueva York ofrece un marco mínimo que puede ser completado con las normas más favorables a la ejecución que puedan existir en los demás tratados o en las leyes internas españolas.

3. Sin embargo es preciso tener en cuenta que la regulación de la Ley española de Arbitraje no se limita a recorrer el régimen convencional y completarlo, regulando los aspectos procedimentales que son los remitidos, en principio, a las legislaciones internas por el Convenio de Nueva York, sino que contiene algunos aspectos que pueden inducir a confusión, por suponer la introducción de una normativa diferente a la de los Convenios. En especial estos dos: la definición de qué debe entenderse por laudos arbitrales extranjeros (art. 56.2), que son los que entran dentro del campo de aplicación del Convenio de Nueva York, y la regulación diferente de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución (art. 59).

A) Al definir la LA el laudo arbitral extranjero como aquel que “no haya sido pronunciado en España”, sigue la línea trazada por el Convenio de Nueva York (art. I.1), pero es más restrictivo. En efecto, como ya vimos al hablar de la internacionalidad del arbitraje, el Convenio de Nueva York ofrece otro criterio más amplio –no basado en estrictos criterios territoriales– para determinar cuándo nos hallamos ante un arbitraje sometido a su régimen, al aplicarse, según el mismo art. I.1, “a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución”. Como decíamos también en dicha sede, si se tiene en cuenta que, conforme al art. I.1.3, en el momento de la forma 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” y que España no formuló tal reserva, resulta que, conforme a dicho criterio, hubieran podido tener la consideración de arbitrajes internacionales los desarrollados en España conforme a una normativa

- distinta de la española. Pero la Ley de Arbitraje de 1988 se encargó de cerrar esta puerta, ya que, conforme a su art. 56, debe entenderse que estos arbitrajes son también nacionales –al no ser extranjeros–, a pesar de que se trate de arbitrajes que carezcan de todo tipo de conexión con el foro.
- B) Respecto a las causas de denegación, podía haberse prescindido perfectamente del precepto que las contiene (art. 59 LA); es más, debería haberse prescindido de él, o habersele dotado un contenido meramente remisorio a la correspondiente norma del Convenio de Nueva York, porque sólo puede inducir a confusión, fundamentalmente por estas dos razones: por la falta de coincidencia entre las causas que contempla y las previstas en aquel Convenio y por la intervención que en la regulación española se da al Ministerio Fiscal. En cualquier caso, entiendo que la dualidad legislativa que la introducción de esta normativa supone debe resolverse, en caso de duda, a favor de la supremacía de los Convenios internacionales, por lo menos siempre que la cuestión sea resuelta por estos de forma más favorable, en razón de la jerarquía que tales Convenios ocupan en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 96.1 CE).

4. Régimen del *exequatur* instaurado por este Convenio es favorable al reconocimiento y ejecución del laudo, por cuanto limita las cuestiones objeto de control por el tribunal estatal; en efecto, el *exequatur* sólo puede denegarse por ciertas causas –apreciables de oficio o a instancia de parte– que el Convenio enumera taxativamente y que, además, deben ser probadas, en su caso, necesariamente por el ejecutado (art. V). Por eso, la doctrina está conforme en que el Convenio establece una verdadera presunción a favor de la ejecutabilidad del laudo.

El procedimiento es extremadamente sencillo. La parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia y del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autoridad y, en su caso, una traducción de esos documentos al idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento (art. IV). La norma prevalece sobre lo que puedan disponer las legislaciones nacionales, por lo que solicitado el reconocimiento y la ejecución en España, no será posible exigir más requisitos que puedan venir impuestos por la ley nacional. Por lo demás, debe entenderse que la aportación documental es un requisito de carácter formal y, por tanto, subsanable por aplicación de las normas generales sobre la subsanabilidad de los defectos procesales previstas en nuestra legislación interna (cfr. art. 11.2 LOPJ).

Con la presentación de la demanda acompañada de los mencionados documentos se inicia el procedimiento del *exequatur* que se acomoda a las siguientes reglas:

- A) El mismo se tramita “de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”, por lo que hay una remisión en bloque a las normas internas, que en España son los arts. 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- B) Para el reconocimiento y ejecución no se impondrán, como antes decíamos, condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales (cfr. art. III).

El Convenio de Nueva York, como decíamos, establece una presunción a favor de la legalidad del arbitraje y de la veracidad del laudo (cfr. arts. II y V), por lo que establece una limitación de causas de denegación del reconocimiento y la ejecución, distinguiendo dos grandes bloques:

- A) Por un lado, las causas que sólo pueden oponerse a *instancia de parte*: falta de capacidad, falta de notificación de la designación de árbitro o del procedimiento arbitral, conculcación o limitación de los medios de defensa, incongruencia del laudo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado a la normativa que le es aplicable, y la no obligatoriedad, anulación o suspensión de la sentencia arbitral por una autoridad competente del país en que ha sido dictada.
- B) Por otro, las causas que pueden apreciarse *de oficio* por el tribunal competente para el reconocimiento y la ejecución: que la diferencia no es susceptible de ser sometida a arbitraje y la conculcación por el laudo del orden público del país en que se pretende el reconocimiento y ejecución (cfr. art. V).

No obstante, dispone el art. VI que, en el caso de que se haya solicitado la anulación o la suspensión del laudo, la autoridad ante la cual se invoca el mismo podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.