

CLÁUSULAS COMPROMISORIAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UNA APROXIMACIÓN COMPARADA

(ARBITRAL AGREEMENTS IN INTERNATIONAL CONTRACTS: A COMPARATIVE APPROACH)

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO (España)*

Sumario: I. Introducción: Convenio arbitral y cláusula compromisoria. II. Autonomía y separabilidad de la cláusula compromisoria. III. Validez de la cláusula compromisoria: 1. Formal. 2. Sustancial. IV. Efectos de las cláusulas compromisorias. V. Recomendaciones. Abreviaturas

Resumen: El presente trabajo aborda, desde una perspectiva comparada, el régimen legal de la validez y efectos de las cláusulas compromisorias en los sistemas jurídicos representados en el IHLADI, así como en los principales reglamentos y reglas sobre arbitraje comercial internacional. Dicho análisis permite concluir la existencia de diferencias marcadas y distintos estados de evolución en los sistemas nacionales que aconsejan una modernización y armonización que se formulan en forma de recomendaciones.

Palabras clave: convenio arbitral – validez sustancial y formal – separabilidad – efectos negativos – ley aplicable

Abstract: This article deals with the legal regime of validity and effects of arbitral agreements in international contracts from a comparative perspective, focused on national legal systems represented in the IHLADI and the main rules and regulations on international commercial arbitration. The comparative analysis leads to emphasize notable divergences and different improvements,

* Secretario General del IHLADI. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

which calls for modernization and harmonization translated into some recommendations.

Keywords: *arbitral agreement – formal and substantial validity – separability – negative effects – applicable law*

I. Introducción: convenio arbitral y cláusula compromisoria

1. Toda cláusula compromisoria implica un acuerdo o convenio arbitral, pero no todo acuerdo o convenio arbitral se expresa en una cláusula compromisoria.

El artículo II.1 CNY define el acuerdo arbitral como 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*”. Como veremos, esta definición de acuerdo arbitral resulta restringida, en términos formales. El arbitraje se sustenta en todo caso en la voluntad de las partes, en su acuerdo para someter sus controversias a una solución arbitral. Dicho acuerdo o convenio de arbitraje puede resultar expreso o tácito, escrito o no¹.

El artículo II.1 CNY (aunque no la Convención en su conjunto) se refiere exclusivamente a una suerte de acuerdos arbitrales, que suman su carácter expreso a su formalización por escrito. El convenio arbitral, sin embargo, puede alcanzarse de forma expresa sin necesidad de que se redacte por escrito (por ejemplo, oralmente), y sobre todo de forma tácita. De hecho, en el arbitraje de inversiones, el convenio arbitral no es por definición expreso, sino tácito. Los acuerdos de protección recíproca de inversiones constituyen tratados entre Estados, sin intervención de los inversores. Según la corriente más habitual, a través de dichos Tratados los Estados formulan una oferta genérica de acuerdo arbitral a los inversores extranjeros, dentro del ámbito de aplicación del Tratado. Generalmente, dicha oferta no es única ni simple, pues los inversores pueden optar no sólo por distintas posibilidades arbitrales, tanto institucionales como incluso *ad hoc*, sino también por una reclamación jurisdiccional ante los tribunales del Estado receptor de las inversiones. El acuerdo arbitral se perfecciona tácitamente,

¹ La fórmula del art. 7.1º LMU para definir el acuerdo o convenio arbitral es más amplia: “El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Es la definición que siguen, por ejemplo, los arts. 1.649 CCCN; 1.416.1 CCM; 3 LAC; 7.1º LACH; 9.1º LAE; 5 LAEC; 4.1 LAG; 37 LAH; 27 LAN; 15 LAP; 3 LAPAR; 13.1 LAPE; 1:03 LAPR; 10.1º LARD; y 6.a UAA.

por el mero hecho de la presentación de la solicitud de arbitraje, reclamación o demanda por parte del inversor. La regla *fork in the road*, que implica la preclusión de cualquier otra opción procesal una vez que el inversor demandante ha realizado su opción, no es más que una consecuencia de semejante perfección tácita del acuerdo arbitral a través de la interposición de una demanda arbitral.

Si el acuerdo arbitral se incluye en un contrato, dicha cláusula del contrato recibe el nombre de “cláusula compromisoria”. Todo acuerdo arbitral es un contrato o compromiso, pero no todo acuerdo arbitral se incluye en un contrato más amplio. Cuando es así, la cláusula que contiene el acuerdo arbitral se conoce como “cláusula compromisoria”.

2. Se suele utilizar el término “cláusula compromisoria” como distinto del “compromiso escrito” que no se incluye en el contrato, sino que se alcanza al margen o fuera del contrato². Así el artículo II.2 del CNY especifica que “[l]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. En el mismo sentido, el art. 1.2 a) CG se refiere a “acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

3. La relación entre cláusula compromisoria y contrato es puramente formal. En términos sustantivos, una cláusula compromisoria puede desbordar los límites materiales de un contrato. Dicho de otra forma, el alcance de una cláusula compromisoria no tiene por qué limitarse a las controversias que puedan surgir en relación con las obligaciones contractuales derivadas del contrato en que se incluye. Según como esté redactada la cláusula, el acuerdo arbitral puede extenderse a otras relaciones jurídicas entre las partes, ajenas, en principio, al contrato como fuente de obligaciones, aunque de algún modo nazcan con ocasión del contrato, más como hecho que como fuente de obligaciones jurídicas: así, es posible que una cláusula compromisoria sirva para dilucidar conflictos entre las partes que nazcan de hechos ilícitos, relativos pues a la responsabilidad no

² Vid. por ejemplo, esta distinción en: arts. 1650 CCCN; 473.1º CGP 5.II LAEC, 9.1º LAE; 4 LAF. La cláusula compromisoria puede recibir otra denominación, como “cláusula arbitral” (arts. 42 y 43 LAB). Más frecuentes son las diferencias a la hora de referirse a un “compromiso escrito” separado del contrato: “compromiso arbitral” (arts. 3.4 LABR; 6 LAC, 10.1º LAG), “acuerdo autónomo” (art. 23 LACR), “acuerdo independiente” (arts. 1416.1 CCM; 29 LAES; 15 LAP; 3 LAPAR; 3.2. LAPE; 10.1 LARD) o “acuerdo independiente o autónomo” (art. 27 LAN).

contractual, o determinados por obligaciones nacidas del Derecho de la competencia, la propiedad industrial o del Derecho de sociedades.

Las reflexiones que siguen se refieren pues, esencialmente, al régimen jurídico de las cláusulas compromisorias o, si se quiere, de los acuerdos o convenios arbitrales recogidos en una cláusula dentro de un contrato. Sin embargo, no debe olvidarse que los efectos de una cláusula compromisorias o de un convenio arbitral alcanzado fuera del contrato son siempre los mismos³.

II. Autonomía y separabilidad de la cláusula compromisorias

4. El principio de autonomía y separabilidad de la cláusula compromisorias presenta como un tópico o lugar común del arbitraje⁴. Sin embargo, la formulación, el sentido y el alcance de este principio dista mucho de ser unívoco tras un estudio de Derecho comparado.

5. El principio de separabilidad de la cláusula compromisorias es generalmente entendido en el marco de la relación entre la cláusula y el contrato que la contiene. Dicho principio pretende que la cláusula compromisorias sea entendida como un contrato en sí mismo, como un negocio “abstracto” en relación con el contrato. Semejante consideración es instrumental, pues pretende disociar la validez o nulidad de la cláusula respecto del contrato: La nulidad de la cláusula no determina la nulidad del contrato, ni la nulidad del contrato determina la nulidad de la cláusula.

El art. 16.1º LMU expresa este principio con claridad, desde la perspectiva de la cláusula compromisorias: “...una cláusula compromisorias que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisorias”. Algunas legislaciones emblemáticas, como por ejemplo el art. 1.447 CPC, el art. 7 EAA o el art. 178.3 LFS reproducen dicho principio en términos parecidos, y así se recoge asimismo las legislaciones arbitrales de los países representados en el IHLADI⁵.

³ Como indica el art. 10.1º de la LAG: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un ‘compromiso’ o de una ‘cláusula compromisorias’, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje”.

⁴ Para una síntesis de sus antecedentes, evolución legislativa y consolidación como principio general vid. J. C. Fernández Rozas, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 588-592.

⁵ Arts. 1.653 CCCN; 1.432 CCM; 44 LAB; 8 LABR; 5 LAC; 16.1 LACH; 37.2 LACR; 13.II LACU; 22.1º LAE; 5.III LAEC; 30 LAES; 21.1º LAG; 39 LAH; 42.I LAN; 30 LAP; 19.I LAPAR; 41.2 LAPE; 18.2º y 3º LAPOR; art. 4.01 (1 LAPR;) 11 LARD; 7 LAV; 5 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. En la práctica, sin embargo, pueden encontrarse ejemplos preocupantes de

La separabilidad de la cláusula compromisoria en este sentido no responde a un principio específico del Derecho sobre arbitraje. Se trata de un principio recogido como lugar común en todos los sistemas de Derecho contractual, tanto para la nulidad como para los efectos de la resolución del contrato respecto de las cláusulas de solución de controversias o de ley aplicable o, por ejemplo, de aquellas obligaciones previstas en caso precisamente de resolución del contrato. La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1 del Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías; 7.3.5 (3) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III.– 3:509 (2) Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) en Europa; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales.

Dicho principio permite, pues, que la nulidad de un contrato pueda ser objeto de arbitraje, de conformidad con la cláusula contenida en el propio contrato. Semejante posibilidad, sin embargo, no impide que la cláusula compromisoria pueda ser asimismo nula, incluso por las mismas razones que amparan la nulidad del contrato en que se contiene, por ejemplo cuando dicho contrato y la propia cláusula están afectados por la falta de capacidad de una de las partes o por un vicio de consentimiento⁶. Como veremos más adelante, sin embargo, la separabilidad implica que la ley aplicable a la validez del contrato y la ley aplicable a la validez de la cláusula se determinan conforme a reglas de Derecho aplicable o de Derecho internacional privadas distintas.

6. Más allá de este principio de separabilidad del régimen jurídico de la cláusula compromisoria respecto del propio del contrato, la autonomía de la cláusula arbitral se predica en un segundo sentido, más controvertido, para significar la independencia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral de cualquier Derecho estatal, en virtud del carácter anacional del arbitraje. El postulado se suscita ya en la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 4 de julio de 1972 en el asunto *Hetch* y toma forma en especial en la sentencia del mismo tribunal de 20 de diciembre de 1993 (*Dalico*). En esta última decisión, el tribunal deduce del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria, considerado en sí mismo como un principio del Derecho internacional del arbitraje, que la validez y eficacia

omisión de esta regla por la jurisprudencia: *vid.* en Bolivia, Auto Supremo de 29 de agosto de 2003 y Auto Supremo de 11 de febrero de 2005 (*cf.* J. C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008, Iustel, pp. 609–611).

⁶ *Vid.* E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 122–127; P. Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 359–368; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis y S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 104, 6–14.

de la cláusula no puede quedar sometida a ningún Derecho estatal, sino que debe ser observada a partir de la voluntad común de las partes. La regla aparece formulada en el art. 4.II AUA de forma clara, al formular el principio de separabilidad de la cláusula arbitral⁷.

Aparentemente, la deducción del tribunal francés vendría a proponer una aproximación material o sustantiva al problema de la validez de la cláusula compromisoria, frente a las soluciones conflictuales más frecuentes. Esta lectura, sin embargo, es engañosa. En realidad, el tribunal francés parece querer extraer del principio de autonomía de la cláusula compromisoria una aproximación puramente fáctica a la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria, que pasaría por la mera constatación fáctica de la voluntad común de las partes en su formulación. Aunque el objetivo de favorecer la validez del acuerdo arbitral frente a incómodas exigencias eventualmente previstas por una determinada ley nacional es evidente⁸, la pretensión es vana, pues la interpretación de la existencia de una voluntad común de las partes es una circunstancia que debe valorarse conforme a parámetros jurídicos⁹. En realidad, la jurisprudencia francesa lo que viene a esconder tras la pretendida anacionalidad de la cláusula compromisoria es la aplicación a su validez de los criterios generosos del Derecho francés en materia de arbitraje internacional. Así lo reconoce, en realidad, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de julio de 2006, en el asunto *Jules Verne*, al sentenciar que “*le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique*”. La anacionalidad de la cláusula compromisoria conlleva una exclusión de las leyes estatales que limitan su validez. Llevado al absurdo, la cláusula sería siempre válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad. Evidentemente, el sentido de la jurisprudencia francesa es otro: la validez de la cláusula compromisoria se determina de forma directa a través de los criterios materiales –y generosos– del propio Derecho francés, básicamente partidarios de admitir la validez de la cláusula salvo por motivos estrictos de orden público internacional¹⁰.

⁷ Art. 4 AUA: “*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique*”.

⁸ Vid. las reflexiones al respecto en *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 231–232.

⁹ Vid. C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Paris, LGDJ, 1995, p. 24.

¹⁰ La sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de marzo de 2004 en el asunto *Unikod* sugiere un límite conflictual en la hipótesis, ciertamente extraña, de que las partes hayan elegido una ley aplicable a la

Desvelado el sofisma, conviene incidir asimismo en la alteración de la premisa. Como hemos señalado, la separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato obedece a un principio anclado en el Derecho contractual, no en el Derecho del arbitraje. Se trata de una separación de la cláusula respecto del contrato principal, como contrato autónomo dentro del contrato. Consecuencia de esta separación es, simplemente, que la ley aplicable a cada contrato autónomo ha de ser o puede ser diferente.

La jurisprudencia francesa produce un salto lógico que ya no se ancla en las exigencias o postulados del Derecho contractual, sino en los valores que sustentan una determinada concepción del arbitraje comercial internacional: la cláusula compromisoria, y su eficacia, no solo son independientes del contrato, sino también de cualquier Derecho estatal. Este salto lógico, sin embargo, no puede deducirse del principio de separabilidad de la cláusula respecto del contrato. El principio de separabilidad de las cláusulas de solución de controversias respecto del contrato sí es un principio del Derecho internacional de los contratos, y también del arbitraje comercial internacional. En cambio, el principio de independencia de la cláusula compromisoria respecto de los derechos estatales no es un principio del Derecho internacional, sino más bien del Derecho francés del arbitraje.

De hecho, en sentido estricto, el principio de separabilidad del contrato aboca más bien a la sujeción de la cláusula compromisoria, como contrato autónomo, a su propio derecho aplicable. En defecto de reglas uniformes que regulen las condiciones de fondo y de forma de las cláusulas compromisorias, como contratos específicos, la regla más evidente es recurrir al carácter residual que en todo sistema contractual tienen las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. La propuesta jurisprudencial francesa propone como alternativa una aproximación material o sustantiva, pero que en realidad esconde una opción conflictual: no se trata de aplicar criterios transnacionales sobre la validez de un acuerdo, que no existen, sino pura y simplemente de valorar la validez de la cláusula conforme a los criterios sustantivos de perfección del acuerdo que rigen en el Derecho francés para tal tipo de acuerdos: en suma, de aplicar la *lex fori*.

validez de la cláusula compromisoria. Como señalan C. Seraglini y J. Ortscheidt si la aproximación material se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es difícil no reconocer el derecho de las partes a autolimitar o regular su voluntad sometiendo la propia validez de la cláusula compromisoria a la ley estatal que estimen pertinente (*vid. Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 494–496).

III. Validez de la cláusula compromisoria

1. *Formal*

7. Tradicionalmente, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen la constancia por escrito del acuerdo arbitral¹¹. Tal exigencia afecta asimismo a la cláusula compromisoria como especie de acuerdo arbitral. Semejante exigencia formal lleva a una sencilla conclusión: la cláusula compromisoria solo es posible, propiamente, en los contratos redactados por escrito.

En efecto, en el ámbito de la contratación internacional rige con carácter general, al igual que en el Derecho contractual interno, un principio de libertad de forma. En consecuencia, un contrato internacional puede ser celebrado válidamente de forma verbal o no escrita. Sin embargo, dicho acuerdo verbal no puede contener una cláusula compromisoria válida, que siempre debería ser redactada por escrito. En consecuencia, el acuerdo arbitral relativo a un contrato formal únicamente puede alcanzarse fuera del contrato y, en consecuencia, no sería propiamente una cláusula compromisoria.

La constatación anterior no tiene particular trascendencia ya que, como vimos, los efectos de una cláusula compromisoria en nada se diferencian de los de un acuerdo arbitral alcanzado al margen o fuera del contrato. Sin embargo, resulta útil a este respecto acotar cuándo se entiende concretamente que un acuerdo arbitral se ha alcanzado por escrito.

8. Cabe afirmar que el acuerdo es escrito no solo cuando consta en un documento contractual o independiente del contrato que ha sido firmado por ambas partes, sino cuando las declaraciones de las partes se materializan en un soporte escrito¹² o en un soporte electrónico susceptible de reproducirse por escrito¹³.

¹¹ Así se expresa en la Opción I (art. 7.2º) LMU, en el art. II.1 CNY o en el art. 178.1 LFS. El criterio es compartido por la inmensa mayoría de los sistemas representados en el IHLADI, de forma más o menos explícita: arts. 1650 CCCN; 1.423 CCM; 473.2 CGP; 2 FAA; 42 LAB; 4.1 LABR; 4 LAC; 7.2 LACH; 23 LACR; 13 LCU; 9.3º LAE; 5 LAEC; 29 LAES; 4 LAF; 10.1º LAG; 38 LAH; 27 LAN; 16 LAP; 10 LAPAR; 13.2 LAPE; 2.1º LAPOR; 10.2 LARD; 6 LAV; 6.a UAA; 6.1º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.

¹² Los arts. II.2 CNY y 1.2 a) CG se refieren a cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor. En el mismo sentido: arts. 1.423 CCM; 23 LACR; 6 LAEC; 29 LAES; 10.1º LAG; 38 LAH; 27 LAN; 10 LAPAR; 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975.

¹³ Arts. Opción I 7.4º LMU; 43.II LAB; 7.2 LACH; 9.3º LAE; 16 LAP; 13.4º LAPE; 2.,2º y 3º LAPOR; 10.2º LARD; 6.3º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.

Se admite también cumplida la condición aunque el acuerdo arbitral sea tácito o no escrito, al haberse celebrado verbalmente, mediante la ejecución de determinados actos o por cualquier otro medio, “siempre que quede constancia de su contenido en cualquier forma”. La fórmula empleada por la Opción I del art. 7.3 LMU resulta muy poco clara¹⁴: la constancia “en cualquier forma”, esto es, que no sea escrita, de un acuerdo verbal o tácito, no se distingue muy bien de la pura eficacia de un acuerdo arbitral no escrito. Finalmente, la exigencia de escrito únicamente sirve para facilitar la prueba de un acuerdo. La constancia de un acuerdo verbal puede probarse por otros medios, y en tal caso un simple testimonio podría ser una forma de prueba o de constancia no escrita de un acuerdo verbal. Otra cosa sería que se admita como “escrito” una declaración o constancia escrita de un acuerdo verbal o tácito, pero tal no parece ser el tenor literal del art. 7.3º LMU. En este sentido, se antoja mucho más clara la formulación contenida en el art. 3 AUA, al prever que “*La convention d’arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d’en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant*”.

Con más sentido, la equivalencia con la exigencia del escrito de una confirmación o constancia en forma escrita es, sin embargo, palpable en el supuesto de acuerdo arbitral tácito contemplado en la Opción I, art. 7.5 LMU: “*Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra*”¹⁵. Ciertamente, en este supuesto existe una constancia escrita, en los escritos de demanda y contestación, de que las partes han aceptado un acuerdo de arbitraje.

9. Poco tiene que ver con la determinación formal del carácter escrito del acuerdo de arbitraje la posibilidad de que la cláusula compromisoria o el acuerdo de arbitraje pueda ser incorporado por referencia (Opción I, art. 7.6º LMU)¹⁶. En este caso, la cláusula compromisoria no consta expresamente en el contrato, sino que se incorpora a él por referencia a un documento, generalmente un formulario de condiciones generales, en que se contiene una cláusula compromisoria. En tal hipótesis, es obvio que la cláusula compromisoria consta por escrito en un documento. La cuestión consiste en determinar si la incorporación por referencia al contrato es clara y, en particular, si una cláusula compromisoria puede formar

¹⁴ De hecho, esta formulación sólo se incorpora, entre los sistemas representados en el IHLADI; en el art. 16 de la Ley de Arbitraje panameña y en el Art. 13.3º LAPE.

¹⁵ Arts. 1.423 CCM; 7.2º LACH; 12.I LACU; 9.5 LAE; 29 LAES; 10.1º LAG; 38 LAH; 27 LAN; 16 LAP; 10 LAPAR; 13.5º LAPE; 2.5º LAPOR; 10.4º LARD.

¹⁶ *Vid.* en los sistemas representados en el IHLADI, arts. 1.650.II CCCN; 1.423 CCM; 4.1 LABR; 7.2º LACH; 9.4º LAE; 10.1º LAG; 27 LAN; 16 LAP; 10 LAPAR; 13.6º LAPE; 2.4º LAPOR; 10.3º LARD; 6 LAV.

parte de unas condiciones generales sin haber sido negociada individualmente. Si la referencia se redacta por escrito en el contrato de forma clara, es obvio que el acuerdo arbitral es una cláusula compromisoria forma parte del contrato, y evidente el hecho de que está redactada por escrito. La sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 9 de noviembre de 1993, en el asunto *Bomar Oil* ya había sintetizado las condiciones para que una cláusula compromisoria incluida en unas condiciones generales de la contratación fuera válida formalmente: basta con que el contrato principal haya incluido una referencia a dichas condiciones generales, que dicho documento o formulario sea accesible por la otra parte en el momento de contratar de forma que pudiera conocer su contenido, y que no haya formulado entonces objeción alguna a la incorporación de dicha cláusula¹⁷.

El hecho de que un convenio arbitral o cláusula compromisoria pueda ser incorporada al contrato por medio de una referencia a un documento ajeno al contrato, en particular en un formulario de condiciones generales de contratación, respetándose así las condiciones de forma requeridas particularmente en aquellos sistemas que exigen la constancia por escrito, no impide que dicha práctica pueda conducir a la invalidez de la cláusula cuando se trata de un contrato de adhesión. La ley de Arbitraje brasileña es ejemplar a la hora de mostrar esta distinción. Por una parte, el art. 4.1º LABR reconoce que la cláusula compromisoria puede resultar incorporada al contrato por referencia. Sin embargo, su art. 4.2º limita la eficacia sustancial de esta referencia cuando se trata de contratos de adhesión, de la misma forma que si se incluyera específicamente en el cuerpo del contrato. Lo fundamental, pues, no es que la cláusula compromisoria figure por escrito, en el contrato o en un formulario de condiciones generales de la contratación, sino el hecho de si ha sido o no negociada individualmente. Si no lo ha sido, la cláusula solo es válida si la invoca el adherente o si acepta expresamente dicha cláusula por escrito en documento anexo o con texto en negrita, con aceptación específica de dicha cláusula. El art. 26 de la Ley de Arbitraje salvadoreña admite las cláusulas compromisorias en contratos de adhesión en tanto hayan sido conocidos o debían conocerse por la contraparte y su manifestación de voluntad de someterse al arbitraje se hiciera en forma expresa e independiente, y añade a continuación algunas presunciones *iuris tantum* de dicho conocimiento. El art. 6 de la Ley de Arbitraje venezolana admite asimismo la incorporación por referencia de una

¹⁷ Algunas legislaciones parecen impedir que una cláusula compromisoria pueda incorporarse mediante una referencia genérica a condiciones generales o estandarizadas: es el caso del art. 4.II de la Ley colombiana, que establece que “[l]a cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”. La misma limitación se observa en el art. 5.II LAEC. No obstante, esta regla debe entenderse referida, propiamente, a compromisos arbitrales que se pactan al margen del contrato. En el caso de las incorporaciones por referencia, la cláusula compromisoria consta en un documento separado, pero se pacta en el propio contrato, aunque por referencia.

cláusula compromisoria, pero prohíbe dicha referencia realizada en formularios o condiciones generales cuando se trata de un contrato de adhesión, pues requiere que la cláusula sea negociada individualmente: *“En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”*. Del mismo modo, el art. 10.3 de la Ley de Arbitraje guatemalteca establece que *“[s]i el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: 'ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE'”*. La protección del adherente se traduce, en consecuencia, en exigencias de validez formal adicionales, que son indisociables de la validez sustancial de la cláusula. Se trata, en este caso, de formas *ad solemnitatem*¹⁸.

10. Frente a la solución tradicional, que exige una plasmación por escrito del acuerdo arbitral, la tendencia actual consiste simplemente en extender a la cláusula compromisoria el principio de libertad formal que caracteriza al Derecho contractual general. En 2006, la LMU introdujo esta Opción II en su art. 7: *“El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”*. La fórmula, que omite la exigencia de que se trate de un acuerdo escrito, ha sido recogida por el art. 1:03.1b de la Ley de Arbitraje portorriqueña, y de manera más explícita aún en el art. 1.507 CPC, tras la reforma de 2011: *“La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme”*.

¹⁸ El art. 9.2º LAE especifica asimismo la sujeción de una cláusula compromisoria en un contrato de adhesión a las reglas generales que regulan y limitan la eficacia de las cláusulas no negociadas. El art. 15 LAPE especifica: *“1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria. 2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos: a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes”*. De forma menos garantista, el art. 33 LAH prevé que *“[l]os convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, serán plenamente válidos entre las partes. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral debía conocerse, si fue puesto en conocimiento público mediante adecuada publicidad”*. La cuestión se encuentra asimismo abordada por la jurisprudencia de la mayoría de los sistemas: *ad. ex.* sentencia de 29 de octubre de 1992, del Pleno de la Corte Suprema Panameña; sentencia de la Corte Suprema ecuatoriana, Primera Sala Civil y Mercantil, de 3 de octubre de 2003.

Esta solución parece preferible y más clara que la exigencia tradicional. Los árbitros tienen competencia para decidir acerca de la validez formal del acuerdo arbitral. Su redacción o confirmación por escrito facilita la prueba de la existencia de dicho acuerdo, pero finalmente de lo que se trata, como en cualquier obligación contractual, es que exista una prueba fehaciente, apreciada conforme a las circunstancias y a las reglas de la sana crítica, de que ambas partes acordaron la sumisión de sus controversias a una solución arbitral.

11. Con todo, las diferentes soluciones acerca de la validez formal de la cláusula arbitral obliga a plantearse el carácter material o conflictual de las disposiciones sobre la materia. El art. 6.2º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR se orienta hacia una solución claramente conflictual, a partir de la sujeción de la validez formal de la convención arbitral a la *lex loci celebrationis*, aunque el *favor negotii* se obtiene ampliando la posibilidad de decretar la validez formal conforme a una ley objetivamente vinculada con el contrato (art. 6.5º). El artículo I.2 a) CG parece orientarse a una solución parcialmente conflictual en favor de la conservación del acuerdo arbitral al definirlo alternativamente “*en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes*”. Obviamente, la dificultad consiste en acotar los supuestos geográficos que cubre “*las relaciones entre Estados...*”. Cabe pensar, por ejemplo, en un acuerdo arbitral no escrito sometido a la *lex arbitri* española, que exige el acuerdo escrito, en el marco de una relación contractual entre una sociedad francesa y otra portorriqueña, cuyas legislaciones admiten la validez del acuerdo arbitral no escrito. El principio de *favor negotii* aconsejaría, pues, eludir las peculiaridades observadas en el análisis comparado a través de una formulación conflictual generosa, típica en el Derecho internacional privado de los contratos, que permitiera sostener la validez formal de la cláusula cuando así lo previera no solo la *lex arbitri*, sino también, alternativamente, la ley elegida por las partes, la ley del contrato o la ley aplicable al fondo del convenio arbitral.

12. En el polo opuesto de las soluciones de libertad formal, favorable a la eficacia de las cláusulas compromisorias, deben situarse los sistemas que no reconocen a la cláusula compromisoria, incluso redacta por escrito, efectos positivos directos para someter la controversia al arbitraje. La distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral formalizado se mantiene en el art. 7 de la Ley de Arbitraje brasileña para los supuestos en que una de las partes se niega a acudir a la solución arbitral, facultando la formalización judicial del

compromiso arbitral¹⁹. Pero la regulación contenida en el Código General del Proceso en Uruguay (arts. 477 y 478) es paradigmática de esta distinción, en la medida en que la formalización de la cláusula compromisoria en un compromiso arbitral consignado en escritura pública o ante autoridad judicial es imperativa so pena de nulidad del compromiso y, por tanto, de ineficacia de la cláusula. Esta exigencia constituye, obviamente, un anacronismo que lastra las posibilidades del Estado en cuestión en erigirse como sede de arbitrajes comerciales internacionales²⁰.

2. Sustancial

13. La determinación de la validez sustancial de las cláusulas compromisorias importa tanto a los árbitros, a la hora de decidir sobre su propia competencia, como a los jueces que deben dilucidar una excepción de arbitraje o un supuesto de nulidad o reconocimiento de un laudo.

14. Como se ha señalado más arriba, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria implica su sumisión a reglas específicas de validez sustancial independientes de las que rigen la validez del contrato en el que se inserta.

La determinación de la validez sustancial de la cláusula arbitral puede inspirarse en un criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa²¹, partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional. Como pusimos de relieve, esta consideración no permite una mera consideración fáctica de la validez de la cláusula, pues finalmente la existencia de un consentimiento no viciado es siempre una cuestión jurídica, por lo que el sistema francés conduce a una aplicación de los criterios materiales de la *lex fori*²². En este sentido, el Derecho francés se orienta claramente por criterios interpretativos favorables a la validez de la cláusula (*favor negotii*), inspirados en el principio de buena fe o en una corrección de la validez sobre la base del principio *contra proferentem*.

¹⁹ Vid. N. Lousa y R. Galvão Silva, "International Arbitration in Brazil", *International Commercial Arbitration* (ed. S. Balthasar), Munich, CH Beck, 2016, pp. 250–251.

²⁰ Vid. J. C. Fernández Rozas, *Tratado... op. cit.*, p. 494; R. Santos Belandro, "La formalidad del acuerdo de arbitraje en los Derechos latinoamericanos", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 81–91.

²¹ Vid. *supra* punto 6: sentencias de la *Cour de Cassation* en los asuntos *Hetch* (sentencia de 4 de julio de 1972) y *Dalico* (sentencia de 20 de diciembre de 1993). Vid. Sentencias de la *Cour de Cassation* de 7 de junio de 2006 (*Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 945, nota de E. Gaillard) y de 8 de julio de 2009 (*Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 529, nota de D. Cohen). Para más detalles, vid. C. Seraglini y J. Otrscheidt, *op. cit.*, pp. 488–501. La misma tendencia se observa en las secciones 6.b y 6.a FAA.

²² La aplicación de los criterios de validez de la ley del foro se establece expresamente en el art. 3 LAPOR. Dicho artículo se refiere, sin embargo, a las condiciones de validez contempladas en los arts. 1 y 2 que se ciñen a la validez formal, arbitrabilidad y capacidad de los entes públicos.

En particular, las normas del foro sobre validez de las cláusulas compromisorias abusivas o incluidas en contratos de adhesión, referidas más arriba, son normas que no regulan propiamente la validez formal, sino sustancial. En este sentido, incluso en sistemas que admitan una solución conflictual, no cabe descartar la aplicación de estas reglas sobre la validez de la cláusula compromisoria por razones de orden público internacional, con todas las connotaciones que ello conlleva desde el punto de vista de la vinculación de la controversia con el sistema jurídico cuya regla pretende aplicarse.

15. Algunos sistemas no contienen normas específicas sobre la ley aplicable a la validez sustancial de la cláusula compromisoria, por lo que resultan de aplicación, bien las reglas del foro sobre validez sustancial del acuerdo de arbitraje internacional²³, bien las normas de conflicto generales en materia de contratos, aunque aplicables a la cláusula compromisoria considerada en sí misma como un contrato, en virtud del principio de autonomía.

Otros sistemas llevan más lejos dicho principio de autonomía y separabilidad y optan por una solución conflictual propia y distinta de las normas de conflicto que rigen la validez del contrato. Dicha solución se ampara en diversas conexiones que actúan generalmente de forma alternativa para favorecer la validez de la cláusula (*favor negotii*).

Existen, sin embargo, acusadas diferencias entre los sistemas. Así, el Convenio de Nueva York, aplicable o reproducido en este punto por distintas legislaciones nacionales del ámbito del IHLADI, no utiliza, en realidad, un criterio de *favor validitatis*: resulta nulo el acuerdo arbitral si así lo establece la ley elegida por las partes para regir dicho acuerdo²⁴ o, solo en su defecto, la *lex arbitri* (entendiendo el lugar en que se ha dictado la sentencia como lugar de la sede del arbitraje). El

²³ El art. 7.º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR estipula que [l]a validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el Derecho del Estado parte sede del Tribunal Arbitral". Algunos sistemas incorporan normas materiales específicas sobre supuestos concretos de nulidad. Así, el art. 1.661 CCCN establece que "[e]s nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros". O el art. 6.4º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR establece una regla acerca del momento y lugar de perfección del acuerdo arbitral sobre la base del principio de la recepción de la aceptación.

²⁴ Esta cuestión plantea comúnmente el problema de la extensión de la ley elegida para regir el contrato a la propia cláusula compromisoria, que no es pacífica en la doctrina, aunque se mantiene generalmente en la jurisprudencia (*vid.* J. F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, p. pp. 144-146 y 271-272; *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 166-168; A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press., 212, p. 103). Dicha extensión no parece vulnerar el principio de autonomía o de separabilidad de la cláusula, en la medida en que una elección tácita de la ley aplicable es igualmente posible, por lo que cabe extraer dicha extensión por vía de interpretación aun manteniendo la autonomía formal de la cláusula compromisoria.

art. 5.1° b) de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, aplicable extensamente en el ámbito del IHLADI, reproduce esta regla. Aunque pudieran multiplicarse las conexiones si se entiende que dicha remisión a la *lex arbitri* incluye sus normas de conflicto²⁵, lo cierto es que muchas legislaciones han reducido en la práctica dicha opción al incorporar materialmente la norma del Convenio de Nueva York, sustituyendo simplemente la *lex arbitri* por la *lex fori*.

En contrapartida, el Derecho español, el Derecho peruano y el Derecho dominicano prevén una acumulación de leyes aplicables de forma alternativa: el art. 9.6° LA, el art. 13.7 LAPE y el art. 10.5 LARD permiten admitir la validez del acuerdo, y por tanto reconocer el laudo, si así lo establece, indistintamente, la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, la ley aplicable al fondo de la controversia o la propia ley española, peruana o dominicana, como ley del foro o Estado requerido. Es importante señalar que estas leyes, en cuanto más favorables a la validez de la cláusula, pueden desplazar la regla sobre validez sustancial del Convenio de Nueva York como reglas más favorables al reconocimiento (art. VII CNY).

16. La incapacidad de las partes constituye una causa de nulidad sustancial de la cláusula que se somete, sin embargo, a un régimen autónomo en la mayoría de los sistemas. El Derecho francés apuesta asimismo por una aproximación material, pero en la mayoría de los sistemas se impone una consideración conflictual, partidaria de aplicar la ley “que les resulte aplicables” [arts. V.1 a) CNY y VI (2) CG], o la ley del domicilio respectivo en el caso del art. 7.1° del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Ello implica recurrir a las normas de conflicto correspondientes de cada sistema, que optarán previsiblemente por la ley nacional o del domicilio de las personas físicas, y la ley rectora del estatuto social de las sociedades y personas jurídicas.

17. Como en cualquier otro contrato, la ilicitud del objeto puede ser causa de nulidad sustancial. En el ámbito que nos ocupa, los vicios que actúan sobre el objeto o la causa, y no sobre el consentimiento, aparecen referidos a la “arbitrabilidad”. En muchos ámbitos, como el reconocimiento y ejecución de decisiones [art. V.2 a) CNY], la arbitrabilidad es una cuestión autónoma sujeta a las propias reglas de la *lex arbitri*, y a menudo caracterizada por su consideración *ex lege fori* en concomitancia con el orden público. En otros sistemas, como el francés, la arbitrabilidad queda inmersa en el concepto general de validez sustancial del convenio arbitral, y admite una contemplación más flexible. Lo

²⁵ Vid. M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 14–2006, p. 21.

mismo ocurre en sistemas como el español, el peruano y el dominicano, que someten la arbitrabilidad al mismo catálogo de leyes aplicables alternativamente a la validez sustancial de la cláusula señalado con anterioridad.

La variedad de estas soluciones se acentúa con la diversidad de concepciones acerca de las materias susceptibles de arbitraje y de su propia definición. Del mismo modo, se suscitan con frecuencia ciertos problemas de calificación: así, la limitación del arbitraje en caso de sujetos de Derecho público puede concebirse como una cuestión de inarbitrabilidad subjetiva, pero también de capacidad²⁶.

18. Más allá de la arbitrabilidad, la insuficiencia o imprecisión del objeto del acuerdo tiene mucho que ver con las llamadas “cláusulas patológicas”. Es posible que no se discuta sobre la arbitrabilidad de la controversia, ni sobre la validez formal de la cláusula compromisoria ni sobre la libertad y claridad del consentimiento prestado por las partes. Pero la cláusula puede resultar ineficiente por la imperfección en la definición del objeto.

La patología de las cláusulas compromisorias en este sentido es muy variable: elección de normas derogadas, dudas sobre el carácter obligatorio o facultativo de la solución arbitral, concurrencia con cláusulas de elección de fuero, previsión de recursos judiciales contra el laudo, imprecisión de la institución arbitral o del reglamento elegido, procedimientos ineficaces de designación de árbitros, elección de reglas de procedimiento impracticables, etc.

En qué medida estas patologías pueden suplirse mediante interpretación o integración del acuerdo y en qué medida son de tal envergadura que implican falta de precisión suficiente del contenido y, por tanto, ineficacia, es una cuestión jurídica y no puramente fáctica. De ahí que la ley rectora de la validez sustancial de la cláusula arbitral, como negocio autónomo, deba determinar asimismo en qué medida dicha cláusula es susceptible de integración por los árbitros o por los propios jueces.

²⁶ El propio Derecho francés sufre importantes incertidumbres a este respecto, abordado tanto por los tribunales como por el propio Consejo de Estado, que en una decisión reciente se ha arrogado ciertas competencias extraordinarias de intervención y control respecto a la anulación y el reconocimiento de laudos derivados de convenios de arbitraje que afectan a entes públicos franceses: sentencia de 19 de abril de 2013, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 761, nota de M. Laazouzi. *Vid.* una excelente tesis de la evolución de esta cuestión en el Derecho francés en J.–M. Jacquet, Ph. Delebecque y S. Carneloup, *Droit du commerce international*, 3ª ed., París, 2014, Dalloz, pp. 851–859. Más ampliamente, aunque anterior a la última sentencia del *Conseil d'État*, M. Audit, “Arbitrage international et contrats publics en France”, *Contrats publics et arbitrage international* (M. Audit ed.), Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 115–132. En el ámbito de los Estados representados en el IHLADI se produce asimismo una disparidad de criterios en torno a las limitaciones de los entes públicos para suscribir válidamente acuerdos de arbitraje [*vid.* C. Conejero Roos, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley – Wolters Kluwer, 2012, pp. 75–76].

19. Finalmente, la cláusula compromisoria puede resultar ineficiente si existen limitaciones acerca del momento del acuerdo. A la manera del art. 1.446 del Código de Procedimiento Civil francés, la mayoría de los sistemas admiten la eficacia de una cláusula arbitral pactada en cualquier momento, incluso cuando el procedimiento se halla pendiente ante una jurisdicción nacional.

IV. Efectos de la cláusula compromisoria

20. La cláusula compromisoria produce, en primer lugar, un efecto positivo, en la medida en que atribuye a las partes el derecho a acudir a la solución arbitral para resolver la controversia²⁷.

Este efecto positivo es sinónimo de “legitimación” para poner en marcha la solución arbitral. La cuestión esencial a este respecto consiste en determinar quiénes son, en realidad, las partes del acuerdo arbitral. Esta cuestión puede resultar compleja en el caso de cláusulas compromisorias insertas en diversos contratos y vinculadas entre sí, o en caso de grupos de sociedades²⁸, donde la condición de parte puede depender del levantamiento del velo corporativo, la implicación de una determinada sociedad en la ejecución del contrato en el que se inserta la cláusula, o la consideración de la voluntad tácita de sumisión a un acuerdo arbitral.

También la delimitación subjetiva puede afectar a la condición de parte del Estado y, en consecuencia, al efecto positivo de la cláusula compromisoria, en virtud de cláusulas compromisorias suscritas por empresas públicas. En estos supuestos, la doctrina del *alter ego*²⁹ o la “*théorie de l'émanation*” invitan a analizar el grado de control y dependencia de la empresa pública por parte del Estado para extender los efectos positivos de la cláusula compromisoria.

El principio de competencia–competencia implica la facultad de los árbitros para determinar el efecto positivo de la cláusula compromisoria. No debe olvidarse, sin embargo, que en el arbitraje institucional puede existir un control institucional de los efectos positivos de la cláusula de arbitraje previo a la constitución del propio tribunal arbitral (*ad ex.* arts. 6 de las Reglas CCI; art. 10 del Reglamento de la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA).

²⁷ El art. 17 LAP describe este efecto como “sustantivo”, frente al efecto negativo, denominado “procesal”.

²⁸ Vid. H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001.

²⁹ Vid. sentencia del Tribunal Federal suizo de 19 de julio de 1988 en el asunto *Westland* (*Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 525; *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVI, 1991, p. 180).

21. En segundo término, la cláusula arbitral produce un efecto negativo, consistente en excluir la competencia de los órganos jurisdiccionales internacionales, dando lugar a la declinatoria o excepción de arbitraje que implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en favor del tribunal arbitral. Se trata de una fórmula recogida con carácter general en los textos internacionales (art. II.3° CNY; art. VI.1° CG; art. 8 LMU) y en las legislaciones nacionales de los Estados representados en el IHLADI³⁰.

El efecto negativo produce, además, unos efectos inmediatos, en la medida en que, como reconocen la mayoría de las normativas expresamente, el arbitraje puede iniciarse o continuarse con independencia de la pendencia de una acción judicial.

Sin embargo, para una correcta delimitación del sentido y el alcance del efecto negativo de la cláusula compromisoria, es preciso distinguir los casos en que la declinatoria se suscita cuando el procedimiento arbitral se haya iniciado, de aquellos otros en que aún no se ha suscitado.

22. Cuando el procedimiento arbitral aún no ha comenzado, la inhibición de los órganos jurisdiccionales se fundamenta propiamente en los efectos negativos de la convención de arbitraje o de la cláusula compromisoria. En tales casos, los jueces deben evaluar la validez y eficacia de la cláusula antes de declinar su competencia y las condiciones de dicho análisis perfilan el verdadero alcance de principio de mínima intervención judicial en cada sistema.

En este sentido, se contraponen dos modelos fundamentales: el más extendido en este punto parece apuntar a un sistema de *cognitio plena* (arts. II.3 del Convenio de Nueva York o art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDCI), al que parece adherirse la mayor parte de las legislaciones nacionales representadas en el IHLADI: a instancia de parte, corresponde al juez analizar de forma sistemática los requisitos de validez formal y sustancial de la cláusula. Algunos sistemas, incluso extienden este control, más allá de la validez de la cláusula compromisoria, al eventual abuso de derecho por la parte que hace valer la excepción de arbitraje, cuando esta misma parte ha impedido la constitución del tribunal arbitral (art. 5 de la Ley sueca de arbitraje; art. 7 LFS) o se muestra rebelde en el procedimiento arbitral (art. 3 FAA)

Dicho control, sin embargo, aparece atenuado en sistemas, como el francés, que optimizan el principio de mínima intervención a través de un control o sistema de

³⁰ Arts. 1.656 CCCN; 46 LAB; 3 LAC; 8 LACH; 11 LAE; 7 LAEC; 31 LAES; 6 UAA; 3 FAA; 11 LAG; 40 LAH; 1.424 CCM; 28 LAN; 17 LAP; 11 LAPAR; 16 LAPE; 5 LAPOR; 2.01 LAPR; 12 LARD; 475.1 CGP; 5 LAV. En el sistema cubano, el efecto negativo ha sido recogido de forma similar por parte de la jurisprudencia [vid. R. Dávalos Fernández, “Arbitraje comercial internacional en Cuba: marco legal y jurisprudencial”, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley – Wolters Kluwer, 2012, pp. 292–294].

cognitio limitada, que únicamente permite desestimar la excepción de arbitraje en aquellos casos en que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o ineficaz, es decir, si la ineficacia de la cláusula resulta *prima facie* evidente en el sentido señalado más arriba. Esta doctrina, claramente establecida en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de junio de 2006 en el asunto *Jules Verne* se expresa hoy, tras la reforma de 2011, en el art. 1.448 del CPC francés. Esta tendencia parece haber inspirado, por ejemplo, la formulación del art. 1.656 del Código Civil y Comercial argentino y del art. 16.4 LAPE, y se detecta en la jurisprudencia de algunos sistemas jurídicos representados en el IHLADI³¹.

Un principio de mínima intervención judicial favorable al arbitraje recomendaría en este punto un planteamiento diferente acerca del control de la competencia judicial, exclusivamente a instancia de parte mediante la declinatoria o excepción de arbitraje, según una regla muy extendida en los diferentes sistemas arbitrales. Ciertamente, la sumisión tácita por las partes a los órganos jurisdiccionales conlleva una renuncia a la convención de arbitraje y un acuerdo posterior favorable a la solución jurisdiccional. Sin embargo, esta conclusión no es extensible a aquellos supuestos en que una de las partes vinculadas por el acuerdo arbitral no comparece ni manifiesta voluntad alguna de sumisión. En supuestos de incomparecencia del demandado, al igual que ocurre en el ámbito jurisdiccional, la inhibición en favor del arbitraje y la incompetencia del órgano jurisdiccional debería producirse de oficio cuando se trata de un supuesto internacional, al menos en ciertos casos. En este caso, en efecto, la internacionalidad del supuesto puede aconsejar soluciones diferentes, en especial si el demandado se halla domiciliado en un Estado distinto al que se plantea la demanda. La diligencia o carga procesal razonable exigida al demandado en orden a plantear la declinatoria no puede ser la misma para el demandado domiciliado en el foro que para el demandado domiciliado en otro Estado.

23. En el caso de un arbitraje ya iniciado, el planteamiento de una demanda jurisdiccional puede modificar la perspectiva del problema. Por una parte, es dable que exista la tentación de contemplar el caso como una cuestión de litispendencia, aplicando por analogía las reglas de litispendencia interna, que puede beneficiar la competencia judicial frente a la arbitral, por el mero hecho de la prioridad temporal en la presentación de la demanda. Evidentemente, este planteamiento es erróneo, pues si existe una convención de arbitraje eficaz no puede haber litispendencia, pues no solo el órgano jurisdiccional resulta incompetente en

³¹ Así se desprende en Portugal de la sentencia del *Tribunal da Relação* de Lisboa de 5 de junio de 2007 (núm. de proceso 1380/2007-1): *vid.* M. Esperança Pina, R. Gouveia y F. Bettencourt Ferreira, “Arbitraje comercial internacional en Portugal: marco legal y jurisprudencial”, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica (marco legal y jurisprudencial)*, 2ª ed., La Ley – Wolters Kluwer, 2012, pp. pp. 707–708.

virtud de la convención de arbitraje, sino que el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal arbitral depende de los propios árbitros en virtud del principio competencia–competencia. Dicho en otros términos, cuando el arbitraje ya se ha iniciado, la integridad del procedimiento arbitral y la no intervención judicial viene impuesta por los efectos negativos del principio competencia–competencia, más que por los efectos negativos propiamente dichos del convenio arbitral. Por ello, los sistemas más respetuosos con el principio de no intervención judicial excluyen cualquier posibilidad de control o *cognitio* por parte de los órganos jurisdiccionales (art. 1.448 CPC francés, art. 817 CPC Italiano, artículo VI.3º del Convenio de Ginebra de 1961; art. 1.656 CCN), o limitan ese control supuestos de violaciones manifiestas del orden público internacional (art. 16.4º LAPE)³². La intervención, por tanto, solo puede producirse por la vía de control en la anulación o en el reconocimiento y ejecución del laudo, una vez terminado el procedimiento arbitral. Queda descartado el riesgo de procedimientos paralelos.

La mayoría de los sistemas, sin embargo, únicamente contemplan este efecto negativo pleno frente a las acciones que impugnen con carácter principal la validez del acuerdo y del procedimiento arbitral³³. Al contrario, cuando una de las partes interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional y se plantea por la otra parte la declinatoria o la excepción de arbitraje, los órganos jurisdiccionales proceden a controlar la validez del acuerdo arbitral, aun cuando el tribunal arbitral esté constituido y el procedimiento arbitral, en marcha. Ciertamente, semejante control debería estar, cuando menos, restringido a una *cognitio limitada* en caso de manifiesta nulidad o ineficacia *prima facie* del acuerdo arbitral. Así parece sugerirlo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002³⁴ dentro del sistema español, o la jurisprudencia suiza si el procedimiento arbitral tiene su sede en Suiza, pero no cuando se desarrolla en el extranjero, en cuyo caso la *cognitio* es plena³⁵.

En todo caso, como hemos señalado, en el caso de arbitraje ya iniciado el principio de mínima intervención judicial, unido al principio competencia–competencia, lo que recomienda es en realidad la admisión de la excepción de arbitraje sin control alguno de la eficacia de la cláusula, que será en su caso objeto

³² La condición única de orden público internacional parece desprenderse asimismo de la jurisprudencia dominicana: sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 13 de diciembre de 2006 y de 30 de enero de 2008 (vid. J. C. Fernández Rozas y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 208–212).

³³ Aunque en sistemas como el inglés ni siquiera se excluye el conocimiento por los órganos jurisdiccionales de esta acción principal.

³⁴ RJ 2002/6421.

³⁵ Vid. B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publications, 2015, pp. 110–113.

de invocación por las partes en el procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución del laudo.

24. El efecto negativo de la cláusula compromisoria puede verse limitado, asimismo, en otros supuestos de intervención judicial, incluso en apoyo del arbitraje. Así ocurre en los supuestos de intervención judicial para desbloquear el nombramiento de árbitros. En algunos sistemas, el nombramiento se produce sin control alguno de la validez o eficacia del acuerdo arbitral (art. 1.027.4° CPC holandés). En la mayoría de los sistemas, sin embargo, existe un control incidental de la eficacia del convenio arbitral. En el sistema francés, dicho control obedece a un modelo de *cognitio* limitada, que únicamente se activa cuando el acuerdo arbitral es “manifiestamente” nulo o inaplicable (art. 1.455 CPC)³⁶. Esta *cognitio* limitada implica que la ineficacia de la cláusula debe resultar evidente, generalmente porque no ha sido suscrita por una de las partes. Como el error manifiesto, la ineficacia o inaplicabilidad manifiesta no necesita interpretación: salta a la vista como un hecho que no requiere mayor motivación que la pura evidencia, ni admite discusión, al ser “incontestable” (sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 30 de junio de 1988³⁷).

Aparentemente, un modelo similar debería imperar, por ejemplo, en el sistema español, pues semejante ineficacia debería resultar *prima facie*, según indica la Exposición de Motivos de la LA con toda claridad³⁸. La práctica, sin embargo, parece apuntar en algunas ocasiones, al menos en el arbitraje interno, a un control sistemático de validez del acuerdo arbitral (*cognitio* plena)³⁹ sobre la base del art. 15.5° LA, que no se compadece en modo alguno con el principio de mínima intervención judicial, al menos en su formulación óptima⁴⁰, particularmente por el riesgo que entraña de entorpecimiento y retraso del procedimiento arbitral. Por

³⁶ Este es el modelo de *cognitio* que se sigue asimismo en los sistemas sueco, suizo, alemán o italiano (cf. J. F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, p. 362).

³⁷ *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 542, nota de Ph. Fouchard.

³⁸ “Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio” (Exposición de Motivos, IV).

³⁹ Este es el modelo de control de la validez del acuerdo arbitral por el juez de apoyo inglés en el ámbito del nombramiento y constitución del tribunal arbitral: *The CPC Gallia*, QB (1994) 1 LLOYD'S REP. 68.

⁴⁰ Vid. F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 107; A. López de Argumedo Piñeiro y K. Menéndez de la Cuesta Lamas, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de la jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, n° 8, 2010, pp. 3–5 (<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598>).

fortuna, la jurisprudencia más reciente de los Tribunales Superiores de Justicia parece restaurar dicha *cognitio* limitada, al menos en el ámbito del nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral⁴¹.

V. Recomendaciones

La concepción del arbitraje comercial internacional en Europa y en EE UU se decanta claramente por favorecer en el comercio internacional las soluciones arbitrales a través de un principio de mínima intervención judicial en el arbitraje. El principio pro–arbitraje ha experimentado asimismo un desarrollo progresivo en el ámbito latinoamericano, tradicionalmente más proclive a una actitud limitativa, a partir fundamentalmente de la incorporación de la Ley Modelo de la CNUMDI. En este camino aperturista, la conversión de muchos de estos sistemas jurídicos en sedes arbitrales atractivas requiere algunos avances. En esta dirección, en materia de régimen jurídico del acuerdo arbitral y de las cláusulas compromisorias, se recomienda:

1º. Incorporar la solución contenida en la Opción II del art. 7 de la Ley Modelo de la CNUMDI y en la legislación arbitral portorriqueña por lo que se refiere al reconocimiento de la validez de la cláusula compromisoria sin sujeción a exigencias de forma predeterminadas.

2º. Admitir la validez formal de las cláusulas compromisorias contenidas en condiciones generales de los contratos, siempre que el acuerdo principal se refiera a ellas y resulten accesibles para la otra parte en el momento de contratar, sin perjuicio de someter su validez sustancial a las reglas de que limitan las cláusulas abusivas o los contratos de adhesión, en la medida que dichas reglas sean consideradas de orden público internacional.

3º. Derogar las reglas que no reconocen efecto directo a la cláusula compromisoria y exigen, en caso de oposición, la formalización judicial de un compromiso arbitral (leyes brasileña y uruguaya).

4º. Siguiendo los modelos legales dominicano, español y peruano, y superando el modelo anticuado de la Convención de Nueva York de 1958, sobre la base de un principio de *favor negotii*, someter la validez formal y sustancial de la cláusula compromisoria, incluyendo la arbitrabilidad, de forma alternativa, a la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, a la ley aplicable al fondo de la controversia en su defecto y a la *lex arbitri*/ley del foro, sin perjuicio de que

⁴¹ Vid. J. Remón, “Art. 15: Nombramiento de los árbitros”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 343.

algunas exigencias de validez o arbitrabilidad de la *lex arbitrii/lex fori* puedan considerarse de orden público internacional.

5°. Reconocer el efecto negativo de la cláusula compromisoria en caso de arbitraje no iniciado bajo un sistema de control restringido (*cognitio* limitada) de la validez de dicha cláusula, limitado a la condición de que resulte *prima facie* o manifiestamente nula. Aplicar la misma regla en caso de control del acuerdo arbitral por el juez de apoyo en la designación de árbitros.

6°. Reconocer, sobre la base del modelo argentino, el efecto negativo incondicional del compromiso arbitral cuando el arbitraje ya se haya iniciado, o en todo caso, conforme al modelo peruano, limitarlo solo en caso de contradicción con el orden público internacional.

Abreviaturas

| | |
|------------|---|
| AUA | <i>Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage</i> (1999) |
| CCCN | Código Civil y Comercial de la nación (Argentina) |
| CCM | Código de Comercio de México |
| CG | Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 |
| CGP | Ley n°. 15892: Código General del Proceso (Uruguay) |
| CNY | Convención de N.U. sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, hecha en Nueva York en 1958 |
| CPC | Código de Procedimiento Civil francés |
| EAA | <i>Arbitration Act</i> inglesa |
| FAA | <i>Federal Arbitration Act</i> (EE.UU.) |
| LAB | Ley 708 de 25 de junio 2015, de Conciliación y Arbitraje (Bolivia) |
| LABR | Ley núm. 9.307 de 23 de septiembre de 1996, Disposiciones sobre arbitraje (Brasil) |
| LAC | Ley 1562 de 2012, de 12 de julio, Estatuto de Arbitraje nacional e Internacional (Colombia) |
| LACH | Ley 19971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile) |
| LACR | Ley 7727 sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social (Costa Rica) |
| LACU | Decreto Ley n°. 250/07 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. |
| LAE | Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje (España) |
| LAEC | Ley de Arbitraje y Mediación de 4 se septiembre de 1997 (Ecuador) |
| LAES | Decreto 914: Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (El Salvador) |

| | |
|-------------|---|
| LAF | <i>Republic Act n.º 876, The Arbitration Law</i> (Filipinas) |
| LAG | Decreto n.º 67–95, Ley de Arbitraje (Guatemala) |
| LAH | Decreto–Ley n.º 161/2000, de Conciliación y Arbitraje (Honduras) |
| LAN | Ley n.º 540, de 25 de mayo de 2005, de Mediación y Arbitraje |
| LAP | Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá |
| LAPAR | Ley n.º 1.879 de Arbitraje y Mediación (Paraguay) |
| LAPE | Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje (Perú) |
| LAPOR | Ley n.º 63/2011, de 14 de diciembre de Arbitraje Voluntario – Anexo (Portugal) |
| LAPR | Ley n.º 10, de 10 de enero de 2012: Ley de Arbitraje Comercial Internacional en Puerto Rico |
| LARD | Ley 489–08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana) |
| LAV | Ley de Arbitraje Comercial de 1998 (Venezuela) |
| LFS | Ley Federal suiza de Derecho internacional privado de 1986 |
| LMU | Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LMU) |
| UAC | <i>Uniform Arbitration Act</i> (EE.UU.) |