

Validez y eficacia del convenio arbitral

MARLEN ESTÉVEZ SANZ & ROBERTO MUÑOZ ROJO

King & Wood Mallesons

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La validez formal del convenio arbitral.* 3. *La validez sustantiva del convenio arbitral.* 4. *La efectividad del convenio arbitral.* Las cláusulas patológicas. 5. *Conclusiones.*

1 · Introducción

1.1 El convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo («principio de separabilidad»), en virtud del cual dos o más partes deciden someter expresamente a arbitraje el conocimiento de una eventual controversia presente o futura.

La existencia de un acuerdo de este tipo es la antesala del proceso arbitral, con el efecto positivo de atribuir la competencia a los árbitros para que decidan sobre su propia competencia y el negativo de excluir la de los tribunales judiciales¹ (principio de «kompetenz-kompetenz»).

1.2 Ahora bien, para que el convenio arbitral pueda desplegar todos sus efectos, es imprescindible que sea válido y eficaz.

Por validez entendemos que el compromiso adquirido cumpla con todos los requisitos formales (existencia) y sustantivos (consentimiento). Su cumplimiento se valorará

principalmente con base en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la “**Convención de Nueva York**”)², que a pesar de su título también regula esta materia. No obstante, es igualmente importante tener en consideración el resto de convenios internacionales y las diversas leyes nacionales que pudieran resultar de aplicación.

Por otro lado, para que un convenio arbitral sea efectivo deberá ser capaz de generar consecuencias legales, de manera que las partes puedan exigirse acudir a arbitraje para resolver la controversia.

2 · La validez formal del convenio arbitral

2.1 Como cualquier otro contrato, los convenios arbitrales están sujetos a requisitos de forma³. Su racionalidad se fundamenta en la necesidad de asegurar que las partes efectivamente acordaron someter una disputa a arbitraje (función interna) y la confirmación o evidencia de la existencia de dicho consentimiento (función externa)⁴. Y es que, la renuncia a la jurisdicción de los tribunales

judiciales que de otro modo les correspondería a las partes debe resultar clara e inequívoca.

2.2 En el plano internacional, el Artículo II(1) de la Convención de Nueva York determina que el convenio arbitral deberá constar “por escrito”, explicando en su segundo apartado que: “La 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”.

La misma exigencia se recoge tanto en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (artículo 1.2), como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en la Ciudad de Panamá en enero de 1975 (artículo 1).

Sin embargo, a pesar de que el requisito de constar por escrito fue adoptado por la Convención de Nueva York en aras a proporcionar un estándar internacional uniforme, lo cierto es que no existe una interpretación homogénea del alcance y extensión de este requisito formal, encontrándonos con conclusiones diferentes dependiendo de la interpretación de cada tribunal judicial nacional.

2.3 De hecho, lo anterior se puso de manifiesto a raíz de un estudio que englobaba 90 jurisdicciones que habían ratificado la Convención de Nueva York, que confirmó que los requisitos del Artículo II se han interpretado de forma distinta en cada una de ellas⁵.

Así, aun cuando la mayoría han adoptado un criterio semejante al previsto en la Convención de Nueva York⁶, determinadas jurisdicciones han aceptado expresamente la validez de los convenios arbitrales orales (por ejemplo, Francia para los arbitrajes internacionales⁷, Suecia⁸, Escocia⁹ o Nueva Zelanda¹⁰)¹¹; mientras que en otras ocasiones, como ocurre con China¹², se somete al convenio arbitral a mayores requisitos formales, tales como que se determine expresamente la institución a la que se somete el arbitraje (artículo 16)¹³, bajo pena de nulidad en caso contrario¹⁴.

De este modo, toda vez que no existe ningún impedimento para que las legislaciones nacionales implanten mayores requisitos formales, es ciertamente recomendable atender al cumplimiento de estas exigencias para evitar poner en peligro la validez formal del convenio arbitral¹⁵.

2.4 A la vista de lo anterior y con intención de atajar esta falta de uniformidad entre las distintas jurisdicciones, una de las opciones que se barajó fue la modificación de la Convención de Nueva York. Sin embargo, dada cuenta del número de Estados

suscriptores, ésta posibilidad se antojó «difícil sino imposible»¹⁶. De ahí que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) comenzase a trabajar para tratar de facilitar diferentes alternativas a los Estados, de manera que éstos pudieran reformar sus legislaciones nacionales para tender hacia una interpretación más flexible del Artículo II de la Convención de Nueva York.

Dicho trabajo cristalizó el 7 de julio de 2006, cuando se publicaron las enmiendas a la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (la “**Ley Modelo**”), con objeto de reflejar “un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales”¹⁷. Así, una de las principales enmiendas fue la modificación del artículo 7 de la Ley Modelo, que recoge la exigencia formal del convenio arbitral, para “adecuarlo a la realidad configurada por la evolución de la práctica en el comercio internacional y los avances tecnológicos”¹⁸.

Pues bien, en su redacción actual, la Ley Modelo prevé dos opciones de redacción del artículo 7, dependiendo de la importancia que el legislador nacional pretenda otorgar al requisito formal de que el convenio arbitral conste por escrito:

- La Opción I mantiene dicha exigencia, pero ampliando el sentido tradicional del concepto “por escrito” al equiparar

la forma escrita con otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”.

- Por el contrario, la Opción II omite todo requisito de forma, limitándose a firmar que “[e]l “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”.

Sea como fuere, ambas opciones vienen a confirmar una superación de la exigencia formal tal y como consta recogida en el Artículo II de la Convención de Nueva York¹⁹.

2.5 Con independencia de la adopción de alguna de las versiones de la Ley Modelo, mientras que en algunas legislaciones el requisito de constar por escrito se considera condición de la validez de dichos acuerdos (*ad validitatem*) en otras simplemente es a efectos probatorios (*ad probationem*).

La importancia de esta distinción reside en que, de considerar que el requisito de constar por escrito únicamente es necesario a efectos probatorios, se está aceptando la posibilidad de que el consentimiento se otorgue de manera tácita²⁰, tal y como ocurre con la English Arbitration Act de 1996 (section 5)²¹ o la ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (artículo 9)²².

2.6 Por último, destacar que la existencia de las referidas exigencias formales no está exenta de críticas. Así, algunos autores mantienen que carece de justificación someter a los convenios arbitrales a requisitos más estrictos que al resto de contratos. En particular, en la medida en que el arbitraje ha dejado de ser percibido como una renuncia «peligrosa» de derechos, pasando a concebirse como el foro natural en el que resolver las disputas internacionales²³.

Sobre la base de lo anterior, parte de la doctrina sostiene que el mantenimiento de requisitos de forma se debe únicamente a una concepción obsoleta del arbitraje, como alternativa jurisdiccional inferior a los tribunales judiciales que debía ser tratada con precaución²⁴. De ahí que (i) las exigencias formales resulten arcaicas, desfasadas e inadecuadas, en especial cuando las partes contratantes son comerciantes experimentados y, (ii) como consecuencia, los convenios arbitrales orales deberían ser, «por cuestión de principios», válidos del mismo modo que otros contratos comerciales que se concluyen de forma verbal²⁵.

3 · La validez sustantiva del convenio arbitral

3.1 Adicionalmente, para que un convenio arbitral sea válido es necesario que sea patente el deseo de las partes de acudir a arbitraje y que dicho consentimiento no se haya viciado por factores externos. Lo anterior es

consecuencia de la naturaleza del convenio arbitral, que desplaza voluntariamente la jurisdicción de los tribunales judiciales, encomendando a los árbitros la resolución del conflicto que pueda surgir.

De este modo, para que un convenio arbitral sea válido deberá acreditarse el consentimiento de las partes de someter una disputa a arbitraje. Esto es, si las partes tenían capacidad suficiente para suscribir el convenio arbitral (también denominada «arbitrabilidad subjetiva»²⁶) y si existió en realidad dicho acuerdo o sumisión a arbitraje.

3.2 Con respecto a la capacidad para someter una disputa a arbitraje, el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York prevé que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo en aquellas ocasiones en las que “las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable”.

No obstante, la mayoría de leyes nacionales mantienen un silencio a este respecto, si bien en general se entiende que toda persona (física o jurídica) que tenga capacidad para suscribir un contrato la tendrá igualmente para someter una disputa a arbitraje.

Lo anterior a salvo de las particularidades que pudieran presentar los Estados o las entidades públicas o estatales, si bien en la mayoría de las jurisdicciones se les reconoce ya plena capacidad para suscribir un convenio arbitral,

tal y como ocurre con España²⁷, Suiza²⁸, Argentina²⁹, Colombia³⁰, Costa Rica³¹ o Chile³², entre otras muchas³³.

3.3 Por otro lado, a la hora de concluir si existió realmente un convenio para someter una controversia a arbitraje, deberán analizarse las especiales circunstancias del caso.

Así, por ejemplo, resultará relativamente sencillo en aquellas ocasiones en las que encontramos una cláusula compromisoria incluida en un contrato negociado y suscrito por las partes. Sin embargo, la casuística ha demostrado ser más compleja, como ocurre en aquellos casos en que (i) meramente existe una referencia a condiciones generales en las que se contiene un acuerdo de sumisión a arbitraje, (ii) nos encontramos con contratos estrechamente relacionados, (iii) se discute la extensión subjetiva a terceros no suscriptores o (iv) ha tenido lugar una cesión contractual.

En relación con la referencia a unas condiciones generales, la visión predominante en distintas jurisdicciones es la validez del convenio arbitral siempre y cuando las citadas condiciones estén disponibles y sean accesibles en el momento de suscribir el contrato³⁴. No obstante, determinados tribunales han venido exigiendo que conste una referencia expresa al convenio arbitral contenido en las condiciones generales³⁵ y que el acuerdo de sumisión a arbitraje sea visible³⁶.

Del mismo modo, con respecto a contratos íntimamente relacionados, la tendencia es a favor de la validez de los convenios arbitrales. De hecho, se ha aceptado que el consentimiento prestado en el convenio arbitral incluido en un acuerdo de joint venture se extienda a aquellos acuerdos en ejecución e implementación de la joint venture³⁷.

No obstante, la principal complicación la encontramos en la extensión subjetiva a terceros que no suscribieron originalmente el convenio arbitral³⁸. En este sentido, en opinión del Court of Appeals, Fifth Circuit, de Estados Unidos, en el caso *The Rice Company (Suisse) v. Precious Flowers Ltd.*, de fecha 2 de abril de 2008, los convenios arbitrales se aplican a partes no suscriptoras únicamente en raras circunstancias.

Sin embargo, lo anterior no debe obviar la predisposición actual a favor de extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios en determinadas circunstancias.

Tal es el caso de cesión contractual, en el que la mayoría de las jurisdicciones (como España³⁹, Inglaterra⁴⁰, Suecia⁴¹ o Alemania⁴², entre otras⁴³) aceptan que el cesionario quede igualmente sujeto al convenio arbitral al que prestó consentimiento el cedente; como también ocurre en otros supuestos como las fusiones o adquisiciones⁴⁴, la subrogación⁴⁵ o en aplicación de otras doctrinas legales como el *estoppel*, la doctrina de los actos propios o el levantamiento del velo⁴⁶.

4 · La efectividad del convenio arbitral. Las cláusulas patológicas

4.1 No obstante lo expuesto, es posible encontrarnos ante un acuerdo de sumisión válido que, sin embargo, no pueda desplegar sus efectos como consecuencia de la existencia en su redacción de lagunas o irregularidades insubsanables.

Este es el caso de las denominadas «cláusulas patológicas»⁴⁷, frente a las que profesionales jurídicos nos enfrentamos en la práctica con relativa frecuencia, bien sea debido a una omisión o bien como consecuencia de un excesivo afán en complicar su redacción⁴⁸.

En este sentido, se debe partir de la premisa de que, además de cumplir con los requisitos para su validez anteriormente desarrollados, es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca. Un acuerdo de sumisión cuya redacción sea precisa evitará disputas que implicarían la dilación del proceso y un aumento inexorable de los costes inherentes al mismo.

4.2 Con la intención de asegurarse la efectividad del acuerdo de sumisión a arbitraje las principales instituciones arbitrales publican directrices o guías para fomentar la correcta redacción de cláusulas arbitrales⁴⁹, como también proporcionan ejemplos a utilizar por las partes interesadas; tal es el caso del Centro Iberoamericano de Arbitraje, que facilita como cláusula tipo la siguiente: “Toda controversia

derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él –incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución– será resuelta definitivamente mediante arbitraje, administrado por el Centro Iberoamericano de Arbitraje, CIAR, de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/portugués/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]”⁵⁰.

En este sentido, con independencia de la tendencia a redactar acuerdos de sumisión ad hoc para cada ocasión⁵¹, lo cierto es que sirviéndonos de las citadas recomendaciones y modelos se evita (o, cuando menos, se reduce notablemente) el riesgo de que un tribunal judicial nacional niegue su eficacia.

Lo anterior, entre otras cosas, toda vez que así nos aseguramos la mención en la cláusula compromisoria a elementos esenciales (tales como: la disputa que se somete a arbitraje, el idioma, la sede, el lugar donde desarrollar las vistas, el derecho aplicable, la institución arbitral competente, el número de árbitros o la referencia a otros métodos alternativos de resolución de disputas, etc.), como también evitamos incurrir en una redacción poco clara u oscura.

4.3 Y es que, aun cuando existe una tendencia a favor del arbitraje, la casuística es muy variada y la eficacia que se da al convenio arbitral depende de la jurisdicción competente.

Por un lado, nos encontramos con jurisdicciones que abogan claramente a favor de su efectividad, como ocurre en el caso de España, donde el Tribunal Supremo concluyó en su Sentencia de 10 de julio de 2007 que “una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral”. Criterio que comparte el Tribunal Supremo estadounidense, en *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, de fecha 18 de marzo de 1985⁵².

De igual forma, en el caso de Venezuela, la Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 17 de octubre de 2008, afirmó que el arbitraje no debe ser catalogado como excepcional, produciéndose así un cambio en la tendencia jurisprudencial de dicha jurisdicción hasta ese momento⁵³.

Sin embargo, en el sentido opuesto encontramos la solución que alcanzó la Corte di Cassazione italiana que, en el caso *Rauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. v. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, de 10 de marzo de 2000, determinó que al tratarse el arbitraje de una renuncia al acceso de los tribunales de justicia se debe partir de una interpretación restrictiva en caso de duda.

En términos igualmente limitados se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala A) de Argentina, el 24 de mayo de 2011, al considerar que alcance de las cláusulas compromisorias tiene un “carácter restrictivo”.

4.4 Consecuentemente, comprobamos cómo, de cara a analizar la efectividad de un convenio arbitral, resulta fundamental conocer la concepción del arbitraje de la que parten los tribunales judiciales nacionales que serán competentes para conocerla y evaluarla. Hasta tal punto que, como veremos a continuación, ante supuestos similares o semejantes se han alcanzado soluciones contradictorias en distintas jurisdicciones.

A modo de ejemplo, al examinar un contrato en el que las partes acordaron que cualquier discrepancia sería resuelta mediante arbitraje y, sin embargo, también existía una referencia a la competencia territorial los tribunales nacionales, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia de 10 de julio de 2007, ejecutó la cláusula compromisoria bajo el argumento de que “que la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario, no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a arbitraje, sino que “obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste””⁵⁴.

Misma conclusión es compartida por el Queen’s Bench Division (Commercial Court),

en *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.*, el 18 de febrero de 1991. En ese caso, en un mismo contrato, una de las cláusulas sometía las disputas a arbitraje institucional mientras que otra a los tribunales ingleses. La demandante alegaba, además, que no nos encontrábamos ante una cláusula opcional o híbrida, sino que existía una clara inconsistencia que en ningún caso se podía inclinar a favor del arbitraje. Así, el tribunal falló que la cláusula referente a los tribunales nacionales debía interpretarse como la ley reguladora del arbitraje, que aplicará al presente arbitraje⁵⁵.

Por el contrario, el Tribunal Cantonal Suizo, en su Sentencia *Nokia-Maillefer S.A. v. Mazzer*, de 30 de marzo de 1993, al analizar un supuesto en el que existía una referencia tanto a la sumisión a arbitraje como a los tribunales judiciales, concluyó que no era posible establecer la intención común de las partes con respecto al acuerdo arbitral, negándose a aceptar un acuerdo oscuro como prueba de un acuerdo arbitral⁵⁶.

4.5 Aclarado lo anterior, especial cuidado se debe tener igualmente cuando la intención de las partes sea someter el arbitraje a determinados árbitros, específicamente identificados en la cláusula arbitral.

A modo ilustrativo, en un supuesto en el que las partes acordaron la sumisión “al arbitraje del Banco Popular Español, S.A.” el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sentencia

de 24 de julio de 2014, concluyó que resultaba evidente que dicha institución estaba “claramente incapacitada para poder ser designado árbitro”. De ahí que, al ser su voluntad “la de someter no a arbitraje sino a un único y concreto árbitro, impedido –como dijimos– por causa de su notoria incapacidad para ser designado”, dicha cláusula devino irremediabilmente ineficaz.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 28 de septiembre de 2012, tampoco consideró válida la designación como árbitro de un órgano interno de una de las partes, toda vez que de lo contrario se estarían vulnerando los requisitos de independencia e imparcialidad que deben guiar la actuación de los árbitros.

Asimismo, ante el problema de que la persona elegida por las partes para actuar como árbitro finalmente no pudiera actuar en tal condición (por fallecimiento, indisponibilidad, etc.), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia de 25 de septiembre de 2013, concluyó que nos encontraríamos ante un convenio arbitral ineficaz, toda vez que “el convenio pactado en los expresados términos ha quedado vacío de contenido”. Criterio que comparten los tribunales estadounidenses en *Marcus v. Meyerson*, cuando declararon que el tribunal carecía de autoridad para designar a un sustituto de un árbitro –específicamente identificado– que había presentado su dimisión⁵⁷.

A mayor abundamiento, los citados inconvenientes se podrían extender a aquellos supuestos en los que se fijan en el convenio arbitral unos requisitos a cumplir por el candidato a árbitro excesivamente exigentes. En este sentido, como apunta algún autor, “sería tentar al diablo exigir que el árbitro fuese un italiano que hablase inglés, con un título de derecho francés y familiarizado con contratos de construcción en Oriente Medio”⁵⁸.

4.6 Adicionalmente, se debe poner especial cuidado en tratar de someter siempre la resolución de una controversia a una institución arbitral existente.

No obstante, la práctica arbitral nos demuestra que los tribunales (en no pocas ocasiones), al enfrentarse a cláusulas patológicas en las que las partes habían elegido una institución arbitral inexistente, han optado en su mayoría por mantener la eficacia del convenio arbitral.

Ésta ha sido la preferencia en caso de Francia (“Official chamber of commerce in Paris”)⁵⁹, Estados Unidos (“New York Commercial Arbitration Association”)⁶⁰, Suiza (“International trade arbitration organization in Zurich”)⁶¹ o España (“Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de León”)⁶², que salvaron la citada deficiencia al considerar que en realidad las partes se referían a otra institución arbitral existente.

4.7 Por último, frente a la propensión de algunos operadores jurídicos de redactar una

cláusula compromisaria demasiado compleja o extensa, nos encontramos también con el extremo opuesto, en el que los convenios arbitrales son demasiado escuetos (también denominadas «cláusulas en blanco»).

Un ejemplo es el del High Court de Hong Kong, en *Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited*, de 5 de mayo de 1993, en el que la cláusula compromisaria versaba del siguiente modo “3rd country, under the rule of the 3rd country and in accordance with the rules of procedure of the International Commercial Arbitration Association”. Así las cosas, el tribunal mantuvo la eficacia de la sumisión a arbitraje, bajo el argumento de que las partes habían expresado claramente su intención de someter las disputas a arbitraje⁶³.

En términos similares se pronunció el Queen’s Bench Division (Commercial Court), en *Arab-African Energy Corp Ltd v. Olieprodukten Nederland BV*, que decidió ejecutar una cláusula compromisaria que rezaba simplemente “English law – arbitration, if any, London according ICC Rules”.

5 · Conclusiones

A pesar de la manifiesta tendencia en la mayoría de las jurisdicciones a favor del arbitraje comercial internacional, que ha propiciado modificaciones sustanciales tanto en la normativa nacional como en la internacional, a día de hoy la validez (formal y

sustantiva) del convenio arbitral todavía está supeditada al cumplimiento de determinados requisitos.

Ahora bien, dada cuenta de que en la actualidad no existe una interpretación internacional homogénea de las exigencias relativas a las cláusulas compromisorias, resulta preciso prestar especial atención a la concepción y postura que mantienen los tribunales judiciales nacionales competentes a este respecto.

Finalmente, de cara a asegurarse que un convenio arbitral despliega todos sus efectos, es esencial la correcta y precisa redacción de las cláusulas compromisorias. De lo contrario podemos encontrarnos ante un acuerdo de sumisión a arbitraje plenamente válido pero que –debido a las patologías existentes– es completamente inoperante o ineficaz. En este sentido, como demuestra la práctica arbitral, se debe evitar caer en el error de redactar el convenio arbitral de forma injustificadamente compleja o innecesariamente parca. Para ello, una buena solución la encontramos en los modelos de cláusulas y recomendaciones que facilitan las instituciones arbitrales.

¹ Sobre el alcance del efecto negativo del principio de kompetenz-kompetenz en España, DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.: *Alcance del efecto negativo de la kompetenz-kompetenz*, Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 1, 2008.
BREKOUKAKIS, S.: *The negative effect of Competence-Compétence: The verdict has to be negative*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 22/2009, tras analizar la interpretación de este principio por los

tribunales en Francia, Estados Unidos, Alemania, Suiza y Reino Unido, adopta una postura en contra de la adopción de su efecto negativo, al menos en lo que respecta a las disputas en las que la validez del propio convenio arbitral se ponga en entredicho. Y ello con base en que “[w]hile the positive effect of the compétence-compétence principle is a legal fiction that is essential for arbitration to maintain autonomy, the negative effect undermines legitimacy of arbitration proceedings”.

² Ratificada en el momento de redacción de este artículo por 156 estados: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

³ Ello a salvo del arbitraje de inversión, en que nos encontremos ante un Tratado Bilateral de Inversión (o BIT por sus siglas en inglés), en cuyo caso no será necesario cumplir con los requisitos formales.

Sobre la problemática relativa a los procedimientos paralelos en el arbitraje de inversión: ZARRA, G.: *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, G. Giappichelli Torino, 2016.

⁴ D. M. LEW, J., A. MISTELIS, L. & M. KRÖLL, S.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pág. 131.

⁵ VAN DER BERG, A.: *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981, pág.123.

⁶ A modo de ejemplo, entre otras muchas: el artículo 9 de la ley de arbitraje española, la sección 5 de la English Arbitration Act, el artículo 4 de la Ley 9.307 de septiembre de 1996 de Brasil, el artículo 7.1 de la Ley de Costa Rica 8.937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 22 de abril de 2011, el artículo 7 de la Ley chilena 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 29 de septiembre de 2004 o los artículos 1020 y 1031 del ZPO de Alemania.

⁷ Artículo 1.507 del Code de Procédure Civile francés.

⁸ Artículo 1 de la Swedish Arbitration Act.

⁹ Sección 4 de la Arbitration (Scotland) Act de 2010.

¹⁰ Sección 7(1) del First Schedule de la New Zealand Arbitration Act 1996, en su reforma en 2006; siendo ésta la primera normativa nacional que expresamente permitió la existencia de convenios arbitrales orales.

¹¹ Como apuntan, D. M. LEW, J., A. MISTELIS, L. & M. KRÖLL, S.: *Ob Cit.*, pág. 131, otras jurisdicciones como Holanda o Alemania, aun

- cuando anteriormente aceptaban la existencia de acuerdos verbales, finalmente han optado por excluirlas.
- ¹² Ley de Arbitraje de la República Popular China de 1994. Versión en inglés disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=6598>.
- ¹³ Sobre los requisitos de la Ley de arbitraje china, LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNES, A.: *Nulidad e impugnación del convenio arbitral en China*, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, IproLex 2010, V3(1) págs. 129-150.
Igualmente, para un análisis en profundidad sobre los requisitos formales previstos en la Ley de Arbitraje de la República Popular China de 1994, JINGZHOU, T.: *Arbitration Law of the PRC, Chapter III, Article 16 [Validity requirements of the arbitration agreement]*, en Loukas A. Mistelis (ed), “Concise International Arbitration” Kluwer Law International, 2015, págs. 925 – 928.
- ¹⁴ La Sentencia de septiembre de 2004, caso 2004 XMECZ 154 (Wuxi Chinese People’s court), anuló un laudo con base en que el convenio arbitral no especificó la institución arbitral.
- ¹⁵ HONG-LIN, Y.: *Written Arbitration Agreements – What Written Arbitration Agreements?*, Civil Justice, Volumen 32 (1), 2013.
- ¹⁶ L. MOSES, M.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, pág. 24.
- ¹⁷ Nota Explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, párrafo 2.
- ¹⁸ Nota Explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, párrafo 4.
- ¹⁹ BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Kluwer Law International, 2009, pág. 606.
- ²⁰ Y es que, como concluyó el Tribunal Federal Suizo en *Compagnie de Navigation et Transport v. MSC*, de 16 de enero de 1995, “en determinadas situaciones, ciertos comportamientos pueden reemplazar el cumplimiento de los requisitos formales conforme a las reglas de la buena fe”.
- ²¹ Para un análisis más exhaustivo sobre el convenio arbitral conforme a la English Arbitration Act, DE PRADA RODRÍGUEZ, M. & MUÑOZ ROJO, R.: *The Alternative Dispute Resolution Methods in the Common Law System: Arbitration*, CEF Legal Revista Práctica de Derecho, marzo 2015, págs. 68 – 98.
- ²² A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 9 de mayo de 2003 ya anunció que: “... lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las “fórmulas sacramentales” como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (SSTS 1-6-99 [RJ 1999, 4284], 13-7-01 [RJ 2001, 5222] y 18-3-02 [RJ 2002, 2847]) y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes...”.
- ²³ D. M. LEW, J., A. MISTELIS, L. & M. KRÖLL, S., *Ob cit.* pág. 132.
- ²⁴ LANDAU, T., en Jan Van den Berg, A.: “International Council for Commercial Arbitration. International Commercial Arbitration: Important contemporary questions”, Kluwer Law International, 2003, pág. 47.
- ²⁵ BORN, G.: *Ob cit.* pág. 586.
- ²⁶ Algunos autores como D. M. LEW, J.: *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*, en Jan van den Berg, A. (ed) “Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention”, ICCA Congress Series, Volumen 9, Kluwer Law International, 1999, págs. 114 – 145, incluyen la arbitrabilidad objetiva (o la posibilidad de someter determinadas materias a arbitraje) como parte de la validez sustantiva del convenio arbitral.
Por el contrario, otros como BREKOULAKIS, S.: *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 20/2009, pág. 37, consideran que ello se circunscribe en realidad a la competencia o jurisdicción del árbitro, al afirmar que “in-arbitrability relates to tribunal’s jurisdiction and should be distinguished from arbitration agreement’s invalidity”.
- ²⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, artículo 2.2.
- ²⁸ Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 sobre el Derecho Internacional Privado, artículo 177(2).
- ²⁹ Ley de Obras Públicas 13.064, artículo 55.

³⁰ Estatuto de la Contratación Pública (Leyes 80 De 1993 y 1150 de 2007) y la Ley 315 de 1996, artículo 4.

³¹ Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, artículo 18.

³² DL 2349 de 1978.

³³ En Brasil, aun cuando se admite la sumisión a arbitraje de entidades públicas, tal y como ponen de relieve GIUSTI, G. & DALMASO MARQUES, R., *Arbitraje Internacional Comercial en Brasil: Marco Legal y Jurisprudencia*, en Hierro, A. & Conejero, C. (Directores), Ob. Cit., pág. 187, en la actualidad todavía es “posible encontrar alguna oposición”.

³⁴ Second Circuit Court, el 6 de abril de 1993, en *Progressive Casualty Insurance Company (US) et al v. CA Reaseguradora Nacional de Venezuela* 991 F.2d 42, 45 (2d Cir.1993).

³⁵ High Court de Singapur, el 13 de octubre de 1999, en *Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hoogewerff Ltd.* [1999] 3 SLR(R) 618.

³⁶ Supreme Court of New York, Appellate Division, el 13 de agosto de 1998, en *Brower v. Gateway 2000 Inc.* Inc., 676 N.Y.S.2d 569 (New York Supreme Ct. App. Div. [Aug.] 1998).

³⁷ Corte de Apelación de París, 31 de mayo de 2001, en *UNI-KOD sarl v. Quralkali*.

³⁸ Desde la perspectiva española, MOSCARDÓ MORALES-VARA DEL REY, M.: *Incorporación de Partes Adicionales No Firmantes*, en Jiménez-Blanco, G. (Coor.) “Anuario de Arbitraje 2016”, Thompson Reuters (Legal) Limited 2016, págs. 243 a 260.

³⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 2002 concluyó que “si se subrogó en la posición jurídica que tenía en el contrato su transmitente, dicha subrogación lo fue en todas y cada una de las cláusulas del contrato, entre las que se encuentra la cláusula arbitral”.

⁴⁰ Court of Appeal, el 16 de abril de 1997, en *Schiffahrtsgesellschaft Detlef Von Appen GmbH v. Wiener Allianz Versicherungs AG & Voest Alpine Intertrading GmbH* [1997] APP.L.R. 04/16.

⁴¹ Tribunal Supremo Sueco, el 15 de octubre de 1997, en *MS Emja Braack Schiffahrts KG v. Wärtsila Diesel Aktiebolag*.

⁴² Bundesgerichtshof, el 18 de diciembre de 1975, caso WM 331 (1976).

⁴³ Como apuntan D. M. LEW, J., A. MISTELIS, L. & M. KRÖLL, S.: *Ob Cit.*, págs. 147 y 148, la Corte de Apelaciones de París concluyó el 25 de noviembre de 1999, en *SA Burkinabe des ciments et matériaux v Société des ciments*

d’Adbidjan, que tal criterio constituye un principio general del arbitraje. Del mismo modo, tal y como apuntó el New York Court of Appeals, en *Hosiery Mfg Corp v Goldston* (1924), los convenios arbitrales carecerían de valor si una de las partes pudiera escapar de sus efectos simplemente cediendo el contrato a un tercero.

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de octubre de 2010.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006.

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 19 de noviembre de 2014 y de 5 de mayo de 2015.

⁴⁷ La primera ocasión en la que se utilizó este término fue en 1974 por el Secretary General del ICC International Court of Arbitration, Frédéric Eisemann, *La clause d’arbitrage pathologique*, en “Commercial Arbitration – Essays in Memoriam Eugenio Minoli”.

⁴⁸ La práctica nos demuestra que, aun cuando se dedican ingentes recursos a negociar los principales términos y condiciones de un contrato, de forma totalmente incomprensible se pasa por alto en demasiadas ocasiones la redacción de la cláusula de resolución de disputas, que se deja para última hora a pesar de su innegable repercusión. Éste es el motivo por el que estas cláusulas reciben coloquialmente el nombre de «midnight clauses».

⁴⁹ A modo de ejemplo, las publicadas por el Centre for Dispute Resolution (https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213) o por la International Bar Association (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf).

⁵⁰ En el mismo sentido, la International Chamber of Commerce, la London Court of Arbitration o la Corte de Arbitraje de Madrid, entre otras muchas.

⁵¹ En relación con la discusión sobre la extensión de las cláusulas arbitrales, CONEJERO ROOS, C.: *¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la convención de Nueva York*, Revista del Club Español del Arbitraje, 2008, Volumen 3, págs. 49 – 70, y DOAK BISHOP, R.: *A practical guide for drafting international arbitration clauses*, International Energy Law & Taxation Review, 2000.

⁵² *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* 473 U.S. 614 (1985): “Any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract

language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability.”

⁵³ Como afirman ARAQUE BENZO, L., ALMÁDOZ MONTEROLA, A. & ELÍAZ, J.A.: *El Arbitraje Comercial Internacional en Venezuela: Marco Legal y Jurisprudencial*, en Hierro, A. & Conejero, C. (Directores), “El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial”, Wolters Kluwer España S.A., 2012, pág. 793: “[e]l criterio antes establecido por la Sala, es diferente a todo el desarrollo jurisprudencial que ha venido considerando a la jurisdicción arbitral como excepcional y señala que es responsabilidad de los jueces promover la implementación del arbitraje, garantizando y favoreciendo su operatividad. Habría que esperar las próximas decisiones de los Tribunales de instancia, e incluso de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia para saber si la opinión mencionada en la sentencia citada *supra* implicará un cambio de criterio jurisprudencial”.

⁵⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013 confirmó la validez de las denominadas «cláusulas híbridas» u optativas, en un supuesto en el que las partes habían acordado someter las eventuales controversias a arbitraje o a los tribunales holandeses: “no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía)”. Adicionalmente, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2011, confirmó asimismo la validez de un convenio arbitral en un caso en que, mientras en una de las cláusulas contractuales se pactó la sumisión a arbitraje para determinadas materias y de los tribunales judiciales nacionales para otras, bajo el argumento de que: “no se puede desconocer que ambas partes fueron las que voluntariamente suscribieron el contrato y en especial la cláusula arbitral, sin que el hecho de que en dicha cláusula se pactaran que determinadas controversias debían resolverse por los tribunales y otras debían resolverse por los árbitros determine la nulidad de la cláusula arbitral, en la medida que es posible determinar qué tipo de controversias deben ser resueltas por los tribunales y cuales por los árbitros”.

En términos similares, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 27 de octubre de 2016.

⁵⁵ *Paul Smith Ltd v H & S International Holding Inc* [1991] 2 LL Rep 127 at 129: “If cl 14 is read as specifying the law governing the arbitration, there is no inconsistency between cll. 13 and 14. Admittedly, the language is not felicitous: it provides for the exclusive jurisdiction of the English Courts ‘over it’, i.e. the agreement. Strictly, it should refer to the law governing the arbitration. This incongruity pales into insignificance, however, when compared to the unfortunate consequences of treating the arbitration clause in a non-domestic commercial agreement as pro non scripto. In my view there is no inconsistency between cll. 13 and 14, and both clauses are valid and binding”.

⁵⁶ Caso citado por CONEJERO ROOS, C.: *Ob cit.*, nota al pie 9.

⁵⁷ *Marcus v. Meyerson*, 170 N.Y.S.2d 924, 925-26 (1958).

⁵⁸ Park, W.: *Arbitration of International Contract Disputes*, The Business Lawyer, Vol. 39, agosto 1984, pág. 1786.

⁵⁹ Tribunal de Grande Instance Paris, 13 diciembre de 1998, en *Societe Asland v. Societe European Energy Corp.*

⁶⁰ District Court for the Southern District of New York, el 21 junio 1993, en *Warnes, S.A. v. Harvic Int'l, Ltd.* 92 Civ. 5515 (RWS), 1993 U.S. Dist. LEXIS 8457 (S.D.N.Y.-June 21, 1993).

⁶¹ Zurich Chamber of Commerce, preliminary award, 25 noviembre 1994.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 24 de noviembre de 2011.

⁶³ *Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited* [1993] 2 HKLR, 73: “I believe that the correct approach in this case is to satisfy myself that the parties have clearly expressed the intention to arbitrate any dispute which may arise under this contract. I am so satisfied. I am also satisfied that they have chosen the law of the place of arbitration to govern the arbitration even though that place has not yet been chosen by the Plaintiffs. As to the reference to the non-existent arbitration institution and rules, I believe that the correct approach is simply to ignore it. I can give no effect to it and I reject all reference to it so as to be able to give effect to the clear intention of the parties”.