

GUIDO S. TAWIL
EDUARDO ZULETA
(Directores)

El Arbitraje Comercial Internacional

Estudio de la Convención de Nueva York
con motivo de su 50º aniversario



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



 AbeledoPerrot®

ARTÍCULO II.3: LA REMISIÓN DE LAS PARTES AL ARBITRAJE

por JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO *

I. INTRODUCCIÓN

1. Una cosa es predicar, y otra cosa es dar trigo. Una cosa es pactar arbitraje, y otra muy diferente cumplir lo pactado. La cláusula arbitral se estipula en plena luna de miel, cuando las partes están otorgando un contrato, del que cada una espera extraer beneficio. Con alguna frecuencia, los buenos augurios no se cumplen. Sobreviene la disputa. La parte que se cree *in bonis* desea poner en marcha la cláusula arbitral. La contraria se resiste, quiere evitar a toda costa que lo originalmente pactado se cumpla y que la disputa se resuelva a través de un arbitraje. Existen múltiples estrategias para lograrlo. Una de las más antiguas consiste en acudir a un juez estatal, para pedirle que declare la nulidad o ineficacia del convenio arbitral y que asuma jurisdicción sobre la controversia. Si este ardid de guerra es factible, si una parte a pesar de haber pactado arbitraje tiene expedita la vía para litigar ante su propio juez, estamos permitiendo un golpe de muerte para la eficacia del arbitraje.

2. La práctica del arbitraje comercial internacional se inició en los años que siguieron a la Primera Guerra Mundial. Rápidamente se puso de manifiesto que, sin una regulación específica, las estrategias torticeras de la parte *in malis* daban resultado: acudiendo a su juez nacional se podían fácilmente sustraer al compromiso asumido en la cláusula arbitral. La primera regulación internacional del arbitraje, el Protocolo de Ginebra de 1923¹, ya intentó atajar este problema: su Disposición 4ª ordenaba a:

* Juan Fernández-Armesto es árbitro internacional y catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Pontificia. Comillas - ICADE (Madrid). En la década del 90 actuó como socio director del Departamento de Derecho Procesal en el despacho de Uría & Menéndez. De 1996 a 2000 fue presidente de la Comisión Nacional de Valores de España.

¹ Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje del 24/9/1923; téngase en cuenta el art. VII.2., CNY, en virtud del cual el Protocolo dejará de tener efecto entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la de la Convención de Nueva York (CNY) tenga fuerza obligatoria para ellos.

“Los Tribunales de los Estados Contratantes [que] al presentárseles un litigio sobre un contrato (...) que incluya acuerdo del arbitraje válido (...) y susceptible de aplicación, lo someterán, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros. Esta inhibición no prejuzgará la competencia de los Tribunales en el caso de que, por cualquier motivo, el acuerdo de arbitraje prescriba o se amule”.

La Disposición 4ª ya anticipa todos los requisitos, después reiterados en el art. II.3 de la Convención de Nueva York (CNY), necesarios para que la parte *in bonis* pueda aferrarse a la vía arbitral: siempre que exista un convenio arbitral válido, y que una contraparte lo pida, el juez nacional está obligado a aceptar la declinatoria e inhibirse a favor de los árbitros.

1. La Convención de Nueva York

3. En 1958 se reunió en Nueva York —como es bien sabido— una conferencia sobre arbitraje comercial internacional, organizada por las Naciones Unidas, con el objetivo de discutir y aprobar un tratado que resolviera el otro gran problema del arbitraje internacional: la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero. Inicialmente se pensó que el tema de la declinatoria de arbitraje debía ser tratado, no en la propia Convención de Nueva York, sino en un protocolo separado, que sustituyera al de Ginebra de 1923. Sin embargo, ya muy avanzados los trabajos, hubo un cambio de ideas, y en el último momento se añadió el art. II, que regula en sus dos primeros párrafos los requisitos de validez de la cláusula arbitral, y en el tercero su principal efecto: pactada una cláusula arbitral válida, los jueces deben remitir a las partes al arbitraje. Quizá por la urgencia con la que fue redactado, lo cierto es que el art. II no recibió la misma atención que las restantes disposiciones de la CNY y la solución legislativa es menos coherente que en el resto y el texto constituye un semillero de problemas².

La redacción adolece, además, de falta de rigor en su estructura. La CNY se asienta sobre dos pilares: el de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, y el de cumplimiento y exigibilidad de una cláusula arbitral válidamente convenida. El primer pilar queda ampliamente desarrollado en tres artículos claves de la Convención: el III, IV y V. El segundo pilar, de trascendencia real y práctica análoga a la del primero, carece de toda prominencia, y aparece escondido en el último apartado de un artículo, el II, dedicado en sus párrafos iniciales a analizar si los intercambios de cartas o telegramas son suficientes para la validez formal del convenio arbitral.

4. El tenor literal del art. II.3, CNY, claramente inspirado en la Disposición 4ª del Protocolo, es el siguiente:

“El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [de arbitraje], remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable”.

El art. II.3 no deja de ser bastante insatisfactorio. Una interpretación literal lleva a la siguiente lectura: aun si existe una cláusula arbitral, e incluso si un arbitraje ya se ha puesto en marcha, una parte disconforme puede siempre acudir al juez estatal

² BORN, Gary *International Commercial Arbitration*, Kluwer, La Haya, 2001, p. 159.

de su elección, y éste únicamente remitirá a las partes a arbitraje si la contraparte comparece y lo insta y el juez entiende que el convenio no es nulo o ineficaz y el objeto de la litis arbitrable. Esta interpretación literalista abre una amplia brecha, de la que una parte *in malis*, cuya intención sea la de sabotear el arbitraje, puede beneficiarse torticeramente. La finalidad de este trabajo consiste, precisamente, en argüir que esta interpretación literal, *hic et nunc*, no puede prevalecer.

2. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional

5. Tres años después de la CNY se firmó el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (CEA)³. Este Tratado intentó regular la institución del arbitraje internacional en todos sus aspectos. En la materia que nos ocupa, en lo relativo a los efectos del convenio arbitral, el CEA introdujo tres nuevos elementos, que no estaban explícitamente recogidos en la CNY, y que vinieron a paliar algunas de sus carencias:

—En primer lugar, estableció claramente el principio de autocompetencia (“*Kompetenz-Kompetenz*” en la terminología alemana al uso): es a los árbitros a quienes les corresponde la facultad de decidir, en primera instancia, sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del convenio arbitral y del contrato subyacente, circunscribiéndose la labor del juez estatal a revisar la decisión de los árbitros si se plantea un recurso contra el laudo (art. 5.3, CEA).

—Como excepción a este principio general, una parte sí puede plantear al juez estatal un litigio sobre un contrato que incluya un convenio arbitral (o incluso pedirle que declare preventivamente la inexistencia o nulidad de ese convenio), pero esta posibilidad queda limitada temporalmente: la acción no se puede interponer una vez que la contraparte haya incoado el procedimiento arbitral; iniciado el arbitraje, prevalece el principio de autocompetencia, y el juez estatal debe diferir la decisión al tribunal arbitral (cuyo laudo será objeto de control por el juez estatal) (art. 6.3, CEA)⁴; la solución no es óptima, pues conduce a una carrera por ver cuál de las dos partes demanda primero ante el juez estatal o ante el tribunal arbitral, pero supone un claro avance sobre la CNY.

—En tercer lugar, el CEA clarifica que si se llega a desarrollar el litigio ante un juez estatal, la parte que desee la remisión a arbitraje puede solicitar la declinatoria por arbitraje hasta “*el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo*” (art. 6.1, CEA). La CNY no trata este punto, limitándose a exigir que el juez actúe a instancia de una de las partes.

El régimen jurídico instaurado por el CEA es más favorable al arbitraje que el de la CNY y que el de muchas legislaciones internas. Se plantea, pues, la duda sobre cuándo rige uno y cuándo otro. En principio, el CEA únicamente encuentra aplicación entre partes que tengan su residencia habitual o domicilio en dos Estados

³ Del 21/4/1961; el CEA estaba enfocado al arbitraje entre Occidente y los países comunistas; sólo ha sido ratificado por 30 Estados, 26 europeos y cuatro extraeuropeos; entre los americanos, sólo lo ha ratificado Cuba.

⁴ El CEA añade un *caveat*: si el juez estatal entiende que existen “*motivos suficientemente graves*” que lo justifiquen, puede decantarse por no remitir al arbitraje, sino decidir él mismo la cuestión de competencia.

contratantes diferentes (art. 1º). Dado que sólo 30 Estados lo han ratificado, la aplicación directa es más bien infrecuente. Cabe también una vía indirecta: basta con que uno de los Estados haya ratificado el CEA, y haya firmado con el otro Estado un tratado de comercio, que incluya la cláusula de nación más favorecida. En tal caso, dado que el CEA ofrece un régimen jurídico más favorable, por defender con más fuerza la autonomía contractual de los agentes económicos, la cláusula de nación más favorecida provoca que el régimen jurídico del CEA se extienda a los residentes en ese otro Estado, aunque éste no sea signatario⁵.

3. Ley Modelo

6. El siguiente paso en el desarrollo de esta materia lo constituye la Ley Modelo de la CNUDMI 1985 sobre arbitraje comercial internacional (LM), que en parte recoge los principios de la CNY, y en parte las mejoras del CEA. El cuerpo de la regulación lo constituye el art. 8º, LM, cuyo primer párrafo está claramente influenciado por el art. II.3, CNY, mientras que el segundo es de nuevo cuño:

“1. El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

”2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1º del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

En el primer párrafo, la LM, en esencia, vuelve a reproducir la solución del CNY, pero añadiendo una precisión ideada por el CEA: la declinatoria por arbitraje se puede presentar hasta el primer alegato sobre el fondo. La LM, sin embargo, no recoge la principal innovación creada por el CEA, el principio de cesura temporal: la LM no exige que la acción ante el juez estatal se plantee antes de la incoación del procedimiento arbitral. Al revés: al permitir el segundo párrafo que el procedimiento arbitral “*prosiga*”, está presuponiendo que la acción judicial se puede plantear incluso después de haber comenzado el arbitraje. La LM es consciente de que, al adoptar esta solución, está abriendo un portillo del que se puede aprovechar una parte *in malis* para entorpecer y dilatar el arbitraje; por ello la LM idea el segundo párrafo: la interposición de la demanda judicial no impide la iniciación o continuación del arbitraje, que podrá proseguir incluso hasta recaer laudo. Se evita así el efecto dilatorio: el arbitraje no se pospone, aunque en paralelo se venga desarrollando un procedimiento judicial en el que se discuta la competencia del tribunal arbitral⁶. Lo que la LM no soluciona es la posibilidad de decisiones contradictorias: es perfectamente

⁵ En la sentencia del 31/1/2007, el *Oberlandesgericht* de Dresden, asumiendo este razonamiento, aplicó el CEA a un arbitraje entre una empresa de Belarus (país signatario del CEA) y una empresa norteamericana (país no signatario); entre Belarus y EE.UU. existe un tratado comercial con cláusula de nación más favorecida; la sentencia se puede ver en *SchiedsVZ*, 2007, p. 327.

⁶ El art. 5º, LM, incluso impide al juez estatal que ordene la paralización del arbitraje.

posible que los árbitros afirmen su competencia y fallen en cuanto al fondo, y que el proceso judicial lleve a la decisión contraria⁷.

7. Hasta aquí una breve referencia al origen del art. II.3, CNY, y al posterior desarrollo de los principios que refleja. Este excursus histórico es necesario para poder exponer su contenido. Como toda norma, el art. II.3 se descompone en un supuesto de hecho del que se deriva una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho, que se desarrolla en el capítulo II, consiste en que, existiendo un convenio arbitral (1), una parte demande a la otra, interponiendo una acción ante un determinado juez estatal (2), planteándose la duda de si la acción judicial debe interponerse o no antes del inicio del procedimiento arbitral (3) y que la demandada reaccione instando la remisión a arbitraje (4). De darse el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica que la norma impone (capítulo III) consiste en que el juez decida, tras un análisis (1), remitir el litigio a arbitraje (2) o asumir su resolución en vía judicial (3).

II. SUPUESTO DE HECHO DEL ART. II.3, CNY

1. La existencia de un convenio arbitral

8. Para que el art. II.3, CNY, pueda resultar de aplicación, el primer requisito es que exista un convenio arbitral “*en el sentido del presente artículo*”. Y el art. II.1 había definido el convenio arbitral como un “*acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obliguen a someter todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*”.

El segundo párrafo del artículo, a su vez, definió qué debía entenderse por la expresión “*acuerdo por escrito*”, circunscribiendo el concepto a los firmados por las partes o a los contenidos en un canje de cartas o telegramas.

9. La regulación de la CNY en la cuestión de forma ha quedado claramente desfasada, al no tener en cuenta las nuevas fórmulas de comunicación. Por ello, la CNUDMI adoptó el 7/7/2006 una recomendación oficial, para que se interprete el art. II.2, CNY, en el sentido de que el canje de cartas y de télex, allí mencionados, no constituyen una enumeración exhaustiva.

Esta interpretación se ve reforzada por la solución adoptada por la LM en su art. 7.2. Éste mantiene el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste “*por escrito*”, pero amplía y moderniza la definición, al extenderla a cualquier medio “*que deje constancia del acuerdo*”. La LM también simplifica la sumisión, al permitir la incorporación por referencia. Como ha dejado sentado el Tribunal Federal suizo en la decisión del caso “*Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Company*”⁸, el art. II.2, CNY, debe ser interpretado “*con referencia a la ley*

⁷ Así ha ocurrido en dos conocidas sentencias del Tribunal Federal suizo en los casos “*Buenaventura*” (ATF 124-III-83) y “*Fomento*” (ATF 127-III-279), ambas con comentario de J.M. Vulliemin, en *ASA Bull*, 1998 p. 373, y 2001, p. 438.

⁸ 121 ATF 121, III, p. 40, citado por LEW, Julian A. M., “*Law applicable to the arbitration clauses*” en VAN DEN BERG, Albert J. (ed.), “*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*”; *ICCA Congress Series*, nro. 9, p. 173.

modelo adoptada por la CNUDMI, cuyos autores a través de ella quisieron adaptar las reglas de la CNY a las necesidades actuales sin modificarlas (...). [El art. 7.2 LM], que ha tenido en cuenta el desarrollo de modernos medios de comunicación, también es útil para interpretar el art. II.2, CNY".

10. La exigencia de escritura del art. II.1, CNY, aun cuando se acepta que esta norma debe ser interpretada a la luz del art. 7.2, LM, sigue planteando un problema delicado: ambos preceptos exigen que exista, o bien un documento "firmado" por las partes, o al menos un "intercambio" que deje constancia del acuerdo. En el tráfico se pueden dar situaciones en las que claramente exista un consentimiento válidamente expresado, sin que llegue a haber un documento firmado o un intercambio de mensajes. Piénsese en la siguiente situación: el oferente envía a la contraparte, por fax o correo electrónico, una confirmación de contrato, con cláusula de sumisión a arbitraje, y el aceptante reacciona mediante hechos concluyentes, v.gr., abriendo un crédito documentario a favor del oferente, pero sin llegar a enviar una confirmación escrita⁹. No existe duda alguna sobre la validez del contrato, pues el consentimiento habrá surgido de una oferta expresa por escrito y de una aceptación tácita. Parece un contrasentido tener que aceptar que el contrato existe y es válido, por reunir los requisitos generales de consentimiento, pero que la cláusula arbitral es nula, por no cumplir con el art. II, CNY, aun interpretado a la luz de la LM. Pero así será, salvo que el derecho aplicable al convenio arbitral establezca otra cosa¹⁰.

2. La interposición de una acción judicial

11. El segundo presupuesto fáctico que subyace al art. II.3, CNY, consiste en que una de las partes vinculadas por el convenio arbitral, a pesar del pacto, decida acudir al juez estatal e interponer una acción judicial relacionada con el contrato. Se plantean las siguientes dudas: ¿De qué clase de acción se trata?; ¿quién debe ser el demandado?, y ¿cuál es el juez estatal afectado? Las intentaré aclarar en los siguientes párrafos.

12. La CNY define la acción judicial planteada con la siguiente expresión: "...un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo" de arbitraje. "Litigio" se utiliza aquí en el sentido de "acción", como se desprende del texto inglés de la Convención ("an action in a matter in respect of which the parties have made an [arbitration] agreement"). ¿Qué se debe entender incluido en este concepto?

En una primera aproximación, se tratará de una acción sobre el fondo del contrato principal, es decir, de una acción en la que el demandante pida el cumplimiento o incumplimiento, la interpretación, la resolución, la nulidad u otra declaración con respecto a dicho contrato, y las indemnizaciones que procedan.

⁹ El ejemplo es de BLESSING, Marc, "The law applicable to the arbitration clause and arbitrability"; ICCA Congress Series, nro. 8, p. 173.

¹⁰ Sobre las causas de nulidad del convenio arbitral, véase también el párr. 36 *infra*.

2.1. Acción meramente declarativa

13. Pero también cabe una alternativa: un demandante puede plantear una acción de carácter meramente declarativa, en la que pida al juez, preventivamente, que declare la nulidad o ineficacia de la cláusula arbitral, o la falta de arbitrabilidad de una disputa, pero sin llegar a plantear pretensiones que afecten al fondo del asunto. A primera vista, podría parecer que una acción de este tipo encaja dentro del *Tatbestand* definido por el art. II.3, CNY.

La cuestión no radica en determinar si una acción meramente declarativa se ve o no afectada por el art. II.3, CNY; sobre este punto no puede haber discusión. Si el ordenamiento jurídico la permite, se ve afectada, porque el concepto utilizado por la CNY es muy amplio ("litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [arbitral]") y abarca también los pleitos sobre la validez del propio acuerdo.

14. En realidad, la cuestión a analizar es previa: ¿Debe el ordenamiento permitir acciones judiciales meramente declarativas, que persigan la declaración de nulidad de un convenio arbitral o de la in-arbitrabilidad de una contienda? La duda se plantea porque, de acuerdo con el principio de autocompetencia, la decisión sobre estas cuestiones incumbe a los propios árbitros.

Recuérdese que el CNY, promulgado en 1958, aún no recoge explícitamente este principio. El art. 6.1 CEA fue el primero en formularlo en 1961. Veinticuatro años después, el art. 16.1, LM, remachó:

"El Tribunal estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje".

El principio de autocompetencia exige que si una parte tiene dudas sobre la validez del convenio o la arbitrabilidad de la disputa, lo que debe hacer es iniciar una acción arbitral, para que sean los propios árbitros —y no el juez estatal— los que zanjen la cuestión. La autocompetencia arbitral se ha impuesto, porque es la solución que dota de la máxima eficacia a la cláusula arbitral (¡voluntariamente aceptada por las partes!), y la que evita dilaciones y maniobras procesales de una parte *in malis*, deseosa de torpedear el procedimiento.

El principio de que el juez estatal no se inmiscuya en temas de auto-competencia se refuerza aún más gracias al art. 5º, LM:

"En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga".

Y en el caso de la competencia de los árbitros, lo que ha dispuesto la LM es que su determinación les corresponda a ellos mismos, y no a los jueces estatales. Del juego de los arts. 5 y 16.1, LM, se induce, pues, la conclusión de que en el sistema de la LM no caben acciones judiciales meramente declarativas, que pretendan una simple declaración preventiva de la nulidad del convenio o de la inarbitrabilidad de la disputa.

15. En contra de la conclusión alcanzada se podría argumentar que el art. 8.1, LM (análogo al art. II.3, CNY), permite que una parte someta al juez estatal "un liti-

gio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje”, y que este concepto, importado de la CNY, se puede estar refiriendo tanto a acciones sobre el fondo como a acciones meramente declarativas. La argumentación debe ser rechazada por dos motivos.

En primer lugar, el art. 8º, LM, lleva como título “Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal”, lo que muestra que el ámbito de lo que pretende regular son acciones en cuanto al fondo y no acciones meramente declarativas.

Existe un segundo motivo, que va más allá de la simple interpretación literal. El principio de autocompetencia forma parte indiscutida del acervo comúnmente aceptado en todas las reglamentaciones del arbitraje internacional y está recogido en el propio art. 16.1, LM. Para dar una interpretación congruente a la LM en su conjunto, es necesario que el concepto “litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje”, utilizado por el art. 8.1, LM, se delimite restrictivamente: los litigios afectados únicamente deben ser aquellos que planteen una cuestión de fondo derivada del contrato principal (aunque accesoriamente pueden, por supuesto, argüir que la cláusula arbitral es nula o la contienda inarbitrable)¹¹.

16. En resumen: en mi opinión, la LM, correctamente interpretada, no permite el ejercicio de acciones meramente declarativas. La misma solución es adoptada en el derecho francés y suizo¹², y una de efecto similar en derecho inglés¹³. El derecho alemán, por el contrario, sigue en esta materia el mismo criterio que el art. 6.3, CEA: las acciones meramente declarativas son posibles, pero únicamente hasta el momento en que se ponga en marcha el procedimiento arbitral¹⁴.

2.2. Legitimación pasiva

17. Sentada la conclusión de que la acción a la que se refiere el art. III.2, CNY, tiene que ser una acción relativa al fondo de la relación contractual, que podrá incluir y normalmente incluirá alegaciones adicionales sobre la nulidad del convenio arbitral o sobre la inarbitrabilidad de la disputa, queda por discernir quiénes serán las partes en este litigio. La legitimación activa no plantea duda: corresponde a una de las personas vinculadas por el convenio arbitral. En cuanto a la legitimación pasiva, la acción debe dirigirse contra todas las demás partes vinculadas por el contrato, porque a todas les afectará una hipotética decisión sobre el fondo o una declaración de nulidad del convenio arbitral o de inarbitrabilidad de la contienda.

En la práctica, puede ocurrir que el demandante no cumpla con este principio, y que se abstenga de demandar a alguno de los firmantes, o que demande judicial-

¹¹ Contra DEMOLITSA, “Separability and Kompetenz-Kompetenz” en *ICCA Congress Series*, nro. 8, p. 237, con bibliografía adicional.

¹² GAILLARD, M., “La reconnaissance, en droit suisse, de la second moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence” en *Liber Amicorum R. Brinner*, p. 318.

¹³ La *Section 32 Arbitration Act* de 1996 únicamente permite que se interponga una acción declarativa judicial con consentimiento de todas las partes o con autorización del tribunal arbitral; cfr. DASSULE, E., “Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence”, *Revue de l’Arbitrage*, 2003, 1, p. 65.

¹⁴ Parágrafo 1032 (2), *Zivilprozessordnung* alemana.

mente a un tercero no firmante, v.gr., a la matriz o a la filial de uno de los firmantes, o a un tercer cesionario.

(i) El primer caso plantea pocos problemas: el juez deberá remitir el litigio a arbitraje, y será en el seno del arbitraje donde la parte demandada deberá plantear la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

(ii) El segundo es más complicado, pues aún cabe hacer una nueva sub-distinción:

-En un primer caso, el demandante alegará que el tercero demandado, a pesar de no haber otorgado el convenio arbitral, ha quedado vinculado por él, como consecuencia de alguna de las construcciones jurídicas que permiten que un tercero quede vinculado por una convención arbitral de la que originariamente no era parte; en esta situación, la acción está correctamente planteada, y el juez estatal, en aplicación del art. II.3, CNY, deberá remitir a arbitraje, salvo que estime que con respecto al tercero el convenio arbitral es inexistente y no le vincula¹⁵.

-En un segundo caso, la acción planteada por el demandante es de naturaleza contractual frente a la parte que otorgó el contrato principal, pero junto a ella el demandante acumula otra de naturaleza no contractual, dirigida ésta contra un tercero, no firmante del contrato (v.gr., una acción por competencia desleal o una acción de responsabilidad extracontractual por inducción al incumplimiento); en aplicación del art. II.3, CNY, el juez debe desacomular las acciones, remitiendo la de naturaleza contractual al arbitraje, y aceptando competencia con respecto a las restantes (si la *lex fori* se lo permite); esta regla se impone a cualquier norma procesal interna, que exija el estudio acumulado de ambas acciones¹⁶.

2.3. Juez al que se dirige la acción

18. El art. II.3, CNY, no es una norma que atribuya jurisdicción, que establezca cuál es el Estado cuyos jueces son competentes para decidir la acción del demandante, sino una orden de inhibición, a la que los jueces y tribunales de los países signatarios quedan sujetos, cuando se da el supuesto de hecho. La cuestión de la jurisdicción queda, pues, confiada al derecho interno de cada país: el demandante podrá plantear la acción ante cualquier juez que, de acuerdo con su propio estatuto, esté autorizado para resolver acciones de este tipo.

En la práctica, es frecuente que las acciones del art. II.3, CNY, se dirijan a los jueces de la sede del arbitraje¹⁷, pues su decisión presenta una clara ventaja: si a

¹⁵ Cfr. párr. 33 *infra*.

¹⁶ En el mismo sentido, VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, The Hague, 1981, p. 162, que pone una serie de ejemplos, muchos de ellos relacionados con contratos de distribución. La situación se dio en el caso “Buenaventura”. Minas de Buenaventura SA, una sociedad peruana, había otorgado un contrato con la sociedad pública francesa BRGM, que incluía un convenio arbitral. Buenaventura demandó a BRGM y a su filial Serem ante los tribunales de Lima. El Tribunal Superior de Lima, en decisión de 16/12/1996, rechazó la excepción de arbitraje, aduciendo (*inter alia*) que para que pueda prevalecer la declinatoria, es necesario que todas las partes participantes en el litigio estén vinculadas por un convenio arbitral; cfr. VULLIEMIN, J. M., p. 375.

¹⁷ REDFERN, Alan - HUNTER, Martin - BLACKABY, Nigel - PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional* (2006), p. 382.

pesar de la acción judicial entablada, el procedimiento arbitral se inicia o prosigue¹⁸, una eventual decisión judicial declarando la nulidad del convenio arbitral o la inarbitrabilidad de la contienda, tendrá eficacia inmediata, sin necesidad de recurrir a un *exequatur*¹⁹.

19. Sin embargo, en ocasiones el demandante preferirá plantear el litigio ante sus propios jueces, con la expectativa de que éstos serán más proclives a aceptar sus argumentos. Desde el punto de vista de la CNY, tal proceder es legítimo, pues la Convención no circunscribe el ámbito de decisión de las jurisdicciones nacionales, limitándose a establecer el principio de que todos los jueces en todos los países signatarios quedan sujetos al mismo deber.

Una cosa es que la apelación a los jueces propios no suponga una violación del art. II.3, CNY, y otra que este tipo de actuación finalmente resulte eficaz, y logre los objetivos que el demandante se ha propuesto. Un tribunal arbitral constituido en la sede del arbitraje y sujeto a las normas procesales de la sede, no queda sin más vinculado por una hipotética sentencia dictada por el juez del domicilio del demandante en la que se declare la nulidad del convenio o la inarbitrabilidad del litigio. Para que ello ocurra es necesario que se cumplan las condiciones que el ordenamiento de la sede exige para el reconocimiento de sentencias extranjeras y que éste se haya otorgado²⁰. Algo similar ocurre si posteriormente los árbitros, desconociendo la decisión del juez del domicilio del demandante, llegan a dictar un laudo: el tribunal con jurisdicción para anularlo será el de la sede del arbitraje, que no quedará vinculado por la decisión adoptada por el juez de la jurisdicción de una de las partes.

3. ¿Debe plantearse la acción antes de la puesta en marcha del arbitraje?

20. El art. II.3, CNY, no hace referencia alguna al momento temporal en el que el demandante interpone su acción ante el juez estatal. De acuerdo con la literalidad del precepto, nada obsta para que pueda hacerlo antes o incluso después de la incoación del procedimiento arbitral por la contraparte. No hace falta demasiada perspicacia para advertir que una parte *in malis*, confrontada con una demanda arbitral con expectativas poco halagüeñas, podría verse tentada de abusar del derecho que le concede la Convención, para dilatar la resolución del conflicto e incluso para provocar torticeramente el descarrilamiento del procedimiento arbitral.

21. Ante esta tesitura, el CEA reaccionó —como ya vimos— introduciendo una cesura temporal: de acuerdo con su art. 6.3, si el demandante interpone una acción (tanto si afecta al fondo como si es meramente declarativa) ante el juez estatal antes de la incoación del procedimiento arbitral por la contraparte, el juez tiene la posibilidad de revisar la nulidad del convenio y la arbitrabilidad de la contienda; pero si la interpone comenzado el arbitraje, el juez debe diferir la resolución a los árbitros, salvo que encuentre “*motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*”.

El derecho francés recogió el mismo principio en el art. 1458 del *Nouveau Code de Procédure Civile* [NCPC] de 1980: antes de la designación de los árbitros,

¹⁸ Tal como expresamente permite el art. 8.2 LM.

¹⁹ Véase también párrafo 36 *infra*.

²⁰ VULLIEMIN, J.M., nro 7, *ASA Bull.*, 1998, p. 384.

el juez se puede declarar competente si estima que la convención arbitral es “*manifestamente nula*”; con posterioridad a la designación, debe necesariamente declararse incompetente y permitir que, en aplicación del principio de autocompetencia, sean los árbitros los que decidan, reservándose los tribunales de justicia la posibilidad de revisar en nulidad el laudo²¹.

22. La LM, por el contrario, ha seguido otro camino para cortar los abusos y poner coto a las maniobras dilatorias: de acuerdo con su art. 8º, una parte puede plantear acciones judiciales en cuanto al fondo —aunque en mi opinión no acciones meramente declarativas²²— incluso después de haberse iniciado el arbitraje por la contraparte²³. El procedimiento arbitral prosigue, a pesar de la acción judicial interpuesta, continuando hasta el dictado del laudo, lo que normalmente ocurrirá antes de que haya recaído sentencia firme en el procedimiento judicial. De esta forma, la LM logra evitar el efecto dilatorio del que una parte *in malis* se pudiera querer beneficiar acudiendo al juez estatal. Lo que no logra evitar es una hipotética incompatibilidad de decisiones: la sentencia final del procedimiento judicial puede ser contraria al laudo arbitral. Además, el juez de la declinatoria normalmente no será el mismo que revise en nulidad el laudo: pueden pertenecer a Estados diferentes, y aun si pertenecen a una misma jurisdicción, con frecuencia pertenecerán a tribunales de distinto lugar o rango.

La existencia de dos procesos simultáneos en los que se plantea la misma cuestión —la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad de la disputa— sin duda no constituye una situación deseable, pero es una consecuencia directa de la alternativa legislativa adoptada conscientemente por la LM. No tiene fácil solución: el juez no puede ordenar al árbitro que deje de conocer de una cuestión que por el principio de autocompetencia le corresponde, ni que se abstenga de continuar el procedimiento. El art. 5º, LM, prohíbe la intervención del juez estatal, salvo en los supuestos tipificados en la propia ley. En este caso, la LM no prevé el derecho del juez a intervenir, y en consecuencia el art. 5º, LM, precluye que lo haga (incluso en vía de medida cautelar)²⁴.

23. En resumen, de un análisis conjunto de la CNY y de la LM no resulta la exigencia de que el demandante plantee la acción judicial antes de la incoación del procedimiento arbitral²⁵. Que la Convención no lo exija, no implica que el derecho interno no pueda limitar temporalmente la interposición de acciones judiciales. Así lo hacen el art. 6.3, CEA, y el art. 1458, NCPC francés, y también el párrafo 1032, ZPO alemán, aunque, en este caso, limitado a las acciones judiciales meramente declarativas. También es posible hacer depender la interposición de la acción judicial

²¹ El derecho alemán ha recogido el principio de cesura temporal de forma más matizada: de acuerdo con el párrafo 1032 ZPO, juega para el caso de que la acción sea meramente declarativa, pero no si se plantea una cuestión de fondo.

²² Cfr. párrafo 6 *supra*.

²³ Así se deduce de una interpretación sistemática de los arts. 8.1 y 8.2.

²⁴ De igual opinión, BACHAND, F., “The UNCITRAL Model Law’s Take on Anti-Suit Injunctions”, en GAILLARD, Emmanuel (ed.), *Antisuit Injunctions in International Arbitration*, 2005, p. 109, que entiende que medidas cautelares dirigidas tanto contra los árbitros como contra el demandante en arbitraje, violan el art. 5º, LM; en contra: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., “Comentario al art. 11, LA”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, (2004), p. 127.

²⁵ De acuerdo: DEMOLITSA, “Separability...”, cit., p. 241.

tardía del consentimiento de todas las partes o a la autorización de los árbitros (como lo hace *section 32* del *Arbitration Act* inglés). *De lege ferenda*, cualquiera de estas soluciones es preferible, pues protegen el principio de autocompetencia, refuerzan el carácter vinculante del convenio arbitral y reducen la posibilidad de que coexistan resoluciones arbitrales y judiciales contradictorias. Estas ventajas compensan sobradamente la única desventaja: la mayor complejidad procesal, pues la nulidad o inarbitrabilidad sólo será sometida a un juez una vez que los árbitros hayan tenido ocasión de pronunciarse al respecto. El argumento pierde gran parte de su fuerza, con sólo recordar que los árbitros normalmente deciden sobre su autocompetencia mediante un laudo preliminar, y que éste puede ser recurrido de inmediato ante la justicia (art. 16.3, LM).

4. La instancia de remisión al arbitraje

24. El último presupuesto fáctico necesario para desencadenar las consecuencias jurídicas previstas en el art. II.3, CNY, consiste en que una de las partes demandadas en la acción judicial inste al juez para que éste remita el litigio al arbitraje, en cumplimiento del convenio arbitral. A la inversa: el juez, aunque advierta que existe un convenio arbitral y estime que éste es válido y vinculante, y que la disputa es arbitrable, no puede *motu proprio* remitir al arbitraje, sino únicamente si uno o varios de los demandados lo plantean.

La exigencia de que la remisión a arbitraje se haga a instancia de una de las partes, se ha mantenido en todos los textos internacionales, y es aceptada en casi todos los derechos internos²⁶. La Disposición 4ª del Protocolo de Ginebra ya se refería a la "petición de una de las partes". El art. 6.1, CEA, exige una "propuesta por el demandado". El art. 8.1, LM, sólo permite actuar al juez estatal "si lo solicita cualquiera de [las partes]". Incluso el NCPC, tan favorable siempre al arbitraje, prohíbe al juez que declare "de oficio su incompetencia" (art. 1458 *in fine*).

¿Cuál es la razón de esta regla, aceptada de forma tan generalizada? La *ratio* se ha querido ver en una renuncia tácita al convenio arbitral previamente pactado²⁷: al interponer la demanda judicial, el demandante estaría realizando una oferta tácita de novación extintiva del convenio arbitral, y al no plantear la declinatoria, el demandado estaría prestando su aceptación tácita a dicha oferta. Como se argumentó en la conferencia de Nueva York de 1958, un juez no debería tener el poder de imponer un arbitraje cuando ambas partes desean que la contienda se resolviera judicialmente²⁸.

25. Planteada la cuestión en los términos en que fue discutido el art. II.3, CNY, durante la conferencia de Nueva York, poco hay que objetar a su exigencia de que

²⁶ La excepción es el derecho suizo: el art. 7º de la Ley de Derecho Internacional Privado no exige que el juez actúe a instancia de parte.

²⁷ El art. 11.2 de la derogada Ley española de Arbitraje de 1988 lo decía expresamente: "... se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción". El vigente art. 11 de la Ley de Arbitraje de 2003 no recoge ya esta explicación, aunque el sustrato no haya cambiado.

²⁸ Sobre la discusión de este punto, véase VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration...*, cit., p. 137.

la remisión a arbitraje únicamente proceda si el demandado lo solicita. Al concluir el convenio, las partes pactaron arbitraje, pero si ahora prefieren una solución judicial, y lo demuestran, una demandando ante un mismo juez, y la otra contestando a la demanda, sin interponer la declinatoria, su voluntad parece evidente y el sistema jurídico debe respetarla.

Los problemas no se plantean en cuanto al principio, sino en la aplicación práctica, y se centran básicamente en dos cuestiones: ¿Hasta cuándo se puede interponer la solicitud de declinatoria?, y ¿qué pasa si el demandado guarda silencio? En la contestación a estas dos preguntas, la redacción del art. II.3, CNY, plantea importantes imprecisiones.

4.1. El límite temporal para alegar la declinatoria

26. El art. II.3, CNY, no establece ningún límite temporal para que uno de los demandados pueda interponer ante el juez su solicitud de que el litigio se sustancie en vía arbitral. La cuestión queda a la discreción de la *lex fori*. Y la *lex fori* se puede ver tentada de exigir que la declinatoria se haga *a limine*, creando un trámite previo, con plazo terminante para su ejercicio²⁹. Normas de este tipo pueden causar serios problemas en jurisdicciones en las que los plazos procesales son preclusivos³⁰, y pueden incluso permitir que demandantes nacionales se aprovechen torticeramente de ellos³¹.

Para evitar estas tentaciones, las normas posteriores al CNY clarificaron que la declinatoria de arbitraje se podía plantear hasta el momento del primer escrito sobre el fondo del litigio. Así lo estableció el art. 6.1, CEA ("antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo") y el art. 8.1, LM ("a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio").

27. En consecuencia, en aquellos arbitrajes internacionales que queden sujetos al CEA (cfr. párrafo 5º *supra*), no cabe discusión alguna que la solicitud de declinatoria se puede interponer hasta la primera contestación en cuanto al fondo. Y si la *lex fori* estableciera lo contrario, prevalecería el tratado internacional sobre la ley interna.

²⁹ La tentación no es puramente teórica: el derecho español exige que la declinatoria de arbitraje se plantee como trámite previo, en un plazo preclusivo, que finaliza transcurridos los diez primeros días para contestar a la demanda (art. 64.1., Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000).

³⁰ Este es el sustrato fáctico del caso "Fomento" antes citado: FCC, una sociedad española, firmó un contrato de construcción con la entidad panameña CCT, que incluía una cláusula de arbitraje CCI. Para validar unas medidas cautelares dirigidas contra CCT, FCC inició una acción en cuanto al fondo ante los tribunales de Panamá, demandando a otras dos compañías aparte de CCT. CCT omitió solicitar la declinatoria en la forma y en el plazo exigidos por el derecho procesal panameño, pero lo hizo en su contestación en cuanto al fondo. En su decisión del 22/1/2001, el Tribunal Supremo de Panamá recordó que las reglas y plazos procesales son preclusivos y que no fueron observados por CCT: CCT dejó transcurrir el plazo sin invocar la excepción de arbitraje y la presunción de renuncia de arbitraje no pudo ya ser revocada; cfr. VULLIEMIN, J.M., cit., en *ASA Bull.*, p. 441.

³¹ ARIAS, D. (coord.), en *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (2005), p. 105, relata el caso de un contrato entre empresa española y norteamericana con cláusula arbitral, en el que la empresa española demandó a la americana ante los tribunales españoles, con la expectativa de que la demandada, por desconocimiento, dejara transcurrir el plazo preclusivo de diez días, que la Ley de Enjuiciamiento Civil española impone, sin haber interpuesto la declinatoria.

¿*Quid* en los arbitrajes —muy numerosos en la práctica— en los que el CEA no resulte aplicable, y que se rijan por la CNY? ¿Puede la *lex fori* establecer un término previo y preclusivo para la interposición de la declinatoria? El tema dista de estar claro: una interpretación literalista del art. II.3, CNY, llevaría a la conclusión de que una norma interna de este corte es compatible con el tratado internacional. Sin embargo, en mi opinión, la CNY debe interpretarse a la luz de la LM e integrarse juntamente con ella, pues la CNUDMI, al aprobar la LM, quiso adaptar la CNY a las necesidades actuales del arbitraje internacional³². En consecuencia, el principio enunciado en la LM, de que la declinatoria puede presentarse hasta las primeras alegaciones en cuanto al fondo, debe entenderse extendido a la CNY³³.

4.2. El silencio del demandado

28. ¿Puede el silencio del demandado interpretarse como una renuncia tácita al arbitraje? Piénsese en el siguiente supuesto fáctico: un empresario ha firmado un contrato con cláusula de sumisión a arbitraje internacional; la sede se ha pactado en un país neutral y la administración se encomendaría a una institución internacional. El empresario toma la iniciativa demandando en arbitraje, frente a lo que la contraparte reacciona interponiendo una acción judicial ante sus propios tribunales, y el empresario a su vez decide no comparecer en este pleito. Su silencio no puede interpretarse como una renuncia tácita al arbitraje, pues ya ha incoado un proceso arbitral, prueba concluyente de que estima que la disputa debe resolverse por esta vía. Sin embargo, el juez local, sometido a la CNY, no podrá *motu proprio* rechazar la demanda judicial y remitir a las partes al arbitraje, pues sólo lo puede hacer a instancia de parte. Y dado que el empresario decide no comparecer, nunca llegará a interponer la declinatoria, el proceso judicial continuará, con el demandado en rebeldía, y sin que el juez estatal tenga la posibilidad de declarar de oficio su falta de competencia —aun cuando advierta que la cláusula arbitral existe y entienda que es válida y la disputa arbitrable—.

29. El resultado de este ejemplo muestra la incongruencia de la regulación contenida en la CNY (y para el caso, en el CEA y en la LM): la exigencia de que medie solicitud del demandado, para que el juez deba remitir a las partes a arbitraje, únicamente debería aplicarse si el demandado comparece. En los casos en que no sea así, el silencio del demandado no puede interpretarse como una renuncia tácita al arbitraje, y el juez debe retener la capacidad de declarar *motu proprio* su incompetencia³⁴. Entender lo contrario implica poner una pesada carga sobre la parte que haya firmado una cláusula arbitral: si la contraparte le demanda en vía judicial, aun si es en un *forum non conveniens* (v.gr., el del domicilio de la contraparte), siempre

³² Como ha sentado el Tribunal Federal suizo en el caso "Compagnie de Navigation et Transports" (véase párrafo 9º *supra*).

³³ Esta solución lleva a una interpretación mucho más racional del derecho español: el plazo de diez días establecido por el art. 64.1, LEC, para la interposición de la declinatoria, únicamente es de aplicación en arbitrajes internos; en arbitrajes sujetos al CEA o a la CNY, la declinatoria puede plantearse hasta el escrito de contestación a la demanda; a la misma conclusión, pero con argumentación diferente, llega FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., "Comentario...", cit., p. 125.

³⁴ Así ocurre en derecho suizo, en virtud del art. 7º de la Ley de Derecho Internacional Privado.

tendrá que incurrir en el gasto y el esfuerzo de comparecer ante el juez, para interponer la declinatoria de arbitraje, pues de no hacerlo el proceso judicial continuará y terminará con una sentencia dictada en rebeldía. Bien es cierto que esta sentencia encontrará impedimentos para ser ejecutada en otros países, pero aun así puede crear dificultades jurídicas para la parte que haya acudido al arbitraje. *De lege ferenda* se impone una modificación, al menos en este punto, de la CNY (y del CEA y de la LM). Y por supuesto, nada obsta para que la *lex fori* se aparte de la solución preconizada por la CNY³⁵.

III. CONSECUENCIA JURÍDICA

30. Si se cumplen los supuestos fácticos exigidos por el art. II.3, CNY, (acción judicial interpuesta, a pesar de la existencia de un convenio arbitral y solicitud del demandado de que la disputa se solucione en vía arbitral), la consecuencia jurídica normativamente prevista consiste en que, tras un análisis de la situación (1), el juez remita el litigio a arbitraje (2), excepto si comprueba que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable, en cuyo caso asumirá competencia sobre la disputa (3).

1. Ámbito de la indagación judicial

31. En el arbitraje internacional coexisten —como ya hemos visto— dos principios que, en buena medida, son contradictorios: por un lado, el principio de autocompetencia, según el cual son los propios árbitros los que deciden sobre su competencia, incluyendo la validez del convenio arbitral, y quedando sujeta su decisión a una posterior revisión judicial (art. 16.1, LM, y art. 6.1, CEA); y por otro, el principio de que cualquiera de las partes puede acudir directamente al juez estatal (incluso después de iniciado el arbitraje), y que si el juez "*comprueb[a] que dicho acuerdo [de arbitraje] es nulo, ineficaz e inaplicable*", no remite el asunto a arbitraje, sino que asume él mismo la competencia (art. II.3, CNY, y art. 8º, LM).

Para resolver esta antinomia, el CEA introdujo el principio de que la indagación judicial debe circunscribirse a una revisión *prima facie*: de acuerdo con su art. 6.3, el juez no debe resolver la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral, sino remitirla a los árbitros, salvo que encuentre "*motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*". Únicamente si en un primer análisis encuentra motivos de este tipo, es decir, si el convenio sencillamente no existe o le afecta una indiscutible causa de nulidad o de inarbitrabilidad, puede el juez rechazar la remisión a arbitraje y asumir él mismo la competencia. Esto no quiere decir que la justicia renuncie a una revisión a fondo de la cuestión: pero ésta se hará en vía de recurso de nulidad contra el laudo en el que los árbitros, en ejercicio de su facultad de autocompetencia, la hayan decidido inicialmente³⁶.

³⁵ En derecho español, una interpretación flexible del art. 65.2.1, LEC, permite entender que en estos casos el juez tiene la posibilidad de declarar su propia falta de jurisdicción, absteniéndose de conocer y sobreyendo el proceso.

³⁶ Sobre la interpretación en este punto del CEA, véase FOUCHARD, Philippe - GAILLARD, Emmanuel - GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration*, p. 408; y DEMOLITS, "Separability...", cit., p. 239.

32. El principio del CEA, de que la indagación judicial debe circunscribirse a un análisis *prima facie*³⁷, ha sido aceptado por la jurisprudencia francesa³⁸ y suiza³⁹, y ahora tiene respaldo legislativo en la nueva Ley de Arbitraje española⁴⁰. De esta jurisprudencia, la suiza es la más interesante a efectos de la interpretación del art. II.3, CNY, puesto que art. 7. b) de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza utiliza sus mismas palabras (“*a menos que el juez compruebe*” la nulidad del convenio arbitral). El Tribunal Federal suizo ha interpretado que la comprobación a la que se refiere la ley suiza, y por extensión la CNY, debe ser una comprobación “*que aparezca como evidente, sin que sea necesario profundizar en la cuestión*”⁴¹. Esta interpretación debe ser aceptada, pues es la que mejor defiende la eficacia del convenio arbitral, la que mejor evita maniobras desestabilizadoras o dilatorias de una parte dispuesta a actuar torticeramente y la única que minimiza el riesgo de que una misma cuestión, la validez de la cláusula arbitral, pueda llegar a ser objeto de dos procedimientos paralelos, que eventualmente resulten en decisiones contradictorias.

2. Remisión a arbitraje

33. En consecuencia, la decisión normal del juez será la de dar cumplimiento al art. II.3 CNY y “*remitir a las partes al arbitraje*”, salvo que mediante un análisis *prima facie*, sin necesidad de profundizar en la cuestión, resulte la inexistencia o la indubitada nulidad del convenio o la inarbitrabilidad de la contienda.

El juez no tiene discreción. La gran virtud del art. II.3, CNY, es que impone a los tribunales de todos los Estados signatarios la misma obligación: cumplidos los presupuestos enunciados en el propio artículo, la decisión no puede ser otra que la de

³⁷ Gaillard ha acuñado el concepto de “efecto negativo de la competencia-competencia” para referirse a este principio; cfr. GAILLARD: “L’effet négatif de la compétence-compétence” en POUURET, E. H. (1999), p. 387.

³⁸ La jurisprudencia francesa ha interpretado el art. 1458, NCPC, en el sentido de que los jueces deben declinar su propia jurisdicción, excepto si el convenio arbitral es “*patentement nulo*” (cfr. FOUCHARD, Phillipe - GAILLARD, Emmanuel - GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration...*, cit., p. 37).

³⁹ Sentencia del Tribunal Federal de 29/4/1996, “Fondation M. c. Banque X”, *ASA Bulletin* (1996), p. 527; en esta decisión, el Tribunal Federal aceptó la indagación *prima facie*, siempre que el lugar del arbitraje fuera en Suiza; la solución es la contraria si el lugar del arbitraje no es en Suiza, y la justicia suiza no tiene la posibilidad de revisar la decisión de los árbitros; véase la decisión previa en “Compagnie de Navigation et Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA”, *ASA Bulletin* (1995) p. 503; cfr., en general, DEMOLITSA, “Separability...”, cit. p. 240 y GAILLARD, Emmanuel, “L’effet négatif...”, cit., p. 393.

⁴⁰ El art. 11.1 de la Ley Arbitraje española copia el art. 8.1, LM, pero excluye las palabras “*a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*” contenidas en la LM. La intención del legislador es clara: el juez debe remitir al arbitraje, con tal de que advierta la existencia de una cláusula arbitral; sólo si de los documentos aportados no resulta la existencia de una cláusula arbitral, puede el juez rechazar la declinatoria. El mismo criterio se enuncia en el art. 15.5., LA, para la solicitud judicial de árbitros; (cfr. FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan, “El arbitraje internacional” en *Comentario a la Ley de Arbitraje* [Martín Muñoz/Hierro Anibarro coords.] [2006] p. 758).

⁴¹ Considerando 2b, Sentencia del Tribunal Federal de 29/4/1996, “Fondation M. c. Banque X”.

inhibirse y remitir a las partes al arbitraje. Así se deduce del propio texto del precepto, que utiliza el futuro imperativo (“*remitirá*”)⁴².

34. La CNY no prescribe cuál ha de ser el efecto de la decisión de inhibirse sobre el procedimiento judicial interpuesto por el demandante y en cuyo seno el juez está actuando. Caben, en teoría, dos soluciones⁴³.

La primera consiste en que el procedimiento judicial se paralice, a la espera de la decisión de los árbitros. Si éstos, en ejercicio de sus facultades de autocompetencia, declinaran hacerse cargo de la disputa, el litigio volvería al juez, que ahora sí sería competente para resolverlo. Esta solución es la adoptada por el derecho inglés⁴⁴ y norteamericano⁴⁵.

La segunda solución es la común en todos los sistemas jurídicos que no sean de *common law*: la aceptación de la declinatoria conlleva la abstención de conocer por el juez y el sobreseimiento definitivo del proceso. Ahora bien, si el juez adopta su decisión tras un análisis *prima facie* de la validez del convenio y de la arbitrabilidad de la disputa, la decisión no puede ser definitiva: remitida la disputa a los árbitros, éstos bien pueden llegar a la conclusión de que carecen de competencia, y que el asunto debe ser resuelto en vía judicial. En tal caso, la decisión judicial inicial no habrá producido el efecto de la cosa juzgada, y no precluirá que el juez estatal retome el asunto⁴⁶.

3. Asunción de la competencia por el propio juez

35. Si la regla general es que el juez habrá de remitir a arbitraje, la excepción consiste en que puede rechazar la solicitud de declinatoria y declarar su propia competencia, si comprueba que el convenio es “*nulo, ineficaz o inaplicable*” (art. II.3, CNY). El CEA utiliza palabras similares (“*inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo*”), y el art. 8.1, LM, vuelve a utilizar los mismos conceptos acuñados por la CNY: “*a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”⁴⁷. Adicionalmente, el art. II.1, CNY, excluye del ámbito de la Convención todo “*asunto que [no] pueda ser resuelto por arbitraje*”. En consecuencia, el juez también puede fundamentar su decisión de rechazo en que el litigio planteado no puede ser objeto de resolución mediante arbitraje.

Las causas de rechazo de la declinatoria deben ser interpretadas en sentido restrictivo, pues la *ratio legis* de la CNY y de la LM radica en dotar de eficacia al convenio arbitral, y minimizar los supuestos en los que las partes, que se han sometido voluntariamente a arbitraje, puedan después desembarazarse de su compromiso⁴⁸. Como, con toda razón, sostuvo una sentencia norteamericana: “*... the ‘null and void’ language must be read narrowly, for the signatory nations have jointly declared a*

⁴² VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration...*, cit., p. 135.

⁴³ Cfr. VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration...*, cit., p. 128.

⁴⁴ Section 9(1) *Arbitration Act*.

⁴⁵ Section 3, *United States Arbitration Act*.

⁴⁶ DEMOLITSA, “Separability...”, cit., p. 234.

⁴⁷ En inglés, tanto la CNY como la LM utilizan idénticas palabras: “*null and void, inoperative or incapable of being performed*”.

⁴⁸ De acuerdo: VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration...*, cit., p. 243; DEMOLITSA, “Separability...”, cit., p. 243.

general policy of enforceability of agreements to arbitrate"⁴⁹. Además, una vez que el demandado ha demostrado la existencia de un convenio arbitral por escrito, la carga de probar que ese convenio es nulo, ineficaz o inaplicable, o la contienda no arbitrable, recae sobre la parte que alega esta excepción, es decir, sobre el demandante.

El juez únicamente puede rechazar la declinatoria y asumir competencia si se dan los motivos previstos en el art. II.3, CEA. En caso contrario, la sentencia que dicte no podrá ser reconocida o ejecutada en países extranjeros, y en especial, en el de la sede del arbitraje⁵⁰.

36. Los conceptos utilizados por el art. II.3, CNY (nulo, ineficaz o inaplicable), son de naturaleza no técnica, y fueron seleccionados para cubrir una amplia gama de supuestos, en ordenamientos jurídicos con bases dogmáticas muy diferentes. Sin embargo, no existe dificultad en reconducir estos conceptos a los comúnmente utilizados en nuestros sistemas jurídicos. El art. II.3, CNY, se está refiriendo a los diferentes casos de ineficacia del negocio jurídico, que incluyen las siguientes categorías⁵¹:

-Inexistencia del convenio arbitral, por faltar uno de los requisitos fundamentales para que exista contrato (consentimiento, objeto, causa); la inexistencia de consentimiento se puede deber a que una parte no haya llegado a firmar el documento, o que la persona que lo haya hecho en su nombre carezca de poder de representación suficiente; la falta de objeto incluye casos de imposibilidad de ejecutar lo convenido⁵², mientras que, en la práctica, es más improbable que el convenio arbitral adolezca de falta de causa o de causa ilícita.

-Nulidad radical del convenio arbitral, por ser contrario a normas imperativas o prohibitivas; entre ellas, se encuentra sin duda el art. II.1, CNY, que exige para la validez del convenio arbitral que se otorgue en forma escrita.

-Anulabilidad o nulidad relativa, provocada por vicios del consentimiento en la formación de la voluntad (error, dolo, intimidación, violencia), por nuevas declaraciones de voluntad de las partes o por su comportamiento en el cumplimiento de lo convenido.

En todo caso, conviene recordar que, en virtud del principio de separación entre contrato principal y cláusula arbitral, el convenio arbitral se considera como un acuerdo independiente del resto del contrato, y que las causas de nulidad deben afectar específicamente al convenio arbitral. Causas de nulidad del contrato principal, como, por ejemplo, su resolución por incumplimiento, no provocan la ineficacia del convenio arbitral⁵³.

⁴⁹ *Court of Appeals for the 3rd Circuit*, 1983, en *Yearbook*, IX, (1984) p. 474.

⁵⁰ Así ya SCHLOSSER, "Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit", (1989), p. 303. El Tribunal Federal suizo, en la sentencia del caso "Buenaventura", decidió que una sentencia dictada por un tribunal extranjero (en ese caso peruano) en un proceso comenzado antes que el arbitraje en Suiza, no era ejecutable en Suiza, si el tribunal extranjero debiera haber aceptado la validez del convenio arbitral, en aplicación de la CNY (cfr. LIATOWITSCH, "Die Anwendung der Litispendenzregeln von Art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte: ein Paradoxon?", *ASA Bull.*, 2001, p. 454).

⁵¹ Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, A., "Comentario a la Ley de Arbitraje" (Martín Muñoz/Hierro Anibarro, coords.), (2006), p. 239.

⁵² Por ejemplo, porque la persona designada como árbitro en la cláusula ha fallecido.

⁵³ Cfr. art. 16.1, LM.

3.1. Normas de conflicto

37. El juez que haya de aplicar el art. II.3, CNY, y determinar la inexistencia o nulidad del convenio arbitral, o la inarbitrabilidad del litigio, tendrá que indagar en una primera fase cuál es el derecho aplicable. El art. II, CNY, carece de toda referencia a esta cuestión. La laguna puede integrarse fácilmente, y así debe hacerse, echando mano de los restantes artículos de la CNY.

38. El art. V.1.a), CNY, regula las causas por las que los tribunales pueden rechazar el *exequatur* de un laudo, y en este contexto se pronuncia sobre el derecho aplicable al convenio arbitral: se aplicará, en primer lugar, la ley pactada por las partes y, en ausencia de pacto, la ley del lugar donde deba dictarse el laudo, es decir, la ley de la sede del arbitraje. El CEA, por su parte, dedica su art. 6.2 a regular esta materia, aceptando la misma solución que la CNY, pero añadiendo con carácter subsidiario una tercera posibilidad: si en el momento en que el juez estatal debe fallar aún no se conoce la sede del arbitraje, deberá aplicar el derecho que resulte según las reglas de conflicto de su propio ordenamiento. No hay inconveniente en extender la aplicación de esta regla del CEA para completar la regulación de la CNY.

La cascada de normas de conflicto puede obligar al juez, que deba analizar la validez del convenio arbitral, a aplicar un derecho extranjero. En una reciente sentencia, un juzgado alemán se vio obligado a decretar la nulidad de una cláusula estándar de sumisión a arbitraje de la CCI, en aplicación del ordenamiento jurídico chino, al exigir éste que la disputa se resuelva por una "comisión de arbitraje", naturaleza que no tendría la CCI⁵⁴. El juzgado alemán llegó a la conclusión (correctamente, desde el punto de vista de la CNY) de que el derecho aplicable sería el chino, por ser la sede arbitral pactada Shanghai. En derecho alemán, la validez de la cláusula no hubiera ofrecido duda alguna. La decisión judicial será correcta desde un punto de vista jurídico formal⁵⁵, pero ayuda poco a incrementar la confianza de los usuarios en la eficacia de los convenios arbitrales.

Para evitar estos resultados, algunos ordenamientos jurídicos, entre los que están el suizo y el español, han creado una regla especial, que dota al convenio arbitral de una coraza reforzada de validez y lo aísla de las idiosincrasias de las leyes nacionales: el convenio es válido, con tal de que cumpla los requisitos exigidos por el derecho elegido por las partes, o por el aplicable al fondo del asunto o el del derecho del foro —siendo suficiente que se cumplan las exigencias de cualquiera de estos sistemas—⁵⁶.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Berlín de 18/5/2006; cfr. BARTH - JOHNSTON, "Vereinbarung einer Schiedskommission als Wirksamkeitsvoraussetzung der Schiedsklausel" en *SchiedsVZ*, 2007, p. 300.

⁵⁵ Y, en todo caso, es una prueba de imparcialidad de la justicia alemana, pues la decisión perjudicó a la parte alemana y benefició a la china.

⁵⁶ Art. 9.6, LA española, y art. 178.2, Ley suiza de Derecho Internacional Privado; ambos artículos tienen una redacción muy similar, habiéndose inspirado la ley española en la suiza. A un resultado similar llega la jurisprudencia francesa, que estima, en relación con los convenios arbitrales, que "*son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserves des règles impératives du droit français et de l'ordre public international d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*" (sentencia de *Cour de Cassation* de 20/12/1993 [caso "Dalico"]; *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 116, citada en SANDROCK, O., "Neue Lehren zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozessrecht", en STOLL, F. S., 2001, p. 666).

39. Queda por definir cuál ha de ser el ordenamiento jurídico aplicable a la arbitrabilidad de la contienda. El art. V.2.a), CNY (y el art. 6.2 *in fine*, CEA), permite que los tribunales nieguen el reconocimiento de un laudo y, por extensión, de un compromiso arbitral, si la materia, de acuerdo con su propia *lex fori*, no es arbitrable. La solución de la CNY vuelve a plantear los mismos problemas que vimos en el párrafo precedente con respecto a la validez del convenio arbitral. Por ello, la Ley de Arbitraje española—yendo un paso más allá que su precedente, la ley suiza—extiende a la arbitrabilidad la misma regla enunciada para la validez del convenio: la controversia es susceptible de arbitraje siempre que así lo permitan las normas jurídicas pactadas para regir el convenio arbitral, las aplicables al fondo o el derecho español como *lex fori*⁵⁷.

3.2. Efecto sobre el arbitraje

40. Queda por analizar una última cuestión: ¿Qué efecto tendrá la sentencia, en la que el juez desestime la declinatoria y asuma competencia, sobre el arbitraje? Si éste ya ha comenzado, ¿podrán los árbitros continuarlo? ¿O podrá incluso iniciarse un arbitraje a pesar de la sentencia?

El art. 8.2, LM, da una solución: “...mientras la cuestión [de la declinatoria] esté pendiente ante el tribunal”; en este interin, el arbitraje se puede iniciar o, ya comenzado, puede proseguir, incluso hasta el dictado del laudo. La duda surge cuando el procedimiento judicial ha concluido mediante una sentencia firme en cuanto al fondo, no susceptible de ulteriores recursos (o mediante una sentencia que tenga carácter ejecutivo, de acuerdo con las reglas del foro).

Si la sentencia judicial se dicta en la jurisdicción de la sede del arbitraje, el efecto de la cosa juzgada y la obligatoriedad de las sentencias firmes implican la paralización del arbitraje (o si aún no ha comenzado, la imposibilidad de su iniciación)⁵⁸.

¿*Quid* sin embargo si la sentencia se ha dictado en un Estado distinto del de la sede del arbitraje? Ni la LM, ni la CNY, ni el CEA regulan este supuesto y la cuestión no puede ser resuelta de forma apriorística. El instituto de la litispendencia no está previsto en materia arbitral, y nada impide la coexistencia de procedimientos judiciales y arbitrales que procedan en paralelo y que desemboquen cada uno en su propia decisión⁵⁹. La solución no es óptima, pero tiene la virtud de proteger la inexistencia de jerarquía entre jueces y árbitros pertenecientes a jurisdicciones diferentes

⁵⁷ Art. 9.6 Ley de Arbitraje española.

⁵⁸ Conforme HERNÁNDEZ-GIL, A., “Comentario...”, cit., p. 246.

⁵⁹ Ésta no es, sin embargo, la solución adoptada por el Tribunal Federal suizo en el asunto “Fomento”. CCT, la empresa panameña, inició un arbitraje en suiza contra Fomento, y el tribunal arbitral, mediante un laudo parcial de 30/11/2000, decidió que tenía competencia para resolver la disputa (desconociendo la sentencia en sentido contrario del Tribunal Supremo de Panamá). Fomento recurrió en nulidad al Tribunal suizo, y éste anuló el laudo y sentó los siguientes principios: (i) cabe situación de litispendencia entre un tribunal arbitral y uno judicial; (ii) un tribunal arbitral con sede en Suiza debe aplicar la norma sobre litispendencia internacional contenida en el art. 9º de la Ley de Derecho Internacional Privado, es decir, debe hacer un pronóstico sobre si la sentencia extranjera en un proceso judicial iniciado previamente, podrá ser ejecutada en Suiza; si el pronóstico es favorable, el tribunal arbitral debe paralizar el arbitraje; (iii) el Tribunal Arbitral en el caso “Fomento” no lo hizo, y por ello su laudo se anuló.

y traslada la solución del problema al momento de la ejecución de las decisiones contradictorias. Ahora bien: si la sentencia del juez extranjero logra el *exequatur* en la jurisdicción de la sede del arbitraje, quedará vedado el conocimiento de la misma controversia en sede arbitral.