

EL CONVENIO ARBITRAL: STATU QUO

THE ARBITRATION AGREEMENT: STATU QUO

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado

UNED

orcid ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 31.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3862>

Resumen: Este estudio analiza la jurisprudencia actual (internacional, comparada y española) en interpretación de las normas internacionales y de fuente interna que regulan la eficacia del convenio arbitral. La irrupción en el tráfico de nuevos tipos de convenios arbitrales (cláusulas híbridas y cláusulas escalación), así como la falta de una regulación *ad hoc* para determinados supuestos (extensión de los efectos del convenio a terceros no firmantes) exigen un estudio comparado de las soluciones dadas a estas cuestiones en las jurisdicciones con mayor tradición arbitral. Por último, se analizan las posibles consecuencias que la reciente jurisprudencia del TS sobre el principio *Kompetenz-kompetenz* (“tesis débil”) puede tener sobre el efecto positivo del convenio arbitral; así como la posible extensión al ámbito del convenio arbitral de la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad por incumplimiento de una cláusula de sumisión a tribunales españoles.

Palabras clave: convenio arbitral, voluntad inequívoca, Ley aplicable al convenio arbitral, extensión de los efectos del convenio arbitral, cláusulas híbridas, cláusulas escalación, efectos positivo y negativo del convenio arbitral, *tesis débil de la Kompetenz-kompetenz*, responsabilidad.

Abstract: This paper analyzes the current case law (international, comparative and Spanish) in interpretation of international and internal norms that regulate the effectiveness of the arbitration agreement. The emergence of new types of arbitration agreements (hybrid clause and escalation clause), as well as the lack of an *ad hoc* regulation for certain assumptions (extension of the effects of the agreement to non-signatory third parties) require a comparative study of the Solutions given to these issues in jurisdictions with a greater tradition of arbitration. Finally, the possible consequences that the recent *Supreme Court* case law on the *Kompetenz-kompetenz* principle (“soft Thesis”) can have on the positive effect of the arbitration agreement are analyzed, as well as the possible extension to the scope of the arbitration agreement of the *Supreme Court* case law on liability for breach of a clause of submission to Spanish courts.

Keywords: arbitration agreement, unequivocal will, applicable law to the arbitration agreement, extension of effects of the arbitration agreement, hybrid clause, escalation clause, positive and negative effects of the arbitration agreement, soft thesis of *Kompetenz-kompetenz* Liability.

Sumario: I. De la norma convencional a la norma interna. II. Consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral. 1. Principios de interpretación del consentimiento. 2. Consentimiento: voluntad inequívoca. III. Contenido y requisitos formales del convenio arbitral IV. Convenio arbitral inserto en las CGC. V. El convenio arbitral internacional: ley aplicable. 1. En general. 2. En especial: el artículo 9.6 LA. VI. Extensión del convenio arbitral a terceros. 1. Con carácter general: extensión a terceros. 2. Con carácter particular: los grupos de empresa (*Doctrine of Group of Companies*). 3. Con carácter especial: el artículo 251 LNM. VII. Cláusulas híbridas: el convenio arbitral op-

cional o unilateral. VIII. Convenio arbitral y mediación: cláusulas *escalación*. 1. Cláusula *escalación* facultativa. 2. Cláusula *escalación* obligatoria. IX. Un supuesto especial: la regulación del convenio arbitral en la Ley de Navegación Marítima (art. 468 LNM). X. Convenio arbitral e insolvencia de una parte (*impecuniosity*). XI. Convenio arbitral y renuncia tácita a las facultades de impugnación. XII. Convenio arbitral y demanda sobre el fondo ante un tribunal judicial. 1. Efecto positivo y negativo del convenio arbitral. 2. Incumplimiento del convenio arbitral: responsabilidad.

I. De la norma convencional a la norma interna

1. La forma y el contenido del convenio arbitral está regulado en tres normas: en el artículo II.2 CNY; el artículo I.2 a) CG y el artículo 9 LA.

Artículo II.2 CNY: *La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

Artículo I.2.a) CG: *A los fines de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por: a) 'acuerdo o compromiso arbitral', bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipógrafo y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.*

Artículo 9 LA: *1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

2. La primera dificultad que este marco regulatorio plantea es la relativa a la determinación de cuál de las tres normas es de aplicación en un supuesto *internacional* (si se trata de un supuesto estrictamente *interno* es siempre de aplicación el artículo 9 LA). A este respecto, cabe apuntar lo siguiente: en principio, son de aplicación prioritaria las normas convencionales (así lo recuerda el art. 1.1. LA). Y ello, pese a que el artículo 9 LA sea de aplicación *aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España* (art. 1.2. LA). Sin embargo, en el particular contexto de la eficacia del convenio arbitral, el artículo II.2 CNY cede ante el artículo 9 LA. Ello es así porque el artículo VII CNY (*cláusula de mayor favorabilidad*) permite expresamente la aplicación de normas más favorables a las previstas en el CNY tanto para el reconocimiento del convenio como del laudo arbitral, y, en este sentido, es claro que el artículo 9 LA es una norma más favorable a la validez *formal* del convenio arbitral que el artículo II.2 CNY. De tal forma que, planteada una declinatoria ante los tribunales españoles, la determinación de la validez *formal* del convenio arbitral deberá hacerse a partir de los criterios recogidos en el artículo 9 LA.

3. Respecto del artículo I.2 a) CG, debe tenerse en cuenta, sobre todo, lo restringido de su aplicación (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte). Prevalece, cuando sea aplicable, sobre el artículo II.2 CNY, por cuanto el CG es un texto que complementa al CNY. Se trata de una norma particularmente favorable a la validez del convenio arbitral, pues acepta expresamente la validez del

mismo incluso cuando haya sido concluido de forma *oral*. Repárese, no obstante, que la *oralidad* como forma de concluir un convenio arbitral ha sido aceptada por la jurisprudencia del TS siempre y cuando se den en el supuesto una serie de circunstancias a partir de las cuales se infiera que hubo una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse al juicio de árbitros (*infra* II).

4. Constatada por tanto la aplicación preferente del artículo 9 LA, en adelante me referiré exclusivamente a este precepto. En este sentido, la definición de lo que debe entenderse por *convenio arbitral* se encuentra aparentemente escondida en su primer párrafo: un *contrato procesal*¹ en virtud del cual las partes que lo suscriben –personas físicas o jurídicas– acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Se entiende por *contrato procesal* aquel que tiene su base en la autonomía de la voluntad, produce efectos procesales y sus requisitos de constitución, eficacia y nulidad se rigen por normas procesales (LA), antes que por normas de derecho material (Código civil)². Tal calificación, común en la jurisprudencia y doctrina alemanas, no ha sido recogida por nuestra jurisprudencia. De hecho, el TS ha señalado que: “Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Cc que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000)”³. Con todo, en sentencia posterior y en un supuesto relativo a la calificación de una cláusula de sumisión a tribunales, el TS ha matizado que, “si admitiéramos que en principio la distinción pudiera ser aceptable [cláusulas de sumisión como cláusulas ‘preprocesales’]; sin embargo no se puede llevar a los extremos a los que llega la sentencia impugnada [su incumplimiento no deriva en daños y perjuicios], ya que, en ocasiones... a través de un pacto de sumisión a la jurisdicción... se establece también el alcance de determinados derechos económicos”⁴. Este dato es relevante, pues si se extrapola dicho razonamiento al convenio arbitral, de su incumplimiento (*ad ex.* demandar ante la jurisdicción) podría, según las circunstancias, derivarse responsabilidad (*infra* XII).

5. La expresión *convenio arbitral* engloba tanto a la *cláusula arbitral* –convenio arbitral inserto en un contrato principal– como al *acuerdo arbitral* –convenio arbitral adoptado al margen del citado contrato principal–. Acuerdo, éste último, que podrá adoptarse incluso cuando ya haya sido iniciada la vía judicial.

II. Consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral

6. El *consentimiento* de ambas partes constituye el requisito o condición de eficacia del convenio arbitral. Sin consentimiento –de ambas partes– no hay convenio. En consecuencia, la cuestión pasa por determinar cuándo puede interpretarse que, efectivamente, la voluntad expresada de las partes puede entenderse como voluntad de someterse al convenio arbitral. En la medida en que la prueba de dicho consentimiento no es siempre sencilla, la doctrina ha identificado, por un lado, una serie de principios a cuya luz puede interpretarse si en el supuesto controvertido hubo o no consentimiento. Por otro, la jurisprudencia internacional, comparada y española sobre este particular, aún sin ser totalmente homogénea, ha identificado una premisa fundamental de validez del convenio: la *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje.

¹ En este sentido, *vid.* G. WAGNER, *Prozeßverträge*, Mohr Siebeck, Tübingia, 1998, pp. 324-331 y pp. 578-598. *Vid.* también, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7ª Ed., Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2015, p. 1433.

² Sobre esta denominación, así como un análisis detallado de las consecuencias que estos contratos producen, *vid.* M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS / J. M. RIFÁ SOLER / J. F. VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 762. *Vid.* también los inconvenientes que tal denominación plantea en, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 71-78.

³ STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

⁴ STS de 12 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:263. Al respecto, *vid. infra* 12.2.

1. Principios de interpretación del consentimiento

7. Para interpretar si realmente hubo o no consentimiento de las partes en someterse a arbitraje, un sector doctrinal ha identificado tres principios que deben servir de guía en este ámbito: el principio de la *buena fe*; el principio de *interpretación efectiva*; y, el principio de interpretación *contra proferentem*⁵.

8. El principio de *buena fe* implica que la auténtica y verdadera intención de las partes debe prevalecer siempre sobre la intención declarada. Este principio encuentra aplicación cuando ambas intenciones sean distintas. En su virtud, la intención de las partes debe examinarse en su contexto; desde el momento de la firma del contrato hasta el surgimiento de la disputa. El principio de *interpretación efectiva* –asumido por la jurisprudencia inglesa más reciente en la interpretación de las cláusulas híbridas (*infra* VII)– supone que, ante dos interpretaciones posibles, debe prevalecer aquella a cuya luz prevalezca la validez del convenio arbitral. Por fin, el principio *contra proferentem* supone que cuando deban interpretarse cláusulas oscuras, tal interpretación no debe beneficiar a la parte que las redactó⁶.

9. Por redundantes o superficiales que estos principios puedan parecer, es lo cierto que su consideración por los tribunales españoles bien hubiera podido llevar a interpretaciones distintas de las que finalmente han sido asumidas; por ejemplo, en el contexto de la interpretación de las cláusulas híbridas. Especialmente importante en este contexto es el *principio de interpretación efectiva* (*infra* VII y X). Se trata, en definitiva, de que los mismos aporten cierta luz cuando de la norma aplicable al supuesto no pueda extraerse una conclusión definitiva.

2. Consentimiento: *voluntad inequívoca*

10. Pese a que la *voluntad* de las partes como condición de validez del convenio ha sido objeto de una interpretación dispar –de hecho, los tribunales han llegado a identificar distintos grados de voluntad (*patente v. inequívoca*)–, hoy es indubitado que aquella debe ser *inequívoca*. Referencia necesaria en este contexto es la sentencia del TEDH en el asunto *Suda c. République Tchèque*⁷, pues en ella se interpreta la eficacia de la sumisión a arbitraje desde la perspectiva del artículo 6 CEDH⁸. En su virtud:

48. *El Tribunal recuerda que el derecho al acceso a un tribunal –garantía que deriva del artículo 6 § 1 de la Convención– no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país... El artículo 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca... El derecho a un tribunal reviste en efecto una máxima importancia en las sociedades democráticas como para que una persona pierda tal beneficio por el sólo hecho de suscribir un acuerdo parajudicial. En un ámbito que se revela de orden público para los Estados miembros, una medida o solución denunciada como contraria al artículo 6 requiere un control particularmente intenso.*

11. La jurisprudencia del TC, del TS y de los TSJ es coherente con la jurisprudencia del TEDH, pues también exige la constatación de una *voluntad inequívoca* para apreciar el consentimiento de las partes someterse a arbitraje.

⁵ E. GAILLARD / J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 257-262.

⁶ Con más detenimiento, E. GAILLARD / J. SAVAGE, *cit.*, pp. 257-261.

⁷ STEDH de 28 de octubre de 2010, núm. 1643/06.

⁸ En el supuesto concreto se trataba de estudiar la extensión de los efectos de un convenio arbitral a un accionista minoritario en el marco de un arbitraje societario a la luz del artículo 6 CEDH.

STC de 2.12.2010: La renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “*explícita, clara, terminante e inequívoca, y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta lo suficientemente expresiva del ánimo de renunciar*”⁹.

STS de 6.2.2003: “*lo decisivo para la validez 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*”¹⁰.

STS de 27.6.2017: “*la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros*”¹¹.

12. De lo hasta aquí dicho puede concluirse que lo decisivo para apreciar el *consentimiento* de las partes de someterse a arbitraje es la efectiva constatación de *una voluntad inequívoca* al respecto. Voluntad que, en principio, no puede ampliarse o extenderse a terceros (*infra* VI). Además, como también puede deducirse de la jurisprudencia del TEDH: (i) el consentimiento de someterse a arbitraje es de interpretación particularmente *estricta, restrictiva y rigurosa*; (ii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento es una cuestión de orden público; y, (iii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento exige un control judicial particularmente intenso.

13. Lo anterior debe tenerse obligatoriamente en cuenta a la hora de interpretar la validez del convenio arbitral a la luz del artículo 9 LA. En efecto, por más que la LA se haya esforzado en rebajar los requisitos formales del convenio arbitral para considerarlo formalmente válido, la *voluntad inequívoca* de sometimiento a arbitraje debe, siempre y en todo caso, constatarse. La interpretación del artículo 9 LA a la luz del artículo 6 CEDH así lo exige.

14. El reverso de la voluntad inequívoca es la *renuncia* –también inequívoca– a la jurisdicción ordinaria que “*ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes*”¹².

III. Contenido y requisitos formales del convenio arbitral

15. La *voluntad* puede deducirse tanto de las circunstancias como de los actos o actuaciones de las partes. Por ello, pocas son las exigencias *formales* que impone la LA al contenido del convenio arbitral. De hecho, bien mirado, el único requisito que exige el párrafo primero del artículo 9 LA es que del tenor del mismo se *deduzca o aprecie* la *voluntad* de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. No es necesario que la cláusula del contrato en cuestión utilice la expresión “convenio arbitral”. Tampoco es necesario que el convenio incluya disposiciones sobre el número de árbitros, lugar o idioma del arbitraje. De hecho, cualquier especificación respecto de la formación, especialidad y experiencia de los árbitros que las partes decidan incluir en el convenio arbitral es compatible con el alcance de la autonomía de la voluntad. De tal modo, que incluso puede preverse un convenio arbitral que solo designe árbitros de una determinada comunidad religiosa.

La sentencia *Jivraj* de la *High Court of Justice*¹³ estimó que un convenio arbitral que designaba como árbitros tres miembros de una determinada comunidad religiosa era nulo, en la medida en que incurría en una discriminación (religiosa) a la luz de lo previsto en la *Directiva 2000/78/CE del Consejo de*

⁹ STC 136/2010, de 2 de diciembre.

¹⁰ RJ 850\2003. *Vid.* también, STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669. En sentido similar, entre otros, Auto TSJ País Vasco de 23 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TSJPV:2015:3148.

¹¹ ECLI:ES:TS:2017:2500 (con cita de otras sentencias anteriores del mismo TS).

¹² Citando sentencias del TS: STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

¹³ *High Court of Justice* (QB) de 26 de junio de 2009, [2009] EWHC 1364 (QB). www.bailii.org.

27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Recurrida la sentencia, la *Court of Appeal* estimó que nada había de discriminatorio en un convenio arbitral firmado voluntariamente entre operadores jurídicos que libremente acordaban someter sus disputas a arbitraje¹⁴. Y, en efecto, no hay nada en la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación¹⁵ que impida a las partes que deciden solventar sus diferencias de una forma *privada*, designar un colegio arbitral con las características que estimen apropiadas. Aceptar otra interpretación iría contra la misma esencia del arbitraje (autonomía de la voluntad).

16. Sin embargo, no debe olvidarse que el párrafo citado parte de la base de que el convenio arbitral debe referirse a una relación jurídica determinada (requisito de *fondo*). La determinabilidad de dicha relación es, pues, exigible¹⁶; lo cual no implica que el tenor literal del convenio deba hacer referencia expresa a la *controversia* concreta que pueda surgir en el cumplimiento del contrato en el que se inserta. De hecho, son comúnmente aceptados en la jurisprudencia comparada convenios arbitrales de tenores tan escuetos como: “*Arbitration*”. Sin más referencias.

La jurisprudencia española más reciente se ha hecho eco de esta corriente jurisprudencial, considerando válido un convenio arbitral inserto en un correo electrónico del siguiente tenor: “*ag/arb Londres. Siendo de aplicación la ley inglesa*”. Este tenor, puesto en relación con el formulario de fletamento correspondiente (al que se remitía el correo electrónico y que preveía un convenio arbitral), hace prueba del consentimiento de someterse a arbitraje. Máxime cuando esa forma de contratación es la habitual en el sector profesional controvertido (marítimo)¹⁷.

Del mismo modo, puede constatarse también la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en supuestos en los que el contenido del convenio arbitral sea –sólo aparentemente– contradictorio:

“*Para cuantas cuestiones puedan suscitarse en relación con el presente contrato, ambas partes se someten al arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, según la Ley 36/88, de 5 de diciembre, asumiendo ambas partes la obligación de cumplir decisión contenida en el laudo arbitral que se dicte, sin perjuicio de lo cual y a los solos efectos de determinar la jurisdicción competente, con renuncia al propio fuero que pudiere corresponderles, formulan ambas partes expreso sometimiento a los juzgados y tribunales de Madrid Capital*”¹⁸.

También es deducible la voluntad de las partes de someterse a arbitraje de los siguientes convenios arbitrales:

(i). «*Tous différends découlant de la présente convention seront tranchés définitivement à Paris, suivant le règlement de conciliation et d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ou tribunal de commerce), par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement et avec application du droit français*»¹⁹.

(ii). «*ARBITRATION.- Any disputes and disagreements that may arise out of or in connection with this Contract have to be settled between the Parties by negotiations. If no consent can be reached, the Parties shall submit their dispute to the empowered jurisdiction of Geneva, Switzerland*”²⁰.

En igual sentido, debe considerarse válido el convenio arbitral que hace referencia a una institución arbitral que ha dejado de existir con la denominación incluida en la letra del convenio por haberse fusionado con otra institución arbitral bajo una –nueva y distinta– denominación²¹.

Sin embargo, existen también en la jurisprudencia sentencias erróneas que declaran nulos convenios arbitrales de cuyo tenor se infiere sin el menor atisbo de duda la voluntad de las partes de someterse a ar-

¹⁴ *Court of Appeal (Civil Division)*, 22 de junio de 2010, [2010] EWCA Civ 712. www.bailii.org. Sobre esta sentencia, I. YANG, “*Nurdin Jivraj v. Sadruddin Hashwani: The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination*”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 243-254. En perspectiva general, T. PFEIFFER, “*Pflicht zur diskriminierungsfreien Schiedsrichterwahl? - Ein Skizze*”, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, pp. 1042-1050.

¹⁵ Básicamente, la relativa al *principio de igualdad de trato*.

¹⁶ El mismo criterio es exigible en el ámbito de las *cláusulas de jurisdicción* reguladas en el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*: STJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, *Profit*.

¹⁷ Auto TSJ de Andalucía de 28 de octubre de 2014, ECLI:ES:TSJAND:2014:161A. En sentido similar, Auto TSJ Cataluña de 6 de mayo de 2016, ECLI:TSJCAT:2016:208A.

¹⁸ Auto AP de Asturias de 2 de febrero de 2006, AC 2006\15, *RCEA*, 2007, pp. 93-95.

¹⁹ *Vid. Cour de cassation* de 28 de enero de 2003, *Rev. crit. DIP*, 2003, pp. 641-642.

²⁰ TF, 15.9.2015, 4A_136/2015.

²¹ *Cour d’Appel* de París de 20 de marzo de 2012, *SchiedsVZ*, 2013, pp. 238-239.

bitraje. Así, la SAP de Madrid de 13.7.2009²² declaró inválido el siguiente convenio arbitral: “*En caso de controversia, diferencia respecto de la interpretación de cualquiera de los artículos de este CONTRATO, las PARTES procurarán resolverlo inmediatamente, tratando de llegar a una solución amistosa, en el plazo de 15 días, transcurridos los cuales someterán la cuestión a un arbitraje de equidad*”. El particular juicio que sobre el alcance del término *controversia* hace la sentencia –que entiende referido únicamente a la interpretación del contrato– no es aceptable. El consentimiento de someterse a arbitraje queda fuera de toda duda: se trataba, además, de una cláusula inserta en un contrato firmado por ambas partes.

Por otro lado, la jurisprudencia demuestra también que las partes firman cláusulas de cuyo tenor no puede deducirse la *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje y, en consecuencia, se declaran nulos:

“*Las divergencias que se produzcan en la ejecución de la obra, se dirimirán en primer lugar, por la Dirección de Obra. En segundo término, por el Arquitecto autor del proyecto, si no coincidiera con la Dirección de Obra. En su defecto, se acudirá a un arbitraje de equidad de la Corte de Arbitraje de Madrid. En caso de no producirse acuerdo, las partes renuncian al fuero legal que pudiera asistirles, sometiéndose expresamente a los Tribunales de la ciudad de Madrid*”²³.

Otra cláusula igualmente nula²⁴ –tanto por no demostrar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, como por romper con los más elementales principios de imparcialidad, como por introducir una segunda instancia judicial– sería la siguiente: “*Para la resolución de cuantas cuestiones o diferencias se susciten en la aplicación o interpretación de este contrato, las partes se someten en primera instancia obligatoria al Arbitraje de Equidad realizada por el Órgano de Arbitraje designado por la Junta General de Accionistas de [nombre de la sociedad] y en segunda instancia, a la Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid capital, con renuncia a cualquier otro Fuero que pudiera corresponderles*”²⁵.

Por fin, resulta contradictorio y, por tanto nulo, un convenio del siguiente tenor: “*En el caso de que cualquiera de las previsiones contenidas en este acuerdo se convierta en razón de litigio para cualquiera de las partes o si la terminación del acuerdo o la procedencia o montante de las compensaciones fijadas por el franquiciador no logran aquiescencia del franquiciador, la cuestión se determinara por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Murcia*”²⁶.

17. La regulación de los requisitos formales que debe reunir el convenio arbitral para ser válido es, seguramente, lo más relevante del artículo 9 LA. Así, un primer acercamiento al tenor de la norma revela ya que el legislador ha acometido la regulación de esta cuestión partiendo del principio *favor negotii*, renunciando al principio de seguridad jurídica que en su momento informó la concepción del artículo II CNY²⁷. Pero aún más, pues, de un análisis comparado con la norma que lo inspira (art. 7 LM), se constata que el actual artículo 9 se ha desprendido de ciertos rigores formalistas que aquella sí prevé. Puede afirmarse, de hecho, que el precepto en cuestión únicamente condiciona la validez formal del convenio arbitral a la mera constatación de la voluntad de las partes. En palabras del legislador: “*La voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma*”. Y el primer paso para constatar dicha voluntad, pasa, en principio, porque el convenio arbitral conste por *escrito*.

Retomando la sentencia del TS de 6.2.2003: “*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*

²² SAP Madrid de 13 de junio de 2009, *Arbitraje*, 2010 (1), pp. 273-276 (con nota de M. GÓMEZ JENE y nota de G. STAMPA CASAS).

²³ Auto de la AP de Madrid de 6 de junio de 2001, *RCEA*, 2002, pp. 187-191.

²⁴ SAP de Madrid de 2 de abril de 2004, *JUR* 2004\248159.

²⁵ Que no arbitral. De hecho, nada obsta para que las partes puedan acordar que el laudo pueda ser revisado en una segunda instancia arbitral. En sentido similar, *vid.* el artículo 52 del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*.

²⁶ Auto AP de Tarragona de 25 de enero de 2017, *ECLI:ES:APT:2017:152A*.

²⁷ Sobre esta cuestión *in extenso*, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000, pp. 53-69. Por lo demás, debe apuntarse que este cambio de criterio constituye, hoy por hoy, la tónica general en el Derecho comparado.

*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 y a favor; en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes...*²⁸.

18. A partir de aquí, para constatar la existencia de dicho convenio por *escrito*, todo son facilidades: no sólo se admite expresamente cualquier modo de contratación electrónica y se acepta la sumisión a arbitraje mediante una cláusula por referencia (art. 9.3 y 9.4), sino que además, dicha referencia ni siquiera debe explicitar que el convenio arbitral forme parte del contrato²⁹.

3. *El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.*

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. *Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior*³⁰.

En consecuencia, al superarse incluso la letra del artículo 7 LM, no debe haber inconveniente en asumir lo pretendido por el grupo de expertos que redactó este precepto; esto es, debe aceptarse sin reparos que el “intercambio” al que hace alusión el tercer párrafo de la norma no implique que ambos documentos hagan alusión al convenio arbitral, ni siquiera que una o las dos cartas estén firmadas. Pues en puridad, lo único que pretende el precepto es un *consentimiento escrito de cada parte*³¹.

19. Ahora bien, pese a lo anterior, son imaginables una serie de supuestos –altamente controvertidos– donde, aun no existiendo propiamente ese *consentimiento escrito de cada parte*, puede considerarse válido el convenio arbitral. Dichos supuestos, que no han sido objeto de regulación por el legislador³², son básicamente dos: (i) el que gira en torno a la validez de la cláusula *semiescrita*; y, (ii) el que gira en torno a la validez del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por un tercero –normalmente, sociedad de mediación–. Adviértase, no obstante que lo que a continuación se diga debe entenderse siempre sin perjuicio de lo establecido en el párrafo sexto del precepto, pues puede ocurrir –y de hecho ocurrirá– que un convenio que se considere nulo en aplicación estricta de los párrafos tercero y cuarto de la norma, se considere válido en el contexto internacional por cumplir los requisitos establecidos en las *normas jurídicas* elegidas por las partes. Único requisito común a ambas regulaciones es que del criterio escogido y de las circunstancias del supuesto pueda deducirse una *voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje.

20. Con el término cláusula *semiescrita* se designa a las cláusulas que nacen a partir de una oferta planteada por una parte de forma unilateral sin recibir contestación de la otra al respecto. De hecho, así podría calificarse al controvertido convenio arbitral que finalmente dio origen a la sentencia *Marc*

²⁸ STS de 6 de febrero de 2003, RAJ 2003\805.

²⁹ A diferencia de lo que establece el art. 7.2 *in fine* de la LM: “La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

³⁰ En palabras de la EM de la Ley: “Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”.

³¹ A este respecto, *vid.* H. M. HOLTZMANN / J. E. NEUHAUS, *A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, Deventer, 1994, p. 236: “It should be noted that the ‘exchange’ of letters, telexes, etc. does not require that both mention the arbitration agreement, or even that one or both letters be signed. What is sought is a written form of assent from each party”.

³² Lo polémico del asunto, combinado con el carácter *antiformalista* que reviste el precepto, hubiera exigido alguna pauta al respecto. Pauta que, por ejemplo, sí ha incorporado el legislador alemán (§1031.2 ZPO).

Rich del TJCE: un convenio arbitral incluido en un texto transmitido por télex como contestación a una oferta de compra de petróleo, y sobre el cual no hubo contestación posterior³³.

Pues bien, en puridad, una interpretación rigurosa, tanto literal como teleológica del precepto –no se constata un consentimiento escrito de cada parte– conduce, en principio –y sólo en principio–, a negar la validez de dicho convenio. Sin embargo, esta última afirmación puede ser matizada cuando en el supuesto concreto concurren una serie de circunstancias que otorguen al juzgador la certeza de que la parte que guardó silencio conocía la existencia del convenio arbitral e implícitamente lo consintió.

Paradigmático en este sentido es el Auto del TS de 28.3.2000³⁴, cuando constatando que de los documentos aportados no puede deducirse el consentimiento escrito de cada parte, señala: “*dichos documentos no cumplirían con las exigencias formales impuestas en el art. IV, 1 b/ del Convenio. Sin embargo... esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte en la relación comercial*”.

Tal certeza puede deducirse de determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, cuando la parte en cuestión ejecutó, siquiera de forma parcial, alguna de las obligaciones contenidas en el mismo contrato³⁵. Del mismo modo, puede considerarse que hubo voluntad de quedar sometido al convenio arbitral, cuando el silencio constituya la forma habitual de prestar consentimiento en un sector determinado³⁶.

21. Igualmente controvertido puede resultar el examen de la validez del convenio arbitral contenido en un documento gestionado por un *tercero* –normalmente, sociedad de mediación–. La solución a estos supuestos, sin embargo, también puede obtenerse a partir de los criterios anteriormente citados³⁷; esto es, constatando la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes³⁸, constatando que la forma de contratar se adecua a los usos comerciales del sector afectado³⁹, y, sobre todo, constatando que realmente hubo voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. La copiosa jurisprudencia del TS en el ámbito del exequátur del laudo arbitral debe coadyuvar a resolver la laguna legal que encierra el artículo 9 LA. Y es que, debe observarse que la jurisprudencia dictada por el Alto Tribunal en esta materia es, en la mayoría de los supuestos, perfectamente compatible con el tenor del precepto actualmente en vigor.

Así, por ejemplo, es obvio que dicho convenio se reputará nulo cuando el mediador no pueda demostrar que el documento que contenía el convenio arbitral fue efectivamente enviado a la parte que guardó silencio⁴⁰; o, cuando a las confirmaciones de venta sin firmar por las partes, no se acompañe documento alguno que haga prueba de la existencia de algún tipo de contrato que determine relaciones habituales⁴¹.

³³ Dicho convenio fue considerado válido por los jueces británicos; no así por los jueces italianos. El supuesto sirve, en consecuencia, para llamar la atención sobre la necesidad de una armonización de esta cuestión en el seno de la Unión Europea. Sobre la relevancia de la citada sentencia *Marc Rich vid. GÓMEZ JENE, El arbitraje... cit.*, pp. 106-122.

³⁴ *RCEA*, 2000, pp. 253-255 (citando otros Autos en la misma dirección). De dicción muy similar *vid.* también el Auto del TS de 14 de julio de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 287-289.

³⁵ Maneja este argumento, entre otras circunstancias, para esgrimir la validez del convenio arbitral el Auto del TS de 18 de abril de 2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268; Auto del TS de 24 de noviembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 307-310.

³⁶ Este es el criterio en el que se apoya la ley alemana para aceptar la validez de las cláusulas *semiescritas*.

³⁷ Pues muchos de los Autos del TS –entre ellos, algunos de los ya citados– resuelven sobre cláusulas *semiescritas* remitidas por sociedades mediadoras.

³⁸ Aunque finalmente no se aceptara la existencia del convenio arbitral, sopesa esta circunstancia el Auto del TS de 29 de septiembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299. En aplicación de la nueva LA, expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona de 13 de noviembre de 2007, JUR\2008\77240.

³⁹ Expresamente en este sentido, Auto del TS de 18 de abril de 2000, *RCEA*, 2000-2001, pp. 267-268. En aplicación de la nueva LA, también expresamente a favor de esta interpretación, AP de Barcelona de 13 de noviembre de 2007 (JUR\2008\77240).

⁴⁰ Paradigmático, Auto del TS de 16 de abril de 1998, RJ 1998\2919.

⁴¹ Auto del TS de 29 de septiembre de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 296-299; muy similar, Auto del TS de 17 de febrero de 1998, *RCEA*, 1999, pp. 281-283.

Sobre este particular sigue siendo importante el Auto del TS de 1.4.2003⁴². Dictado en el marco de un exequátur de un laudo arbitral extranjero, recoge la doctrina de este tribunal en la materia –en interpretación, indirecta si se quiere, del artículo II CNY–: “*en relación con la deducción de la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores, ha entendido que concurría en aquellos supuestos en que por los Consejos de Administración de las empresas mediadoras que intervinieron en la negociación se habían expedido sendas certificaciones en las que manifestaban haber actuado en el negocio jurídico por cuenta de las empresas principales (ATS 24.11.1998); a la vista del propio reconocimiento por la demandada de la intervención del mediador (ATS 29.2.2000); a partir de la existencia de comunicaciones del intermediario tanto al mediador de la solicitante como a la propia demandada, en este caso reforzado por los actos propios de la demandada al comparecer en el procedimiento arbitral (ATS 29.2.2000); de la comunicación realizada por mediador especificando que el fletador aceptaba las condiciones del armador (AS 28.11.2000); de la existencia de comunicaciones entre intermediarios negando la demandada aquellas comunicaciones que le beneficiaban y rechazando las que le perjudicaban (ATS 31.7.2000); de las comunicaciones de los intermediarios con referencia al fletamento de un buque anterior y en el que se aceptó la sumisión a arbitraje (ATS 26.2.2002); a la vista de los actos propios de la demandada al comparecer ante el Tribunal arbitral presentando un fax dirigido a la parte contraria asegurando “arbitraje de su parte”; y, por último, a la vista del dato contenido en los antecedentes de hecho del laudo arbitral, en los que se recogía la remisión por las partes a un acuerdo por escrito, celebrado para llevar a pleno efecto el contenido del contrato inicial, y no negado por las partes (ATS 20.2.2001). Por el contrario se ha entendido que no concurría la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje a partir de la existencia de comunicaciones entre mediadores en los siguientes supuestos: en primer lugar, como consecuencia de la ausencia de firma de la demandada en la confirmación de venta remitida por el mediador (ATS 17.2.1998); en segundo lugar, como consecuencia de la ausencia de un contrato de comisión, mandato, agencia corretaje o similar que determinara relaciones habituales entre la entidad demandada y la mediadora (ATS 29.2.1998), y, en tercer lugar, a la vista de la existencia únicamente del sello de la mediadora, existiendo contradicción entre la documentación aportada y, fundamentalmente, a la vista de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles.”*

Todavía en este contexto, debe tenerse presente que la transmisibilidad de los convenios arbitrales insertos en *conocimientos de embarque* que se rijan por Derecho español (LNM) es una cuestión regulada en una norma *ad hoc* (art. 251 LNM) –*infra* VI–.

IV. Convenio arbitral inserto en las CGC.

22. La inserción del convenio arbitral en las *Cláusulas Generales de la Contratación* (CGC)⁴³ exige una interpretación específica. Así, entendemos que en aplicación del artículo 9 habrá de reputarse válido el convenio arbitral: (i) cuando las CGC que lo contiene se encuentra inserto en el cuerpo principal del contrato y éste ha sido firmado por ambas partes; y, (ii) cuando las CGC estuviesen en un documento aportado junto al contrato –debidamente firmado por las partes contratantes–, siempre que en éste se hiciese una referencia genérica a las CGC (no necesariamente a la cláusula). En igual sentido, el *intercambio* de las CGC, con independencia de que el contrato principal se hubiera determinado de forma oral, sería prueba suficiente de la voluntad de las partes de someter el litigio a arbitraje. La misma consideración positiva merece el hecho de que el contrato que contiene la CGC hubiera sido aceptado mediante una confirmación de venta en la que se hace una remisión en bloque al contrato tipo⁴⁴. Mayores dudas plantea, sin embargo, el hecho de que las CGC que contiene la cláusula no se encuentre incorporada ni en el contrato –aunque en éste se haga una mención genérica a las CGC– ni en la documentación que acompaña; supuesto que, en principio, debe resolverse negando la validez del convenio arbitral⁴⁵.

⁴² RAJ 2003\118425.

⁴³ En este contexto nos referimos únicamente a las CGC incluidas en contratos concluidos entre comerciantes.

⁴⁴ Auto del TS de 17 de febrero de 1998, *Diario La Ley*, 25.11.1998, con comentario de H. AGUILAR GRIEDER, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema”.

⁴⁵ Auto del TS de 26 de mayo de 1998, RJ 1998\4538, *RCEA*, 1998, pp. 233-234.

23. Lo anterior, en poco queda condicionado por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 LA (contrato de adhesión); pues de ser de aplicación el régimen español en la materia⁴⁶, el control de *incorporación* (art. 5 LCGC) –por ejemplo– es muy semejante al ya asentado en la jurisprudencia del TS en materia de forma del convenio arbitral.

La referencia jurisprudencial en este contexto lo constituye la STS de 27.6.2017, en cuya virtud: “*Dada la naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado consentimiento por la adhesión a tal contrato*”⁴⁷.

Esta línea jurisprudencial es compatible con jurisprudencia anterior en el tiempo y, en cuya virtud, se considera que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato de adhesión “*no es necesariamente abusivo o desequilibrado o injusto para la parte que no interviene en la fijación de los términos del negocio... y que es actuación ordenada, esperada y propia del profesional que considera la posibilidad de adquirir los derechos... examinar detenidamente los términos del contrato que le es propuesto... que marcan el ámbito jurídico en el que la eventual y futura relación mercantil... se desarrollaría*”⁴⁸.

En sentido similar: “*por contraste con lo que sucede por ministerio de la ley respecto de las cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos de adhesión en los que intervengan consumidores, cuando se trata de contratos de adhesión celebrados entre empresarios o profesionales, el carácter abusivo de ese convenio no puede hacerse derivar del mero hecho de ser una cláusula predispuesta: sólo sería predicable si de ella se derivara un desequilibrio importante entre las partes*”⁴⁹.

24. Por lo que hace a la relevancia de este precepto en el contexto *internacional*, –en nuestro caso, arbitraje internacional– debe repararse en que la LCGC únicamente será de aplicación en la medida en que el derecho español sea aplicable al fondo de la controversia. De ser otro el derecho aplicable, la validez de la cláusula arbitral inserta en las CGC habrá de examinarse a la luz de ese derecho –incluido su derecho en materia de CGC⁵⁰–.

V. El convenio arbitral *internacional*: ley aplicable

1. En general

25. Dos ejemplos ayudarán a entender la relevancia de la cuestión relativa a la *ley aplicable* al convenio arbitral.

Ejemplo I: *El caso BCY v BCT*⁵¹. Un contrato de compraventa de acciones fue objeto de una larga negociación. Durante la misma, circularon entre las partes implicadas hasta siete borradores del contrato en cuestión. La segunda y siguientes versiones del borrador incluían un convenio arbitral en el que se establecía un arbitraje CCI con sede en Singapur, y se concretaba como ley aplicable al contrato la ley del Estado de Nueva York. Después de varios meses de negociación no se llegó finalmente a un acuerdo y, en consecuencia, el contrato no fue firmado. Una de las partes inició un arbitraje reclamando daños por

⁴⁶ Con carácter general la Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación* (texto consolidado) y, en materia de consumidores, *vid.* el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (texto consolidado).

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2017:2500.

⁴⁸ AP de Madrid de 12 de julio de 2007, JUR 2008\24784.

⁴⁹ STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁵⁰ Ello se deduce ya del mismo tenor del art. 1.2 de esta Ley. Desde una perspectiva general *vid.* por todos, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 3. Ámbito de aplicación. Disposiciones imperativas”, en A. MENÉNDEZ / L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pp. 145-215.

⁵¹ *High Court of Singapore* de 9 de noviembre de 2016, *BCY v. BCZ, Lloyd’s Law Reports*, Part 11 [2016] Vol. 2, 7.12.2016, pp. 583-599. *Vid.* también toda la jurisprudencia allí citada.

enriquecimiento injusto y promissory estoppel (obligaciones precontractuales reguladas por el Derecho de Nueva York). En este contexto, se planteó ante los tribunales de Singapur la cuestión relativa a la eficacia del convenio arbitral (*rectius*, la válida “formación” del mismo). Tal cuestión exigía determinar, previamente, la ley a cuya luz debía darse respuesta a la misma: la ley de Singapur, en tanto que ley de la sede del arbitraje, o la ley del Estado de Nueva York, en tanto que ley aplicable al contrato. La cuestión era relevante, pues según la ley elegida, la respuesta a la cuestión planteada era distinta. Finalmente, los tribunales estimaron que la conexión que presentaba los vínculos más estrechos con el supuesto era la ley que regía el fondo del contrato.

Ejemplo II: *El caso Sulamerica*⁵². *Sulamerica y Endesa*, dos empresas brasileñas concertaron un contrato de seguro, en virtud del cual, la segunda aseguraba a la primera ciertos riesgos en la construcción de un embalse. El contrato se regía por derecho brasileño y contenía una cláusula híbrida, con sumisión a arbitraje en Londres, por un lado, y sumisión a los tribunales de Brasil, por otro. En virtud de la ley del lugar del arbitraje, la cláusula híbrida era válida. En virtud de la ley aplicable al fondo del contrato (brasileña), la cláusula era inválida. La *Court of Appeal*, si bien reconoció que, en principio, la cuestión debía regirse por la ley aplicable al contrato, entendió que en el caso concreto debía aplicarse la ley del lugar del arbitraje, pues solo a la luz de esa ley la cláusula era válida. En definitiva, la *Court* basó su razonamiento en un *pro-validation approach* (*mutatis mutandis, principio de interpretación efectiva –supra II.1–*).

26. Como puede apreciarse de los ejemplos transcritos, la jurisprudencia comparada demuestra que, pese a la importancia de la cuestión, las soluciones alcanzadas no son homogéneas. Las consecuencias de esta falta de homogeneidad son relevantes en la práctica: dependiendo de la conexión que se escoja, el juicio sobre la validez del convenio arbitral puede conducir a soluciones opuestas.

27. El contexto así descrito se debe, básicamente, a que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno no contempla una norma *ad hoc* que regule esta cuestión. Ni siquiera los reglamentos de las Cortes de arbitraje más importantes a nivel internacional contemplan previsión alguna al respecto⁵³. Lo anterior es hasta cierto punto llamativo, habida cuenta de que el Derecho convencional sí prevé una norma para regular esta cuestión: concretamente, en el artículo VI.2 CG.

Artículo VI CG. *Competencia de los tribunales judiciales estatales.*

2. *Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias decidirán:*

- a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral;
- b) no existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo;
- c) careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto.

La aplicación de esta norma de conflicto es muy restringida, pues, como hemos dicho ya, el CG tiene un ámbito de aplicación espacial reducido (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte). En cualquier caso, si el supuesto reúne los requisitos para que este texto internacional sea aplicable, la norma en cuestión desplaza la aplicación de la norma interna (en el ordenamiento jurídico español, desplaza la aplicación del artículo 9.6 LA).

28. Pese a la existencia de esta norma convencional, un estudio detenido de la jurisprudencia comparada permite afirmar que la mayoría de los tribunales que se han confrontado con esta cuestión no

⁵² *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors*, 16 de mayo de 2012, [2012] EWCA Civ 638. Al respecto *vid.*, A. ARZANDEH, “The Law Governing Arbitration Agreements in England”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2013] LMCLQ, Feb. 2013, pp. 31-35.

⁵³ Ni el Reglamento de arbitraje de la CCI 2017 ni el Reglamento LCIA prevén disposición alguna al respecto.

han tenido en consideración las conexiones previstas en el artículo VI.2 CG, decantándose, en defecto de elección expresa de las partes, por aplicar la *lex contractus*; esto es, la ley aplicable al contrato en el que se inserta el convenio arbitral⁵⁴. También parece ser ésta la solución mayoritariamente aceptada en la doctrina comparada⁵⁵. Lo anterior sin perjuicio de que, a la luz de las particulares circunstancias del supuesto, pueda justificarse la elección de uno u otro criterio (recurriendo *de facto* a la conexión de “vínculos más estrechos”)⁵⁶.

29. Para alcanzar esta solución, son distinguibles distintas vías, tanto de origen legal (expresamente previstas en el ordenamiento arbitral), como de origen jurisprudencial. La solución inglesa, por ejemplo, es de corte jurisprudencial y se basa en una aproximación en tres escalones: (i) la elección expresa de las partes; (ii) la elección implícita de las partes; y, (iii) en defecto de ambas, la elección de la ley que tenga la conexión más estrecha y real con el supuesto⁵⁷. La solución francesa es de origen jurisprudencial⁵⁸ y posterior plasmación legal⁵⁹; en su virtud, la validez del convenio arbitral no queda sometida a ningún ordenamiento jurídico. Su validez se deduce a partir de la sola constatación de la voluntad de las partes⁶⁰. Por su parte, la solución española –de corte legal– se ha inspirado profundamente en la solución que prevé el ordenamiento suizo (art. 178.2 de la Ley suiza de DIPr.). Dicha solución se plasma en la *norma de conflicto* que constituye el artículo 9.6 LA.

2. En especial: el artículo 9.6 LA

30. Especialmente relevante –y quizá también especialmente compleja– resulta la regulación en clave conflictual que recoge el sexto párrafo del artículo 9 LA. Reservada para aquellos supuestos en los que el arbitraje revista carácter internacional, el párrafo en cuestión encierra, por un lado, una disposición material –*la controversia será susceptible de arbitraje*–, y, por lo que ahora importa, una norma de conflicto con tres puntos de conexión de aplicación *alternativa* destinados a concretar las normas u ordenamiento jurídico a cuya luz se apreciará la validez del convenio arbitral.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

⁵⁴ Como uno de los primeros antecedentes en este sentido, *vid.* OLG Munich de 7 de abril de 1989 - 23 U 6310/88, *RIW*, 1990, pp. 585-586. También expresamente en este sentido: *Swenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* [2005] EWHC 2437; *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell International Ltd* [2002] 1 All ER (Comm) 627. *Vid.* también el exhaustivo análisis jurisprudencial hecho en la sentencia *BCY v. BCT supra*. Sin embargo, tomando como criterio el lugar del arbitraje, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHRC 12.

⁵⁵ Al respecto, S. BOND, “What were they thinking? The Law Governing the Arbitration Agreement”; N. PITKOWITZ, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, ambos trabajos en, *Liber Amicorum en l’honneur de William Laurence Craig*, LexisNexis, París, 2016, pp. 29-56 y pp. 275-288, respectivamente. *Vid.* también la doctrina citada en las sentencias de referencia *infra*. La doctrina alemana, sin embargo, se decanta por la aplicación de la ley del lugar del arbitraje: J. P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3ª Ed., Otto Schmidt, Colonia, 2008, p. 76; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *cit.*, p. 1435.

⁵⁶ Una detallada descripción de supuestos puede verse en: S. BOND, “What were they thinking...”, *cit.*, pp. 49-55.

⁵⁷ Expresamente en este sentido, § 25 sentencia *Sulamerica, infra*.

⁵⁸ *Cour de cassation* de 20 de diciembre de 1993, *Rev. Arb.*, 1994, p. 116-118. Se trata de la célebre sentencia *Dalico*. En su virtud: *la existencia y eficacia del convenio arbitral deben ser valoradas, subordinadas a las normas imperativas del Derecho francés y al orden público internacional, a la luz de la común intención de las partes, no siendo necesaria ninguna remisión a derecho nacional alguno* (la traducción es nuestra).

⁵⁹ Artículo 1507 NCPC: *La convention d’arbitrage n’est soumise à aucune condition de forme*.

⁶⁰ Para ver los inconvenientes de esta opción en el contexto del reconocimiento del laudo arbitral, *vid.* la sentencia *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. the Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 3 de noviembre de 2010, [2010] UKSC 46. Sobre la misma *vid.*, G. CUNIBERTI, “Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations diferentes de l’arbitrage International?”, *Les Cahiers de l’Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAO, “Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d’Appel”, *J. Int. Arb.*, 2011, pp. 407-422.

Este precepto refleja perfectamente lo que doctrinalmente se denomina *pro-validation approach*⁶¹. En palabras del legislador: “En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9” (EM). Es decir, puede darse incluso el supuesto en el que el convenio arbitral no pueda considerarse válido a la luz de la ley (o normas jurídicas) expresamente elegidas por las partes, pero que, sin embargo, sí pueda considerarse válido conforme a uno de los otros dos puntos de conexión enunciados en el precepto (normas jurídicas aplicables al fondo o derecho español). En este caso, el convenio arbitral sería válido.

31. Respecto de los puntos de conexión que utiliza el precepto, cabe realizar una serie de observaciones.

(i) La primera de ellas gira en torno al alcance de la expresión “normas jurídicas” utilizada en los dos primeros puntos. El uso de la misma no es casual, pues el tercer punto de conexión hace referencia al “derecho español”. El legislador ha querido distinguir, por tanto, entre ambas acepciones. Debe repararse, además, en que la expresión “normas jurídicas” no es asimilable a la de “usos mercantiles”, pues el mismo artículo 34 LA distingue claramente entre ambas acepciones. La Exposición de Motivos, por su parte, realiza la siguiente precisión: “La ley prefiere la ‘expresión normas jurídicas aplicables’ a la de ‘derecho aplicable’, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”.

Así las cosas, entendemos que la expresión “normas jurídicas” hace referencia, en principio, a lo que comúnmente tanto los prácticos como la doctrina denominan *Lex Mercatoria*; si bien, no hay consenso en la doctrina comparada en concretar el contenido de la misma. Para un sector doctrinal, esta denominación hace referencia a un *verdadero ordenamiento jurídico* antes que a un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas y reglamentos de asociaciones que pretende regular aspectos concretos del comercio internacional. Para otro, sin embargo, la *Lex Mercatoria* es un método para alcanzar decisiones (*method of decision-making*): en su virtud, los árbitros deciden a partir de un análisis legal y jurisprudencial comparado, concretando a partir de dicho análisis las normas jurídicas más ampliamente aceptadas en el sector concreto.

Sin perjuicio de la idoneidad de esta distinción⁶², es lo cierto que, aun asumiéndola, su relevancia a la hora de interpretar el precepto en cuestión es más que relativa. Y ello, porque el mismo artículo 34 LA insiste en que a la hora de aplicar e interpretar las “normas jurídicas”, los árbitros deberán tener en cuenta “los usos aplicables”. Siendo esto así, parece lógico entender que para interpretar el criterio de conexión “normas jurídicas” que utiliza el precepto también habrá de estarse, *mutatis mutandis*, a los citados “usos comerciales”.

Pues bien, en la medida en que el artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* (*acuerdos atributivos de competencia*) también regula la validez de las cláusulas de jurisdicción tomando como referencia los “usos comerciales”, entiendo que la jurisprudencia del TJUE en interpretación de este precepto constituye una referencia válida y perfectamente extrapolable al ámbito del convenio arbitral. De hecho, seguir esta senda no constituiría ninguna novedad, pues ya la *Corte di Cassazione* italiana tomó en consideración una alegación de parte en el sentido de que el artículo II.2 CNY fuera interpretado de acuerdo con las directrices marcadas por el TJUE sobre el alcance del mencionado precepto⁶³.

Así, y sin ánimo de exhaustividad⁶⁴, estimamos especialmente relevante lo asentado por el citado Tribunal en la sentencia *Castelleti*⁶⁵, en cuya virtud: “se presume que las partes contratantes han

⁶¹ A título de ejemplo, S. BOND, “What were they thinking...”, *cit.*, pp. 32-33.

⁶² Una sustanciosa crítica –con más referencias– a la acepción avanzada de la *Nueva Lex Mercatoria* puede verse en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2016, pp. 866-874. Sobre la cuestión, *in extenso*, *vid.* K. P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, 1999.

⁶³ *Corte di Cassazione* de 28 de octubre de 1993, núm. 10704, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 631-635.

⁶⁴ Además de lo que a continuación se diga, *vid.* también la sentencia *Gasser* de 9 de diciembre de 2003, C-116/02 y la sentencia *Coreck* de 9 de noviembre de 2000, C-387/98, ambas del TJUE.

⁶⁵ STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97.

dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia [léase convenio arbitral] cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer”. Del mismo modo, asentó que “La existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados contratantes. No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica. La impugnación ante los Tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para hacer que pierda su condición de uso”. Además, determinó que “Las exigencias concretas que engloba el concepto de ‘forma conforme a los usos’ deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales”. E igualmente, estableció en esa misma sentencia que “El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia, sin que la nacionalidad de las mismas tenga repercusión alguna a este respecto. La existencia de dicho conocimiento quedará acreditada, con independencia de toda forma de publicidad específica, cuando en el sector comercial en el que operan las partes se siga de modo general y regular un determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada”.

32. Constatada la posible –y más que recomendable⁶⁶– aplicabilidad de los criterios jurisprudenciales asentados por el TJUE en interpretación de la validez formal de la *cláusula atributiva de competencia*, la segunda observación anunciada afecta a la idoneidad de la técnica legislativa empleada por el legislador en este precepto (ii). Y es que, en la medida en que la expresión “*normas jurídicas*” hace alusión “*a normas de varios ordenamientos*” (así el legislador en la EM), la prueba de su contenido no siempre será cuestión sencilla.

33. Por fin, el último punto de conexión enumerado (*derecho español*) coincidirá a menudo con el derecho de la sede del arbitraje; pero adviértase que tal coincidencia no tiene por qué darse. Y es que, en muchos supuestos, la validez del convenio arbitral será examinada en el contexto de la declinatoria planteada ante el juez español, con independencia del lugar del mismo.

VI. Extensión del convenio arbitral a terceros

1. Con carácter general: extensión a terceros

34. Cuestión no regulada ni en la Ley de Arbitraje ni en los Convenios internacionales es la que concierne a la extensión de los efectos del convenio arbitral –tanto a terceros como a un grupo de sociedades–. Pocos ordenamientos jurídicos regulan expresamente esta cuestión.

El artículo 14 de la *Ley Peruana de Arbitraje* constituye uno de los primeros precedentes en este sentido. En su virtud:

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

35. Con carácter general, puede afirmarse que la jurisprudencia española ha venido admitiendo la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo cuando el tercero

⁶⁶ Pues, de asumirse, incorporaría un alto grado de uniformidad y seguridad jurídica. Sobre esta cuestión, más detenidamente, M. GÓMEZ JENE, “*Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje*”, *Diario La Ley*, 20.10.2003, pp. 3-5.

controvertido haya estado o esté directamente implicado en la ejecución del contrato. En este sentido se pronunció el TS en su sentencia de 26.5.2005⁶⁷, con argumentos poco convincentes y sustentando su decisión en el artículo 9.4 LA:

En el caso, un banco español que actuaba como avalista de una transacción quedó vinculado por el convenio arbitral inserto en el contrato entre una compañía española y otra extranjera. En palabras del TS: *“La presente cuestión se centra en el área a la que la moderna doctrina científica denomina ‘transmisión del convenio arbitral’ y que estudia la cuestión de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato. Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato... supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato. Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual LA 2003 que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la “cláusula arbitral de referencia”, la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por las referencias que en él se hace al segundo”*.

La sentencia citada no solo se aleja del criterio mantenido en la jurisprudencia comparada sobre esta cuestión (*infra* VI.2), sino que, además, es difícilmente conciliable con la jurisprudencia del TEDH sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral (*supra* II.2). En efecto, el hecho de que una sociedad –ya sea un banco u otro tipo– garantice las obligaciones que otra sociedad asuma con respecto a una tercera, no implica necesariamente que deba conocer el contrato principal. De hecho, de ordinario, el garante tendrá firmado su propio contrato de garantía con la sociedad garantizada. Cuestión distinta es, evidentemente, el hecho de que el garante haya intervenido directamente en el contrato principal⁶⁸.

36. Los TSJ también han aceptado la extensión de los efectos del convenio arbitral, si bien únicamente cuando se constate sin atisbo de duda la involucración del tercero en la ejecución del contrato que contiene la cláusula⁶⁹; es decir, cuando a la luz de los hechos pueda apreciarse una “voluntad inequívoca” de la parte no firmante del convenio de quedar sometido al mismo.

*“es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral –a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella– ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de la sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) –lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v. gr., por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA)– sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, “núcleo duro” –en locución del TC– o “contenido esencial” –en expresión de la Constitución misma (art. 53.1 CE) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva...”*⁷⁰

37. Esta última jurisprudencia en interpretación del alcance del convenio arbitral a terceros no firmantes es, a mi juicio, la única posible. Además, la jurisprudencia de los TSJ está en línea con la jurisprudencia del TJUE sobre la extensión de los efectos de una cláusula de sumisión a tribunales a terceros. Para el TJUE, el *principio de relatividad de los contratos* está presente en este contexto: *“una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar ese contrato”*⁷¹; si bien, desde la perspectiva del consentimiento:

⁶⁷ RJ 2005\4140.

⁶⁸ *Vid.* también, R. VERDERA SERVER, “Artículo 9”, en: S. BARONA VILAR, *Comentarios a la ley de arbitraje*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 395-396.

⁶⁹ STSJ de Madrid de 16 de diciembre 2014, ECLI:ES:TSJM:2014:15736.

⁷⁰ Citando sentencias anteriores, STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁷¹ STJUE de 28 de junio de 2017, C-436/16, *Leventis*.

“Para que esa cláusula sea oponible a un tercero, es necesario, en principio, que éste haya prestado su consentimiento a ese efecto”⁷².

38. Dos excepciones a la regla general de no transmisibilidad serían, a mi juicio, tanto *la cesión del contrato* como *la subrogación*. En virtud del *contrato de cesión* todos los derechos y obligaciones del contrato originariamente otorgado por el cedente y el cedido permanecen inalterados; mantienen su validez y vigencia. El cesionario queda subrogado en el lugar del cedente con consentimiento del cedido. La jurisprudencia del TS en interpretación de este negocio jurídico ha precisado que la cesión del contrato “*produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación*”⁷³. Así las cosas, es lógico concluir que cuando el cesionario firma la cesión del contrato acepta todas las cláusulas del mismo, incluido, evidentemente, el convenio arbitral. La independencia que el artículo 22 LA proclama del convenio arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato no opera en este contexto, pues dicha independencia se concibe a los solos efectos de que el árbitro pueda entrar a valorar la nulidad del contrato donde el convenio se inserta. Por otro lado, excluir el citado convenio del contrato cedido implicaría modificar una cláusula del mismo, lo que a la postre impediría calificar el negocio jurídico como *cesión de contrato*.

Argumentos similares son esgrimibles en el supuesto de *subrogación*. De hecho, el TS ha aceptado expresamente la subrogación de una aseguradora en el arbitraje; matizando, sin embargo, que no alcanza el convenio arbitral a aquellas aseguradoras que, lejos de actuar como subrogadas en la posición contractual de su asegurada, son traídas al pleito por el ejercicio de la acción directa⁷⁴.

2. Con carácter particular: los grupos de empresa (*Doctrine of Group of Companies*)

39. El asunto que doctrinalmente sirve como punto de partida para el estudio de estos supuestos es el comúnmente conocido como *Dow Chemical*⁷⁵. La particularidad de este supuesto radica en que los criterios adoptados por el colegio arbitral para vincular la sociedad matriz al convenio arbitral fueron refrendados por la *Cour d'appel* de París. Desde entonces, la práctica arbitral ha ido perfeccionando una serie de circunstancias que, cumulativamente consideradas, pueden llevar a extender los efectos del convenio arbitral a una sociedad del mismo *no* firmante del mismo (en muchos casos, a la matriz). Así, por ejemplo, han sido consideradas circunstancias relevantes: la efectiva participación de la sociedad no suscriptora en la negociación o ejecución del contrato; la constatación de una voluntad común de las partes de someter a dicha sociedad al contrato litigioso; la constatación de una fuerte apariencia de ser la sociedad no firmante la verdadera parte contractual; así como la realización de la prestación característica del contrato por la sociedad no firmante⁷⁶. Doctrinalmente se han distinguido hasta tres condiciones para que la doctrina sobre el *Grupo de empresas* pueda ser aplicable; esto es, para extender el convenio arbitral a sociedades *no* firmantes del mismo: (i) la existencia de una clara estructura de grupo (con una clara jerarquía y estructura operacional); (ii) una participación activa de la sociedad *no* firmante en las negociaciones y redacción del contrato que contiene la cláusula; y, (iii) una intención común de las sociedades vinculadas en someterse a arbitraje⁷⁷. Tales circunstancias deben ponderarse caso por caso; a la luz de la distinta intensidad con que se manifiesten⁷⁸. En cualquier caso, es cierto también que, por

⁷² STJUE de 21 de mayo de 2015, C-352/13, *CDC*.

⁷³ STS de 19 de septiembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:5226.

⁷⁴ STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

⁷⁵ Laudo CCI núm. 4131/1982, *Rev. Arb.*, 1984, pp. 137-150. Laudo confirmado por la *Cour d'appel* de París de 21 de octubre de 1983, *Rev. Arb.*, 1984, pp. 98-101. Sobre estas cuestiones, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Santiago de Compostela, 2001; *Idem*, “Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades”, *CDT*, 2009, pp. 5-28.

⁷⁶ Para una enumeración más exhaustiva, H. AGUILAR GRIEDER, “Arbitraje comercial...” *cit.*, p. 21.

⁷⁷ S. BREKOUKAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2011, pp. 154-164.

⁷⁸ Sobre la relevancia de las circunstancias del caso, así como un análisis detallado de distintos supuestos que pueden plantearse, *vid.*, B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005, pp. 49-100.

un lado, tales condiciones son de difícil apreciación en la práctica; por otro, suponen una excepción a principios del derecho contractual tan asentados como el de *relatividad de los contratos* (art. 1257 Cc); y, finalmente, rebajan ostensiblemente el grado de seguridad jurídica que la firma de un convenio arbitral exige. Por ello, lo anterior solo es aceptable si de las circunstancias puede apreciarse una *voluntad inequívoca* de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje.

40. La aplicación de esta “doctrina” a nivel jurisprudencial ha generado un problema de relevancia práctica importante, pues, en su interpretación, los tribunales franceses han rebajado ostensiblemente los requisitos para apreciar la voluntad de la parte no firmante de someterse a arbitraje. Hasta tal punto que, según su práctica actual, se conforma con apreciar la sola *implicación directa* de la sociedad no firmante en la ejecución del contrato –que contiene el convenio– para vincularla al mismo⁷⁹. El resto de la jurisprudencia comparada, por su parte, no solo no acepta la aplicación de esta doctrina a partir de circunstancias tan tenues; sino que, antes al contrario, se caracteriza en este punto por estrechar al máximo los márgenes de aceptación de esa extensión de los efectos del convenio. Es decir, la búsqueda de esa *voluntad inequívoca* se impone como criterio a cuya luz aceptar la extensión de los efectos del convenio.

Así, la *High Court of Justice* inglesa anuló parcialmente un laudo dictado en Londres por entender que el tribunal arbitral, en aplicación de la doctrina del “Grupo de compañías”, extendió su competencia de forma errónea. Para la *High Court*, esta forma de extender los efectos del convenio arbitral “*está abierta a críticas sustanciales y adolece de serias deficiencias (errores) de Derecho*”⁸⁰.

Del mismo modo, la *Court of Appeals* del Segundo Circuito de EEUU denegó el exequátur de un laudo arbitral en aplicación de la cláusula de orden público por entender que una de las sociedades involucradas no había otorgado el consentimiento necesario para someterse a arbitraje. Para la *Court*, la extensión de los efectos solo es posible cuando “*the totality of the evidences supports an objective intention to agree to arbitrate*”⁸¹.

Por su parte, el *Tribunal Federal* suizo ha estimado –como previamente habían estimado los árbitros– que un Acuerdo de garantía (*Guarantee Agreement*) firmado entre dos sociedades de un mismo grupo, en cuya virtud se garantizaba el pago de lo establecido en un contrato, y en el que se hacía expresa referencia al contrato garantizado (que incluía el convenio arbitral), no vinculaba a la sociedad garante⁸². En este sentido, el Tribunal Federal hace una clara distinción entre una *cesión de crédito* y un *acuerdo (o contrato) de garantía*. De tal modo que, a diferencia de los primeros, los contratos de garantía no transfieren derechos y obligaciones; antes al contrario, crean una nueva relación jurídica entre las partes. En el caso, la alusión al contrato servía sólo para identificar las obligaciones a garantizar. Pero nada más⁸³.

41. La doctrina comparada también es prácticamente unánime en este ámbito: el punto de partida es –otra vez– la constatación de una *voluntad inequívoca* como prueba del consentimiento: la renuncia al juez predeterminado por la ley que la firma de un convenio arbitral a la postre supone, exige una prueba contundente⁸⁴. En definitiva:

⁷⁹ *Cour de cassation* de 27 de marzo de 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 347 (si bien referido a un supuesto de contratos en cadena). Más evidente, *Cour de cassation*, 7 de noviembre de 2012, *Rev. Arb.*, 2012, p. 876: « *L’effet de la clause d’arbitrage international contenue dans le contrat initial s’étendant aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat* ».

⁸⁰ *High Court of Justice, Queens Bench Division Commercial Court, Peterson Farms Inc. V. C & M Farming Limited*, 4 de febrero de 2004, [2002] EWHC 121 (Comm).

⁸¹ *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 14 de abril de 2005, *YCA*, 2005, pp. 1158 ss.

⁸² *Tribunal Federal* de 19 de agosto de 2008, 4A_128/2008, (www.bger.ch). Al respecto, *vid.* G. NAEGELI / C. SCHMITZ, „Switzerland: Strict Test for the Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories“, *SchiedsVZ*, 4/2009, pp. 185-188. Una recopilación de la jurisprudencia suiza a este respecto puede verse en la sentencia del *Tribunal Federal* de 6 de octubre de 2016, 4A_310/2016, *ASA Bull.*, 2017, pp. 150-152.

⁸³ Repárese, no obstante, que los efectos de un acuerdo o contrato de este tipo se determinarán conforme a lo establecido en la ley que lo rijan (en el supuesto, la ley italiana).

⁸⁴ Desde la perspectiva constitucional, H. P. MANSEL, “Vertretungs- und Formprobleme bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung – zur subjektiven Reichweite von Schiedsklauseln in Konzernsituationen”, *Festschrift für Georg Maier Reiner zum 70 Geburtstag*, C. H. Beck, Munich, 2010, pp. 407-410. *Vid.* también, J. P. LACHMANN, *Handbuch...*, *cit.*, pp. 135-136; C. JÜRSCHIK, *Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburgo, 2011, pp. 81-178 (pronosticando el no reconocimiento en Alemania de un laudo arbitral dictado como consecuencia de extender los efectos del convenio a una sociedad no firmante). Para una exhaustiva crítica, con más referencias, S. BREKOULAKIS, *Third Parties...*, *cit.*, pp. 175-198.

*Except for countries heavily influenced by the French legal system, the group of companies' doctrine does not appear to have received much support in further jurisdictions. In fact, a detailed survey covering 24 countries worldwide recently showed that an overwhelming majority of the jurisdictions surveyed do not recognize the doctrine*⁸⁵.

42. Desde la perspectiva española es destacable que la cuestión ni está expresamente regulada en la LA, ni existe jurisprudencia expresa al respecto. No obstante, de la jurisprudencia existente en materia de extensión de los efectos del convenio arbitral, puede presumirse que, solo en el caso de que concurren circunstancias a cuya luz pueda constatar una *voluntad inequívoca* de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje, es aceptable la extensión de los efectos del convenio a otras sociedades del grupo.

3. Con carácter especial: el artículo 251 LNM

43. El artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima (LNM) establece una regla especial de transmisión del convenio arbitral previsto en un *conocimiento de embarque*:

Artículo 251. *Eficacia traslativa.*

... El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX.

44. En perspectiva de DIPr., la dificultad de esta norma radica en determinar cuándo es de aplicación. Y es que, *a priori*, la norma en cuestión podría ser aplicable cuando el conocimiento de embarque se rija por derecho español⁸⁶ y/o cuando el arbitraje tenga su sede en España.

A mi juicio, la conexión a retener en este contexto debe ser, en principio, la primera. En consecuencia, el artículo 251 LNM solo debería aplicarse cuando el *conocimiento de embarque* se rija por derecho español –con independencia de la sede del arbitraje–. Ello debería ser así porque la conexión de la ley aplicable al conocimiento de embarque es la que mejor asume, encarna o refleja el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto que ley expresamente escogida por ellas. Desde esta perspectiva, cabe presumir también que será ésta la ley que mejor conozca el profesional del sector, con lo que ello supone respecto de las consecuencias de su aplicación (previsibilidad). Finalmente, cabe destacar también que el criterio de la ley aplicable al *conocimiento de embarque* ha sido el escogido por el TJUE para interpretar la extensión de los efectos de una cláusula de jurisdicción incluida en un conocimiento de embarque⁸⁷. En cualquier caso, si de las circunstancias del supuesto puede deducirse que dicha ley presenta los vínculos más estrechos con la controversia, debería descartarse el juego de otras conexiones en este contexto.

VII. Cláusulas híbridas: el convenio arbitral *opcional o unilateral*

45. Un supuesto cada vez más frecuente en la contratación internacional –máxime desde que existe jurisprudencia favorable sobre el particular– es el relativo a la inclusión de una cláusula *híbrida, opcional o unilateral* en el contrato. Con esta denominación se hace referencia a un tipo de cláusula que prevé la sumisión alternativa a arbitraje y tribunales o la sumisión alternativa a distintos tribunales. Dependiendo de la posición procesal de las partes, se distinguen teóricamente dos tipos de cláusulas: (i) cláusulas simétricas: son aquéllas que dejan en manos del *demandante* (con independencia de su posición contractual) la opción de elegir entre arbitraje o jurisdicción, o entre las distintas jurisdicciones

⁸⁵ S. WILSKE / L. SHORE / J. M. AHRENS, “The ‘Group of Companies Doctrine’ – Where is the Heading?”, *The American Review of International Arbitration*, 2006, p. 85.

⁸⁶ Téngase en cuenta en este contexto el artículo 5.1 del Reglamento Roma I.

⁸⁷ STJUE de 7 de febrero de 2013, C-543/10, *Refcom*.

designadas en la cláusula; (ii) cláusulas asimétricas: son aquéllas que dejan en manos de una sola parte la opción de elegir entre arbitraje y/o jurisdicción o varias jurisdicciones.

46. La jurisprudencia española sobre la validez de estas cláusulas es, lamentablemente, contradictoria. De hecho, incluso existen pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión de un mismo tribunal.

Ejemplo I: Cláusula simétrica. STSJ de Madrid de 1.2.2016⁸⁸: Declara implícitamente válida una cláusula del siguiente tenor: *ARBITRAJE: Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado en la ley de arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales.*

Ejemplo II. Cláusula simétrica. STSJ de Madrid de 13.12.2016⁸⁹: Declara –a mi juicio incorrectamente– inválida una cláusula del siguiente tenor: “29. El proveedor y D acuerdan que las diferencias que pudieran existir en la interpretación y cumplimiento de este Pedido, en lo referente a la ejecución del mismo, serán resueltas amistosamente, sometiéndose ambos, en el caso de que no fuera suficiente, al arbitraje de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) web: www.cimaarbitraje.com

30. El proveedor y D se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Cádiz, con renuncia de cualquier otro fuero o domicilio que pudieran corresponderles”.

La interpretación del TSJ de Madrid se apoya en el criterio establecido por el TS en su sentencia de 11.2.2010, en cuya virtud: “la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisivo y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones”⁹⁰. Y, sin embargo, choca con la interpretación que el mismo TS ha hecho respecto de los supuestos en los que –a salvo una lectura del convenio controvertido (no recogido en la sentencia)– el contrato contiene un convenio arbitral y como conexión de cierre una cláusula de sumisión a tribunales: “Para la Audiencia, siendo incuestionable que las partes convinieron que “cualquier discrepancia sobre la interpretación del presente documento será resuelto mediante arbitraje de equidad”, sin embargo, tal pacto no es suficiente para reputar inequívoca su voluntad, cuando, como aquí acontece, también fijaron en el mismo pacto otro referente a la sumisión (competencia territorial) al fuero de los tribunales de Igualada, pues la exigencia de “voluntad inequívoca” a que se refiere la Ley no puede conciliarse con que, en la misma cláusula en que figura el pacto arbitral se incluya otra referente a la sumisión de las partes al fuero voluntario. Pues bien, esta interpretación no se acomoda a la doctrina de esta Sala, que ha señalado 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”⁹¹. Adviértase que después de este último fallo el operador económico introdujo en sus contratos cláusulas simétricas del tenor expuesto en el segundo ejemplo. La sentencia del mismo TS de 11.2.2010 hizo una interpretación muy errática sobre el particular, pues si bien parece aceptar nuevamente este tipo de cláusulas, introdujo la mención arriba señalada que ha servido para que el TSJ anule un laudo por declarar dicho convenio nulo.

47. Si bien se miran, una cláusula híbrida *simétrica* que deja a criterio del demandante la opción de recurrir a arbitraje o a la jurisdicción tiene, de entrada, mucho sentido; pero además se trata de un tipo de cláusula de todo punto compatible con la voluntad *inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje. De hecho, no es más que una manifestación “evolucionada” o “más sofisticada” de la autonomía de la voluntad en este contexto. En efecto, repárese en que desde que se firman este tipo de cláusulas hasta que surge una controversia pueden darse toda una serie de circunstancias o imponderables que, en ese momento concreto, recomienden una u otra opción. Que las partes reserven al futuro demandante (sea éste quien sea) la opción de elegir entre una u otra vía no puede considerarse incompatible con su voluntad de someterse a arbitraje: existe una voluntad inequívoca por ambas partes de que, en su caso,

⁸⁸ STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:701.

⁸⁹ STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13260.

⁹⁰ STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669.

⁹¹ STS de 10 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4828.

puede haber arbitraje; y esa voluntad es compatible con una reserva para someterse, también en su caso, a la jurisdicción.

48. En el plano *internacional*, estas cláusulas o bien prevén la sumisión alternativa a tribunales de distintos países designados en la misma cláusula; o bien prevén en beneficio de una sola parte (de ordinario, financiador) la sumisión a todo aquel tribunal que esta parte elija.

Ejemplo I. Cláusula simétrica. Auto AP de Madrid, 18.10.2013⁹². Se confirma el Auto de un JM de Madrid declarándose incompetente por haber estimado válida una cláusula de sumisión, o bien a arbitraje o bien a los tribunales de los Países Bajos.

Ejemplo II: Cláusula asimétrica. “*Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula X del contrato [cláusula en la que las partes eligen una jurisdicción determinada] la parte A podrá someter unilateralmente cualquier disputa a arbitraje en los términos previstos en la cláusula Y de este contrato [cláusula en la que se contemplan los detalles del arbitraje: sede, institución arbitral, número de árbitros...]*”

Ejemplo III. Cláusula asimétrica. *High Court*, 24.5.2013⁹³: Considera válida una cláusula asimétrica del siguiente tenor: (a) *The courts of England have exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this Agreement...* (c) *This clause ... is for the benefit of the Lender only. As a result, the Lender shall not be prevented from taking proceedings related to a Dispute in any other courts in any jurisdiction. To the extent allowed by law, the Lender may take concurrent proceedings in any number of jurisdictions*⁹⁴.

49. En defecto de pronunciamiento del TJUE al respecto, cabe señalar que la validez de las cláusulas híbridas *asimétricas* es, en ciertos supuestos, controvertida; no en vano la jurisprudencia comparada es contradictoria en su interpretación⁹⁵. Así, a diferencia de la *High Court* (*supra* párrafo anterior), la *Cour de cassation* francesa ha declarado la invalidez de una cláusula híbrida asimétrica que no establecía con precisión los tribunales afectados por tal sumisión⁹⁶ y, sin embargo, ha declarado válida una cláusula híbrida asimétrica que establecía con precisión los distintos tribunales ante los que una sola parte podía demandar⁹⁷. Para la *Cour*, este último tipo de cláusulas son válidas en la medida en que cumplan con los objetivos que el TJUE ha establecido en su jurisprudencia en interpretación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido* (cláusulas de sumisión a tribunales). Dichos objetivos son: existencia de un consentimiento de los interesados, previsibilidad y seguridad jurídica⁹⁸.

También la jurisprudencia alemana ha matizado la eficacia de estas cláusulas. Y así, en un supuesto de aplicación de la Ley alemana sobre CGC –aplicable entre comerciantes–, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) ha sentenciado que es abusiva una cláusula que solo concede al predisponente la posibilidad de optar entre arbitraje y jurisdicción⁹⁹. Jurisprudencia menor ha matizado, sin embargo, el alcance de aquella jurisprudencia, otorgando validez a una cláusula asimétrica si el predisponente demuestra un interés justificado en la elección entre arbitraje y jurisdicción y la forma de ejercer el derecho de elección entre ambos foros queda nítidamente regulada¹⁰⁰.

⁹² Auto AP Madrid (Sección 28ª) de 18 de octubre de 2013; AAPM 1988/2013.

⁹³ *High Court* de 24 de mayo de 2013 [2013] EWHC 1328 (Comm).

⁹⁴ La *High Court* ha establecido, además, que este tipo de cláusula también otorga competencia exclusiva al tribunal designado a los efectos de la aplicación del artículo 31.2 del Reglamento Bruselas I *refundido*: *High Court* de 3 de febrero de 2017, [2017] EWHC 161 (Comm).

⁹⁵ Al respecto, S. NESBITT / H. QUINLAN, “The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses”, *Arb. Int.*, 2006, pp. 133-149; A. LÓPEZ DE ARGUMENTO / C. BALMASEDA, “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa”, *Diario La Ley*, 25.2.2014.

⁹⁶ *Cour de cassation* de 26 de septiembre de 2012, *Banque Rothschild* y *Cour de cassation* de 25 de marzo de 2015, *Danne Holding*.

⁹⁷ *Cour de cassation* de 7 de octubre de 2015, *eBizzuss*.

⁹⁸ STJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, *Profit*.

⁹⁹ BGH de 24 de septiembre de 1998 – III ZR 133/97, *NJW*, 1999, pp. 282-283.

¹⁰⁰ OLG Bremen de 28 de junio de 2006, *SchiedsVZ*, 2007, pp. 51-52. Sobre la jurisprudencia alemana sobre este particular, *vid.*, K. BÄLZ / P. STOMPFE, “Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *SchiedsVZ*, 2017, pp. 157-164.

Cláusulas híbridas y Reglamento Bruselas I *refundido*. Es sabido que el Reglamento Bruselas I *refundido* excluye de su ámbito de aplicación material el arbitraje (*ex art. 1*). Esta exclusión afecta, por tanto, al convenio arbitral¹⁰¹. Sin embargo, es sabido también que la cláusula de sumisión expresa está materialmente regulada en el mismo texto (*art. 25, Prórroga de competencia*). Así las cosas, no está claro si el Reglamento es o no aplicable para determinar la validez formal de una cláusula híbrida que prevé indistintamente la sumisión a arbitraje o jurisdicción. A mi juicio, en virtud del *efecto útil* que informa al Reglamento, estas cláusulas deberían quedar incluidas en el ámbito de aplicación material del texto. Se trataría, por tanto, de “atraer” al ámbito de aplicación del Reglamento una materia en principio excluida del mismo –el convenio arbitral– para evitar que una materia incluida –la cláusula de sumisión a tribunales– quedara excluida por el mero hecho de que la cláusula contenga también una sumisión alternativa a arbitraje. El mismo razonamiento sería válido *mutatis mutandis* cuando sólo uno de los tribunales designados en la cláusula fuera el de un Estado miembro.

50. Limitándonos ahora al contexto de la cláusula híbrida –simétrica o asimétrica– que prevea, indistintamente, la sumisión a tribunales o arbitraje, cabe señalar lo siguiente: si la cláusula determina expresamente la competencia de un tribunal español y la sede del arbitraje en cualquier lugar extranjero (no necesariamente UE), debería considerarse válida en aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I *refundido*, en tanto que dicha cláusula –consentida– cumple los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica que el TJUE reclama para las cláusulas de jurisdicción¹⁰². El hecho de que sólo una de las partes pueda activar dicha bifurcación no modifica la conclusión anterior: seguridad jurídica y previsibilidad son constatables y no puede afirmarse que se dé una quiebra del “principio de igualdad de armas”. Si, por el contrario, la cláusula en cuestión prevé la jurisdicción de un tribunal extranjero no miembro de la UE y la sede del arbitraje en España, la validez de la misma –presumiendo el consentimiento– se deduce por aplicación del 22 ter 4 LOPJ en relación con el artículo 9 LA.

VIII. Convenio arbitral y mediación: cláusulas escalación

51. También cada vez con mayor frecuencia –sobre todo, en la litigación internacional–, las partes acuerdan dotarse de un régimen procesal caracterizado por prever una transición entre una primera fase de cooperación y una posterior de confrontación. Este régimen se regula en las comúnmente denominadas cláusulas *escalación*: cláusulas contractuales, en cuya virtud, la resolución de cualquier conflicto entre las partes debe acometerse de forma gradual; culminando distintas fases –o escalones–. Empezando por una primera fase de negociación (mediación) y, llegado el caso, terminando en una fase de confrontación (arbitraje). Dependiendo del tenor de la cláusula, lo anterior implica en la práctica que las partes sólo podrán plantear la vía arbitral cuando, previamente, hayan intentado o agotado el cauce de la mediación¹⁰³.

52. Las cláusulas *escalación* –en sentido amplio– se insertan tanto en contratos celebrados entre operadores económicos como en convenios internacionales, tales como los *Acuerdos para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre Estados* (comúnmente denominados APPRI). Así, por

¹⁰¹ Sobre esta cuestión, con todo detenimiento, M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, en: PERÉZ-LLORCA, *Comentario al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi, 2016, pp. 71-86.

¹⁰² Recuérdese que el artículo 25 citado es de aplicación cuando el tribunal designado en la cláusula sea el de un Estado miembro; con independencia de que una o ambas partes residan fuera de la UE.

¹⁰³ Sobre las “cláusulas escalación”, véase: M. PRYLES, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int. Arb.*, 2001, pp. 159-176; J. LEW / L. MISTELLIS / S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, 2003, pp. 182-185; K. P. BERGER, “Rechtsprobleme vom Eskalationsklauseln”, en: *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zu Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005, pp. 19-35; *Idem*, “Law and Practice of Escalation Clause”, *Arbitration International*, 2006, pp. 1-17; P. TÖCHTERMANN, “Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution”, *Rev. dr. unif.*, 2008, pp. 685-712; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *CDT*, 2017, pp. 99-124.

ejemplo, el artículo IX del APPRI hispano-argentino¹⁰⁴, titulado *Solución de controversias entre partes contratantes*, establece:

Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos.

Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones será sometido, a petición de cualquiera de las dos partes, a un Tribunal de Arbitraje.

En el ámbito de la contratación internacional, un ejemplo de cláusula *escalación* es el siguiente:

In the event any dispute arise between the Parties regarding the application or interpretation of this Agreement, X's and Y's Project Managers shall use their best good faith efforts to reach a reasonable, equitable and mutually agreed upon resolution of the item or items in dispute. In the event that the project managers cannot so resolve the disputed matter(s) within fifteen (15) days, the parties shall use their best good faith efforts to agree, within a further ten (10) day period, upon an appropriate method of non-judicial dispute resolution, including mediation or arbitration. In the event the parties shall decide that any disputed matters shall be resolved by arbitration, such arbitral proceedings shall be governed by the ICC Rules of Arbitration and by the provisions set forth in subsection 2 of this article¹⁰⁵.

53. Dependiendo del tenor literal de la cláusula, pueden distinguirse dos tipos de cláusulas *escalación*: por un lado, aquellas que imponen una transición desde la mediación al arbitraje (cláusulas *escalación obligatorias*) y, por otro, aquellas que *no* imponen esa transición, sino que únicamente contemplan la posibilidad de someterse a mediación antes que al arbitraje (cláusulas *escalación facultativas*). Ambas plantean cuestiones distintas; o, cuanto menos, cuestiones cuya solución debe ser matizada a la luz de esa obligatoriedad. De ahí la conveniencia de su estudio por separado.

1. Cláusula *escalación facultativa*

54. Desde el momento en que la transición entre mediación y arbitraje se concibe como un mero trámite optativo –*mere right to comply*– dejan automáticamente de plantearse cuestiones de capital relevancia en el ámbito de la *escalación obligatoria*. En efecto, cuestiones como la relativa a la concreción del cauce procesal que debe invocarse cuando una de las partes inicia directamente la vía arbitral sin someterse a la mediación; como la relativa a lo que debe entenderse por “intento obligado” de mediación; o como la relativa a las consecuencias que se derivan del incumplimiento del plazo fijado para llevar a cabo la misma, no se plantean en el ámbito de *escalación facultativa*.

55. En el contexto de la *escalación facultativa* basta, por tanto, con que una de las partes inicie el arbitraje para constatar una renuncia tácita a la mediación; renuncia tácita *unilateral* que pone fin a la misma. Cuestión –aparentemente– distinta es la que se plantea cuando una parte inicia la mediación antes que el arbitraje. En este escenario, la eficacia de esa sumisión a mediación dependerá del comportamiento de la contraparte. Así, si esta última decide no comparecer a la mediación, deberá entenderse que la vía arbitral queda expedita. Es decir, la falta de voluntariedad y cooperación para iniciar la mediación es suficiente como para considerar este cauce como superado¹⁰⁶. Pero aún más, pues incluso el

¹⁰⁴ *Acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina* (BOE núm. 277, 18.11.1992).

¹⁰⁵ Tomo el ejemplo de: K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 22.

¹⁰⁶ Artículo 6.3 de la Ley 5/2012: *Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.* Desde la perspectiva de la mediación internacional, el artículo 8.1 b) del *Reglamento de Mediación de la CCI* (en vigor desde 1.1.2014) establece: *Un Procedimiento que se haya iniciado conforme al Reglamento concluirá mediante una confirmación por escrito del Centro a las partes cuando alguna de las circunstancias siguientes ocurra en primer término: b) que alguna de las partes notifique por escrito al Mediador, en cualquier instante posterior a la recepción de la nota del Mediador conforme al Artículo 7(2), que dicha parte ha decidido no proseguir con la mediación.* Por su parte, el artículo 11 de la *Ley Modelo UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional* (2002) establece. *El procedimiento de conciliación se dará por terminado: c) Al hacer las partes al conciliador una de declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.*

sometimiento inicial de la contraparte a mediación no impedirá una renuncia a la misma en cualquier momento posterior. Desde esta perspectiva –se afirma– las partes pueden utilizar el cauce de la cláusula facultativa para diseñar su propia estrategia procesal, pues indirectamente deciden en qué momento concreto quieren someterse al arbitraje¹⁰⁷.

2. Cláusula *escalación* obligatoria

56. Cuando la cláusula *escalación* contempla un escenario de obligada transición desde la mediación al arbitraje –*obligation to comply*– las cuestiones anteriormente planteadas adquieren mayor relevancia¹⁰⁸. Así, respecto de la concreción del cauce procesal que debe invocarse cuando una de las partes inicia directamente la vía arbitral sin someterse a la obligada mediación, cabe señalar lo siguiente. De entrada, que en perspectiva de DIPr., la ley que regula esta cuestión es la *lex loci arbitri* (ley del lugar donde se celebra el arbitraje). Será en consecuencia esta ley la que disponga cómo debe actuar el árbitro cuando una de las partes alegue la infracción en cuestión.

En aplicación de la LA española –aplicable si el arbitraje se celebra en España– el árbitro deberá estar a lo establecido en el artículo 22 LA. En su virtud, es claro que el árbitro es competente para conocer de esta cuestión¹⁰⁹: *Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*. Procesalmente, la parte que quiera hacer valer esta excepción deberá hacerlo tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales; a más tardar, en el momento de presentar la contestación (art. 22.2 LA). Si ninguna parte hace valer la excepción en el momento procesal señalado, se entenderá que renuncia a la mediación y, consecuentemente, a la alegación de esta cuestión en una hipotética impugnación del futuro laudo (art. 6 LA).

57. En cualquier caso, al hacerse valer el cauce de la mediación, el árbitro debe declararse incompetente hasta que aquélla, cuanto menos, se intente. Esta es la solución que las legislaciones más experimentadas en materia de mediación (como la británica) prevén. Así, la *Section 9 (2)* de la *Arbitration Act 1996* británica establece: *An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures*.

La jurisprudencia comparada también se decanta por adoptar esta solución. Así, tanto el Tribunal Supremo alemán¹¹⁰ como la Corte de casación francesa¹¹¹ han declarado en este contexto la incompetencia temporal del árbitro –o juez–. La misma conclusión ha alcanzado la jurisprudencia suiza, pues si bien en un primer momento el Tribunal Federal adoptó un criterio contrario¹¹², en sus sentencias más recientes ha reconocido la eficacia de una cláusula *escalación* que preveía la sumisión obligatoria a mediación¹¹³.

Del mismo modo, la doctrina comparada participa mayoritariamente del criterio establecido tanto por la *Arbitration Act* británica como por los Altos Tribunales citados¹¹⁴. Y es lógico que así sea. No aceptar aquella interpretación supone tanto como vulnerar los principios de autonomía de la voluntad de las partes y *pacta sunt servanda*. Si las partes acordaron libremente conceder una oportunidad al cauce de la mediación antes que iniciar cualquier otro cauce de confrontación (ya sea arbitraje o jurisdicción), así deberá procederse. No respetar ese cauce supondría tanto como un incumplimiento del acuerdo pactado.

¹⁰⁷ Con más referencias, K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 22.

¹⁰⁸ Como ejemplo de las numerosas cuestiones que plantean este tipo de cláusulas, *vid.* un exhaustivo análisis jurisprudencial en, M. PRYLES, “Multi-Tiered...”, *cit.*, pp. 161-175. *Vid.* también, P. TOCHTERMANN, “Agreements to Negotiate...”, *cit.*, pp. 688-710.

¹⁰⁹ De hecho, sólo el árbitro es competente para conocer de esta cuestión. El artículo 7 LA (titulado, *Intervención judicial*) excluye la competencia del juez en este contexto.

¹¹⁰ *Bundesgerichtshof* de 18 de noviembre de 1998, (VII ZR 344/97), *NJW*, 1999, pp. 647-650.

¹¹¹ *Cour de cassation* de 6 de julio de 2000, *Rev. Arb.*, 2001, p. 750 (con nota de C. JARROSON).

¹¹² *Kassationsgericht Zürich* de 15 de marzo de 1999, *ASA Bull.*, 2002, pp. 373-376 (con nota crítica de N. VOSER, pp. 376-381).

¹¹³ *Tribunal Federal* de 6 de junio de 2007, 4A_18/2007; *Tribunal Federal* de 16 de marzo de 2016, 4A_628/2015. www.bger.ch

¹¹⁴ Además de C. JARROSON / N. VOSER citados en las dos notas anteriores, *vid.* K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, pp. 25-27 (con más referencias jurisprudenciales).

58. En consecuencia, si las partes pactaron una cláusula *escalación* obligatoria, la mediación deberá intentarse. Tal intento no debe considerarse incompatible con la voluntariedad que caracteriza a la mediación: el hecho de que deba intentarse, no impide que en cualquier momento posterior las partes puedan desvincularse¹¹⁵. Lo que debe entenderse por “intento” en este contexto no es una cooperación inmediata y directa entre las partes, sino la participación en un proceso del que podrá –o no– surgir esa cooperación¹¹⁶.

59. La siguiente cuestión que esta primera conclusión plantea –obligatoriedad de iniciarse la mediación– es la que gira en torno al momento procesal a partir del cual puede entenderse que la mediación ha sido, cuanto menos, intentada. La cuestión reviste su importancia pues, salvo que las partes hayan establecido otra cosa, se entenderá que tras el intento –fallido– de mediación podrá iniciarse el arbitraje: las partes se sometieron a mediación (como preveía la cláusula), pero, “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo” (art. 6.3 Ley de Mediación¹¹⁷).

El momento procesal a partir del cual se entiende que el procedimiento de mediación se ha iniciado es –en nuestro ordenamiento jurídico– el previsto en el artículo 16 de la Ley de Mediación; esto es, el momento en que, en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula, una parte *solicita* el inicio de la misma. En caso de sometimiento a una institución, ese momento será el previsto en su reglamento¹¹⁸. Debe insistirse, no obstante, en la relevancia de lo que las partes hayan podido pactar a este respecto, pues es habitual que estas cláusulas establezcan un periodo mínimo de negociación o mediación.

60. Si la cláusula *escalación* prevé un plazo para intentar la mediación, es evidente que dicho plazo deberá respetarse. Si una de las partes acude al arbitraje sin que el plazo estipulado se hubiera agotado, la parte interesada podrá, en los términos descritos anteriormente, invocar ante el árbitro su –todavía– falta de competencia.

61. Desde la perspectiva del árbitro, la cláusula *escalación* obligatoria también tiene su importancia, pues no en vano es de esta misma cláusula de donde emerge su competencia. Por ello, en el examen de su propia competencia, el árbitro debe comprobar que los distintos estadios previstos en esa cláusula han sido culminados. Todo ello en los términos hasta ahora descritos: en defecto de especificación expresa, bastará con que constate que entre las partes hubo, cuanto menos, un “intento” de mediación. La no observancia por el árbitro de las etapas –o fases– establecidas en la cláusula conduce irremisiblemente a la anulación del laudo. Así ha sido expresamente reconocido en la jurisprudencia comparada¹¹⁹.

IX. Un supuesto especial: la regulación del convenio arbitral en la Ley de Navegación Marítima (art. 468 LNM)

62. El artículo 468 de la *Ley de Navegación Marítima*¹²⁰ (LNM), titulado *Cláusulas de jurisdicción y arbitraje* dispone:

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

¹¹⁵ A no ser, claro está, que la cláusula establezca otra cosa.

¹¹⁶ Ya en este sentido, con apoyo en la jurisprudencia comparada, K. P. BERGER, “Rechtsprobleme...”, *cit.*, p. 32.

¹¹⁷ *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, BOE núm. 162, 7.7.2012.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, el *Reglamento de Mediación de la CCI* establece dos momentos distintos de inicio, dependiendo de que exista o no acuerdo entre las partes para someterse al Reglamento (arts. 2 y 3).

¹¹⁹ *Tribunal Federal* suizo de 16 de mayo de 2011, 4A_46/2011, *ASA Bull.*, 2011, pp. 643-665. En sentido similar, anulando un laudo de jurisdicción y suspendiendo el procedimiento arbitral hasta que la mediación fuera intentada, *Tribunal Federal*, 16.3.2016, 4A_628/2015.

¹²⁰ BOE núm. 180, de 25.7.2014.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

63. Limitando ahora el alcance de este precepto al ámbito del arbitraje comercial internacional¹²¹, cabe señalar lo siguiente. En perspectiva de DIPr., el tenor de la norma es –cuanto menos– llamativo. Y es que, lejos de plantear la cuestión de la validez del convenio arbitral desde la perspectiva del *reconocimiento* –estableciendo las condiciones que establece como condiciones necesarias para que puedan desplegar efectos en España–, parece imponer una forma de consentimiento –negociación individual y separada– para que tal convenio pueda considerarse válido. Además, una lectura *a sensu contrario* del citado artículo lleva a interpretar que aquellos convenios arbitrales que designen algún lugar español como sede del arbitraje están excluidos de su ámbito de aplicación material. Es decir, que la *negociación separada* como requisito necesario para que el convenio arbitral que designe sede en el extranjero se considere válido, no es exigible cuando ese mismo convenio prevea un arbitraje con sede en España.

64. Sea como fuere, y por lo que a los efectos de la validez del convenio arbitral se refiere, debe quedar claro que la aplicación de este precepto debe ser, sencillamente, nula; es decir, no debe aplicarse *nunca*. En efecto, no ha tenido en cuenta el legislador que el reconocimiento del convenio arbitral es una cuestión regulada en el CNY; un texto –recuérdese– que tiene eficacia *erga omnes*. Tal eficacia supone que el CNY se aplica siempre al reconocimiento del convenio arbitral, lo que a su vez supone que la referencia hecha al convenio arbitral en el tenor del artículo 468 LNM sea totalmente redundante. En concreto, el *consentimiento* como condición de eficacia del convenio arbitral (su *existencia*, en definitiva) así como su *validez formal* son cuestiones reguladas, en principio, por el artículo II CNY (*supra* I).

65. Ni siquiera una hipotética aplicación del artículo VII CNY permite alcanzar otra solución. Como hemos señalado (*supra* I), el citado precepto actúa como una suerte de “pasarela” para, en su virtud, aplicar al reconocimiento del convenio o del laudo arbitral una norma más favorable. Sin embargo, en la medida en que el artículo 468 LNM no es una norma que favorezca el reconocimiento del convenio arbitral (antes al contrario, lo entorpece decididamente al imponer unos requisitos formales muy estrictos), aplicar el artículo VII CNY para justificar el *no* reconocimiento de un convenio arbitral por no cumplir los requisitos de forma impuesta por la norma interna (art. 468 LNM) no es una opción posible. Ni invocando el adagio *lex posterior derogat anterior*, ni invocando el carácter de *lex specialis* del artículo 468 LNM. Ello es así porque la norma convencional sólo permite aplicar el artículo VII CNY cuando la remisión al precepto del ordenamiento interno facilite –que no dificulte– el reconocimiento del convenio. Es decir, lo que el artículo VII pretende es que, en su aplicación, se reconozcan convenios arbitrales –o laudos arbitrales– que en aplicación estricta del CNY no serían reconocibles. Y no al contrario. Invocar el artículo VII CNY para, en su virtud, aplicar una norma como el artículo 468 LNM, sería tanto como ir contra la misma *ratio* del CNY, cual es favorecer el reconocimiento de convenios y laudos arbitrales. En consecuencia, permitir la aplicación del artículo VII CNY para aplicar el artículo 468 LNM sería tanto como incumplir una obligación internacional.

Lo que por el contrario sí está en línea con la finalidad del CNY es aplicar el artículo VII CNY –incluso de oficio¹²²– para, en su virtud, llegar a la aplicación del artículo 9 LA, pues, como hemos apuntado anteriormente, esta norma rebaja los requisitos formales que debe reunir el convenio arbitral para considerarse válido.

66. El razonamiento así expuesto conduce a afirmar que, pese al nuevo artículo 468 LNM, el precepto realmente aplicable para determinar la validez de la cláusula arbitral inserta en un contrato de

¹²¹ Sobre el efecto de este artículo sobre las cláusulas de sumisión a tribunales, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, 2014, pp. 112-129.

¹²² Como así lo hacen, entre otros, los tribunales franceses (como último referente importante *vid.* *Cour d’appel* de París de 4 de diciembre de 2002, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 1286-1289, con nota de E. GAILLARD) y los tribunales alemanes: *BGH* (Tribunal Supremo), *Beschluß* del 25 de septiembre de 2003 – III ZB 68/02, *IHR* 6/2003, pp. 298-299.

utilización de buque o en un *contrato auxiliar de la navegación* es el artículo 9 LA. En efecto, en la medida en que la regulación del convenio en la nueva LA está inspirada en el principio *favor negotii* y en la medida también en que el mismo artículo V.1 a/ CNY remite al artículo II CNY para determinar la validez formal del convenio arbitral, la interpretación más coherente pasa por aceptar una remisión al artículo 9 LA para determinar la validez formal del mismo.

67. Lo anterior en el contexto de la LNM significa lo siguiente: el laudo resultante del arbitraje iniciado en virtud del convenio arbitral contenido en un contrato –por ejemplo, auxiliar de la navegación–, podrá ser reconocido en más de ciento cincuenta Estados (firmantes del CNY). Muchos de los tribunales de los Estados en los que dicho reconocimiento puede invocarse, aceptan expresamente la validez del convenio arbitral inserto en un contrato de este tipo; es decir, aceptan expresamente la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en documentos gestionados por terceros. Tal es la interpretación hecha por el TS (*supra* III) y tal es también la interpretación hecha en otras latitudes¹²³.

La jurisprudencia del Reino Unido –tan paradigmática como relevante en este ámbito– no arroja la menor duda al respecto. Así, en su sentencia *National Navigation v. Endesa*¹²⁴ la *High Court* estableció, respecto de la validez del convenio arbitral inserto en un conocimiento de embarque, que: “*it is well established that where a the bill of lading purports to incorporate a charter, but fails to identify its date or other details of the charter concerned, that is not fatal to the incorporation of the charter if it can be otherwise be properly identified*”.

68. Por otro lado, cabe pensar que quien pretenda hacer valer el artículo 468 LNM para invalidar la eficacia de un convenio arbitral –válido en aplicación del artículo 9 LA– podría, *prima facie*, o bien instar el *no* reconocimiento del laudo, o bien plantear una demanda ante los tribunales españoles (*ex art. 469 LNM*). Bien mirado, sin embargo, esta estrategia procesal tiene, al menos teóricamente, poco recorrido. En efecto, partiendo de la base de que –a mi juicio– el artículo 468 LNM no debe considerarse como una norma imperativa, el reconocimiento del laudo no podrá denegarse por este motivo. O dicho de otro modo, la aplicación de la cláusula de *orden público* (artículo V CNY) no procede en este contexto. Y si, por el contrario, los jueces españoles consideran que sí procede dicha calificación y, en consecuencia, deniegan el exequátur del laudo, todavía podrá instarse el mismo exequátur ante cualquier otra jurisdicción que acepte la validez del convenio arbitral no negociado separadamente.

69. Por fin, plantear una demanda ante los tribunales españoles, ya sea antes o después de que se inicie el arbitraje previsto en el convenio, tampoco resuelve problema alguno. En estos supuestos, los árbitros se amparan en el principio universalmente aceptado de *Kompetenz-kompetenz* para, en su virtud, iniciar o proseguir un arbitraje por más que una de las partes haya –o vaya a– desistir del mismo para personarse ante la jurisdicción.

70. Como conclusión de lo hasta aquí dicho, resulta que, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, el artículo 468 LNM no puede aplicarse. Ello es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el *consentimiento* –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral– es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del artículo VII CNY, para reconocer un convenio arbitral puede aplicarse el artículo 9 LA, pero no el artículo 468 LNM.

¹²³ También es el criterio jurisprudencial aceptado en Australia. En este sentido, *vid.* N. GASKELL, “Australian recognition and enforcement of foreign charter party arbitration clauses”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, [2014] LMC-LQ, Mayo 2014, pp. 174-182.

¹²⁴ *National Navigation Co v. Endesa Generación SA* de 1 de abril de 2009, *High Court of Justice, Queen’s Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). www.bailii.org

X. Convenio arbitral e insolvencia de una parte (*impecuniosity*)

71. Resulta especialmente controvertido determinar si el convenio arbitral deviene ineficaz –o sin valor– cuando las partes implicadas –o una de ellas– sean económicamente insolventes. En la jurisprudencia –tanto interna como comparada– la cuestión ha sido matizada, entendiéndose que únicamente la voluntad de la parte solvente de asumir los costes del arbitraje puede salvar dicha eficacia¹²⁵. Sin embargo, si la parte solvente no está en disposición de cubrir también los honorarios de los letrados de la contraparte y la participación de éstos se reputa necesaria –*ad. ex.* por la dificultad de la controversia–, se ha estimado que el convenio arbitral debe perder su eficacia¹²⁶.

La jurisprudencia francesa ha matizado el alcance de la situación de insolvencia del demandado en el arbitraje. En este sentido, la *Cour de cassation* ha sentenciado que, el hecho de que el demandado en el arbitraje no pueda satisfacer los costes del arbitraje, no puede suponer a que a éste se le prive de su derecho de reconvencción en el seno del mismo. Para la *Cour*, la demanda reconvenccional es *indisociable* de la demanda principal y, en consecuencia, queda comprendida en el derecho fundamental de acceso a la justicia e igualdad entre las partes¹²⁷.

XI. Convenio arbitral y renuncia tácita a las facultades de impugnación

72. En relación también con el ámbito de aplicación del artículo 9 LA, debe tenerse muy presente la relevancia del artículo 6 LA en este contexto –*renuncia tácita a las facultades de impugnación*–; pues, en su virtud, para basar la acción de anulación del laudo en la invalidez formal del convenio arbitral, es necesario que previamente dicha invalidez haya sido planteada ante el colegio arbitral¹²⁸.

XII. Convenio arbitral y demanda sobre el fondo ante un tribunal judicial

73. Si pese a la existencia de un convenio arbitral válido, una de las partes plantea una demanda sobre el fondo ante la jurisdicción y la parte demandada responde a la misma sin excepcionar mediante declinatoria la existencia del convenio arbitral, se entenderá que ambas partes renuncian al arbitraje. El juez, aun apreciando la existencia y validez del convenio, no puede remitir a las partes al arbitraje. El TS ha sido tajante a este respecto:

*La cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante*¹²⁹.

Esta interpretación es, por lo demás, perfectamente coherente con la idea en virtud de la cual la competencia del árbitro no nace con la misma firma del convenio arbitral. En efecto, dicha competencia nace en un momento posterior, cual es el de la incoación del arbitraje (*receptum arbitri*)¹³⁰.

1. Efecto *positivo* y *negativo* del convenio arbitral

74. Como es bien sabido, el convenio arbitral produce los denominados efectos *positivo* y *negativo*.

¹²⁵ En la jurisprudencia española *vid.* Auto AP de Barcelona de 29 de abril de 2009, EDJ 2009/260256; *SAR*, 9/2010, pp. 136-137 (con nota de M. GÓMEZ JENE).

¹²⁶ Así, *BGH* (Tribunal Supremo alemán) de 14 de septiembre de 2000 – III ZR 33/00. Sobre esta cuestión, con todo detenimiento y con un estudio de derecho comparado, *vid.* GERMAN INSTITUTION OF ARBITRATION (Ed.), *Financial Capacity of the Parties*, Frankfurt am M., 2004.

¹²⁷ *Cour de cassation* de 28 de marzo de 2013, *Pirelli*, *Pourvoi* n° 11-27770.

¹²⁸ Y concretamente, en el momento de presentar la contestación a la demanda (art. 22.2 LA).

¹²⁹ STS de 11 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1669.

¹³⁰ M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Madrid, Civitas, 2010, p. 72.

75. El efecto *positivo* del convenio arbitral está regulado en el artículo II. 3 CNY y en el artículo 11.1 LA (inspirado en el artículo 8 LM).

Artículo II.3 CNY: *El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo [un convenio arbitral], remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable.*

Artículo 11 (1 y 2) LA: *1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.*

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

Artículo 8 LM: *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.*

76. El efecto *positivo* del convenio arbitral –consagrado en las tres normas citadas– no es otra cosa que la perspectiva o manifestación procesal del principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 del Cc): el convenio arbitral es ley entre las partes y las obliga a cumplir lo “procesalmente” estipulado¹³¹. Siendo esto así, la interrogante que este efecto plantea es la de determinar si efectivamente de la firma del convenio arbitral dimana alguna obligación *stricto sensu* para las partes.

La respuesta a esta cuestión sólo puede ser positiva. En efecto, la obligación principal que deriva para las partes como consecuencia de la firma del convenio es una obligación *negativa* consistente precisamente en no plantear ante la jurisdicción lo que –mediante convenio arbitral– quedó comprometido para la vía arbitral. Y así, si las partes acordaron dirimir sus conflictos mediante arbitraje, cumplir *lo estipulado* equivale a no acudir a la vía jurisdiccional¹³².

77. El efecto *negativo* del convenio arbitral refleja, por su parte, la eficacia excluyente de la jurisdicción que tiene el convenio arbitral. Este efecto del convenio arbitral supone que los tribunales deben abstenerse de conocer de las controversias que quedan cubiertas por el convenio arbitral. En principio, el efecto negativo se manifiesta cuando alguna de las partes lo hace valer ante la jurisdicción.

78. El tratamiento procesal que el ordenamiento jurídico española prevé para hacer valer la función negativa del convenio arbitral es el de la *declinatoria*. En el derecho convencional, la declinatoria está regulada en el artículo VI.1 y 3 CG. En el derecho de fuente interna, la declinatoria está regulada en los artículos 11 LA y 63 ss. LEC. En ambas regulaciones, la declinatoria exige la comparecencia y propuesta del demandado para hacer valer la eficacia del convenio arbitral.

Artículo VI. 1 y 3 CG: *1. Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo.*

3. Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del

¹³¹ Por todos, D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en: D. ARIAS LOZANO (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, 2005, p. 102.

¹³² *Ibid.*

tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma.

Los artículos 63 y 64 LEC (que conforman el Capítulo III) regulan el contenido de la declinatoria, la legitimación para proponerla, el tribunal competente para conocer de ella, el momento procesal de su proposición y sus efectos inmediatos. No obstante, el artículo 11 LA (*supra*) prevé una regulación especial tanto en lo que se refiere a la legitimación, el momento de su proposición y sus efectos inmediatos.

Artículo 63.1 LEC: *Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.*

79. En consecuencia, presentada una demanda ante los tribunales de justicia sobre un asunto sometido a arbitraje, la parte demandada deberá, dentro de los diez primeros días para responder a la demanda, hacer uso de este instituto procesal para conseguir la abstención del tribunal. A partir de este momento procesal, la actuación de los tribunales de justicia puede ser distinta según sea o no de aplicación el régimen convencional (según sea o no de aplicación el artículo VI CG) y según se haya iniciado o no el arbitraje en otro Estado parte. Y así, si al supuesto en cuestión le es de aplicación el CG (por tratarse de un arbitraje internacional cuyas partes tienen su residencia o sede en Estados parte) y, además, en el momento de plantearse la declinatoria ante los tribunales españoles ya estaba iniciado un arbitraje en otro Estado miembro, el tribunal español *deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma* (art. VI.3 CG).

80. Esta solución basada en un criterio *temporal* no está prevista en la LA, de tal forma que –aunque deseable– la decisión que adopten los tribunales españoles al respecto (diferir o no el juicio sobre la validez del convenio) no tiene, en principio, por qué extenderse a todo arbitraje internacional: solo afecta a arbitrajes entre partes con residencia o sede en Estados contratantes del CG. No obstante ello, existe una encomiable jurisprudencia que ha extendido esta solución a supuestos en los que el CG no era de aplicación.

Paradigmático, Auto AP de Madrid de 5.5.2010¹³³: *Una vez iniciado el procedimiento arbitral, ha de ser en su seno donde se debata y resuelva sobre la existencia de la cláusula arbitral y su validez; por ello si, como acontece en el presente supuesto, una vez iniciado el procedimiento arbitral se formula demanda, no cabrá resolver sobre la existencia o inexistencia de la cláusula arbitral en el proceso judicial...*

Esta saludable extensión del criterio temporal es, a mi juicio, compatible con la reciente jurisprudencia del TS a favor de la “tesis débil” del principio de *kompetenz-kompetenz*; tesis, en cuya virtud, el enjuiciamiento sobre la validez del convenio arbitral en sede de declinatoria debe ser completo y no meramente superficial¹³⁴. En efecto, si bien se lee, la sentencia del TS que confirma la “tesis débil” del citado principio distingue implícitamente entre dos supuestos: (i) aquel en el que se demanda en primer lugar ante la jurisdicción (*Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio ya iniciado...*¹³⁵); y, (ii) aquel en el que se inicia en primer lugar el arbitraje (*Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral...*¹³⁶). De tal forma que, en el contexto del primer supuesto, el juez debe realizar un análisis riguroso de la validez del convenio; mientras que en el contexto del segundo supuesto, el juez no deberá resolver la cuestión; el juez simplemente deberá remitir a las partes al arbitraje: *... si se ha iniciado un procedimiento arbitral... los árbitros... son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede*

¹³³ Auto AP de Madrid (Sec. 12ª), núm. 320/2010, de 5 de mayo de 2010, *Arbitraje*, 2011 (1), pp. 266-270 (con nota de E. ARTUCH IRIBERRI).

¹³⁴ STS de 27 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2500.

¹³⁵ Numeral 3 de la sentencia.

¹³⁶ Numeral 7 de la sentencia.

*ser revisada mediante la acción de anulación...*¹³⁷. En este supuesto de arbitraje ya iniciado, el control de la validez del convenio se realiza *ex post*; en sede de anulación.

81. En un *contexto interno* (demanda presentada ante tribunales españoles y arbitraje con sede en España), el hecho de que el TS haya acogido la tesis débil del principio *kompetenz-kompetenz* tiene, a mi juicio, una consecuencia clara: la resolución judicial (*auto*) negando la validez del convenio, una vez firme, tiene efectos de cosa juzgada¹³⁸ y, por tanto, los árbitros deberán quedar vinculados a la misma. Téngase en cuenta, por lo que respecta a la firmeza de tal resolución, que frente al *auto* que *desestima* la declinatoria (el juez aprecia la invalidez del convenio) solo cabe recurso de reposición (art. 66.2 LEC). Por el contrario, frente al *auto* que *estima* la declinatoria (el juez aprecia la validez del convenio y, en consecuencia, se abstiene de enjuiciar sobre el fondo) cabrá recurso de apelación (art. 66.1 LEC). Sin embargo, frente al *auto* de la Audiencia resolviendo el *auto* estimatorio no cabe ni recurso de casación ni recurso extraordinario por infracción procesal¹³⁹.

82. En un *contexto internacional* (demanda presentada ante tribunales españoles y arbitraje con sede en el extranjero), el juicio *negativo* sobre la validez del convenio en sede de *declinatoria* tiene una importancia relativa. De entrada, porque esa resolución que declara la validez o invalidez del convenio no puede reconocerse en un Estado miembro de la UE en aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido*¹⁴⁰. Y además, porque la jurisprudencia de muchos Estados relevantes en materia de arbitraje internacional ha elevado a rango de auténtico principio general el principio de *Kompetenz-kompetenz*. De tal forma que, la resolución judicial –de ordinario negando la validez del convenio arbitral– no será reconocida en esos Estados y, en consecuencia, no afectará para nada al juicio que los árbitros hagan sobre la validez del mismo. Es cierto que esa resolución negando la validez del convenio garantiza una posterior denegación del exequátur del laudo arbitral en España, pues la existencia de una resolución judicial dictada en el foro inconciliable con el laudo, constituye motivo de denegación del mismo. Pero no lo es menos que tal solución solo es válida para un operador que exclusivamente opere en este país. Si opera en otros Estados, tendrá que sopesar las posibilidades de que el laudo despliegue su eficacia allí donde opere.

2. Incumplimiento del convenio arbitral: responsabilidad

83. El artículo 11.1 LA establece que el *convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado*. Como ha sido advertido¹⁴¹, tal tenor plantea de inmediato la cuestión relativa a su alcance, pues no está claro si a partir del mismo las partes asumen únicamente facultades y cargas procesales o asumen también derechos y obligaciones. La calificación del convenio arbitral como *contrato procesal* (*supra* I) podría tener, al menos teóricamente, consecuencias directas sobre esta cuestión, pues, de llevar hasta sus últimas consecuencias los efectos de tal calificación, debería llegarse a la conclusión de que las partes, en virtud de la firma del convenio, solo asumen cargas y facultades, pero no derechos y obligaciones¹⁴².

84. No existe de momento jurisprudencia española sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de un *convenio arbitral*; esto es, de las consecuencias que se derivan de acudir a la jurisdicción –de ordinario, extranjera– aun sabiendo de la existencia de un convenio arbitral válido (*ad*

¹³⁷ Numeral 7 de la sentencia.

¹³⁸ La cuestión relativa a si la resolución firme despliega o no efectos de cosa juzgada es controvertida en la doctrina. Sobre este particular, *vid.*, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral...*, *cit.*, pp. 201-234.

¹³⁹ *Auto* TS de 19 de febrero de 2008, *Arbitraje*, 2009 (1), pp. 276-277. Para una crítica a este *auto*, *vid.*, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Régimen de recursos frente a las resoluciones sobre la eficacia excluyente de un convenio arbitral”, *Arbitraje*, 2009 (2), pp. 232-236.

¹⁴⁰ Expresamente en este sentido, el Considerando 12 del Reglamento. Sobre el alcance de este Considerando, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, *cit.*, pp. 74-86.

¹⁴¹ M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 81-82.

¹⁴² Para un exhaustivo análisis de las posturas doctrinales al respecto, *vid.* por todos, M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 81-89.

ex. por tratarse de un convenio tipo). Sin embargo, sí existe jurisprudencia sobre las consecuencias que se derivan de plantear una demanda en un país extranjero cuando el contrato controvertido preveía una cláusula de sumisión a tribunales españoles (y a derecho español). Para el TS, tal proceder es un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual¹⁴³.

Debe matizarse, no obstante, que en el caso concreto el TS tuvo particularmente en cuenta dos circunstancias muy relevantes: (i) que los honorarios de los abogados no podían reclamarse por el cauce de las “costas procesales”, tal y como las regula el ordenamiento procesal española; y (ii), que la mala fe de la parte que demandó en el extranjero era manifiesta, por cuanto el contrato se regía por derecho español y, sin embargo, aquél pretendió la aplicación de unas “*punitive damages*” previstas en el ordenamiento estadounidense.

A la luz de esta jurisprudencia, sería concebible considerar que la mera interposición de una demanda ante un tribunal extranjero (aun previendo el contrato controvertido un convenio arbitral) es tanto como un hecho generador de responsabilidad por incumplimiento contractual. A mi juicio, sin embargo, para que tal responsabilidad pueda ser apreciada, deben concurrir en el supuesto una serie de circunstancias –no necesariamente de forma cumulativa–: que el tribunal ante el que se presente la demanda estime la *declinatoria* (aprecie la validez del convenio); que los honorarios de los abogados no puedan reclamarse por el cauce de las “costas”; y/o, cuando se aprecie mala fe del demandante (*ad ex.* por buscar la aplicación de penas de indemnización expresamente excluidas por las partes).

85. Por su parte, la jurisprudencia extranjera sí se ha enfrentado a esta cuestión, reconociendo implícitamente la posibilidad de que el convenio arbitral genere también derechos y obligaciones. Y así, un laudo arbitral en el que una de las partes es condenada, entre otras cosas, a pagar todos los gastos producidos a la contraparte como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales sobre la misma cuestión ante un tribunal extranjero en violación de un convenio arbitral válido, ha sido confirmado –no anulado– por el Tribunal Federal suizo¹⁴⁴.

¹⁴³ STS, 12.1.2009, RJ 2009\544; *REDI*, 2009, pp. 225-227, (con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ). *Vid.* también, E. TORRALBA MENDIOLA, “Sentencia de 12 de enero de 2009: Responsabilidad civil contractual; daños y perjuicios: Cláusula de sumisión al Derecho español y a tribunales españoles”, *CCJC*, 2009, núm. 81, pp. 1189 ss.; M. DE BENITO LLOPIS-LOMBART, *El convenio...*, *cit.*, pp. 89-94.

¹⁴⁴ TF, 26.10.2015, 4A_69/2015, *Bull ASA*, 2017, pp. 382-389.