

SOBRE EL CONVENIO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL *

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS

I

1. La importancia del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales, señalada de forma insistente en los últimos años y desde distintos ángulos¹, constituye un lugar común en cualquier estudio sobre el tema. Sin embargo, en la perspectiva del Derecho español, sorprende el hecho de que, frente a esta indiscutida importancia del arbitraje comercial internacional, exista una

* El presente trabajo constituye un aspecto parcial de un estudio más amplio sobre el Arbitraje privado internacional en el Derecho español, realizado con la ayuda de la Fundación Juan March.

1. Cfr. desde el plano doctrinal P. A. LALIVE, «Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial», en *Recueil des Cours*, t. 120 (1967-I), págs. 569 y sigs. quien considera, en este contexto, «le succès de l'arbitrage international et ses causes» y con referencia al desarrollo del comercio mundial, en donde el fenómeno del arbitraje se inserta, Bernd von HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt-Berlin, 1970, pág. 13 y sigs. En la misma perspectiva, entre nosotros, Bernardo María CREMADES, *Panorámica española del Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, págs. 9 y sigs. con referencia a las inversiones de capital extranjero. Desde el ángulo de las Organizaciones internacionales, es relevante la afirmación del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, en el Doc. A/6396, de 23 de septiembre de 1966 sobre «El desarrollo progresivo del Derecho mercantil internacional» de que en esta rama del Derecho, por encima de las diferencias entre sistemas económicos y sociales, y pese a las divergencias de niveles de desarrollo entre los Estados, puede considerarse como un postulado fundamental el hecho de que «...en el comercio internacional se recurre ampliamente al arbitraje para la solución de los litigios, y los fallos de los tribunales de arbitraje gozan de amplio reconocimiento internacional». Asimismo, el Doc. A/CN.9/21, de 26 de febrero de 1969, «Arbitraje comercial internacional» y Doc. A/CN.9/64, de 29 de marzo de 1972, con el mismo título, Informe del Relator especial en el tema Sr. Ion NESTOR, sobre el desarrollo del Derecho del arbitraje comercial internacional.

carencia de regulación legal que se continúa desde el Derecho histórico hasta los Códigos hoy vigentes.

En efecto, los grandes textos jurídicos españoles del siglo XIX, tanto sustantivos como procesales, guardan silencio sobre los problemas del arbitraje privado internacional; y tal estado de cosas no fue alterado tras la ordenación unitaria de la institución arbitral realizada por la ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitraje de Derecho privado. De este modo, pudo lamentar Adolfo Miaja de la Muela que «la nueva ordenación, tan previsoramente en otros aspectos, no contenga ninguna regla especial de competencia jurisdiccional ni legislativa» sobre el tema². De otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la nueva normativa de 1953 es muy reducida en materia de arbitraje privado internacional, por lo que el silencio del legislador no ha podido suplirse, como en otros sistemas, por la vía de una construcción «pretoriana» de nuestros tribunales³.

De este modo, no es aventurado afirmar que quedan en la sombra la mayor parte de las cuestiones vinculadas con la realización del arbitraje, en su proyección internacional. Sin que exista tampoco, pese a la normativa convencional internacional en que España es parte, una clara línea jurisprudencial en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras⁴. Finalmente, es de lamentar que la doctrina española, si bien

2. Adolfo MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, II, 6.ª ed., Madrid, 1974, pág.

3. A nuestro conocimiento, son once las sentencias T. S. que abordan problemas del arbitraje privado internacional, directa o indirectamente: *Sentencia T. S. de 6 de junio de 1884* («H. J. Merck y Cia. c. J. Rodríguez Tocha», en *R. G. L. J. Jurisprudencia civil*, t. 55, pág. 377), *sentencia T. S. de 20 de marzo de 1889* («Bertrand c. Brocheton», id. t. 65, pág. 422), *sentencia T. S. de 20 de mayo de 1889* («Brocheton c. Rejauner y otros», Id. t. 65, pág. 722), *sentencia T. S. de 25 de febrero de 1902* («Waller Frères y Cia. c. Sociedad Palés, Costa, Gili y Cia», Id. t. 93, pág. 299), *sentencia T. S. de 10 de febrero de 1906* («Waller Frères y Cia c. Sociedad Palés, Costa, Gili y Cia.», Id. t. 105, pág. 913), *sentencia T. S. de 1 de abril de 1911* («Waller Frères y Cia. c. Sociedad Palés Costa, Gili y Cia.», Id. t. 121, pág. 14), *sentencia T. S. de 10 de diciembre de 1912* («La Estrecha c. Hamburgo Bremense», Id. t. 125, pág. 614), *sentencia T. S. de 28 de octubre de 1921* («Orconera Iron Ore Ltd. c. F. Krupp», en *Gaceta de Madrid*, 2 de junio de 1922 y Alcubilla, *Diccionario*, Apéndice 1922, pág. 450), *sentencia T. S. de 22 de mayo de 1924* («Southern Products Co. c. Mir», en *R. G. L. J. Jurisprudencia Civil*, t. 162, pág. 473), *sentencia T. S. de 23 de febrero de 1928* («Barcon c. E. Butterworth y Cia. Ltda.», id. t. 181, pág. 773) y la importante *sentencia T. S. de 3 de mayo de 1929* («Orconera Iron Ore Ltda. c. F. Krupp», Id. t. 189, pág. 65). No deja de resultar sorprendente que en la jurisprudencia posterior a 1929 no se aborde el tema. Respecto de los autos del T. S. en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras, cfr. *infra* las referencias, en la nota siguiente.

4. Han sido publicados en Antonio REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ma-

ha consagrado importantes estudios a la ley de 22 de diciembre de 1953, no haya prestado un gran interés a los aspectos internacionales del arbitraje privado, con excepción de algunas aportaciones aisladas⁵. Carencia doctrinal que contrasta con la rica literatura consagrada al arbitraje privado internacional en otros países, en correspondencia con la generalización de la práctica del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales.

2. Este insatisfactorio estado del problema en nuestro ordenamiento se halla actualmente en vías de modificación, por lo que respecta a la situación legal. En una contestación del Gobierno, de junio de 1975, al ruego de un Procurador en Cortes, se ha declarado que

drid, 1974 y en la obra de B. M. CREMADES, *Panorámica española del Arbitraje comercial internacional*, cit. en la Nota 1, los siguientes: *Auto T. S. de 23 de abril de 1923* («Urania c. Numancia»), *Auto T. S. de 16 de mayo de 1936* («Hornby, Hemelryk & Co. c. Zanón»), *Auto T. S. de 5 de julio de 1956* («United Baltic Corporation c. Buigues»), *Auto T. S. de 27 de noviembre de 1958* («G. Harker & Co. Ltd. c. Cobarro»), *Auto T. S. de 4 de marzo de 1964* («Omni Fabrics, Inc. c. Hijo de Juan Artigas Alart, S. A.»), *Auto T. S. de 14 de marzo de 1964* («Omni Fabrics, Inc. c. Tejidos Rebes, S. A.»), *Auto T. S. de 4 de mayo de 1965* («Paul Mufgemburg c. F. Schwarmann»), *Auto T. S. de 12 de noviembre de 1965* («Henry W. Peabody & Co. Ltd. c. A. Hernández»), *Auto de 2 de junio de 1970* («C. S. A. M. N. V. c. Fernando M. y Cia. S. L.»), *Auto T. S. de 22 de octubre de 1970* («C. I. D. A. c. Cia. Insular de Comercio»), *Auto T. S. de 16 de marzo de 1971* («Marinus Smits c. Líneas Marítimas Eurotrans, S. A.»), *Auto T. S. de 13 de mayo de 1971* («E. E. O. Jakobs c. Cia Importadora y Exportadora, S. A.»), *Auto T. S. de 28 de mayo de 1971* («Erich Drescher c. Cia. Comercial Importadora y Exportadora, S. A.»), *Auto T. S. de 6 de abril de 1972* («Splosna Plovba c. Cia. Comercial Importadora y Exportadora, S. A.»), *Auto T. S. de 2 de junio de 1973* («Comptoir Agricole Français c. Hijo de Benito Gómez, S. A.»), *Auto T. S. de 5 de julio de 1973* («Nordetsches Vieh— und Fleischkontor Gmb H.») y el *Auto T. S. de 4 de julio de 1975* («British Steel Corporation c. Cia. de Transportes Marítimos, S. A.»). A ellos cabe agregar el *Auto T. S. de 17 de mayo de 1966* («Maritime Corporation Spetsai c. Servicio Comercial de Plenos Compuestos, Sindicato Nacional de Cereales») inédito, que se recoge en la tesis doctoral de María Sofía SANTIAGO, *Régimen jurídico de las sentencias extranjeras en el sistema español*, Universidad de Madrid, 1966 (inédita). Cfr. este estudio para las oscilaciones de la jurisprudencia, págs. 107 y sigs.

5. Entre ellas, cabe citar J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El arbitraje y el Derecho internacional privado de la coexistencia», en *R.E.D.I.* (1965), pág. 20 y Adolfo MIAJA DE LA MUELA, «Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras», en *R.E.D.I.* (1969), pág. 9 y la obra de Bernardo María CREMADES, *Panorámica española del Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975. Cabe agregar el examen del tema en A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, II, 6.ª ed., Madrid, 1974, págs. 478-88, al que más adelante nos referiremos, así como Miguel de ANGULO, *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, 1974, pág. 35 y págs. 101-17, con un defectuoso planteamiento del tema, por cuanto el examen de los preceptos de la normativa española de 1953 llega a mediatizar un enfoque propio del «conflicto de leyes» y sin referencias jurisprudenciales.

«...la Comisión General de Codificación tiene en avanzado estudio una propuesta de anteproyecto de la ley sobre arbitrajes de Derecho privado, civil y mercantil, en el que no sólo se actualiza la legislación sobre la materia conforme a la tendencia unificadora de orden internacional, sino que comprende también la posibilidad de arbitraje corporativo y en las relaciones de comercio internacional»⁶.

Cuando estas líneas se escriben, existe ya un «Anteproyecto de Ley sobre Arbitraje Privado» elaborado por la sección correspondiente de la Comisión General de Codificación. Su Capítulo IV se consagra, precisamente, al «arbitraje internacional» cuya regulación se lleva a cabo en los artículos 25 a 31 del texto del anteproyecto. De este modo, en un futuro que es de desear sea próximo, desaparecerá el silencio del legislador respecto del arbitraje en «las controversias que surjan en las relaciones de comercio internacional», según la expresión empleada en el artículo 25, párrafo 1 de este documento preparatorio de la reforma.

3. Dado el estado actual de los trabajos en el seno de la Comisión General de Codificación, no procede realizar aquí un comentario detenido de las disposiciones del «anteproyecto». Sin embargo, es obligado destacar, de una parte, que el mismo se limita —siguiendo la tradición española, manifestada en la reserva formulada al Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923⁷— al arbitraje «comercial» internacional. En segundo término, se reglamenta el régimen del «convenio de arbitraje», admitiéndose, en este contexto, el arbitraje por un «organismo permanente», y se establece el llamado «efecto negativo» del convenio de arbitraje. Finalmente, se determinan las líneas generales del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, supliéndose así —al menos parcialmente— el silencio de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil.

Las consideraciones que siguen, sobre el convenio de arbitra-

6. Cfr. *B. O. Cortes Españolas*, núm. 1.452, de 20 de junio de 1975, pág. 35.063-4, Contestación del Gobierno al ruego del Procurador D. Juan Antonio Cremades Royo.

7. En el instrumento de ratificación de España, depositado el 29 de julio de 1926, se usó de la facultad concedida en el artículo 1, párrafo 2, «restringiendo su aplicación a los contratos que por la legislación española tengan carácter comercial». Cfr. *Gaceta de Madrid* de 8 de mayo de 1926 y *Multilateral Treaties in respect of which the Secretary-General performs depositary functions* (Doc. N.U. ST/LEG/SER.D/7, págs. 460-2). Similar reserva fue hecha por Bélgica, Brasil, Reino Unido respecto de Birmania, India, Estonia, Francia, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, Portugal y Rumania.

je en el Derecho internacional privado están guiadas por el propósito de contribuir a la deseada reforma de la legislación vigente, en dos aspectos que se juzgan esenciales: de una parte, examinando el régimen de la «cláusula compromisoria» en relación con el «compromiso arbitral», en orden a determinar el efecto «positivo» del convenio de sumisión al arbitraje. Aspecto éste que, a nuestro juicio se halla oscurecido por no tener en cuenta esa «tendencia unificadora de orden internacional» a que se aludía por el Gobierno en su contestación de junio de 1975. En segundo término, admitida la unidad en cuanto a su efecto atributivo de competencia de la «cláusula compromisoria» y del «compromiso», parece oportuno considerar, brevemente, la autonomía o independencia de la cláusula compromisoria en el Derecho internacional privado español, con miras a fortalecer este aspecto en la futura regulación legal.

II

4. Como se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia española, «la voluntad de las partes es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral»⁸; voluntad que se manifiesta en el pacto o convenio de arbitraje, verdadero centro de gravedad de toda la institución ya sea en su dimensión interna o en la internacional.

De ordinario, la doctrina establece a fines expositivos una distinción entre los efectos «positivos» y «negativos» del convenio de arbitraje, aun cuando se reconozca que se trata de las dos caras de un mismo fenómeno jurídico, creado por la voluntad de las partes⁹. Por efecto «positivo» cabe entender, *prima facie*, que el pacto obliga a las partes a la realización del arreglo de

8. Así, la *Sentencia T. S. de 15 de noviembre de 1963* afirma que «el proceso de arbitraje tiene un origen eminentemente contractual, creado por voluntad de las partes». En el mismo sentido, entre otras, las *sentencias T. S. de 16 de mayo de 1962, 23 de mayo de 1967 y 23 de marzo de 1968*. Cfr. en la doctrina las consideraciones de Tomás OGAYAR y AYLLÓN, «Recursos contra el laudo arbitral», en *R.G.L.J.* (1963), pág. 153, especialmente págs. 157-8 y para un examen de conjunto, Peter SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tubinga, 1975, págs. 32 y sigs. y las referencias allí contenidas.

9. Cfr. P. A. LALIVE, en *Recueil des Cours*, t. 120 (1967-I), págs. 587-9, indicando que cabe preguntarse cuál de ambos efectos es más importante y si bien «la question peut sembler oiseuse, car on discerne mal, à première vue, comment on pourrait séparer ces deux faces de la médaille: l'attribution de la compétence aux arbitres et l'exclusion de la compétence des juges étatiques», las consecuencias pueden ser distintas, según que el acento se ponga en los efectos «positivos» o en los «negativos», por ejemplo, en lo que respecta al derecho aplicable al convenio de arbitraje. P. SCHLOSSER, *op. cit.*

una controversia por el arbitraje, aceptando el resultado final de la decisión del árbitro o árbitros; pero también, desde una dimensión jurisdiccional, que el convenio de arbitraje es atributivo de jurisdicción para el conocimiento de la controversia, al árbitro o árbitros que han de resolverla. El efecto «negativo» del convenio de arbitraje, consecuentemente, supone sustraer el conocimiento del asunto objeto de la controversia a los tribunales de la jurisdicción ordinaria; sustracción que se verifica por obra de la voluntad de las partes de recurrir al arreglo arbitral. Como se afirma en la *Sentencia T. S. de 18 de febrero de 1974* —que posee gran importancia respecto de la jurisprudencia anterior, por precisar ciertos extremos de este aspecto «negativo» del convenio de arbitraje— la eficacia de éste se plantea ante el juez ordinario como «excepción a la actividad judicial», que es la que debe conocer de los «problemas litigiosos por vía general»¹⁰.

5. Hasta ahora, se ha utilizado una noción genérica, la de convenio de arbitraje, pero debe tenerse en cuenta que en ciertos sistemas jurídicos —como el español, según veremos seguidamente— el convenio de arbitraje se escinde en dos figuras jurídicas distintas: de una parte, la llamada «cláusula compromisoria», inserta de ordinario en un contrato pero también, en ocasiones, formalmente autónoma aunque conexas con éste, por la cual las partes en esa relación sustantiva convienen en someter al arreglo arbitral cualquier litigio entre ellas, derivado de tal relación. De otra parte, el denominado «compromiso arbitral», por el que las partes convienen en someter al arbitraje un litigio ya

en la nota 8, págs. 372 y sigs. distingue igualmente entre «Die positive Wirkungen des Schiedsvertrages» y «Die negative Wirkungen», con amplias referencias doctrinales, positivas y jurisprudenciales.

10. Cfr. ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1974), núm. 580. En la jurisprudencia española, son relevantes sobre el tema, principalmente, las *sentencias T. S. de 31 de mayo de 1958, 24 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1962, 29 de mayo de 1969, y 31 de diciembre de 1969* junto con la indicada de *18 de febrero de 1974*. En la doctrina española, falta un estudio sobre el efecto «negativo» del convenio de arbitraje internacional, aun cuando se encuentran aspectos del tema en la contribución de Enrique PECOURT GARCÍA, «La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional», *R.E.D.I.* (1965), 60 y sigs. y 528 y sigs. Cfr. asimismo A. MIAJA DE LA MUELA, «El imperialismo jurisdiccional español», en el *Libro Homenaje a Fragistas*, Tsalónica, 1968, págs. 89 y sigs. M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *op. cit.* en la nota 5, pág. 35, afirma que se admite la validez de la sumisión a tribunal arbitral extranjero «cuando en ese caso mismo una sumisión a arbitraje español hubiese permitido prosperar la excepción de compromiso arbitral», argumento que con alcance genérico se deduce, según este autor, del Protocolo de Ginebra de 1923 «ratificado por España en 6 de marzo de 1926» (*sic*).

existente, determinado en cuanto a su objeto y al árbitro o institución arbitral que ha de resolverlo ¹¹.

El sistema que puede considerarse como núcleo de esta distinción es el francés, bajo cuya influencia se han construido diversos sistemas nacionales europeos ¹². Ahora bien, un examen comparativo de la evolución de los sistemas nacionales, en las últimas décadas, pone de relieve que la distinción entre «compromiso» y «cláusula compromisoria» tiende a desaparecer, en beneficio de una construcción unitaria del «convenio de arbitraje». A este respecto, es significativo el hecho de que ciertos sistemas nacionales, como los de Grecia y de Bélgica, inicialmente inspirados en la solución dualista del sistema francés, hayan buscado en fechas recientes fórmulas unitarias en el curso de la reforma de sus Códigos procesales. Así, en Grecia, la reforma procesal de 1969 ha supuesto, como primera innovación en materia de arbitraje, «la suppression de toute distinction entre la clause compromissoire et le compromis, qui font actuellement l'objet d'une réglementation uniforme et sont désignés par le terme unique de 'convention d'arbitrage'» ¹³. En Bélgica, la Ley de 4 de junio de 1972 ha incorporado en este sistema jurídico el Convenio europeo conteniendo como anejo una Ley Uniforme en materia de arbitraje, hecho en Estrasburgo el 20 de enero de 1966, verificándose tal incorporación mediante la adición de una parte sexta al Código procesal, sobre el arbitraje, constituida por los artículos 1676 a 1723 de este cuerpo legal ¹⁴. El nuevo artículo 1676, párrafo 1, establece que

11. Así, en Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pág. 53, quien con base en el sistema francés, afirma «L'expression 'convention arbitrale' recouvre en réalité deux notions différentes: d'une part, la clause compromissoire, inserée dans un contrat... et d'autre part, le compromis d'arbitrage...». Para un examen comparativo del problema, cfr. P. SCHLOSSER, *op. cit.* en la nota 8, págs. 249 y sigs. así como las indicaciones contenidas en los documentos de UNCITRAL antes cit. A/CN. 9/21, par. 32-85 y A/CN.9/64, par. 106-111.

12. P. SCHLOSSER, en la *op. cit.* en la nota 8, págs. 249 y 255, señalando que «Historisches Vorbild für das System der Zweistufigkeit ist Frankreich, wo sehr bestimmt zwischen 'clause compromissoire' und 'compromis' unterschieden wird». Cfr. las referencias sobre el sistema francés, en Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et Droit international privé*, Paris, 1965.

13. Anghelos FOUSTOUCOS, «L'arbitrage international en Droit privé hellénique», en *Revue Hellénique de D. International* (1973-4), pág. 53, quien trata en págs. 56-62 la evolución del arbitraje en Grecia, desde los textos de la primera mitad del XIX hasta nuestros días. Se trata de un completo estudio monográfico sobre el tema, que cubre las págs. 52-197 de la Revista.

14. El texto de la Ley belga de 4 de junio de 1972 en la *Revue de l'arbitrage* (1973), núm.4, pág. 250 con un estudio de DERMINE y HORSMANS, en el mismo núm. 4, págs. 209 y sigs. sobre «La nouvelle loi belge du 4 juillet 1972».

«Tout différend déjà né ou qui pourrait naitre d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une *convention d'arbitrage*».

De este modo, se amplía el grupo de sistemas jurídicos que han consagrado una concepción unitaria del «convenio de arbitraje». Junto a los que se acaban de señalar, este grupo comprende, entre otros, los ordenamientos arbitrales del Reino Unido de Gran Bretaña, de la R. F. de Alemania, de Austria y de Turquía, de los países escandinavos y de los países socialistas europeos¹⁵. Este resultado, como hemos podido constatar en los casos de Bélgica y de Grecia, no aparece disociado, ni mucho menos, del movimiento de unificación a nivel internacional; tampoco, como veremos seguidamente, del desarrollo del derecho convencional internacional en materia de arbitraje.

6. Como ha sido dicho autorizadamente, la actividad desplegada en el marco de la Sociedad de las Naciones dio lugar a «la adopción de las dos convenciones internacionales multilaterales importantes» en materia de arbitraje: el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 sobre cláusulas de arbitraje¹⁶ y el Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927, relativo a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras¹⁷.

donde se señala la decisión de los Ministros de Justicia del Benelux, de 11 de octubre de 1965, creando un grupo de trabajo con miras a uniformar, sobre la base de la Ley Uniforme, las legislaciones de los tres países.

15. Cfr. los datos relativos a los sistemas nacionales en Pieter SANDERS, «Arbitration Law in Western Europe: a comparative Survey», en *International Trade Arbitration*, Nueva York, 1958, págs. 138 y sigs.; Union Internationale des Avocats, *Arbitrage commercial international*, Paris, 1956, vol. I, págs. 13 y sigs.; C. C. I., *L'arbitrage commerciale et la loi dans les différents pays*, Basilea, 1951-1964, Adolf SCHÖNKE, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil— und Handelssachen in Europa*, t. I-II-III, Berlin, 1944, 1948 y 1956, con diversos estudios nacionales y, en general, P. SCHLOSSER, *op. cit.* en la nota 9, págs. 255 y sigs. En relación con los países socialistas, L. KOS-RAB-CENWICZ-ZUBKOWSKI, *East european rules on the validity of international commercial arbitration agreements*, Manchester, 1970, con amplias referencias y textos legislativos.

16. Ion NESTOR, «Arbitraje comercial internacional», Doc. A/CN.9/64, págs. 5 y sigs. Sobre el Protocolo de 1923, cfr. BALLADORE PALLIERI, «L'arbitrage privé dans les rapports internationaux», *Recueil des Cours*, t. 51 (1935-I), págs. 287 y sigs. y las referencias bibliográficas contenidas en P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, págs. 50 y sigs. El Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 entró en vigor, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 6, el 28 de julio de 1974. Sobre los Estados partes, cfr. *Multilateral Treaties*, cit. en la nota 7, págs. 460 y sigs. (al 31 de diciembre de 1973).

17. Cfr. las referencias de la nota anterior. El Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 entró en vigor, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 8, el 25 de julio de 1929. Sobre los Estados partes (al 31 de diciembre de 1973). Cfr. *Multilateral Treaties*, cit. págs. 463 y sigs.

Por el artículo I del Protocolo de 1923, los Estados contratantes se obligaban a reconocer la validez,

«...de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto de tal contrato...».

Más expresivamente, el texto francés del Protocolo afirma la validez «du compromis, ainsi que de la clause compromissoire» de arbitraje privado internacional. De este modo, aun admitiéndose la dualidad de formas del «convenio de arbitraje», se unifican sus efectos, en el plano internacional; y este dato habría de reiterarse en el artículo I del Convenio de 1927, sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, al determinarse que los Estados partes se obligaban a reconocer «...la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un compromiso o de una cláusula compromisoria, señalados en el Protocolo...» de 1923.

En este período, de otra parte, las Organizaciones científicas y de intereses de carácter no gubernamental van a realizar una intensa actividad, tendente a la unificación de las normas rectoras del arbitraje¹⁸. Y, de otra parte, se alcanzarán importantes resultados, en el seno del UNIDROIT, que posteriormente han de permitir el logro de la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966¹⁹. En este movimiento, se parte en unos casos de parificar los efectos del «compromiso» y de la «cláusula compromisoria»; en otros, de establecer una categoría unitaria, como es, en el seno de UNIDROIT, la «convention arbitrale».

7. Esta orientación se prosigue en el período posterior a 1945, hasta nuestros días. Como elementos más destacados, cabe señalar

18. Cfr. el Doc. A/CN.9/64, de 29 de marzo de 1972, «Arbitraje comercial internacional», Informe del Relator especial en la UNCITRAL, Cr. NESTOR, págs. 7 y sigs. Un útil balance sobre el tema en M. DOMKE y O. GLOSNER, «The Present State of the Law regarding International Commercial Arbitration», en el colectivo del centenario de la I.L.A. *The present state of International Law*, Deventer, 1973, págs. 307 y sigs.

19. En el seno del UNIDROIT, los trabajos se inician en 1933, adoptándose en 1954 el «Projet d'une loi uniforme sur l'arbitrage dans les rapports internationaux en Droit privé» con un «Rapport explicatif» (Roma, 1954, Doc. U.D.P. 1954. Projet III (3) editado por UNIDROIT). La Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage (Série des traités européens. n.º 56) en *Conventions et Accords Européens*, vol. II (1961-1970), Estrasburgo, 1972, págs. 252 y sigs.

lar, de una parte, el artículo II del Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que se refiere genéricamente a la base convencional del arbitraje como un «acuerdo por escrito» y esta expresión comprende, según el párrafo 2 de este artículo, «una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas»²⁰. Sobre la base de este texto, una solución de signo unitario similar se recoge en el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, del cual es parte el Estado español desde fecha reciente²¹ cuyo artículo I, párrafo 2, apartado a) considera como «acuerdo o compromiso arbitral»,

«...bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor...».

«acuerdo o compromiso arbitral» que cabe establecer, entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita, «en la forma permitida por dichas leyes».

De otra parte, ya se ha aludido a la categoría de la *convention d'arbitrage*, utilizada con sentido unitario por la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966. Dentro del amplio movimiento de unificación del Derecho arbitral posterior a 1945²² baste citar como ejemplo el reciente proyecto de «Reglamento de Arbi-

20. Cfr. las referencias bibliográficas sobre el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 en P. SCHLOSSER, *op. cit.* en la nota 8, págs. 61-2. De conformidad con su art. XII, el Convenio entró en vigor el 7 de junio de 1959. Sobre los Estados partes (al 31 de diciembre de 1973). Cfr. *Multilateral Treaties*, cit. en la nota 7, p. 439 y sigs. Según la contestación del Gobierno aludida en la nota 6, «ya se halla en estudio la incorporación de nuestro país como signatario al citado Convenio»; pero no fue firmado, en realidad sólo cabe la «adhesión», por el art. IX.

21. El convenio fue firmado por España en Ginebra, el 14 de diciembre de 1961. El instrumento de ratificación, de fecha 5 de mayo de 1975, fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 12 de mayo de 1975 y entró en vigor el Convenio respecto de España, de conformidad con el artículo X, apartado 8, el 12 de agosto de 1975. Cfr. *B. O. E.* de 4 de octubre de 1975. Sobre los Estados partes (al 31 de diciembre de 1973). Cfr. *Multilateral Treaties*, cit. en la nota 7, pág. 443. El Convenio ya había entrado en vigor el 7 de enero de 1964, con excepción de los párrafos 3-7 del artículo IV, que tuvo lugar el 18 de octubre de 1965, de conformidad con lo previsto en el párrafo 4 del Anejo al Convenio.

22. Cfr. las referencias en el documento A/CN.9/64 y en el estudio de M. DOMKE y O. GLOSSNER citados en la nota 18.

traje Comercial Internacional» elaborado por la UNCITRAL²³ en donde si bien se mantiene la dualidad de una «cláusula de arbitraje incluida en un contrato o acuerdo de arbitraje separado», ambas formas se engloban en la noción genérica del «acuerdo de arbitraje»²⁴ de forma similar a como se dispone en algunos de los textos convencionales internacionales antes citados.

8. La conclusión que cabe obtener del proceso cuyas grandes líneas se acaban de señalar sería la siguiente: tanto desde el plano de la unificación del derecho material del arbitraje como desde el del derecho convencional internacional, se admite de forma general que el «compromiso» y la «cláusula compromisoria» poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje. En ocasiones, se mantiene la dualidad de figuras, englobándola en una noción más amplia; en otras, se abandona la distinción para utilizar exclusivamente una noción unitaria, la del convenio arbitral.

Complementariamente, puede observarse que ha existido, desde el período de la Sociedad de las Naciones, una profunda interacción entre sistemas nacionales y textos internacionales, en orden a una mejor regulación del arbitraje, siendo de destacar que las modificaciones introducidas en los sistemas nacionales, en los últimos años, por vía legislativa o simplemente jurisprudencial, suponen una recepción de las soluciones adoptadas a nivel internacional. Por ello, no debe sorprendernos que el Gobierno español aluda, de cara a la actualización de la Ley de 22 de diciembre de 1953, a una «tendencia unificadora de orden internacional». Esta, como veremos seguidamente, en parte se halla

23. Doc. A/CN.9/97 de 4 de noviembre de 1974 (y *addenda*) titulado «Arbitraje comercial internacional. Anteproyecto de Reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de arbitraje de la CNUDMI)», Informe del Secretario General de las N.U. El texto se encuentra recogido en B. M. CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, cit. en la nota 1, pág. 183.

24. El doc. A/CN.9/97, pág. 7 afirma que «los arbitrajes se basan normalmente en una cláusula de arbitraje incluida en el contrato. Sólo en casos excepcionales se celebra un acuerdo de arbitraje después de producirse un litigio». El párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento establece que «por 'acuerdo por escrito' se entenderá una cláusula de arbitraje incluida en un contrato o un acuerdo de arbitraje separado, firmado por las partes, incluso en un canje de cartas, telegramas o télex». El párrafo 4 del «comentario» señala que esta disposición «se basa en gran parte en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958; sin embargo, teniendo en cuenta las prácticas comerciales modernas, se ha previsto el canje de telex...». Este extremo ya había sido previsto en el artículo I del Convenio europeo de 1961, que incluye las «comunicaciones por teleimpresor».

ya integrada en el sistema español, como *jus specialis* del arbitraje comercial internacional: es el sistema convencional de 1923, 1927 y 1961 en el que España es parte.

Parece innecesario destacar, por último, que en este proceso es la «cláusula compromisoria», y no el «compromiso arbitral» quien ha visto potenciada su eficacia en cuanto instrumento para la realización del arbitraje. Si la cláusula, como veremos más adelante, cumple una función «preventiva» de los litigios en las relaciones comerciales internacionales y aparece en la gran mayoría de los contratos internacionales, este resultado se corresponde con las mismas exigencias de la práctica comercial internacional²⁵.

III

9. El sistema español, en la actualidad, refleja una profunda distorsión entre el *jus specialis* del arbitraje internacional, orientado hacia una consideración unitaria de los efectos del «compromiso» y de la «cláusula compromisoria» y las normas que rigen el arbitraje de Derecho privado en el plano de las relaciones internas.

En efecto, como se acaba de indicar, España admite en virtud de los Convenios de 1923-1927 y 1961 la unidad de efectos para el «compromiso» y la «cláusula compromisoria»; y como nos muestra la práctica en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras, de ambas figuras es la «cláusula compromisoria» la dominante²⁶. En el período comprendido entre 1930 —fecha en que entra en vigor para España el segundo texto del «sistema ginebrino»— y 1975, pueden contarse diez y siete autos del Tribunal Supremo que se refieren al reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras. En la casi totalidad

25. En este sentido, las observaciones de P. A. LALIVE, en *Recueil des Cours*, t. 120 (1967-I), págs. 575-6 para quien el arbitraje refleja la preocupación de los comerciantes de obtener una justicia «más adecuada, mejor modelada sobre sus necesidades, menos formalista y menos rígida, casi una justicia *distinta* de la que puede ofrecer un tribunal estatal». Recientemente, M. DOMKE y O. GLOSSNER han puesto de relieve que el arbitraje debe adaptarse a las modificaciones introducidas en las relaciones comerciales internacionales, pues «The bulk of commercial agreements between foreign partners is no longer an isolated contract for the sale of manufactured goods or commodities, but long-term arrangements which are faced with unforeseen changes through technological development. The disputes there arising require an adjustment to meet the justified expectations of the contracting parties», *op. cit.* en la nota 18, pág. 316.

26. Cfr. los autos T. S. en la materia señalados en la nota 4, en donde la base convencional del arbitraje es una «cláusula compromisoria».

de estos supuestos examinados por el Tribunal Supremo, es aplicable el sistema del protocolo de Ginebra de 1923 y del Convenio de Ginebra de 1927, pero como ha expuesto acertadamente A. Remiro Brotons, los resultados son, en gran parte, decepcionantes, hasta el punto de que puede estimarse que este régimen convencional internacional ha fracasado como medio de facilitar el arbitraje comercial internacional²⁷. La razón es que de los diez y siete supuestos publicados, tan sólo en cuatro de ellos se ha admitido la ejecución de la decisión judicial extranjera. Se trata de los *Autos T. S. de 16 de mayo de 1936, 5 de julio de 1956, 27 de noviembre de 1958 y 17 de mayo de 1966*.

En la medida en que el texto de los Autos del T. S. permiten establecerlo, cabe afirmar que, en todos ellos, estaba en juego la eficacia de una «cláusula compromisoria»; lo que corrobora la conclusión antes expuesta de que esta figura es la normal en las relaciones comerciales internacionales. En catorce supuestos, al menos, eran aplicables el Protocolo de 1923 y el Convenio de 1927, pero el resultado, como se ha dicho, es mayoritariamente negativo. En particular, cabe destacar el resultado adverso de las cláusulas compromisorias incluídas en contratos de fletamento, presentes en seis de los diez y siete casos. Si exceptuamos el Auto T. S. de *17 de Mayo de 1966*, en el asunto «Maritime Corporation Spetsai c. Servicio Comercial de Piensos Compuestos, Subgrupo de Industrias, Sindicato Nacional de Cereales»²⁸ en los restantes el Tribunal Supremo estima que no se han cubierto los requisitos del Convenio de Ginebra de 1927; en particular, que no existe constancia suficiente de que las partes se han obligado al arbitraje. Como se ha sostenido justamente entre nosotros, en ocasiones la negativa a la ejecución se basa en consideraciones puramente formales; en otras, se introducen argumentos derivados de la propia normativa española de arbitraje de Derecho privado, extemporáneos y, en todo caso, la deficiencia del sistema ginebrino, a diferencia del régimen establecido en el Convenio de Nueva

27. A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, cit., en la nota 4, págs. 265-75 para quien «entre la pesada carga probatoria impuesta al interesado en la ejecución y la actitud de la sala 1.ª en la valoración de las condiciones establecidas por el Convenio —de 1927—, la obtención del *exequatur* de una sentencia arbitral en nuestro país se ha convertido en una proyección forense del difícil arte circense del 'más difícil todavía'» Id. pág. 273. Igualmente en sentido crítico, B. M. CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, cit. en la nota 1, págs. 23-33, pronunciándose, como el autor precedente, en favor de que España se incorpore al Convenio de Nueva York de 1958.

28. Inédito. Cfr. el estudio de María Sofía SANTIAGO cit. en la nota 4, donde se transcribe parcialmente.

York de 1958, radica en el control por el juez del *exequatur* de las condiciones para el reconocimiento y ejecución de la decisión judicial extranjera, régimen más oneroso en el texto de 1927²⁹.

No existen aún supuestos de aplicación del Convenio europeo de 1961, para juzgar sobre sus resultados en el marco del *exequatur*. No obstante, este texto, igual que el Convenio de Nueva York, cuya participación por España es previsible en fecha próxima, atenuaría en gran parte este resultado negativo. No obstante, el desarrollo del arbitraje comercial internacional en España requiere también, a nuestro juicio, una adecuada modificación de la legislación en la materia, en la cual se elimine la solución negativa de una diferencia de efectos para el compromiso arbitral y para la cláusula compromisoria.

10. El sistema actualmente vigente, en efecto, se sitúa dentro del grupo —reducido— de países que mantienen la distinción entre ambas figuras. Complementariamente, es uno de los sistemas que con mayor rigidez separan los efectos atribuidos a la «cláusula compromisoria» de los que se otorgan al «compromiso arbitral». Aunque el tema ha sido objeto de consideración por parte de la doctrina española, interesa, no obstante, señalar aquí algunas líneas generales del sistema vigente³⁰; extremos que pueden

29. A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, cit. en la nota 4, págs. 274-5, comparando las «condiciones» establecidas en el Convenio de Ginebra de 1927 en relación con las del Convenio de Nueva York de 1958 y su control de oficio por el juez del *exequatur*.

30. Entre los comentarios doctrinales a la Ley de 22 de Diciembre de 1953, deben mencionarse, Jaime GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona, 1956, págs. 75 y sigs.; F. FERREIRO, *Los arbitrajes de Derecho privado*, Bilbao, 1954 (2.ª ed. Pamplona, 1974); A. FERNÁNDEZ SORIA, «El arbitraje en Derecho privado», *R. de Derecho Procesal* (1955), págs. 437 y sigs.; F. R. VALCARCE, «El arbitraje privado (Ley de 22 de diciembre de 1953)», en *R. de Derecho Procesal* (1954), págs. 12 y sigs.; A. FERNÁNDEZ SERRANO, «Sobre los arbitrajes de Derecho privado», *R. Jurídica de Cataluña* (1954), págs. 413 y sigs.; L. PRIETO CASTRO, «Una nueva regulación del arbitraje» en *Trabajos y Orientaciones de D. Procesal*, Madrid, 1964, págs. 448 y sigs.; J. CARRERAS, «Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje», en la *R. del Instituto de D. Comparado*, Barcelona (1954), págs. 104 y sigs. y FENECH, «El arbitraje en Derecho español», en la obra *Estudios de D. Procesal*, Barcelona, 1960, págs. 417 y sigs.

Sobre el convenio de arbitraje, L. DÍEZ PICAZO, «El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje», en *Anuario de D. Civil* (1954), 1173 sigs.; ROCA JUAN, «Pacto compromisorio» (Notas a los artículos 6 a 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953) «en *Anales U. de Murcia*, vol. XV (1956-7), pág. 192; D. VICENTE TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de Arbitraje», en *R. Crítica D. Inmobiliario* (1966), págs. 309 y sigs. Desde la doctrina procesalista, José Luis GONZÁLEZ MONTES, «La excepción de compromiso», en *R. Derecho Procesal Iberoamericana* (1975), págs. 413 y sigs.

permitirnos juzgar sobre su contradicción con los datos antes señalados a nivel internacional. Los elementos relevantes, a este fin, serían los siguientes:

A) Tradicionalmente, el ordenamiento español reguló de forma exclusiva el «compromiso arbitral», definido por la doctrina, como es el caso de Juan de Hevia Bolaños, en cuanto «convención de las partes en que se da potestad al árbitro o arbitrador para determinar la controversia que hay entre ellos»³¹. La cláusula compromisoria, en cambio, presentó perfiles mucho más borrosos y polémicos, hasta el punto de que, como se ha dicho acertadamente, ha sido una figura «...brotada al margen del Código Civil, admitida y delineada por la doctrina del Tribunal Supremo que, a falta de otra reglamentación, se hubo de cuidar de señalar su concepto, sus límites, requisitos y posible eficacia»³². Su inclusión en una regulación legal, como nos dice este autor, es obra de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que la califica como «contrato preliminar de arbitraje» y le atribuye la función de «preparar el arbitraje», obligándose las partes, en virtud de tal cláusula, a «instituirlo en su día», según los términos del artículo 6 de la normativa de 1953³³.

El frecuente uso del «pacto compromisorio» mostraba la preferencia de los interesados por una forma que fuese simple en cuanto a los requisitos formales, y que cumplierse una función

31. Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica*, ed. Madrid 1783, pág. 443. Cfr. el estudio de César ALVAREZ-LINERA URÍA, «Notas sobre Juan de Hevia Bolaños y su obra», en el *Libro del Bicentenario del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, Oviedo, 1975, págs. 15 y sigs.; José de VICENTE Y CARAVANTES, en su *Tratado histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. 2, pág. 494, define el compromiso arbitral como aquel «contrato en que las partes dan facultad a una o más personas para que decida sus controversias, sobre el negocio que se expresa y el término que se marca, y con las demás circunstancias que en él se mencionan», sin aludir a la «cláusula compromisoria».

32. L. Díez PICAZO, «El pacto compromisorio y la nueva ley de Arbitraje», en *Anuario de D. Civil* (1954), pág. 1155.

33. Cfr. Orencio VICENTE TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *R. Crítica D. Inmobiliario* (1966), págs. 311-318 especialmente, llegando a la conclusión de que «el contrato preliminar de arbitraje» es «la fase inicial, creadora de un vínculo por el que se someten a arbitraje todas las cuestiones que puedan surgir de una relación jurídica, quedando las partes recíprocamente facultadas, y obligadas a la vez, para instituir el arbitraje a través del cumplimiento voluntario de las obligaciones que habían asumido, o, en el caso de que una se niegue a prestar su colaboración, mediante el procedimiento forzoso de la formalización judicial, medios ambos que permiten, una vez surgida la controversia, formalizar el compromiso o compromisos que, en esencia, se hallaban ya, aunque informes, indeterminados, en el contrato preliminar de arbitraje», Id. pág. 318.

preventiva en orden al arreglo de controversias; ventajas que no se daban en el caso del «compromiso arbitral», conceptualizado como contrato «solemne». La Ley de 22 de diciembre de 1953, desgraciadamente, no tuvo en cuenta este desarrollo de la práctica, favorable a la «cláusula compromisoria». Al considerarla con una función meramente preliminar y «preparatoria» del arbitraje, el centro de gravedad de la institución se desplaza, lógicamente hacia el «compromiso»³⁴.

B) El pacto o cláusula compromisoria de arbitraje es un contrato que posee sustantividad propia, aun cuando de ordinario se inserte en otro que posee un carácter «principal» en las relaciones entre las partes. La Ley de 22 de diciembre de 1953 señala esta posibilidad al disponer que el «contrato preliminar» de arbitraje podrá preparar éste mediante «un pacto principal» o bien mediante «una estipulación accesoria» de otro contrato. Los artículos 6 a 8 de la Ley, en correspondencia, establecen una simplificación de los requisitos de validez del «contrato preliminar», a diferencia de lo previsto para el «compromiso»³⁵.

Sin embargo, el punto central es el de los «efectos» del contrato preliminar de arbitraje. El efecto fundamental de la «cláusula compromisoria» en la ordenación de 1953 es, como se ha dicho antes, facultar a las partes para la realización del arbitraje. Iniciada la controversia, este efecto preparatorio se concreta en el ejercicio de un derecho atribuido por la Ley a los contratantes: el de instar ante el Juez «la formalización judicial del compromiso» si alguna de las partes se negara a verificar los actos precisos para la realización del arbitraje o lo hiciere de forma insuficiente o inaceptable para la otra. Este régimen del artículo 9 de la Ley conduce necesariamente, como puede verse, al inicio de un proceso especial, ante la Justicia ordinaria; proceso que se destina, en la expresión de Jaime Guasp, «a satisfacer las pretensiones fundadas en el incumplimiento específico de una promesa de arbitraje»³⁶.

34. Jaime GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, cit. en la nota 30, págs. 130 y sigs. Se afirma así que respecto del compromiso «En substancia nos encontramos frente al contrato que da vida a toda la institución arbitral. Ciertamente que el arbitraje podría ir precedido de aquella promesa previa, que ya analizamos con el nombre de 'contrato preliminar' o precontrato de arbitraje. Pero éste es un antecedente posible, no necesario— El arbitraje propiamente dicho nace del contrato de compromiso que constituye un primer elemento indefectible», Id. págs. 115-16.

35. Jaime GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español*, cit. en la nota 30, págs. 77 y sigs. y L. DÍEZ PICAZO, «El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje», cit. en la nota 32, págs. 1164 y sigs.

36. Jaime GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español*, cit. en la nota 30,

Los efectos de la «cláusula compromisoria» son, consiguientemente, limitados. Si la pretensión del actor en el proceso es estimada, la declaración judicial permitirá que se proceda a la formalización del compromiso, con la designación de los árbitros y la fijación de las cuestiones a resolver por éstos; pero la cláusula queda sometida, necesariamente, al control judicial, caso de la negativa de uno de los contratantes; y la realización del arbitraje, en lugar de constituir un medio rápido y simple para el arreglo de controversias, pasa obligadamente por el camino de un previo proceso, ante los tribunales ordinarios. Ello revela que en la ordenación de 1953 «el contrato que da vida a toda la institución arbitral es realmente el compromiso»³⁷. La «cláusula compromisoria» posee un carácter subordinado. Y es a este contrato de compromiso —rodeado de especiales requisitos y caute- las en los arts. 13 a 17 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 —a quien se atribuye el «efecto negativo» del convenio arbitral; esto es, impedir que los Jueces y Tribunales conozcan de la controversia sometida al fallo arbitral «siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción» procesal, según se determina en el artículo 19 de la Ley de Arbitrajes privados³⁸.

C) La normativa de 1953, pese a su tecnicismo, es hondamente tributaria de la concepción del arbitraje que reflejan los textos jurídicos del siglo XIX. En este período, el arbitraje se configuraba con carácter «ocasional» o episódico para el arreglo de las controversias y, consiguientemente, se trata de un arbitraje *ad hoc*, no de un arreglo arbitral por obra de una institución permanente de arbitraje. Complementariamente, en el siglo XIX este arbitraje «ocasional» se rodeaba de especiales garantías en la designación de los árbitros, configurándose como un arbitraje de «confianza»;

pág. 100, quien agrega que: «La gran novedad de la ley en los efectos del compromiso está, pues en ese procedimiento judicial de formalización del compromiso...» Id. pág. 94.

37. Cfr. las referencias de la nota 34 así como O. VICENTE TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», cit. en la nota 33.

38. Sobre la naturaleza de la excepción procesal, Cfr. el estudio de José Luis GONZÁLEZ MONTES, «La excepción de compromiso», en *R. D. Procesal Iberoamericana* (1975), págs. 413 y sigs., quien la califica como excepción «autónoma» y las indicaciones doctrinales y jurisprudenciales allí recogidas. Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La incompetencia de jurisdicción», en la *R. D. Procesal Iberoamericana* (1971), pág. 441, señala que se discute si es una excepción de incompetencia de jurisdicción o «una excepción también dilatoria, pero autónoma...».

sin que fuera concebible que esta designación pudiera encomendarse a una institución permanente, como hoy ocurre³⁹.

Estas dos notas de arbitraje «ocasional» y «de confianza», propias de la concepción del arbitraje vigente en el siglo XIX, puede decirse que informan decisivamente el régimen legal establecido en la nueva ordenación española de 1953. El hecho de que el «compromiso» constituya el punto central de la institución, así como el silencio de esta ordenación respecto del arbitraje «institucional» ponen de relieve suficientemente, a nuestro juicio, la primera de las notas antes señaladas. En lo que se refiere a la designación de los árbitros podemos encontrar la nota de arbitraje «de confianza», pues el artículo 22 de la Ley de 1953 dispone taxativamente que «Los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo» por las partes —salvo el supuesto de formalización judicial del compromiso— determinándose que «No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos»⁴⁰. El efecto de estas disposiciones en relación con la realización del arbitraje a cargo de instituciones permanentes es fácil de comprender y el reciente *Auto T. S. de 4 de julio de 1975* —tan singular en otros aspectos— corrobora esta conclusión⁴¹.

11. Los rasgos de la Ley de 22 de diciembre de 1953 que se acaban de señalar, son poco favorables al desarrollo del arbitraje conforme a las exigencias de la práctica comercial internacional contemporánea. Por añadidura, han conducido en el plano de las relaciones comerciales internacionales a resultados insatisfacto-

39. Sobre la concepción del arbitraje en el siglo XIX, Cfr. el estudio de René DAVID, «Arbitrage du XIXe et Arbitrage du XXe siècle», en los *Mélanges Savatier*, París, 1965, págs. 219-33. Sobre la evolución del tema en el Derecho francés, existen aportaciones sugestivas en J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et Droit international*, París, 1965, págs. 18 y sigs.

40. Sobre los problemas de la «dación» y «recepción» del arbitraje, desde una óptica contractual, J. GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español*, cit. en la nota 30, págs. 137 y sigs. Comparativamente, desde el plano internacional, B. M. CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, cit. en la nota 1, págs. 51 y sigs., y de forma general, P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, cit. en la nota 8, págs. 428 y sigs.

41. El Tribunal Supremo considera que la designación del árbitro por un organismo permanente, sin el concurso de la voluntad de las dos partes, «va contra un principio que puede calificarse como de orden público». Cfr. en contrapartida, sobre el «método de designación» de los árbitros, los datos a nivel internacional contenidos en el Doc. A/CN.9/21, págs. 20-21 y las facultades de las «autoridades designantes» y el examen de Ion NÉSTOR, en el doc. A/CN.9/64, págs. 66 y sigs. con referencia a un caso al que luego aludiremos.

rios en lo que respecta a la validez y efectos de la «cláusula compromisoria». Cabría decir, en síntesis, que por un defectuoso planteamiento del problema del arbitraje internacional, la perspectiva «conflictual» de éste ha quedado mediatizada por una desorbitada consideración de la normativa de 1953 como disposiciones de «orden público». Algunos aspectos del problema merecen, a nuestro juicio, ser examinados, para mostrar la contradicción que se acaba de señalar entre exigencias del arbitraje en el plano internacional y cautelas previstas en la ordenación española vigente.

12. En primer término, la práctica del comercio internacional nos muestra que cerca del ochenta por ciento de los contratos internacionales contienen una «cláusula compromisoria» de arbitraje⁴². Dato éste que explica suficientemente la actual expansión del arreglo arbitral en el régimen del comercio internacional.

Desde la perspectiva española, no existe ningún elemento para suponer que los comerciantes de nuestro país, en las relaciones del comercio internacional, no sigan esta práctica común. Antes al contrario, un examen de la jurisprudencia, anterior y posterior a la Ley de 1953, confirma la conclusión general. Así, en la *Sentencia T. S. de 22 de mayo de 1924* («J. y F. Mir c. Southern Products Co.») se recogía en uno de sus resultandos la estimación de la Cámara de Comercio de Barcelona que la cláusula «Clasificación, contrato y arbitraje en Liverpool» era usualmente incluida en los contratos de compraventa de algodón celebrados por las empresas textiles de Cataluña⁴³. En el caso objeto de esta decisión, es con base a la inclusión en el contrato de la cláusula «arbitraje en Liverpool» como una empresa norteamericana pudo iniciar el arbitraje, pese a la actitud del contratante español, ante una institución arbitral permanente, la «Liverpool Cotton Association». Es la misma institución que opera en el supuesto de la *Sentencia T. S. de 28 de Febrero de 1928* («Edwin Butterworth & Co. Ltd. c. Antonio Barcon Sandino») con ocasión de un contrato de compraventa de algodón celebrado en Manchester por otra empresa española. Un ejemplo adicional, también referido a la misma institución arbitral, se halla en el *Auto T. S. de 16 de Mayo de 1936* («Hornby, Hemelryk & Co. c. L. Zanón Marqués»)

42. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, en pág. 54 expone el dato en los siguientes términos: «L'importance de la clause arbitrale n'est plus à démontrer: elle est particulièrement fréquente dans le commerce international; bien qu'aucune statistique n'ait pu être établie, certains spécialistes prétendent qu'environ 80 % des contrats du commerce international contiennent une clause compromissoire...».

43. Cfr. R. G. L. J. *Jurisprudencia Civil*, t. 162, págs. 473 y sigs.

que corrobora la importancia del arbitraje «sectorial» en relación con la compraventa internacional de ciertos productos ⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de *exequatur* de decisiones arbitrales extranjeras, corrobora esta conclusión, como antes se ha señalado. Un particular relieve poseen los supuestos de la cláusula arbitral incluida en contratos de fletamento, según nos muestran los *Autos T. S. de 17 de mayo de 1966, 22 de octubre de 1970, 16 de marzo de 1971, 13 de mayo de 1971, 28 de mayo de 1971 y 6 de abril de 1972*. La actitud negativa del Tribunal Supremo, frente a este tipo de cláusulas, supone una defectuosa estimación de los datos que arroja la práctica internacional en materia de transporte marítimo; y, por el contrario, la primacía de los criterios «formalistas» de la legislación española ⁴⁵. Una consideración similar cabe hacer respecto de la posición adoptada en relación con los arbitrajes de Hamburgo, en los *Autos T. S. de 4 de mayo de 1965 y 5 de julio de 1973*.

13. Como se ha señalado acertadamente por la doctrina, la inclusión de una «cláusula compromisoria» en las relaciones comerciales internacionales posee para las partes una «utilidad preventiva»; pues establecido tal pacto compromisorio, «cuando surja entre ellas una controversia estarán en mejor disposición de solucionarla amistosamente sabiendo que en caso de ruptura está previsto el recurso al arbitraje y éste podrá instituirse fácilmente» ⁴⁶. Ahora bien, la utilidad de la cláusula en este sentido «preventivo» de las controversias sólo se hace realidad cuando se admiten unos determinados efectos jurídicos del pacto de someterse al arbitraje para las controversias futuras; esto es, que la cláusula posea autonomía en cuanto elemento de arreglo de

44. Cfr. el texto en el apéndice documental de la obra de B. M. CREMADES, cit. en la nota 1, págs. 214-18. Un útil panorama de estas instituciones, en Ph. FOUCHARD, *op. cit.* en la nota 42, pág. 176, donde se destaca que el arbitraje permanente en el comercio de ciertos productos ha sido creado por los países importadores. Cfr. las referencias en las notas 22 y 23, de la pág. 177 y pág. 178, notas 28, 30. Sobre las instituciones arbitrales en los países socialistas, una amplia información se contiene en la obra de D. PFAFF, *Die Aussenhandelsschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Ländern im Handel mit der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1973, con colaboraciones sobre cada sistema nacional.

45. En particular, la jurisprudencia del T. S. aparece opuesta a la admisión de validez de aquellas cláusulas compromisorias que P. SCHLOSSER denomina «Kurzformeln mit Ortsbezeichnungen», que son típicas, entre otros, en los contratos de fletamento y que plantean, es cierto, un problema de interpretación, aunque no insuperable. Cfr. P. SCHLOSSER, *op. cit.* en la nota 8, págs. 374-5.

46. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, cit. en la nota 42, págs. 54 y sigs.

controversias, sin necesidad de convenir un ulterior compromiso y en su virtud las partes se obligan al arbitraje.

En el supuesto del *Auto T. S. de 4 de marzo de 1964*, la nacionalidad norteamericana de la empresa demandante en el *exequatur* impedía la aplicación del Protocolo de 1923 y del Convenio de 1923 y del Convenio de 1927 de manera que es significativo para valorar el «régimen común» en la materia. Esta valoración, sin embargo, es negativa, pues *inter alia*, nuestro Tribunal Supremo afirma

«...que el compromiso se contrajo por medio de unas cláusulas de adhesión impresas en varias notas de pedidos de mercaderías, y no por escritura pública, como lo exigen los artículos 16 y concordantes de la Ley de Arbitraje privado, sin que conste en él una sumisión clara a la Asociación que emitió el laudo (El Tribunal de Arbitraje comercial de la American Arbitration Association)...».

La misma solución negativa se recoge en el *Auto T. S. de 14 de marzo de 1964*, aunque por distintos motivos. Se olvida que en la realidad del comercio internacional «los arbitrajes se basan normalmente en una cláusula de arbitraje incluida en un contrato. Sólo en casos excepcionales se celebra un acuerdo de arbitraje después de producirse un litigio»⁴⁷.

La situación, sin duda, es favorable al comerciante español, aunque sea a corto plazo, pues en el régimen del comercio internacional, existen «sanciones» propias, que son especialmente operativas en distintos sectores⁴⁸. Se confiará por los nacionales españoles —con base en una deformada interpretación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, claro está— que no queda sometido al arbitraje por obra de una simple «cláusula compromisoria». Si la otra parte, como sucede en los casos de nuestra jurisprudencia, insta el arreglo ante una institución permanente de arbitraje, de ordinario la parte española no comparecerá ante el árbitro, o alegará la nulidad de la cláusula que suscribió. La *Sentencia del*

47. Doc. A/CN.9/97, pág. 7. Como se ha indicado, la estimación es que en un 80 % de los contratos internacionales se incluye una cláusula compromisoria. Un examen de la jurisprudencia arbitral, revela también este dato de que el compromiso es excepcional.

48. Con referencia a la autonomía de la «sociedad internacional de comerciantes», Ph. FOUCHARD consagra un interesante análisis al problema, tanto en lo que respecta a los distintos tipos de sanciones posibles, caso de no darse ejecución voluntariamente a la sentencia, como al valor jurídico de éstas. Cfr. *L'arbitrage commercial international*, cit. en la nota 42, pág. 466.

Tribunal de Apelación de París (1.ª Sala Sup.) de 25 de enero de 1972 («Quijano Agüero y otros c. Marcel Laporte»), a la que más adelante nos referiremos, es buena prueba de ello. Y queda, por último, la cómoda oposición al amparo de una jurisprudencia negativa, en el trámite de *exequatur*, a la parte española. El resultado final es, sin duda, que la finalidad «preventiva» y pacificadora de la cláusula compromisoria en las relaciones comerciales internacionales habrá desaparecido.

14. Por último, la designación de los árbitros por un tercero, exigida en la práctica comercial internacional frente a la eventual mala voluntad de una de las partes, que se niega a llevar a cabo esa designación, es otro factor a tener en cuenta. Como se ha dicho, la cláusula compromisoria es el medio ordinario; y en ella, también, el arbitraje se somete a una institución permanente, en la gran mayoría de los casos. Si esto ocurre, se debe a que los reglamentos de estas instituciones permanentes de arbitraje han previsto la eventual «crisis» en la realización del arbitraje, en defecto de la voluntad de una de las partes para designar los árbitros, y contienen medios para superar esta situación⁴⁹.

La *decisión del Presidente del Tribunal Federal de Suiza de 7 de Julio de 1962* nos sitúa ante este problema de la designación de árbitros, aun cuando no se trata de arbitraje ante una institución permanente⁵⁰. En el caso, se trataba de un contrato entre una sociedad suiza y un grupo de negociantes españoles, que contenía una «cláusula compromisoria» en virtud de la cual las controversias serían resueltas por un Tribunal arbitral en Zurich; tribunal integrado por dos árbitros, designados respectivamente por cada parte, y un tercer árbitro, designado por los otros dos. Según la cláusula compromisoria, si una de las partes no designaba el árbitro que le correspondía, la otra podría instar del Presidente del Tribunal Federal de Suiza que procediese a este nombramiento. Ante la negativa de la parte española para designar el árbitro, hubo de recurrir a este procedimiento; momento en el cual esa parte alega la nulidad de la cláusula compromisoria, como contraria al «orden público español». Tal alegación —carente de fundamento en la perspectiva del Derecho

49. Cfr. las indicaciones contenidas en Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, cit. en la nota 42, págs. 159 y sigs. en particular, págs. 248 y sigs. respecto del arbitraje no institucional y el examen de P. SCHLOSSER, *op. cit.* en la nota 8, págs. 439 y sigs.

50. Cfr. *Journal du Droit international (Clunet)* (1966), pág. 173 respecto de esta decisión y los comentarios de P. A. LALIVE, en *Recueil des Cours*, t. 120 (1967-I), págs. 691-2.

internacional privado español— fue acertadamente rechazada, con base en el artículo 2 del Protocolo de Ginebra de 1923, considerándose que era aplicable el Derecho suizo y no el sistema español en orden a la realización del arbitraje, al tener lugar éste, conforme a la cláusula compromisoria, en territorio suizo.

No obstante, vemos que esta alegación triunfa en el *Auto T. S. de 4 de Julio de 1975* («British Steel Corporation c. Compañía Unión de Transportes Marítimos») en relación con una cláusula compromisoria incluida en un contrato de fletamento, afirmándose por el Tribunal Supremo, entre otros extremos, que

«Tratándose de la ejecución de un laudo arbitral que ha sido dictado designado exclusivamente por una de las partes, ya que por «aplicación de la cláusula diecinueve del contrato de fletamento, se interpretó el silencio de la otra parte como renuncia a la designación de árbitro, lo que evidentemente va contra un principio que puede calificarse como de orden público y que se halla recogido en nuestro ordenamiento jurídico vigente, cual es que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo y no será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos (artículo 22 de la Ley española de 22 de diciembre de 1953)...».

El Tribunal Supremo, en esta resolución, estima que este «principio de orden público» es operativo, como factor negativo al reconocimiento y ejecución, al amparo del propio Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927; de manera que este precepto de la Ley española de 1953 «constituye un obstáculo de fondo insalvable» para la ejecución solicitada.

Puede observarse, una vez más la mediatización del problema de la ley aplicable por la noción del «orden público». Pero cabe señalar, de otra parte, que si la línea jurisprudencial del *Auto de 4 de julio de 1975* se mantiene, en el futuro, el resultado podría ser destructor para el arbitraje comercial internacional de carácter «institucional»; y tal situación, como ya se ha dicho, muy favorable para los comerciantes españoles, pues les bastará con negarse a la designación del árbitro, ante el organismo designado por la cláusula compromisoria, para que la decisión arbitral que resuelva el litigio no pueda ser ejecutada en España, por obra de este «principio de orden público» del Derecho interno, al que se atribuye una proyección internacional desorbitada.

IV

15. Estos resultados negativos, responden a la inadecuación de la concepción que inspira el arbitraje en la ordenación española de 1953 con las exigencias actuales del comercio internacional; pues en las relaciones comerciales internacionales, el recurso al arreglo arbitral no es una solución de carácter «ocasional» ni «de confianza». Pero en segundo lugar, como se ha dicho antes, existe un erróneo planteamiento del problema, en la perspectiva del Derecho internacional privado, cuya nota distintiva es la «mediatización» que el «orden público» español —inducido de los preceptos de la ordenación de 1953— ejerce sobre los aspectos «conflictuales» del arbitraje. Ello es consecuencia, de una parte, del olvido de un planteamiento del tema en términos propiamente de Derecho internacional privado —acción de las normas de conflicto y, también, de las normas materiales especiales, entre otras⁵¹— y muy especialmente de no tomar en consideración un extremo esencial en esta perspectiva: la independencia o autonomía de la «cláusula compromisoria» en las relaciones privadas internacionales⁵².

51. El análisis más importante, en este punto, es el realizado por B. GOLDMAN, «Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international», en los *Travaux du Comité Français de D. international privé* (1966-1969), págs. 119 y sigs., favorable a una consideración «sustantivista» y no «conflictualista» de los problemas del arbitraje en las relaciones privadas internacionales. A juicio de B. GOLDMAN, id. pág. 135, la «autonomía» de la cláusula compromisoria es «una regla material de derecho internacional privado». En su estudio «Arbitrage (Droit international privé)» en el *Répertoire de D. international*, I, Paris, 1968, pág. 117, más explícitamente afirma que «l'autonomie de l'accord compromissoire n'est pas une règle de conflit, mais une règle matérielle de droit international privé propre à l'arbitrage international et ne laissant point place à l'application par le juge français d'une loi étrangère, même compétente, qui subordonnerait l'accord compromissoire au contrat principal». Si se admite tal construcción, su efecto es el *favor negotii*; a la inversa, una construcción desde el ángulo del orden público, que someta la cláusula compromisoria al sistema nacional, como se apunta en la jurisprudencia española del *exequatur*, podría interpretarse bajo el ángulo de una norma de aplicación necesaria, cuyo efecto es impedir la sustracción del litigio a la jurisdicción ordinaria.

52. Sobre el tema, Cfr. MEZGER, «La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage de droit international privé», en los *Mélanges Maury*, t. I, 1960, págs. 273 y sigs. y esencialmente, F. E. KLEIN, «Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international», en la *R. Critique D. international privé* (1961), págs. 499 y sigs., con consideraciones sobre el problema en el marco del Derecho español y, más recientemente, las consideraciones de R. MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1970 y Ph. FRANCESKAKIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire», en la *R. de l'Arbitrage* (1974), págs. 67 y sigs.

16. Como ha señalado la doctrina, la «autonomía» de la cláusula compromisoria posee un doble efecto: de una parte, un efecto *sustancial*, que se concreta en el hecho de que la eventual nulidad del contrato de base en que se encuentra inserta no se prolonga a la cláusula misma. Es el «principio jurisprudencial» establecido en el sistema francés a partir de la *Sentencia del Tribunal de Casación (1.ª Sala Civ.) de 7 de mayo de 1963*, en el asunto «Gosset», en donde la más Alta Jurisdicción del vecino país afirmó, en términos reiterados por decisiones posteriores⁵³ que,

«En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte»⁵⁴.

En el sistema español, aun cuando se acogen diversos supuestos de ineficacia parcial del contrato, no existe una regla con valor general; habiéndose sostenido la tesis de que el factor esencial, en orden a acoger la nulidad parcial, viene dado por la voluntad hipotética de las partes, voluntad que habrá de ser determinada por el Juez considerando el conjunto de la relación creada y la intención práctica atribuida a las diferentes estipulaciones⁵⁵. Por lo que se refiere, en particular, a la «cláusula compromisoria» de arbitraje, no existen soluciones específicas —legales o jurisprudenciales— que ofrezcan una respuesta inequívoca al problema; si bien la doctrina civilista se inclina, en su generalidad, en favor de una independencia o autonomía de la cláusula⁵⁶.

53. Cfr. el desarrollo jurisprudencial en el estudio de Ph. FRANCESCAKIS, cit. en la nota anterior, con referencia al que denomina «effet d'entraînement» del principio de la autonomía.

54. Cfr. la nota de BREDIN, en el *Journal de D. international* (1964), pág. 83 y de MOTULSKY, en *R. Critique de Droit international privé* (1963), pág. 615.

55. En este punto, las consideraciones de L. DíEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 293-4, con referencia a la posición general en nuestro sistema del tema de la ineficacia parcial del contrato.

56. Así, Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, quien señala que si la cláusula está incluida en un contrato, «pese a esa dependencia formal, la cláusula compromisoria posee independencia *per se*». Id. pág. 411. Igualmente en sentido favorable, L. DíEZ PICAZO, «El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitrajes», cit. en la nota 32, págs. 1.156-7 y O. VICENTE TORRALBA, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», cit. en la nota 33, págs. 318-20.

A nuestro juicio, esta conclusión se alcanza desde dos consideraciones distintas. De una parte, el hecho de que no exista una disposición con valor general, sometiendo a total ineficacia toda la relación contractual; así como la admisión, en diferentes supuestos, de la nulidad parcial. De otra parte, en atención a la intención práctica de las partes, en relación con la misma función que cumple la cláusula compromisoria. La sumisión al arbitraje entraña una manifestación de voluntad encaminada a atribuir el conocimiento de cualquier litigio futuro, al arbitraje; si se prolonga la eventual nulidad del contrato de base sobre la cláusula arbitral, se restringiría indebidamente esta manifestación de voluntad, pues cabe estimar que las partes han tenido la intención de someter dicho problema de nulidad al conocimiento de los árbitros. Asimismo, no cabe olvidar que la función de la cláusula es muy distinta de la del contrato de base: no se trata de ordenar prestaciones de contenido patrimonial, sino de producir el doble efecto que la cláusula encierra, esto es, atribuir la jurisdicción al árbitro y sustraer el asunto del conocimiento de la jurisdicción ordinaria⁵⁷.

17. La autonomía de la cláusula compromisoria, en las relaciones privadas internacionales, posee, en segundo lugar un efecto «*de conexión*»⁵⁸ o, si se quiere, de reglamentación a los fines del Derecho internacional privado. En sus términos más simples, cabe decir que la «completa autonomía jurídica» de la cláusula compromisoria de arbitraje exige una conexión independiente o autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla; de manera que si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos, para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje. Como ha señalado F. E. Klein, «decir que la cláusula compromisoria es autónoma, que cumple una función propia, en términos de Derecho internacional privado significa, ante todo, que puede ser sometida a una ley distinta de la aplicable al contrato principal celebrado entre

57. Cfr. al respecto las consideraciones expuestas por SAUCER-HALL, «L'arbitrage en Droit international privé», *Annuaire I.D.I.*, t. 44-I, 1952, págs. 558-63, quien señala los graves inconvenientes para el desarrollo del arbitraje de la solución contraria, y, en cuanto al mismo fundamento, KLEIN, *op. cit.* en la nota 52, pág. 501.

58. La expresión es de KLEIN, *op. cit.* en la nota 52, quien habla de «autonomie en matière de rattachement» y «autonomie matérielle». GOLDMAN, en *Repertoire de Droit international*, I, pág. 117 introduce esta distinción en relación con los «efectos» del principio de autonomía.

las partes»⁵⁹. El fundamento de esta solución cabe hallarlo en una previa «calificación» autónoma de la cláusula, en atención a su función.

Se manifiesta en este extremo una de las aportaciones que ha generado el desarrollo de la institución arbitral en las relaciones comerciales internacionales, en las últimas décadas. En el pasado, esta autonomía a los fines del Derecho internacional privado fue negada, sosteniéndose que «no cabe concebir que una parte de las disposiciones de un contrato quede regida por una ley y otra parte por una ley distinta», de manera que «la ley rectora del contrato deberá ser aplicada también a la cláusula relativa al arbitraje y, con ello, a todo el arbitraje»⁶⁰. Pero esta escisión dentro del contrato, como se ha indicado, se justifica por la diferente función que en sus disposiciones cumple la cláusula compromisoria; de manera que hoy se admite, de forma general, que «Las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están sometidos necesariamente a la misma ley aplicable a las relaciones litigiosas», por emplear la formulación dada a este tema en el artículo 6 de la Resolución adoptada por el I. D. I. en 1957 en su sesión de Amsterdam⁶¹.

59. F. E. KLEIN, «Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international», cit. en la nota 52, pág. 500. Este autor niega que la cláusula posea una naturaleza «accesoria» al contrato principal, en orden a su función, pues «contient en germe un mécanisme dont la mise en oeuvre déborde aussitôt le cadre proprement contractuel», el arreglo de una controversia por un tercero. Id. pág. 501. Parece justificando, de este modo, sostener que la autonomía de la cláusula, a los fines de establecer una conexión independiente, se justifica por una previa «calificación» autónoma, respecto del contrato principal, sin necesidad de apoyarse en una norma material de Derecho internacional privado, como sugiere B. GOLDMAN. Cfr. *supra* las referencias en la nota 51.

60. Así, G. BALLADORE PALLIERI, «L'arbitrage privé dans les rapports internationaux», en *Recueil des Cours*, t. 51 (1935-I), p. 353. Con referencia a esta tesis, SAUCER HALL señala en *Annuaire I.D.I.*, t. 44-I, 1952, pág. 559, que la decisión del Tribunal de Rotterdam de 20 de marzo de 1929, que el autor italiano cita en apoyo de esta posición, aplica la ley turca no sólo porque el contrato estaba sometido al derecho turco por razón del lugar de su celebración, del lugar de situación de la mercancía y del lugar del pago, sino principalmente porque se había fijado la sede del tribunal arbitral en Constantinopla. La tendencia hacia la autonomía se ha reflejado en la evolución de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Cfr. BECKER, J. D. y L. COLLINS, «The Chaparral/Bremen litigation. Two commentaries», en *I.C.L.Q.* (1973), págs. 329-43 y G. R. DELAUME, «Clauses d'élection de for et clauses compromissoires. Evolution et gestation d'un nouveau droit américain», en *Journal du Droit international* (1975), págs. 486 y sigs.

61. *Annuaire I.D.I.*, t. 47-II, 1957, pág. 482 y en la sesión de Neuchâtel, en 1959. Id. t. 48-II, pág. 374. Los trabajos del Congreso internacional del arbitraje celebrado en París en mayo de 1961, llegan a una conclusión similar, con base en la ponencia de F. E. KLEIN, adoptándose el voto siguiente: «Le Congrès: Attendu que la clause compromissoire insérée dans un contrat

18. En la *Sentencia del Tribunal de Apelación de París (1.^a Sala Sup.) de 25 de enero de 1972*, dictada en el asunto «Quijano Agüero y otros c. Marcel Laporte» podemos encontrar un ejemplo de esta proyección de la autonomía de la cláusula compromisoria a los fines del Derecho internacional privado.

En este caso, la relación de base entre las partes era un contrato celebrado en Bilbao, en forma no solemne, mediante el cual un industrial francés concedía a otros, de nacionalidad española, licencia para la explotación por éstos en España de un determinado procedimiento industrial, comprometiéndose a aportar a la parte española asistencia técnica y comercial ⁶². En contrapartida, los contratantes españoles se obligaban a ciertos pagos anuales, equivalentes al 30 por 100 del importe de las ventas. En este contrato, figuraba una cláusula de sumisión al arbitraje, conforme al modelo establecido por la Cámara de Comercio Internacional, ante la Corte de Arbitraje de esta institución ⁶³. Al denunciarse el contrato por la parte española, M. Laporte insta el arbitraje ante este órgano, desarrollándose el mismo sin comparecencia de la parte española. No obstante, cuando se solicita el *exequatur* de la decisión arbitral ante la jurisdicción francesa, los contratantes españoles alegan, en oposición a la resolución que lo concede, que «...la sentencia es nula, por haberse dictado sin previo compromiso; pues según ellos la ley española, aplicable al contrato, regía los efectos de la cláusula compromisoria...».

principal des parties a une fonction propre visant à permettre le jugement par arbitres des litiges auxquels pourrait donner lieu ce contrat quant à sa validité, son exécution ou sa résiliation, et apparaît donc comme distincte de ce contrat; considère que la clause compromissoire est présumée être une convention autonome des parties, dont la validité n'est pas subordonnée à celle du contrat principal». Cfr. los debates y el texto de otros votos del Congreso, en *R. de l'arbitrage* (1961), págs. 48-73.

62. La cláusula de arbitraje aparece con frecuencia en los contratos internacionales de transferencia de tecnología, como nos muestra este caso y en los de concesión de venta (cfr. la *decisión arbitral del Tribunal de arbitraje de la C.C.I. en el asunto n.º 1.990*, en 1972, entre una sociedad italiana y otra española, *Journal du Droit international* (1974), págs. 807 y sigs.). Sobre el contrato internacional de transferencia de tecnología en relación con la normativa española, cfr. nuestra comentario a las *sentencias T. S. (Sala 3.ª) de 28 de junio de 1973 y 1 de octubre de 1973*, en la *R.E.D.I.*, vol. XXIX (1976), núm. 1.

63. Cfr. el nuevo reglamento de conciliación facultativa y de arbitraje de la C.C.I., en vigor desde el 1 de junio de 1975, en B. M. CREMADES, *op. cit.* en la nota 1, págs. 200-12 y sobre esta institución, entre otros, F. EISEMANN, «L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale», en *Annuaire Faculté Droit Liège* (1964), págs. 103 y sigs. y E. COHN, «The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce», en *I.C.L.Q.* (1965), págs. 132 y sigs.

Esta alegación es rechazada por el Tribunal de Apelación de París, afirmándose que

«...les premiers juges ont exactement décidé qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire selon les conceptions françaises présente une complète autonomie juridique par rapport au contrat dans lequel il figure et que son exécution n'obéit donc pas nécessairement à la loi qui régit celui-ci».

Se parte, pues, del «principio jurisprudencial» de la sentencia dictada en el asunto «Gosset», pero la autonomía de la cláusula se concreta en una conexión autónoma; de manera que si bien el contrato se considera sometido a la ley española, es la ley francesa la que rige la relación de arbitraje. A este fin, el Tribunal agrega en su decisión que

«...en l'espèce, les parties se sont référés expressement dans la clause compromissaire au règlement de la «Chambre de Commerce Internationale; qu'il s'en suit que les dispositions de la loi espagnole du 22 décembre 1953 étaient inapplicables en l'espèce et que l'organisation de l'arbitrage telle qu'elle a été effectuée par la Chambre conformément à son règlement est valable aux yeux de la France»⁶⁴.

19. En la doctrina española, tanto procesalista como internacionalista, ha faltado una consideración de la «autonomía» de la cláusula compromisoria. Cabe afirmar, incluso, que existe una línea doctrinal negativa, tanto anterior como posterior a la Ley de 22 de diciembre de 1953.

La doctrina española de finales del XIX y principios del siglo actual, si exceptuamos a Olivares Biec, no trata el problema del arbitraje en la perspectiva del Derecho internacional privado⁶⁵. La explicación de este hecho, en verdad sorprendente, quizás se deba a que en estos autores —por la influencia de la doctrina francesa— existe una aceptación, al menos implícita, de la naturaleza «contractual» de la institución arbitral; con la consecuen-

64. Cfr. el texto en la *R. de l'arbitrage* (1973), págs. 158 y sigs. con nota de Ph. FOUCHARD, págs. 161-4.

65. V. OLIVARES BIEC, *Tratado en forma de código del Derecho internacional en sus relaciones con el civil, mercantil, penal y de procedimientos*, etc. Madrid, 2.ª ed., 1896, págs. 149 y 159-62. Por el contrario, el tema es abordado en el siglo XIX desde el ángulo del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, desde la obra de A. RIQUELME. Cfr. las consideraciones hechas por María Sofía SANTIAGO, *Régimen jurídico de las sentencias extranjeras en el sistema español*, Madrid, 1966 (inédito), págs. 5 y sigs.

cia de que sus problemas quedan resueltos, caso de plantearse en la práctica, por aplicación de las normas generales en materia de contratos, esto es, mediante la acción del principio de la «autonomía de la voluntad». A este respecto, resulta significativa la posición que adopta Olivares Biec, para quien las sentencias arbitrales extranjeras son ejecutables en España «como si fueran resultado de un contrato»⁶⁶.

En el siglo actual, sin embargo, la actitud de la doctrina internacionalista en relación con el convenio arbitral es mucho más negativa. Tal es el caso de Lasala Llanas, que con apoyo en alguna decisión judicial —la *Sentencia T. S. de 10 de diciembre de 1912*, a la que se atribuye un valor de principio que no posee en modo alguno— llega a la conclusión de que sólo cabe la ejecución en España de aquellas decisiones arbitrales extranjeras que reúnen «los requisitos solemnes de nuestras leyes»⁶⁷. El recurso al arbitraje privado internacional queda sometido, de este modo, a la acción del «orden público» español; y tal concepción —cuyos ecos llegan hasta nuestros días— juzgada por sus resultados prácticos, conduce a privar de toda eficacia a la voluntad de las partes en orden a la designación de la ley rectora del arbitraje. En J. M. Trías de Bes, el planteamiento y el resultado son similares, pues este autor sostiene que la ejecución en España de los laudos extranjeros queda condicionada, entre otros extremos, a que «la escritura de compromiso se ajuste a las reglas de la ley procesal española y, por consiguiente, aplicación de esta ley a los compromisos que se contraigan en el extranjero»⁶⁸. Aun cuando existen perfiles más dubitativos, esta orientación negativa se prolonga en la obra de R. de Orúe y Arregui⁶⁹, así como en

66. V. OLIVARES BIEC, *op. cit.* en la nota anterior, págs. 159-62. Esta posición se encuentra ya en A. RIQUELME, *Elementos de Derecho público internacional*, I, Madrid, 1849, pág. 415 quien estima, en línea con la doctrina francesa de este período, que si el arbitraje es un contrato, «la resolución del árbitro es una verdadera obligación, sujeta a todos los efectos de las obligaciones y ejecutable en el extranjero en los mismos términos que lo son los demás contratos...» agregándose que «en este caso no se impone jurisdicción extraña, sino se pide el cumplimiento de una obligación».

67. Manuel de LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, págs. 347-8 y el comentario justificativo en págs. 349-51. Se estima, por consiguiente, siguiendo la línea doctrinal que va de FOELIX a RIQUELME, que el arbitraje es esencialmente «contractual». Por ello, la decisión arbitral contraria a la ley española tendría, tan sólo, «el valor de un pacto lícito y obligatorio entre las partes». En apoyo de esta conclusión, se cita la *Sentencia T. S. de 10 de diciembre de 1912*.

68. José María TRÍAS DE BES, *Derecho internacional privado. Sistema de Derecho español positivo*, 2.ª ed., Barcelona, 1940, págs. 160 y sigs.

69. José Ramón de ORÚE Y ARREGUI, *Manual de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 1952, págs. 627-8.

M. Arjona Colomo, quien se limita a recoger la solución anterior de J. M. Trías de Bes⁷⁰.

En relación con esta línea doctrinal, dos extremos deben ser destacados. De una parte, que se apoya en una errónea interpretación de la jurisprudencia española, sin que se realice una valoración de conjunto de la misma; y, complementariamente, en el hecho de que se considere al arbitraje como un modo de arreglo «excepcional» respecto de la intervención de la jurisdicción ordinaria. Cabría decir que el elemento «jurisdiccional» condiciona de forma absoluta el aspecto «conflictual», quedando éste absorbido por el primero. En segundo término, que estos autores aceptan sin repugnancia un radical dualismo de soluciones en el «régimen común» y en el «régimen especial» del arbitraje; esto es, que si bien se defiende la intervención de la Ley española, a título de «orden público» en el primer caso, se admiten soluciones muy distintas en el marco del sistema ginebrino del arbitraje: el Protocolo de 1923 sobre cláusulas arbitrales y el Convenio de 1927 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Ambos extremos, sin embargo, no deben sorprendernos, pues el examen que realizan tanto Lasala Llanas como Trías de Bes se sitúa en la fase inicial de desarrollo del arbitraje privado internacional, tributaria aún de las concepciones sobre el arbitraje en los sistemas jurídicos nacionales.

20. En la doctrina más reciente, sin embargo, se afirma una orientación favorable a la acción de la ley de autonomía en materia de convenio arbitral así como a una más reducida intervención del «orden público español». Ahora bien, no desaparece el planteamiento negativo del período anterior, de manera que, en algunos autores, la inicial admisión de la ley de autonomía se combina con una intervención invasora de la ley española, a título de «orden público».

La primera de ambas direcciones puede simbolizarse en L. Prieto Castro, quien en un importante estudio de 1943 impugna el planteamiento de Lasalla Llanas, que califica como contrario tanto «al espíritu de la legislación nacional» como a «los tratados concluidos por España». Curiosamente es un procesalista

70. Joaquín ARJONA COLOMO, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, 1954, pág. 529, quien afirma «sin embargo, la jurisprudencia admite la posibilidad de ejecutar en España los laudos y sentencias arbitrales extranjeras cuando la escritura de compromiso se ajusta a las reglas de la ley procesal española; y la aplicación de esta ley a los compromisos que se contraigan en el extranjero».

—otro tanto hará J. Guasp, años más tarde⁷¹— el que reclama un planteamiento del tema en términos de Derecho internacional privado para el régimen del convenio arbitral, sosteniéndose que éste quedaba regido por la ley de autonomía⁷². Esta admisión se hace con la reserva de que «la susceptibilidad de la materia para ser objeto de compromiso y resolución arbitral se juzga por la ley española»; pero esta limitada acción del «orden público» español no impide en modo alguno, según este autor, que las partes puedan referirse a una ley extranjera para regular el convenio arbitral y la realización del arbitraje. En sus líneas generales, esta posición favorable a la ley de autonomía es compartida por A. de Luna⁷³ y por J. Verplaetse, para quien «la base de la admisión de la cláusula compromisoria... radica en la ley de autonomía»⁷⁴.

En la obra de A. Miaja de la Muela se encuentra, asimismo, una inicial admisión de la ley de autonomía en materia de convenio de arbitraje, como en los autores que se acaban de indicar. Ahora bien, A. Miaja de la Muela señala, tras indicar esta solución de principio, que la misma experimenta alguna «desviación» en nuestro sistema; desviación que se produce por obra de la legislación española sobre el arbitraje. Así, en materia de «forma» del convenio arbitral, se requerirá la forma solemne para la validez del compromiso, según los términos de la ordenación legal de 1953; y la arbitrabilidad del litigio se determinará, en todo caso, por la ley española. De otra parte, a juicio de este autor, «la cláusula compromisoria debe regirse normalmente por la ley que regula el contrato al que se halla incorporado» y en el supuesto de que esta ley rectora del contrato es extranjera «para ser eficaz en España, la cláusula compromisoria debe reunir los mismos requisitos que el contrato de compromiso»⁷⁵. El resultado final que se alcanza, en esta construcción, está muy próximo del que se obtiene en el planteamiento negativo de la doctrina del

71. Jaime GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, págs. 61-3, aun cuando no señala las normas de conflicto aplicables en el Derecho español, al margen del Protocolo de Ginebra de 1923 y del Convenio de 1927, en los que se apoya su construcción exclusivamente.

72. L. PRIETO CASTRO, «El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas», en la *R.G.L.J.* (1943), pág. 478, recogido también en la obra de A. SCHÖNKE, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil— und Handelssachen in Europa*, vol. I, Berlín, 1944.

73. A. de LUNA, «Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères en Espagne», en *R. D. international et D. Comparé* (1952), págs. 154 y sigs.

74. J. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, pág. 650.

75. Adolfo MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, II, 6.ª ed., Madrid, 1974, pág. 480.

período anterior: si bien se parte de la inicial admisión de la autonomía de la voluntad en el régimen de la cláusula compromisoria, el contenido de la ley extranjera, eventualmente aplicable, queda mediatizado por la acción de la normativa española. Cabe pensar que ésta se aplica cumulativamente; o, si se quiere, que los preceptos de la ordenación legal de 1953 se imponen con carácter *necesario*, produciéndose «determinadas consecuencias obstativas en el plano internacional»⁷⁶. En particular, A. Miaja de la Muela acepta que una cláusula de sumisión al arbitraje de conformidad con el Reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional «no será válida en un contrato regido por el derecho español». En este extremo, el titular de la Universidad de Valencia acepta las conclusiones del breve estudio de Modesto Muro de la Vega sobre «La clause compromissoire en droit espagnol»⁷⁷.

21. De este examen de la doctrina, en sus líneas generales, cabe extraer, al menos, dos conclusiones: de una parte, que en el planteamiento del problema, por lo que se refiere al régimen de la cláusula compromisoria, la doctrina española aparece dominada, en su mayoría, por una consideración de los preceptos de nuestra legislación como «de orden público»; y sólo en un grupo reducido de autores se halla una admisión de la ley de autonomía, sin una total mediatización del tema por el «orden público» español. En segundo lugar, que el resultado negativo al que llega el primer grupo de autores se basa en el olvido de que la «cláusula compromisoria» es autónoma respecto del contrato principal, a los fines del Derecho internacional privado. Este extremo se

76. Adolfo MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* en la nota anterior, pág. 483, afirmando que «late, sin embargo, en la Ley de 1953 una concepción territorialista del procedimiento arbitral, manifestada en el carácter imperativo de las normas que lo regulan ...imperatividad que no puede por menos de extenderse al orden internacional». Jaime GUASP había señalado, en la *op. cit.* en la nota 71, págs. 44-5 que la orientación de 1953 establece un mecanismo «rigurosamente formal», y es «formalista en todos los momentos fundamentales del arbitraje», ahora bien, constituye un *prius*, en términos de Derecho internacional privado, la determinación de la ley aplicable al arbitraje y, de este modo, la eventual acción de la ley española. Si se descarta este supuesto, sólo cabe una proyección de la legislación interna en base a la consideración de la Ley de 1953 —en su conjunto, lo cual parece desorbitado— como normativa de aplicación inmediata; o si se quiere atenuar esta conclusión, que sus preceptos son de «orden público internacional». Ninguna de estas dos hipótesis aparece justificada, a mi juicio, en buena interpretación de la Ley y de la propia jurisprudencia española.

77. M. MURO DE LA VEGA, «La clause compromissoire en Droit espagnol», en la *R. de l'arbitrage* (1961), págs. 227 y sigs. A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, pág. 483.

pone de relieve, de forma muy precisa, en el planteamiento del tema que llevan a cabo tanto A. Miaja de la Muela como Muro de la Vega.

En efecto, el primero de estos autores, como se acaba de indicar, considera que la «cláusula compromisoria debe regirse normalmente por la ley que regula el contrato al que se halla incorporada»⁷⁸. De este modo, si el contrato de base se somete al Derecho español, la validez y efectos de la cláusula quedará regida por este sistema jurídico, esto es, por los preceptos de la Ley de 22 de diciembre de 1953. Si el contrato en el cual la cláusula está inserta se rige por una ley extranjera, en este supuesto, lógicamente, sería el sistema jurídico extranjero en materia de arbitraje el aplicable a la validez y efectos de la cláusula compromisoria. No obstante, A. Miaja de la Muela no acepta esta conclusión, al afirmar que para la eficacia de la cláusula compromisoria en España, ésta deberá reunir «los mismos requisitos que el contrato de compromiso»; solución que equivale a condicionar el régimen del convenio de arbitraje previsto en el sistema extranjero por las disposiciones del sistema español o, si se quiere, a establecer un cúmulo de leyes en la materia. De otra parte, aun cuando se afirme que «normalmente» será la misma ley la aplicable al contrato principal y a la cláusula de sumisión al arbitraje, no se establece en qué casos es posible escindir el contrato, y adoptar una ley distinta para la cláusula compromisoria. El efecto de «cláusula en blanco» o «válvula de escape» de esta expresión —normalmente— pudiera darse, entre otros casos, cuando las partes se someten al arbitraje conforme al reglamento de una institución arbitral permanente, como ocurre en el supuesto de la *Sentencia del Tribunal de París (1.ª Sala Sup.) de 25 de enero de 1972*, con referencia a la Corte de arbitraje de la C. C. I.

Sin embargo, en este supuesto, M. Muro de la Vega llega a una conclusión de signo negativo, que es compartida por el autor precedente⁷⁹. Se parte, como en el planteamiento de A. Miaja de la Muela, de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia de contratación internacional; autonomía de la voluntad que es considerada como «soberana para determinar la ley que regirá el contrato» en el cual se incluye una cláusula de sumisión al arbitraje. Si las partes han designado a una ley extran-

78. A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* en la nota 75, págs. 479-8.

79. A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, en la nota 75, pág. 483: «El examen comparativo de tal ley (la española de 1953) y del reglamento (de la C.C.I.)... demuestra —como ha observado MURO DE LA VEGA— que la cláusula C.C.I. no será válida en un contrato regido por el Derecho español».

jera como aplicable al contrato internacional, se estima que dicho ordenamiento regirá también la validez y efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje. Ahora bien, en el caso de un contrato regido por el Derecho español conteniendo una cláusula de sumisión al arbitraje de conformidad con el reglamento de la C. C. I., M. Muro de la Vega procede a un examen comparativo de los preceptos de la Ley española de 22 de diciembre de 1953 y los contenidos en el reglamento de la C. C. I., examen que revela, a su juicio, «las diferencias sustanciales o si se quiere, las contradicciones existentes entre los dos textos». De este modo se concluye afirmando que «la cláusula de la C.C.I. no es compatible con la ley española» y, por consiguiente, «no será válida en un contrato regido por el Derecho español»; la validez de la cláusula sólo es posible, por tanto, sometiendo el contrato principal «a un derecho extranjero compatible con dicha cláusula»⁸⁰. El presupuesto de toda la construcción, es obvio, radica en la negativa a admitir la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de establecer una conexión independiente.

22. Este resultado, como se ha dicho, es contrario al estado actual del Derecho internacional privado en materia de arbitraje. De una parte, se olvida que en el Derecho convencional internacional se ha consagrado, desde el Convenio de Nueva York de 1958, una amplia autonomía de las partes, para someter el convenio de arbitraje a una ley propia; y el contenido del artículo V, apartado 1, a) de este texto ha sido recogido, asimismo, en los artículos VI, apartado 2, a) y IX, apartado 1, a) del Convenio europeo de 1961. De otra, como se ha indicado antes, la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de establecer una conexión independiente, se justifica por una previa «calificación» del convenio arbitral, en orden a la función que éste cumple en las relaciones entre las partes. Ello se refleja en el artículo 6 de la Resolución adoptada por el I. D. I. sobre arbitraje privado internacional, en la que se subraya «la independencia del convenio de arbitraje en relación con el litigio «disponiéndose que «Las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están necesariamente sometidas a la misma ley aplicable a la relación litigiosa» del contrato principal.

En el supuesto de una cláusula de sumisión al arbitraje de la C. C. I., incluida en un contrato regido por el Derecho español, resulta superfluo llevar a cabo un examen comparativo entre el

80. M. MURO DE LA VEGA, *op. cit.* en la nota 77, págs. 321 y 233.

Reglamento de esta institución y los preceptos de la ley española. El método adecuado es, en cambio, preguntarse si las partes han querido, mediante dicho convenio arbitral, someter éste a un sistema jurídico, distinto del aplicable al contrato principal; sistema que sería el competente para juzgar la validez y efectos de la cláusula compromisoria. La referida *Sentencia del Tribunal de Apelación de París (1.ª Sala Sup.) de 25 de enero de 1972* nos muestra cómo en el caso de un contrato regido por el Derecho español se estima que las partes, en lo que concierne a la cláusula compromisoria de arbitraje por la C. C. I. han operado una conexión autónoma para ésta, conexión que se refuerza por el dato de que el reglamento del organismo arbitral se estima incluido en dicha cláusula. En este caso, como ha señalado B. Goldman, «...la referencia expresa al reglamento de una institución internacional de arbitraje confiere a dicho reglamento el carácter de fuente de derecho para regir el convenio arbitral» y la eventual aplicación de una ley estatal opera, «para colmar las lagunas del reglamento»⁸¹.

Finalmente, debe señalarse que la ley del lugar en donde se realiza el arbitraje, opera en cuanto conexión autónoma para el convenio arbitral, en defecto de designación expresa por las partes. En el Derecho convencional internacional, este resultado es admitido por los textos más recientes, como es el caso del Convenio de Nueva York de 1958 y del Convenio europeo de 1961. En ellos, se admite como regla de base la autonomía de la voluntad de las partes; pero en otro caso, si no existe designación expresa, se estará «a la ley del país en el cual se ha dictado la sentencia arbitral» o ésta debe dictarse, en conformidad con la cláusula compromisoria⁸². En la práctica, esta conexión subsidiaria poseer evidentes ventajas, en el caso del arbitraje institucional, pues como se ha dicho, «el lugar en donde se desarrolla el arbitraje no es fortuito» sino conocido de las partes, al establecer la cláusula compromisoria con el contrato y expresa la voluntad de que la ley aplicable en dicho lugar rijan el arbitraje, en de-

81. B. GOLDMAN, «Arbitrage (Droit international privé)» en el *Repertoire de Droit International*, I, pág. 121. Tal solución ha sido admitida por el Convenio europeo de 1961, pues conforme a su artículo IV, párrafo 1, en el caso de que la controversia sea sometida para su resolución a una institución arbitral permanente, «en este caso el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al reglamento de la institución designada».

82. Ph. FOUCHARD, *op. cit.* en la nota 42, pág. 65, estima que «La compétence de la loi désignée par les parties pour régir la convention arbitral peut donc, de nos jours, être considérée comme un principe général de droit international privé», tras un examen del derecho convencional internacional.

fecto del contenido normativo del reglamento arbitral de esa institución permanente⁸³.

23. La autonomía de la cláusula compromisoria, tanto sustantiva como a los fines del Derecho internacional privado, es un elemento esencial para el desarrollo del arbitraje comercial internacional. En el Derecho español, la posición negativa de la doctrina se ha correspondido, en muchos casos, con la actitud del Tribunal Supremo, en el trámite de *exequatur* de decisiones arbitrales extranjeras; actitud que se basa, de una parte, en no plantear el problema de la ley aplicable al convenio arbitral, como cuestión propia del Derecho internacional privado español y, de otra, en la desorbitada extensión de la Ley española de 1953, considerada como de «orden público».

No obstante, esta actitud negativa no es, en modo alguno, unánime. Un planteamiento en términos «conflictuales» y no mediante la acción del «orden público» español se encuentra en las *Sentencias T. S. de 6 de junio de 1884, 10 de diciembre de 1912, 28 de febrero de 1928* y, en particular, en las dos decisiones dictadas en el caso «F. Krupp c. Orconera Iron Ore Ltd.», esto es, las *Sentencias T. S. de 28 de octubre de 1921 y 3 de mayo de 1929*. No es nuestro propósito examinar con detenimiento estas decisiones, desgraciadamente anteriores a la nueva ordenación del arbitraje de 1953, pero baste señalar, a los fines del presente trabajo, que la base de las soluciones de esta jurisprudencia es la autonomía de la voluntad, aplicable al régimen del convenio de arbitraje⁸⁴.

Asimismo, una actitud de signo positivo respecto del convenio de arbitraje se encuentra en aquellos autos del T. S. por los que se ha resuelto el reconocimiento y ejecución en España de decisiones arbitrales extranjeras. A este respecto, importa destacar que el *Auto T. S. de 5 de julio de 1956*, igual que ocurre en el

83. Ph. FOUCHARD, *op. cit* en la nota 42, págs. 74-7, donde se contraponen la ley de la sede del arbitraje, propuesta como conexión básica en las Resoluciones del I.D.I. de 1957,9, y las soluciones del derecho convencional internacional. A mi juicio, la referencia a la ley del lugar donde debe dictarse la sentencia arbitral no entraña un índice de carácter «territorial» sino la admisión de una implícita referencia por las partes, al designar una institución permanente o el Estado en que debe desarrollarse el arbitraje.

84. Sobre esta jurisprudencia, el análisis parece más fecundo desde la perspectiva del llamado «efecto negativo» del convenio arbitral, que en nuestro sistema jurídico posee especial importancia, por razón de lo limitado de la admisión de la *derogatio jurisdictionis* por obra de la voluntad de las partes. Cfr. al respecto las referencias doctrinales hechas en la nota 10. Sobre el tema confío en que aparezca en breve un estudio, analizando esta dimensión del «convenio de arbitraje» en las páginas de la *R.E.D.I.*

supuesto anterior, se da relevancia por la jurisprudencia española al reglamento de una institución arbitral, señalándose que en este caso la parte española contra quien se solicita la ejecución «de manera voluntaria, al contratar, se sometió a la Rubber Trade Association» para la realización del arbitraje. Al mismo resultado de la validez de la cláusula compromisoria de arbitraje, por aplicación de una ley extranjera, se llega también en los *Autos T. S. de 27 de noviembre de 1953 y 17 de mayo de 1966*. Es de destacar, en esta última decisión, la referencia a la «aplicabilidad de normas de Derecho internacional privado» en materia de arbitraje comercial internacional y, de otra parte, el dato de que el sistema jurídico nacional aplicable para la realización del arbitraje es «la ley británica, elegida por las partes contratantes» mediante la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fletamento.

V

24. Las consideraciones que anteceden, permiten establecer tres conclusiones principales en relación con los trabajos de la Comisión General de Codificación, encaminados a una actualización de la normativa española en materia de arbitraje privado, de conformidad con la «tendencia unificadora de orden internacional»; conclusiones que se basan en los resultados de este proceso unificador a nivel internacional. Tales conclusiones, sumariamente expuestas, serían las siguientes:

1.^a Por lo que se refiere a la cuestión de la unidad o escisión del convenio de arbitraje, parece aconsejable que la futura normativa española abandone la distinción hoy operativa en el sistema vigente entre «cláusula compromisoria» y «compromiso arbitral», en favor de una figura única —el «convenio de arbitraje»— y ello tanto en el plano interno como en el plano de las relaciones comerciales internacionales. Si se acepta este criterio unitario, una formulación adecuada de la nueva normativa puede realizarse de conformidad con los preceptos de la Ley Uniforme de arbitraje aneja al Convenio europeo hecho en Estrasburgo el 20 de enero de 1966. Los artículos 1-3 de esta Ley Uniforme, contienen una redacción apropiada para el logro de esta finalidad, ya admitida en los últimos años por distintos sistemas jurídicos nacionales.

Alternativamente, si se considera necesario mantener la distinción actual entre «cláusula compromisoria» y «compromiso» como base convencional del arbitraje privado, interno e internacional, sería aconsejable unos mismos efectos —positivos y nega-

tivos— para una u otra figura. Este es el régimen aceptado por el Derecho convencional internacional del arbitraje del cual España es parte —Protocolo de 1923, Convenio de 1927, Convenio europeo de 1961— así como en el Convenio de Nueva York de 1958, texto en el cual es previsible una pronta participación española; y esta solución, como se ha señalado, es acogida también en el proyecto de reglamento elaborado por la UNCITRAL, así como en muchos otros textos. En este caso, la noción genérica del «convenio de arbitraje» cubriría las dos figuras de la «cláusula compromisoria» y del «compromiso»; atribuyéndose a ambas, en el plano internacional, los mismos efectos. Tal resultado sería conforme con las exigencias actuales del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales y, de otra parte, sería consecuente con esa «tendencia unificadora de orden internacional» que se afirma que debe inspirar la actualización de nuestra normativa.

2.^a En lo que respecta a la autonomía del convenio de arbitraje, ésta debe ser asegurada en la nueva ordenación legal y, caso de admitirse la solución última, en particular debe proyectarse respecto de la autonomía de la «cláusula compromisoria». En su dimensión sustantiva, la autonomía de la cláusula debe ser establecida mediante una norma material especial, que podría formularse en términos próximos a lo dispuesto en el artículo 18, párrafo 1 de la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966, esto es, determinándose que la nulidad del contrato no entraña, necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria en él incluida o conexiónada con esta relación de base.

Paralelamente, debe quedar establecida la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de su reglamentación, de conformidad con el sistema español de Derecho internacional privado. A este fin, cabe la elaboración de una norma que, en términos cercanos al artículo 6 de la Resolución adoptada por el I. D. I. en esta materia, en 1957, determine que las condiciones de validez así como los efectos del compromiso y de la cláusula compromisoria no quedan sometidos, necesariamente, a la Ley que rige el contrato en donde se halla inserta o al que se refiere. Ello entraña la determinación por el Juez español, en cada supuesto, de la ley aplicable al convenio de arbitraje, con independencia de la ley que se estime que regula el contrato.

3.^a Finalmente, de conformidad con la orientación contenida en el artículo 10, apartado 5 del nuevo Título Preliminar del Código Civil, la ley aplicable al convenio de arbitraje es aquella a la que las partes se han sometido expresamente, tenga o no conexión directa con el contrato principal y, en defecto de tal sumisión expre-

sa, será aplicable la ley del lugar en que deba dictarse la decisión arbitral. Esta solución es conforme, como se ha dicho, con el criterio general del sistema español de Derecho internacional privado y, asimismo, con los resultados alcanzados en el Derecho convencional internacional, ya se trate del Convenio de Nueva York de 1958 o del Convenio europeo de 1961. La supresión del inciso del artículo 10, apartado 5 del nuevo Título Preliminar del Código Civil que alude como límite de la autonomía de las partes «siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate» se justifica teniendo en cuenta el régimen previsto en los dos textos convencionales multilaterales que se acaban de señalar y, esencialmente en el hecho de que la cláusula compromisoria, en el arbitraje privado internacional, posee una función propia, distinta de la del contrato en que aparece inserta o con el que se halla conexionada. De este modo, asimismo, se logra la validez de un arbitraje en un tercer país, supuesto frecuente en las relaciones comerciales internacionales, dada la existencia en el mismo de una institución arbitral, a la que las partes se han sometido.

A este respecto, parece aconsejable que la formulación de estas normas de conflicto de leyes vaya acompañada de un precepto, redactado en términos similares a los del artículo 2, párrafo 2.º de la Ley Uniforme aneja al Convenio europeo de 1966, de conformidad con el cual se admite que si las partes se han referido en el convenio de arbitraje al reglamento de una institución arbitral, las disposiciones de este reglamento se entenderán incluidas en el convenio de sumisión al arbitraje.