

## Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad

José Carlos Fernández Rozas [1]

### I. Objeto del juicio de arbitrabilidad [\[arriba\]](#)

#### 1. Posiciones en presencia

1. Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, sin embargo, el Estado, por medio de su legislación interna, establece las materias o las controversias que no pueden ser resueltas conforme a este procedimiento. Pese al proceso de armonización que existe en el marco de los sistemas estatales en esta materia, y a la marcada tendencia liberalizadora[2] que se observa en la práctica, cada uno de ellos es muy celoso de las categorías jurídicas que pueden ser sometidas al juicio de árbitros. Este particularismo obedece a que cada Estado considera de manera individual que existen cuestiones cuya decisión puede afectar, además de a las partes en la controversia, al orden público, por lo cual quedan excluidas del arbitraje, siendo los ejemplos más significativos el estado civil, Derecho de familia, el Derecho penal[3], o las cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las libertades fundamentales[4], aunque estén contempladas por una cláusula de arbitraje[5].

La razón más importante para limitar el alcance de la arbitrabilidad es la percepción de que los derechos privados en el campo del derecho en particular están estrechamente entrelazados e interrelacionados con ciertos intereses públicos[6]; sin embargo en otras materias donde es claramente apreciable la presencia del orden público sí cabe la posibilidad de arbitraje cuando los árbitros tengan en cuenta la normativa imperativa que recae sobre ellas. Como pusiera de relieve R.J. Caivano, “el hecho de que en una controversia estén en juego derechos sustantivos indisponibles, o que su solución exija interpretar o aplicar normas de orden público, no constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción arbitral”[7].

Paralelamente, en muchos ordenamientos se está ampliando la capacidad de las entidades públicas para pactar que sus controversias, originadas en el marco de su libre disposición o en aquellas que expresamente estén contempladas por la ley, sean solventadas por árbitros mediante una decisión arbitral con eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto del su conocimiento por los órganos jurisdiccionales competentes[8]. De hecho, las áreas fundamentales para el interés público sometidas a las competencias judiciales exclusivas son cada vez más reducidas y más difíciles de identificar, lo que no implica que determinadas materias jurídicas sigan estando vedadas al juicio de árbitros[9]. Y ello es particularmente evidente desde la perspectiva de los litigios vinculados a los negocios internacionales, en los cuales, desde hace más de medio siglo, el Estado ha sido proclive a ceder sus competencias jurisdiccionales[10].

2. La arbitrabilidad es una noción que delimita el ámbito de actuación de los derechos privados y el contorno de los poderes de las jurisdicciones estatales en su misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado[11]. La determinación de qué categorías de controversias deben de ser resueltas necesariamente por órganos estatales, quedando por lo tanto excluidas del arbitraje, es realizada, “prima facie”,

individualmente por cada ordenamiento jurídico[12]. Esta operación no es otra cosa que una “verificación de la validez del convenio arbitral” entrañando que, si el litigio es inarbitrable de conformidad con el Derecho aplicado por los árbitros, éstos deberán declarar su incompetencia para enjuiciar el asunto. Dicho en otros términos, es la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto a ellos sometido por obra del acuerdo arbitral, o la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia. Si estos no lo hacen así y persisten en continuar el arbitraje es obvio que el laudo que eventualmente dicten no sólo podrá ser susceptible de anulación en el Estado de la sede del arbitraje, sino que el hipotético ejecutur podrá ser rechazado en el Estado donde se pretenda su ejecución[13], al margen de las eventuales cuestiones inherentes a la responsabilidad de los árbitros.

Bien entendido que las divergencias entre ordenamientos, cuando estemos en presencia de un arbitraje comercial, ofrecen una singularidad especial a la hora de determinar la ley aplicable al arbitraje para determinar la arbitrabilidad de la materia en función del particularismo regulador de determinadas materias, como, por ejemplo el Derecho de sociedades o el Derecho de la competencia[14].

## *2. Dificultades de delimitación*

3. Puede presentarse la indagación de la arbitrabilidad en distintos momentos. Por un lado, como presupuesto de la competencia de los árbitros, a propósito del examen su propia competencia antes de iniciarse el proceso propiamente dicho, o en sede judicial, tanto con ocasión del análisis de la validez del convenio, para afirmar o denegar la competencia arbitral (inarbitrabilidad contractual); como en el trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

Es posible hablar así de distintas acepciones de la arbitrabilidad según se valore en sede arbitral, en fase negocial, como presupuesto del procedimiento de arbitraje en su conjunto, como requisito de validez y eficacia del convenio arbitral o como elemento condicionante de la competencia de los árbitros en el examen que éstos hacen de su propia competencia[15].

Y esta valoración difiere también si nos colocamos ante la óptica del juez en el momento de valorar la validez del convenio arbitral, en el trámite de anulación, o con ocasión del rechazo o aprobación “ex officio” del laudo arbitral extranjero con ocasión del reconocimiento y la ejecución, toda vez que la inarbitrabilidad de la controversia es causa de impugnación del laudo, tanto en el recurso de anulación (v.gr., art. 45.4º LA española), como en el de reconocimiento y ejecución (art. V.2º.a Convenio de Nueva York de 1958). Desde esta perspectiva puede hablarse de arbitrabilidad como: a) condición impuesta por el Derecho rector del fondo, b) como instrumento de validez del convenio arbitral, o c) como presupuesto que posibilita la no anulación o el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

Por último, la arbitrabilidad puede ser un elemento distintivo entre controversias nacionales o internacionales. Esta línea se consolidó en relación con los acuerdos de arbitraje, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 17 junio 1974 (“Scherk v. Alberto Culver Co”)[16], que puso el acento en la internacionalidad del contrato controvertido al declarar que un instrumento de este tipo implicaba consideraciones y políticas significativamente diferentes de los contratos referidos exclusivamente a los asuntos domésticos y que este aspecto debía ser tenido en cuenta, al verificar la conformidad de tal contrato con el orden público. En consecuencia, consideró que, a pesar de que las controversias derivadas de

transacciones de valores no podían ser sometidas a arbitraje si el contrato era interno, los litigios derivados de dichas operaciones podían ser susceptibles de arbitraje, si el contrato era internacional. Por lo demás, la necesidad de un enfoque limitado de la noción de orden público ha sido confirmada por muchos tribunales de EE UU en decisiones posteriores. Baste referirse a la Sentencia del Southern District of New York de 23 marzo 1987 (“American Const. Machinery & Equipment Corp. v. Mechanised Const. of Pakistan”)[17].

4. Las acepciones de la arbitrabilidad encuentran una línea divisoria inicial que separa la arbitrabilidad en sentido estricto, referida a la arbitrabilidad “*ratione materiae*”, de la extensión de los contornos de la arbitrabilidad referidos al ámbito de aplicación del convenio de arbitraje[18]. En los países de tradición jurídica romano-germánica la arbitrabilidad se refiere exclusivamente al objeto material del convenio de arbitraje internacional, independientemente de la discusión subyacente sobre si esta arbitrabilidad puede ser subjetiva además de objetiva; sin embargo en los países del “*common law*” la arbitrabilidad se entiende en un sentido más amplio, utilizándose para designar el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje, esto es, si la controversia está cubierta por la cláusula de arbitraje, lo que conduce a indagar la voluntad real de las partes, en interpretar la voluntad de éstas al someter la cláusula a arbitraje.

Resulta habitual la distinción entre arbitrabilidad objetiva o “*ratione materiae*” y la capacidad como arbitrabilidad subjetiva o “*ratione personae*”, considerando que una cosa es la arbitrabilidad y otra las cuestiones de capacidad en el arbitraje[19]. Mientras que la finalidad de la primera es preservar la integridad del interés público, la de la segunda atiende esencialmente a garantizar la validez contractual de los acuerdos de arbitraje en el contexto de procedimientos arbitrales[20].

5. La arbitrabilidad subjetiva incide directamente en la capacidad de la parte que posee la facultad de disponer del derecho u obligación objeto de la controversia que se quiere someter al arbitraje. Esta manifestación de la arbitrabilidad se refiere al hecho de que ciertos individuos o entidades pueden ser considerados incapaces de someter sus litigios a este mecanismo de solución de controversias como resultado de su estatus o función. Las limitaciones subjetivas a la arbitrabilidad generalmente conciernen a Estados y Entidades públicas, a los cuales, bajo ciertas leyes nacionales se les prohíbe absolutamente negociar acuerdos de arbitraje o se les permite hacerlo únicamente luego de haber obtenido ciertas autorizaciones previas.

Puede decirse que la arbitrabilidad subjetiva plantea una cuestión de consentimiento. No resulta de recibo concebir que quien no tiene disposición sobre un derecho decida someterlo al arbitraje. El arbitraje en tanto que un negocio jurídico comporta la necesidad de analizar los elementos de validez del contrato de arbitraje, especialmente la capacidad, estableciendo que operadores jurídicos son incapaces de remitir las controversias al arbitraje. Esta manifestación de la arbitrabilidad está centrada en las cuestiones relativas a la capacidad para obligarse por el convenio arbitral, lo que conduce a verificar si la participación de determinados sujetos en el mismo puede también vulnerar el orden público. Una diferenciación, a efectos sistemáticos, que no implica una necesaria consideración separada. Se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto.

Desde la dimensión que contemplamos, la arbitrabilidad en tanto que condicionante de validez y eficacia del convenio arbitral, supone una restricción a la facultad de las partes; y, al mismo tiempo, una la competencia exclusiva de los árbitros

condicionante de la puesta en marcha del procedimiento. Por consiguiente, la inarbitrabilidad es, a la vez, un motivo de impugnación del convenio arbitral y del laudo, y un mecanismo de control del reconocimiento y ejecución si ésta proviene del extranjero.

Como se ha indicado, la inarbitrabilidad subjetiva existe respecto de los Estados o las entidades estatales o de Derecho público, que en virtud de normas legales no se les permite acudir al arbitraje o se les permite bajo ciertas y estrictas condiciones[21]. La determinación de la cesión de las potestades del ente público para someterse a arbitraje deberá ajustarse a los requisitos formales previstos en la ley para cada caso concreto, lo que nos conduce al ámbito de la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del proceso arbitral. Pese a que la capacidad del Estado para involucrarse en un procedimiento de arbitraje se considera una materia perteneciente al orden público internacional, aún domina cierta una tendencia refractaria a la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un arbitraje comercial, considerándose dicha legitimidad como un auténtico principio de orden público transnacional[22].

Y a ello hay que añadir que ciertos contratos, por afectar a materias de pura disciplina administrativa, pueden perturbar el orden público, por lo que no siempre será eficaz un convenio de arbitraje que involucre de alguna manera al Estado.

6. Por su parte, la arbitrabilidad objetiva es aquella que se refiere a las controversias que, según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje,[23] fijando así las materias litigiosas que las partes deciden someter al juicio de árbitros. Dicho de otro modo, es la idoneidad objetiva de una materia para ser resuelta en un proceso arbitral, para lo cual debe atenderse exclusivamente a las concretas peticiones o pronunciamientos solicitados por las partes. Está relacionada directamente con la materia de la controversia actuando negativamente cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje, circunscribiéndose a las materias que el legislador ha querido reservar a los jueces estatales.

Las respuestas tradicionales de los sistemas estatales hacen referencia a que son arbitrables las controversias transigibles, esto es, aquellos asuntos patrimoniales en los cuales las partes tienen poder de disposición y, en este marco, la naturaleza “contractual” de la relación suele ejercer una relevancia especial[24]. Claro que, dentro de este catálogo, algunas normativas estatales añaden las materias contrarias al orden público, lo cual suscita problemas al involucrar dos cuestiones distintas. Baste atender a que tanto el art. 41.1º.e de la Ley de Arbitraje española (“cuestiones no susceptibles de arbitraje”), como el art. V.2º.a) del Convenio de Nueva York de 1958 se refieren a la arbitrabilidad objetiva y su consideración está claramente separada del orden público, configurado como una causal autónoma.

## **II. Cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje [\[arriba\]](#)**

### **1. Tendencia expansiva**

7. Las tendencias de la práctica arbitral se orientan a la ampliación del número de cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje, aunque es natural que se registren aún importantes reticencias teóricas y prácticas. Debe tenerse en cuenta que la inclusión de una determinada materia en el ámbito de la arbitrabilidad implica una cesión automática por parte del Estado de su competencia para conocer

de determinadas controversias en favor de la justicia privada. Por tal motivo, el alcance de dicha cesión en el marco comparado muestra una importante dosis de particularismo, que dificulta la unificación internacional en el sector[25]. La alternativa gira en torno a determinar si es practicable conferir una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, o asentar una lista cerrada de las materias que no son susceptibles de dirimir por este cauce[26].

En los foros internacionales de unificación se consideró que tal vez sería útil para los Estados que se estudiara si las controversias relativas a cuestiones tales como la propiedad inmobiliaria, la competencia desleal o la insolvencia podrían ser o no objeto de arbitraje. No obstante, se advirtió que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos de uniformidad, por lo que cualquier tentativa de prever una lista de materias susceptibles o no de arbitraje podría restringir innecesariamente el margen de maniobra de cada Estado para atender a ciertos problemas de orden público inherentes a su Derecho interno, que tal vez evolucionaran con el tiempo. Concretamente en el seno de la Uncitral se evidenció que no era fácil tal delimitación por la gran diversidad de criterios en presencia contrapuestos[27]. Es un tema que está en plena expansión pudiendo apreciarse que actualmente cada vez son más las materias consideradas arbitrables, como es el caso de la propiedad intelectual y de la competencia económica, cuando se vinculan estrechamente a los derechos y obligaciones de las partes. Por eso se puso en marcha una propuesta para que el Grupo de Arbitraje de Uncitral, estudiase la arbitrabilidad de las controversias sobre el gobierno corporativo de las sociedades y sobre propiedad industrial e intelectual[28]. Y dicha propuesta ya empieza a recoger sus frutos desde el panorama comparado[29]. La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional.

8. Fuerza es confesar que terrenos tradicionalmente “incómodos” para el arbitraje, como el Derecho de la competencia, el de la propiedad industrial, o el de sociedades, son hoy objeto de pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del catálogo de materias arbitrables tiene un precio: en la medida en que el arbitraje va inmiscuyéndose en terrenos involucradas por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe atender escrupulosamente a las peculiaridades del territorio en el que se ha adentrado, lo que implica tratar muchas veces con materias objeto de una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento patentiza una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse de una manera categórica. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje[30]; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación. El discutido concepto que encierra el art. 36.2.º de la Ley Modelo Uncitral[31] o, en sede reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.º del Convenio de Nueva York de 1958 está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa tenga vocación de ser aplicada, cualquiera que sea el

órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, debe tenerla muy en cuenta.

## *2. Criterios determinantes y alternativos en presencia*

9. Para resolver el interrogante de qué cuestiones pueden someterse a arbitraje se ofrecen, “prima facie”, dos alternativas. Por un lado, la posibilidad de someter a arbitraje aquellas materias susceptibles de transacción. Por otro lado, entender que pueden ser objeto de arbitraje aquellas materias que por su naturaleza se desprenden de normas dispositivas. Como regla general, el primer caso, se encuentra estrechamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente, a la ley aplicable al fondo del litigio (“lex causae”), llamada a dilucidar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias; en el segundo, en cambio, somete estas consideraciones a la ley rectora de la validez del convenio arbitral.

Las Leyes de arbitraje tienden a inclinarse hacia una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje. Es una cuestión que se vincula a la noción de “comercialidad” de la relación jurídica pero que no debe confundirse con ella toda vez que existen relaciones comerciales que sí pueden ser arbitrables por caer dentro del ámbito de los derechos patrimoniales o disponibles. Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos cuentan con los mismos criterios para establecer la línea divisoria entre lo que corresponde al árbitro y lo que compete al juez.

i. En principio, los sistemas de Derecho escrito son partidarios de clasificar las categorías de controversias, en la materia que nos ocupa, a través de la utilización de fórmulas generales; más precisamente consideran que no son arbitrables las cuestiones que no son susceptibles de transacción o en aquellas que resultan indisponibles para las partes, o no pueden ser objeto de los contratos.

ii. Contra esta técnica de naturaleza objetiva los sistemas del “common law” ponen en manos de los tribunales de justicia el establecimiento de este deslinde material. Es más, el art. 1º.b) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996 refleja, de forma implícita, que no se contiene ningún límite a los tipos de controversias que puedan ser resueltas por medio de arbitraje, excepto la salvaguarda genérica del “interés público”, como principio general[32].

Los criterios empleados para determinar qué asuntos pueden o no ser sometidos a la decisión de árbitros son susceptibles de clasificarse en distintos grupos, no pudiendo aceptarse uno con carácter excluyente de los otros, pues ninguno expresa una solución satisfactoria. Asimismo, se suele incluir el criterio de que no puede admitirse el arbitraje sobre cuestiones que ya han sido jurisdiccionalmente solventadas, dado que la fuerza de cosa juzgada de la que disfrutaban las sentencias firmes excluye de raíz cualquier enjuiciamiento posterior de la cuestión, tanto por parte de los propios órganos jurisdiccionales como, obviamente, por parte de instituciones extrajudiciales. En este caso, la fuerza de cosa juzgada se traduce en la indisponibilidad absoluta sobre el conflicto para cuya resolución se ha dictado una sentencia dotada de tal naturaleza. Se trata aquí de una indisponibilidad de contenido procesal que se puede proyectar sobre cuestiones perfectamente disponibles desde el punto de vista material.

10. De entre todos los criterios que existen para definir la arbitrabilidad “ratione materiae” de las diferentes controversias que pueden ser resueltas por medio de

arbitraje hay que destacar fundamentalmente: a) la libre disponibilidad de los derechos controvertidos; b) la identificación de la arbitrabilidad con la naturaleza económica o patrimonial de la controversia; c) la competencia exclusiva de los tribunales judiciales o, si se quiere, la prohibición específicamente el arbitraje en todas aquellas materias tocantes al orden público. Es notorio que el tercero de estos criterios es, indudablemente el más restrictivo, debatido y polémico.

El criterio de la disponibilidad no aparece sólo, sino que se encuentra acompañado del criterio de la patrimonialidad y del orden público como límite final. Además, muchas de las materias indisponibles están protegidas por una atribución imperativa de jurisdicción. De ahí, que muchas veces se haya identificado la indisponibilidad con la atribución imperativa, lo cual es útil para demostrar que es necesaria la reagrupación de criterios para concretar la condición necesaria de la arbitrabilidad. A la postre, será el orden público internacional o el orden público verdaderamente internacional el que se encargará de definir la misma.

### *3. Derechos de libre disposición de las partes*

11. La regla general limita la arbitrabilidad a los asuntos que a la luz de la ley nacional sean susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes. Sentado esto, únicamente pueden ser objeto de compromiso aquellas materias que se encuentren bajo el control absoluto de su titular en el sentido de que tenga capacidad de renuncia o de enajenación con respecto a ellas: la arbitrabilidad referida a las denominadas materias “de libre disposición” o “libre disponibilidad”[33].

Un derecho será disponible cuando no exista una prohibición expresa, implícita o proveniente de su propia naturaleza, para renunciar o realizarlo de una forma diversa a aquella prevista por la Ley. El ordenamiento jurídico en su conjunto es quien establece los límites al arbitraje. Cada normativa se encargará de darnos unas pautas para saber si la materia que regula se podrá considerar o no disponible, pero por lo mismo será necesario hacer un análisis para cada caso en concreto, ya que no es posible hacer, tal y como decíamos, una enumeración de todas las materias que se podrían considerar no arbitrables en un sólo documento[34].

Se entiende que, por lo general, es viable el arbitraje cuando las partes pueden disponer libremente del objeto alrededor del cual ha surgido o puede surgir una controversia. Ahora bien, la delimitación de la noción de disponibilidad entraña serias dificultades como reconocer que es disponible todo aquello en donde cabe el ejercicio de la autonomía de la voluntad, afirmar que se puede disponer de un derecho cuando ello no contraría el orden público, o delimitar el campo de la disponibilidad con referencia exclusiva a los derechos patrimoniales. Por este motivo los términos “poder de disposición” y “libre disposición” son fundamentales para la identificación de las materias válidamente arbitrables, que no pueden consistir en otras que aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas; esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el ordenamiento reconoce y ampara[35].

12. Para considerar si una materia es de libre disposición es menester determinar cuál es la relación jurídica objeto de la controversia y si ésta última produce derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a la contraparte y hacerlos

cumplir; al fin y al cabo serán arbitrables aquellas controversias que se funden en el ejercicio de un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado.

De estas premisas se desprende que, el problema estriba en determinar cuáles son las materias sobre las que, en Derecho, cabe una disposición de tal especie. En principio puede sostenerse que nos hallamos ante presunción “iuris tantum”, que únicamente podrá ser objeto de impugnación cuando una ley prohíba de manera expresa la arbitrabilidad de la materia. Al reposar el arbitraje en la facultad de las partes para integrar los términos de las relaciones jurídicas que tengan a bien establecer entre sí, es obvio que se excluyen las materias respecto de las cuales éstas carezcan de facultades dispositivas o, si se quiere, el marco normativo unilateralmente impuesto por el Estado al objeto de prefigurar la situación jurídica de los individuos habilitados para actuar en el ámbito del conjunto del ordenamiento. En rigor, ni es factible elaborar una lista acabada de derechos disponibles ni lo es de los que son indisponibles y cualquier intento en tal sentido traería como consecuencia inexorable un casuismo nada conveniente en un sector tan dinámico como el de la arbitrabilidad[36].

13. No todos los ordenamientos guardan idénticos criterios de disponibilidad y, en todo caso, no suelen enumerar las materias indisponibles. Se ha realizado por la doctrina una labor delimitadora cuyo resultado apunta a que las materias disponibles y, como es lógico, arbitrables, son aquellas que cada sistema jurídico considera, a través de normas de índole dispositiva, que son susceptibles de ser sustituidas por el poder de autodeterminación de los particulares; por el contrario no reúnen tal condición aquellas cuestiones que el ordenamiento salvaguarda con normas imperativas de necesario cumplimiento por éstos. Se encuentran dentro de esta noción aquellas materias vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas. De acuerdo con esta posición no se considera ineludible establecer elenco alguno, ni siquiera a efectos didácticos, de las materias que no son de libre disposición, limitándose a fijar si la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes siendo. A partir de aquí la ecuación es clara: son arbitrables las cuestiones disponibles. Y aunque es verosímil que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su cariz arbitrable, ello sobrepasa el marco específico de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Siguiendo esta tónica en España la Ley N° 60/2003, ha establecido la arbitrabilidad objetiva de las materias que sean de libre disposición conforme a derecho. El legislador español consideró, con buen criterio, innecesario que la ley incluyese una relación de materias que no son de libre disposición. En esta dirección, el art. 2.1º LA/2003 define la arbitrabilidad diciendo que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”, poniendo así de manifiesto que lo que ha de ser disponible son las materias, esto es, los derechos subjetivos en litigio[37].

#### *4. Carácter patrimonial de la controversia (“financial interest”)*

14. Un segundo criterio, que a veces suele acompañar al anterior y a otras actúa de manera autónoma es el de la patrimonialidad (“financial interest”) que conduce de una manera inexorable a una consideración “comercialista” del arbitraje. No puede extrañar que sea el utilizado con preferencia en los textos internacionales

reguladores de la institución arbitral, siendo incorporado en las modernas legislaciones de arbitraje. Frente a la libre disponibilidad, que implica que el titular del derecho puede renunciar o hacer objeto de transacción del derecho, la naturaleza patrimonial implica un interés pecuniario que resuelta en principio más fácil de verificar.

En la aplicación de este criterio la cuestión no se centra exclusivamente en si la materia sometida a arbitraje va a poder ser expresada económicamente, sino en la posibilidad de que las partes puedan realizar un acuerdo privado, articulado en un convenio arbitral, para lo cual se debe contrastar, entre otras cosas, cuándo las partes pueden disponer libremente de las materias susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje al plantearse una controversia. Aunque los derechos indisponibles se identifiquen con los extrapatrimoniales, por ejemplo, con la edad de las personas, el derecho moral de autor, etc., la situación inversa no siempre es verdad. No todos los derechos patrimoniales son disponibles. Existen materias patrimoniales no disponibles o que caen bajo una atribución imperativa de jurisdicción y no se pueden arbitrar ni aún en la vertiente internacional apreciada desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, la pensión compensatoria es patrimonial y no es disponible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, por lo que no es arbitrable.

Habitualmente entraría dentro de esta concepción cualquier controversia en que una de las partes posee un interés económico en su sustanciación por vía arbitral; los ejemplos más axiomáticos de esta solución de contenido material son el del art. 177.1º Ley suiza de Derecho internacional privado aplicable cuando el arbitraje tenga lugar en Suiza (“Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage”, o el del art. 1030.1º Código de Procedimiento Civil alemán (“vermögensrechtlicher Anspruch”).

15. El criterio de la patrimonialidad es el método más defendido dada su fácil determinación como principal criterio de referencia para decidir la arbitrabilidad de las controversias en el terreno internacional; y, también porque tiene la virtud de evitar las discusiones en torno a la ley aplicable a la arbitrabilidad. Además goza de gran difusión en la jurisprudencia y en la doctrina internacional, aunque no sea la única pauta para determinar la arbitrabilidad internacional.

La jurisprudencia española parece no desdeñar este postulado, al considerar que el criterio de disponibilidad o no de la materia se aproxima cada vez más al criterio de la patrimonialidad o de la susceptibilidad de que los derechos en disputa tengan un contenido económico[38].

Se trata sin embargo que un mero atisbo que no puede generalizarse en el sentido de extender la arbitrabilidad a todas las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. Dicho de otro modo, equiparar la libre disposición a la patrimonialidad de la materia y concluir que todas las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje[39].

##### *5. Listado de exclusiones*

16. El tercer criterio, se caracteriza porque los asuntos susceptibles de arbitraje están incluidos en listas taxativas; dichas listas pueden ser positivas, cuando señalan de manera expresa los asuntos arbitrales y, negativas, cuando señalan de manera

expresa y taxativa los asuntos que no pueden ser sometidos a este proceso especial. Este sistema se sigue en determinadas leyes de arbitraje, que identifican dentro de las materias excluidas:

- cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución;
- asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público;
- causas penales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito;
- alimentos futuros; alimentos futuros;
- controversias relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial
- conflictos relacionados con el estado familiar de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste; y
- cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas, aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas.

El sistema de listado no deja de entrañar inconvenientes y por eso es susceptible de numerosas críticas; señaladamente cuando nos hallemos ante un arbitraje internacional porque en este campo cada vez más se amplía el ámbito de la arbitrabilidad. Cualquier restricción basada en la existencia de materias inarbitrables, o arbitrables, choca con este postulado obligando a engorrosos procesos de reformas legales en un momento ulterior o a complejas construcciones jurisprudenciales, con la consiguiente inseguridad jurídica para los usuarios del arbitraje o de. Por eso son preferibles los sistemas que identifiquen la eventual arbitrabilidad a través de criterios de carácter más general y flexible.[40]

### **III. Arbitrabilidad, orden público y normas imperativas [\[arriba\]](#)**

#### **1. Interacción entre arbitrabilidad y orden público**

17. Salvo las cuestiones derivadas de ciertas situaciones patológicas, las relativas a la arbitrabilidad asumen, por lo general, un carácter menos ambiguo en el marco estrictamente comercial respecto de otros ámbitos del Derecho privado. Es muy habitual vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido de que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio. Siendo la arbitrabilidad un elemento predicable de cada Estado en particular (v.gr., en España art. 2 LA/2003), suele aparecer bajo la forma de normas no dispositivas o principios de orden público[41]. Son sin embargo dos nociones que poseen autonomía propia. Es cierto que muchos litigios no son susceptibles de arbitraje por motivos de orden público, pero no es menos cierto que existen materias inarbitrables que no contrarían a dicha noción, por ejemplo, porque no reúnen ciertos requisitos de patrimonialidad, disponibilidad, o porque están sometidas a una determinada jurisdicción[42].

En una primera aproximación puede afirmarse que la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes, sino que su objeto debe ser susceptible de ser resuelto mediante arbitraje; emerge, pues, como una condición legal de la validez del convenio arbitral[43] y, por consiguiente, de la competencia de los árbitros. Por el contrario, el orden público se refiere a las leyes o los parámetros que el contrato pudiera infringir[44].

En este sentido, la noción no opera necesariamente como fundamento de inarbitrabilidad de las materias litigiosas, sino como un límite del poder de decisión de los árbitros que se convierten así en auténticos guardianes del orden público[45].

18. El orden público se ha utilizado con frecuencia como una frontera infranqueable a la arbitrabilidad; mas su ámbito de aplicación ha evolucionado, sobre todo a nivel internacional, no actuando en todos los supuestos como un límite a la misma, sino como un freno al poder de los árbitros, de tal forma que se desplaza el control desde la fase inicial del arbitraje a la fase final, esto es, al recurso de anulación o al reconocimiento y la ejecución del laudo. Por ello que una cuestión se considere de orden público o de interés general no debería ser un obstáculo a la arbitrabilidad de la materia. Cosa distinta es que la no arbitrabilidad por razones de orden público deba ser analizada con minuciosidad, ya que el orden público es un concepto jurídico indeterminado[46] que no sufre alteración alguna por el hecho de que la controversia de tipo comercial se resuelva por arbitraje y, en caso de existir una perturbación sobre la misma, a través de los tribunales ordinarios[47].

No es, pues, suficiente determinar que una cuestión es arbitrable para poner en marcha el proceso arbitral; dentro de la misión del árbitro se incluye la necesidad de indagar si el litigio es contrario al orden público, o si está afectado por esta noción para condicionar sus actuaciones posteriores, y aunque la competencia del árbitro en esta materia fue discutida en el pasado, en la actualidad es algo totalmente aceptado, tanto más cuando existe el control posterior del juez. Se habla incluso de un postulado favorable a la arbitrabilidad de lo establecido en la cláusula de arbitraje[48].

En la valoración debe tenerse muy presente el carácter interno o internacional de la materia objeto de arbitraje. Y, si nos hallamos ante un arbitraje internacional, el “favor arbitrandum”[49] adquiere una extensión mayor en el sentido de que en caso de duda ante la arbitrabilidad de la controversia por razones de orden público interno la excepción no debe, en principio, prosperar.[50] Pero no es un tema totalmente pacífico en la doctrina, pues a medida que la arbitrabilidad se extiende en determinados sistemas, en otros el orden público sigue manifestándose con toda su amplitud y, con ello, es verosímil una deslocalización del arbitraje con fines fraudulentos[51].

Las hipótesis más frecuentes de esta situación se producen cuando los árbitros deben resolver cuestiones vinculadas a la aplicación y a la interpretación de un contrato ilícito respecto del cual una de las partes solicita su ejecución[52]. En tal caso, pese al carácter arbitrable de la materia, el tribunal arbitral no podrá conocer del asunto por los problemas inherentes al propio litigio.

19. Independiente de los criterios que un determinado ordenamiento adopte para determinar la arbitrabilidad de un asunto, cada vez más abiertos y favorables a la misma, el orden público actuará siempre como una última instancia para impedir el juicio arbitral o para admitir los efectos de los arbitrajes “deslocalizados”[53]. Pero

la arbitrabilidad también sigue siendo otro primordial instrumento de la soberanía nacional por lo que, hoy por hoy, la referencia a un ordenamiento estatal concreto para emitir un juicio sobre la verosimilitud de la misma sigue siendo un requisito obligado.

Sólo en los últimos tiempos, con el aumento de la confianza en el arbitraje, la presión se ha ido debilitando por la ampliación de materias arbitrables y la disminución de los ámbitos materiales del orden público[54]. Así concebida, la noción de orden público asienta un elemento constitutivo de la validez del convenio arbitral sin que ello suponga un obstáculo para la arbitrabilidad de la controversia. Dicho en otros términos, las normas de Derecho que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público, ya que en ocasiones derivan de normas Derecho privado del Estado requerido. Poseyendo estas normas carácter imperativo, debe advertirse que no todas las reglas imperativas forman parte del orden público y la misma observación es aplicable a la arbitrabilidad. En la práctica, sin embargo, no suelen ser muy frecuentes las decisiones de los tribunales estatales en torno a la arbitrabilidad a la hora de redactar el acuerdo de arbitraje, o a la hora de proceder a una designación judicial de árbitros[55], lo que contrasta con la abundancia de invocaciones a la inarbitrabilidad en la fase del control del laudo.

Tanto es así que, recurrentemente, se posibilita la anulación del laudo arbitral cuando éste contraría el orden público, lo cual es totalmente comprensible si se tiene en cuenta que el orden público constituye un conjunto de normas y principios establecidos a favor de la comunidad, razón por la que no es posible a los particulares modificarlos, ya que entraña un límite a la autonomía de la voluntad, principio en que se inspira la institución arbitral. Dígase lo que se quiera, las partes no podrían someter a arbitraje una materia que envuelva un interés superior o de la colectividad o pactar un acuerdo arbitral donde se vulneren tales normas.

20. La arbitrabilidad “*ratione materiae*”, es decir, que el objeto de la controversia sea o no sea susceptible de ser sometido al proceso arbitral, figura en algunas legislaciones en el mismo capítulo donde también se inserta el orden público, como causal para que el juez competente compruebe si el laudo debe ser anulado, o reconocido y ejecutado si proviene del extranjero; sin embargo, debe tenerse presente que las normas jurídicas que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público, pues en ocasiones derivan de normas de Derecho privado del Estado requerido[56].

i. Desde la perspectiva del juez de control del laudo, la práctica apunta hacia una cierta tendencia favorable a su vinculación. Concretamente, la unidad de ambos motivos de anulación y de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero se pone de manifiesto al orientarse ambos a preservar determinados ámbitos materiales del propio ordenamiento, cuando está presente un especial interés del Estado. Éste se manifiesta, de un lado, al reservar el conocimiento de las controversias referidas al conjunto de materias que abarca, exclusivamente a los tribunales de la justicia ordinaria; de otro, en evitar que determinadas soluciones establecidas por órganos de arreglo de controversias extranjeros, y contrarias a los principios básicos del ordenamiento jurídico integren el acervo jurisprudencial del foro. La distinción entre ambas causas de denegación, debido a la interrelación anteriormente descrita, no es siempre fácil, sobre todo cuando de la no arbitrabilidad de la controversia se trata. En este caso, sin duda, la tendencia apunta hacia una manifiesta confusión de estas dos causales[57].

ii. Desde la perspectiva del árbitro que ha de enfrentarse a una cuestión de arbitrabilidad, éste debe determinar previamente si posee una base competencial para resolver la controversia, jugando el recurso al orden público un papel importante en la determinación del ámbito material del arbitraje y en la posibilidad de excluir del mismo determinadas cuestiones y restringiendo con ello el ámbito de la libertad contractual[58]. Cosa distinta es que eludan en el laudo la cuestión de la arbitrabilidad en determinados ámbitos materiales influenciados por el orden público, como es el caso del Derecho de la competencia[59].

Al regular el alcance del acuerdo de arbitraje los redactores del art. II.1º del Convenio de Nueva York de 1958 (al igual que los del art. I.1º.a del Convenio de Ginebra de 1961) se guardaron muy cuidadosamente de pronunciarse en torno a la noción de “arbitrabilidad”, limitándose a referirse sin mayor precisión a las controversias que “puedan ser resueltas por medio de arbitraje”. Se consideró que tal precisión no era procedente pues la noción de “arbitrabilidad” al igual que la de “orden público”, posee un talante cambiante en el tiempo y en el espacio y que era más adecuado estar al proceso evolutivo de la noción y no caer en el error de congelar esta para el futuro[60].

21. Sea como fuere, el art. 7.1º Ley Modelo Uncitral de 1985 guardó también un consciente silencio al respecto[61].

Pero arbitrabilidad y orden público están íntimamente unidos dentro de este último texto uniforme: en el art. 34.2º.b.i), se toma en consideración el recurso de anulación como el único posible contra el laudo arbitral, que podrá ser anulado si el tribunal estatal comprueba que según la ley del Estado donde se solicita la nulidad, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; por su parte en el art. 34.2º.b.ii) habla de la contrariedad del laudo con el orden público de ese Estado. Por ende puede inferirse de ambos preceptos la aplicación a la arbitrabilidad de la ley de la sede y de la ley del reconocimiento previsible, en la fase negocial, o actual, en la fase post-arbitral, del laudo internacional[62]. Se comprende así que tanto el árbitro como el juez deban tener en cuenta tanto las disposiciones de la ley de la sede, como las de orden público del lugar del previsible ejecuátur.

Es curioso que en los trabajos de redacción de los dos párrafos del art. 34 Ley Modelo Uncitral que estamos considerando [63] hubo una corriente de opinión favorable a eliminar la noción de “orden público” en función de su generalidad y amplitud y si bien esta posición no prosperó el debate fue muy útil para precisar dos cosas. En primer lugar, que su contenido, debe estar centrado en conceptos y principios fundamentales de justicia, habida cuenta que muchos Estados, tanto del “common law” [64] como de Derecho civil, insertan en él principios de justicia procesal. Y, en segundo lugar, que el ámbito del denominado “orden público internacional” es mucho más reducido que el del “orden público interno”. Pero sigue sin haber acuerdo en orden a una delimitación y uniforme del concepto en cuestión, pues se le sigue relacionando, no con el orden público común a la generalidad de los Estados sino con los principios esenciales de orden público de cada Estado individualmente considerado. Semejante diversidad no deja de repercutir en la actuación del árbitro cuando se enfrenta a la delimitación del contenido de la noción[65].

22. La interrelación entre arbitrabilidad y control del laudo por motivos de orden público es uno de los aspectos de mayor interés en el Derecho actual del arbitraje, ya que cuanto más se extiende la arbitrabilidad de los litigios más se incrementa el control sobre el contenido del laudo; sin embargo, la cuestión no es tanto reconocer el orden público, cuanto el papel que desempeñará, en su caso, como criterio

configurador de la arbitrabilidad, dado que el orden público no opera únicamente como fundamento de la inarbitrabilidad de las materias que pueden quedar sujetas a arbitraje, sino también como un límite de los poderes de los árbitros, en el sentido que éstos se convierten en auténticos guardianes de aquél. Como regla general, en el capítulo específico de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, el concepto de orden público suele interpretarse en forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales nacionales[66].

El laudo arbitral, puede, en efecto, ser anulado por los motivos indicados ante el tribunal del Estado elegido como sede del arbitraje y así lo confirman las leyes de arbitraje que han seguido la pauta de la Ley Modelo Uncitral. Su art. 34.2º.b).i) incorpora dentro de las causales que determinan la anulación del laudo “que, según la ley de ese Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”. En el segundo supuesto, apreciación de la arbitrabilidad por el juez del ejecutivo, la cuestión debe ser resuelta de oficio por el juez de conformidad con lo dispuesto en el art. V.2º CNY, aunque la doctrina insiste en que tal apreciación debe ser apreciada restrictivamente. En ambos casos, sin embargo, el juicio de valor acerca de la arbitrabilidad se vincula directamente a consideraciones de orden público.

## *2. Arbitrabilidad de controversias afectadas por normas imperativas*

23. En la hora actual puede afirmarse que las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables[67]. Como se ha indicado, la operación jurídica de base, el contrato, versa sobre derechos disponibles y eso hace que las controversias que de él dimanen también lo sean. Lo relevante a estos efectos es que el litigio traiga causa en el contrato mismo, desde su propia validez a su cumplimiento o extinción, lo que incluye la reclamación de nulidad por contravención del orden público en materia de defensa de la competencia y sus consecuencias en las relaciones entre las partes[68]. Después de todo, los árbitros en estos casos están decidiendo sobre el contrato mismo, objeto de su competencia. Ahora bien, en esta labor decisoria deben tenerse presentes las normas imperativas. No, ciertamente, porque sean normas del foro, ni de un tercer Estado, puesto que los árbitros no disponen de un foro de referencia. La razón es que son las “normas jurídicas aplicables al contrato”, y con carácter necesario[69].

Nos hallamos pues ante una compleja dialéctica entre lo establecido en el acuerdo de arbitraje, manifestación directa de la autonomía de la voluntad de las partes y el interés de Estado en imponer su sistema de orden público o de normas imperativas, con el elemento adicional de que el árbitro tiene un ámbito de vinculación mucho menor que el juez a la hora de apreciar el presupuesto material del convenio de arbitraje si éste posee una dimensión internacional[70].

24. Únicamente el convenio de arbitraje, en sí mismo considerado contraría el orden público cuando la voluntad común de las partes es obtener a través del arbitraje la ejecución de un contrato contrario al orden público. Veamos algunos ejemplos de la práctica:

i. La acción de las normas materiales imperativas de la “lex contractus” se observa en el Laudo CCI N° 6142/1990, que versaba sobre un contrato de licencia y de asistencia técnica entre una empresa española y una empresa francesa sometido al Derecho español, que había sido redactado en dos ejemplares, español y francés, aunque el auténtico era este último y en éste se incluía una disposición que permitía la rescisión anticipada del contrato, que no figuraba en el texto español. En su defensa, la demandada española alegó que para que el contrato entrara en vigor

debía contar con la aprobación del Ministerio de Industria español y que dicha aprobación sólo lo fue de la versión española, por lo cual era éste el único texto que podía quedar bajo la consideración de los árbitros[71].

ii. Otro ejemplo paradigmático de la incidencia de normas imperativas extranjeras en el contrato lo ofrece el Laudo CCI N° 9333/1998. En este caso se trataba de un contrato de prestación de servicios públicos entre una empresa francesa y una empresa marroquí sometida al Derecho suizo. Tras haber pagado los dos primeros pagos por los servicios prestados la empresa francesa fue absorbida por una empresa americana convirtiéndose en filial de la misma y suspendió los pagos alegando que, de conformidad con la “Foreign Corrupt Practices Act”, están prohibidos los pagos en el país donde estén situados los fondos o donde se preste el servicio y que dicha prohibición era aplicable a un contrato celebrado bajo tráfico de influencias; en consecuencia, de conformidad con el art. 20 del Código suizo de las obligaciones, el contrato era nulo por ir en contra del orden público y de las prácticas suizas. Así las cosas el tribunal arbitral debía pronunciarse acerca de la aplicación al contrato de la FCPA, en tanto que ley de policía extranjera. Como punto de partida el tribunal consideró que cuando un contrato es contrario a un Derecho extranjero y no al Derecho suizo no es, en principio ilícito, pues el referido art. 20 protege únicamente el respeto a la ley suiza[72]. No obstante, el tribunal consideró que en el caso concreto la remisión al Derecho norteamericano tenía carácter accidental y era insuficiente[73]. Como puede observarse el interés de esta decisión reside en la vinculación estrecha entre la ley de policía y la situación concreta y la necesidad de que dicha ley proteja intereses inequívocos y legítimos.

iii. En el Laudo N° 5622/1988 (“Hilmarton”) el contrato contenía una sumisión al Derecho suizo, pero la demandada esgrimió una ley imperativa argelina aplicable a las actividades de intermediación en Argelia; el fallo consideró que el contrato principal en el que se basaba la demanda estaba fundado en la corrupción siendo éste nulo por su contrariedad al orden público internacional de índole transnacional que lucha contra la corrupción y el tráfico de influencias en el ámbito universal[74].

25. La jurisprudencia arbitral ha elaborado una doctrina al respecto que se centra en el concepto de orden público transnacional, de manera que el respeto por las normas imperativas, concretamente la de defensa de la competencia, sería un principio integrado en este voluble concepto.

i. Dicha doctrina emana particularmente del Laudo parcial CCI N° 6503/1990. El litigio enfrentaba a una empresa española que había concertado un contrato de licencia en exclusiva para la explotación en España de una marca de cosméticos con una sociedad francesa que había interpuesto una demanda de nulidad del contrato. El argumento del tal proceder descansaba en que el Derecho comunitario de la competencia debía aplicarse a título de leyes de policía y que éste imponía la nulidad de los contratos que violasen sus prescripciones, como era el caso. Sin embargo, el tribunal consideró que el argumento de la demandante no tenía otro objeto que liberarse del pago de determinados daños concluyendo que la aplicación al litigio del Derecho de la competencia comunitario a título de leyes de policía llevaría a una situación contraria a la equidad pues la demandante había reconocido la validez del contrato con posterioridad a la entrada de España en la Comunidad Europea[75].

ii. Otro asunto al hilo de esto lo aporta el Laudo CCI N° 8628/1996. La sociedad americana demandante había celebrado un contrato de licencia con una sociedad alemana relativo a equipos electrónicos para aviones de combate. El contrato contenía una cláusula arbitral que preveía en caso de controversia un arbitraje CCI

y una cláusula de Derecho aplicable a favor del Derecho del Estado de Nueva York; asimismo, incluía una cláusula de no competencia en virtud de la cual la empresa alemana tenía prohibido fabricar un producto que pudiera ser competitivo durante los siguientes cinco años siguientes a la resolución o a la expiración del contrato de licencia. Surgida la controversia la demandada sostuvo que esta última cláusula iba en contra tanto del Derecho neoyorquino como del art. 85 TCE (en la actualidad, art. 81) y que, en consecuencia, entrañaba la nulidad del contrato en su conjunto. El tribunal arbitral aplicando la doctrina sentada en la jurisprudencia “Mitsubishi” decidió que el Derecho neoyorquino imponía la aplicación del Derecho comunitario le obligaba a aplicar el Derecho comunitario de la competencia cualquiera que fuese su sede; sentado esto, consideró que tenía que preocuparse por la eficacia del laudo habida cuenta que al ser favorable a la demandante debía ser efectuada en Alemania y que dicho laudo sería rechazado por los Tribunales alemanes si éste daba validez a un contrato en contravención del art. 85 TCE. Por esta razón consideró que estaba obligado a aplicar dicho precepto y por esa razón concluyó que la cláusula de no competencia era nula[76].

26. La construcción apuntada es sugestiva, pero dada la doctrina del Tribunal de Justicia de Unión Europea al respecto, quizá haya devenido innecesaria. Lo cierto es que si las controversias aludidas son arbitrables, los árbitros asumen la responsabilidad de dictar laudos que luego resulten eficaces ante las jurisdicciones nacionales, tanto de control como de reconocimiento y ejecución. Y un laudo dictado con indiferencia a las normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas, por lo menos si la anulación o la ejecución se plantean en Estados afectados por el comportamiento anticompetitivo. En esos supuestos, la efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión de referido Tribunal de Justicia en asunto “Eco Swiss c. Benetton”, reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes[77].

Este posible control estatal no tiene por qué darse en todos los casos, siendo correcto que desde instancias arbitrales se abogue por la consideración de las normas imperativas como parte del llamado orden público transnacional: ya que el árbitro no está obligado a aplicar la ley de policía de un Estado, salvo si dicha ley reviste un carácter de orden público transnacional, tal orden público se considera incluido en la “lex mercatoria”. Lo cierto es que, en cualquier caso, la convivencia entre las normas imperativas y la “lex mercatoria” es posible si se encuadran correctamente sus respectivos ámbitos de aplicación y finalidades.

27. Pese a su debilitamiento respecto de su acción en periodos anteriores[78], en el caso del arbitraje, la relación de algunos litigios, o de las operaciones afectadas por normas imperativas[79], ha generado dos incógnitas en la doctrina. De un lado, la posible inarbitrabilidad de controversias intervenidas por normas imperativas y, de otro, la necesidad o no para los árbitros de respetar tal imperatividad. En el momento actual no es una cuestión menor considerar que las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables[80].

Esta máxima es totalmente predicable al arbitraje internacional, donde en la arbitrabilidad de las controversias intervenidas por el orden público prima la internacionalidad del arbitraje sobre la normativa imperativa y los conceptos de orden público estatales.

Sentado esto debe tenerse presente que si un sistema admite el juicio de árbitros debe admitir también una restricción de las potestades que corresponden al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público regidos por reglas de Derecho imperativo y ordenadas por normas de rango constitucional sobre distribución de competencias y preservación de derechos e intereses de relevancia pública[81]. Ello implica que una ley estrechamente vinculada al contrato, coincidente o no con la ley aplicable al fondo, puede suministrar normas imperativas cuya consideración por el árbitro esté totalmente justificada.[82] Como puso de relieve la Sentencia de la “Cour d’appel” de París de 19 mayo 1993 (“Société Labinal v. Société Mors et Westland Aerospace”), los árbitros no solamente están habilitados para aplicar leyes de policía, sino para sancionar su eventual violación, por tanto no son un obstáculo a la competencia de los árbitros que con ello contribuyen a la salvaguardia de la organización política, social o económica de un país[83], y una posición similar observan los tribunales españoles[84]. Por descontado, esta posición cuenta con excepciones, como ciertas normas imperativas de retorsión, tales como las derivadas de la “Ley Helms Burton”, que no pueden ser consideradas por el árbitro, ni siquiera en supuestos que tengan una vinculación territorial[85]. Y, con carácter más general, la ausencia de consideración por del árbitro de normas las normas imperativas a la hora de emitir su laudo, no puede ser revisada en sede de anulación[86].

### *3. Arbitrabilidad en los litigios con indicios de cohecho y corrupción*

28. Hoy día está generalizada la práctica vinculada a la arbitrabilidad de los contratos contagiados por prácticas de tráfico de influencias o corrupción. Ciertamente, en muchos países estas actuaciones constituyen una práctica habitual para obtener un contrato y, en caso de crisis del mismo, el arbitraje internacional puede ser utilizado fraudulentamente como una técnica para que este tipo de contratos encontrasen una cierta vía de legitimación[87]. Con referencia a la competencia del árbitro para sancionar los contratos que están sometidos a corrupción o a tráfico de influencias la práctica arbitral, al margen de la diversidad de concepciones de moralidad existente en los diversos círculos jurídicos,[88] muestra dos líneas de interpretación contradictorias.

i. La primera adopta una posición restrictiva de alcance del convenio arbitral según la cual, en función de su ilicitud el contrato principal es nulo y no despliega ningún efecto, siguiendo el aforismo de que (“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”); por esta razón el convenio arbitral deviene inválido y el árbitro no puede pronunciarse por falta de competencia; con otras palabras, el pacto arbitral carecería de validez si se ha incurrido en alguno de aquellos vicios que destruyen cualquier acto jurídico conforme a las normas generales de la teoría de las obligaciones, perdiendo toda efectividad y permitiendo la entrada de la justicia estatal para decidir los conflictos a los cuales podía aplicarse el convenio arbitral inválido[89].

ii. La segunda vía sostiene, por el contrario, la autonomía del convenio arbitral y es respaldada por la mayoría de los laudos arbitrales y por la doctrina mayoritaria; en consecuencia, aunque el contrato principal sea ilícito, la cláusula arbitral sigue siendo válida permitiendo así al árbitro de sancionar la ilicitud del contrato. Resulta indiscutible, a partir de aquí, que la supresión de la corrupción y del blanqueo de capitales forma parte del orden público internacional y tiene que ser respetada por los árbitros internacionales[90]. Sin embargo, el mayor escollo ante el que se encuentra dichos árbitros ante este tipo de situaciones es cómo debe evaluar o qué nivel de prueba debe ser la admitida[91]. De esto se infiere que los árbitros tienen

la obligación de investigar las alegaciones de corrupción tanto para determinar si son contrarias al orden público internacional, como para establecer, por el contrario, que se han formulado con la única intención de eludir la competencia del tribunal arbitral.[92].

29. La posibilidad de que por vía del arbitraje se oculten actos ilícitos, resulta hoy de la mayor actualidad en campos tales como la corrupción (el cohecho a funcionarios públicos), el blanqueo de capitales y el fraude contable[93]; una situación tan frecuente que ha sido considerada con razón como una de las grandes paradojas del comercio internacional[94]. Dicha posibilidad complica extraordinariamente la relación del tribunal de arbitraje con las partes y hace que el compromiso asumido por los árbitros sea mucho más difícil de cumplir, pero ello no puede conducir a una inhibición para resolver el asunto. La complicación estriba en que la corrupción se solapa en contratos aparentemente neutros que responden a denominaciones tales como contratos de comisión, corretaje, mandato, representación, agencia, etc..., y cuya neutralidad se intenta mantener por las partes una vez iniciada las actuaciones desplazándose al árbitro la indagación de la ilicitud[95]. Una indagación compleja, pues no es inusual que los motivos inmorales hayan sido compartidos por ambas partes: la entidad que ha obtenido sobornos importantes gracias a haber conseguido los contratos no ocupa una mejor posición moral que la empresa que ha realizado el pago de dichos sobornos, si bien la nulidad del acuerdo redunda generalmente sólo en beneficio de la primera.

Ante una situación de este tipo el tribunal arbitral ha de adoptar una actitud activa interviniendo en dos planos diversos: de un lado, debe examinar la trascendencia de la alegación dentro del orden público a partir de las pruebas referentes a la alegación y determinar su relevancia con arreglo a la ley aplicable; y, de otro lado, resulta oportuno que realice una referencia expresa en el laudo a la alegación, a los hechos probados y a los fundamentos jurídicos aplicables en relación con esa alegación[96].

De acuerdo con la doctrina que examinamos, la corrupción es una lacra del Derecho de los negocios internacionales contraria a las buenas costumbres y al orden público internacional para la comunidad internacional de naciones. Por eso, el mayor error que puede cometer un tribunal de arbitraje es desconocer una sospecha de cohecho, blanqueo de capitales o fraude grave contable. Es recomendable, pues, que no sólo se admita la sospecha sino que se examine la prueba pues el árbitro internacional tiene una clara obligación de tratar estas cuestiones siempre que se presenten en el arbitraje y cualquiera que sea la voluntad de las partes y de hacer constar en el laudo sus conclusiones sobre los hechos y los fundamentos jurídicos. De esta forma se protege el carácter ejecutorio del laudo y el propio prestigio de la institución de arbitraje si nos hallamos ante un procedimiento administrado[97].

#### **IV. Participación del Estado en los arbitrajes [\[arriba\]](#)**

##### *1. Hacia una consolidación del arbitraje administrativo*

30. Hasta hace un cuarto de siglo la presencia de los Estados de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, entre los que se hallaban la mediación y el arbitraje, estaba dominada por la noción de soberanía y, al hilo de esta constatación, se caracterizaba por la acción de las excepciones basadas en la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Más concretamente quedaban fuera del Derecho administrativo aquellos supuestos en los que o bien se evitaba un proceso contencioso-administrativo o estaba afectada directa o indirectamente una

Administración Pública; no se admitía que los referidos métodos suprimiesen la posibilidad de que las partes pudieran plantear sus contenciosos en vía judicial o pusiesen término, con el concurso de ellos, a un proceso ya comenzado. La soberanía, en efecto, fue el gran argumento jurídico-político para apartar a los Estados del arbitraje, en la idea de que una entidad soberana sólo podía someterse a la decisión de sus propios tribunales internos. Si la presencia del interés público justifica la existencia misma del Derecho administrativo, esto condiciona también a las partes para sustituir la acción de los tribunales por los árbitros. La doctrina francesa era representativa de esta tendencia al afirmar con rotundidad que, como principio, el Estado no puede someter sus procesos al arbitraje, puesto que este constituía una forma de sustraer a la administración de su juez natural que es la jurisdicción administrativa[98].

Ahora bien, en la actualidad la presencia en el Derecho administrativo de un conjunto de normas destinadas específicamente a regular la organización y las relaciones de las Administraciones Públicas con los administrados y de una jurisdicción propia, la jurisdicción contencioso-administrativa, no es óbice para que en determinado tipo de relaciones, las Administraciones Públicas se sujeten al Derecho privado e, inclusive, sometan los litigios que originen esas relaciones privadas a una jurisdicción distinta a la contencioso-administrativa[99]. El problema reside en determinar cuándo el Derecho propio o estamental y cuándo puede encontrar una alternativa de régimen jurídico privado[100]. Sólo así, y dentro de la crisis que experimenta la jurisdicción contencioso-administrativa, la celebración del contrato de transacción o del convenio arbitral sería susceptible, por sí sola, para sustraer la controversia de la sede judicial, siempre que se respeten, naturalmente, los requisitos de validez exigidos en cada caso[101].

31. Ello ha sido el germen del denominado arbitraje de Derecho administrativo que es aquél en el cual como mínimo una de las partes es una Administración pública y donde se acuerda someter las eventuales controversias, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros[102]. El desafío planteado en esta parcela del Derecho público es evitar la producción o el mantenimiento de aquellos litigios que previsiblemente están condenados al fracaso y que no se puede esperar de ellos la subsistencia del principio de la eficacia de la Administración. Por esto, con la introducción de estos mecanismos alternativos de solución de controversias, se abre un elenco de posibilidades favor de los administrados, a través de unos costos razonables, el trato justo y la reducción drástica de la arbitrariedad en la solución de las controversias. La proliferación de estos métodos no debe considerarse como una oposición ni como una alternativa a la vía judicial, sino como un instrumento complementario de la misma, pues ambas se condicionan recíprocamente[103].

En términos generales es importante poner de relieve que esta modalidad de arbitraje no sólo sustituye al recurso administrativo sino también al recurso contencioso-administrativo, con lo cual el eventual laudo arbitral sólo podría ser objeto de una acción de anulación ante los Tribunales de Justicia de conformidad con la respectiva Ley de Arbitraje. Sus características se proyectan en la verificación del interés público de la arbitrabilidad y del carácter disponible de la materia considerada.

i. Una de las partes debe ser, en efecto, una persona jurídico pública concebida para la consecución bienestar público a la que la ley le haya conferido ciertos privilegios que podrían suponer un gravamen para la parte privada; no debe olvidarse que la existencia del principio de legalidad y el interés público son elementos que deben

informar todo el actuar de la Administración; dicho interés tiene un efecto limitador al imponer a las partes la obligación de observar que las potestades encomendadas a la Administración se justifican en la necesidad de satisfacer intereses colectivos, que no pueden ser soslayados por las partes en la resolución de sus controversias[104].

ii. Esta modalidad de proceso arbitral debe descansar, además, en el principio de la transparencia e incluso el de la publicidad, pues tratándose siempre de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la privacidad o la reserva propias del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles.

iii. Una gran parte de las materias involucradas en la actividad administrativa poseen carácter indisponible y por tanto no pueden ser objeto de arbitraje; pero aunque no concorra tal circunstancia, en función del principio de la legalidad que informa la actividad de la Administración, el arbitraje concernido debe ser de Derecho y no de equidad; como regla general deben considerarse arbitrables todas las controversias de contenido económico susceptibles de resolverse por transacción, como lo establecen la mayoría de las legislaciones.

iv. La cesión de las potestades del ente público para someterse a arbitraje deberá ajustarse a los requisitos formales previstos en la ley para cada caso concreto, lo que nos conduce al ámbito de la capacidad de los poderes públicos para ser sujetos activos del procedimiento arbitral; en efecto, todavía domina una tendencia contraria a la participación de Estados, organismos y empresas públicas en un arbitraje, considerándose dicha legitimidad como un auténtico principio de orden público transnacional.

v. Es requisito imprescindible para que se ponga en marcha la voluntariedad, esto es, la eliminación de la vía judicial, el consentimiento de todas las partes involucradas; no en vano con el sometimiento a arbitraje las partes pierden el derecho a plantear la cuestión litigiosa ante los tribunales de justicia.

32. En España el arbitraje institucional de la Administración se introdujo por la Ley N° 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado. La Disposición Adicional única de la Ley de Arbitraje prevé desde la citada reforma un procedimiento interadministrativo para los conflictos que se susciten entre Administraciones. No obstante, aunque este procedimiento venga previsto en la Ley de Arbitraje.

i. No se trata de un arbitraje en sentido estricto, entre otras cosas, porque el tercero a quien se encomienda la resolución de la controversia, siendo ajeno a la misma, no es del todo imparcial, pues es el mismo Gobierno, quien, por delegación, resuelve.

ii. Tampoco se trata de un arbitraje privado en el cual la Administración actúa como un particular frente a otro particular, sometida al Derecho privado y despojada de todas sus prerrogativas, de modo que queda sometida a la Ley de Arbitraje que rige para cualquier otro particular. Como es el arbitraje que prevé el art. 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

iii. Por último no debe confundirse con el arbitraje de Derecho público previsto en el art. 112.2° Ley N° 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas, que permite la sustitución del recurso de alzada y el potestativo de revisión por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje.

La Ley N° 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, ha supuesto un paso importante en el camino hacia la implantación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público. En efecto, la Ley N° 11/2011 viene a confirmar la inexistencia de obstáculos constitucionales reales para que las Administraciones Públicas puedan someterse a la decisión de terceros no pertenecientes al poder judicial. Pero lo determinante no es que las Administraciones puedan someterse a la decisión de esos terceros ajenos al poder judicial, si no que las cuestiones de interés general regidas por el Derecho administrativo puedan someterse a esos procedimientos no judiciales. Y es que la Ley prevé que los conflictos interadministrativos se resuelvan por un procedimiento especial, “sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias”. A priori puede parecer que el precepto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas, sin embargo la Ley N° 11/2011 es plenamente respetuosa con la doctrina constitucional sobre la prohibición de arbitrajes forzosos que impiden el acceso a la jurisdicción. Tal prohibición afecta exclusivamente al ámbito de la libertad de negociación de los particulares fundamentada en la autonomía de la voluntad; y es que es el poder legislativo quien crea los entes que forman el sector público, quien les atribuye unos concretos fines y quien les confiere potestades para cumplirlos.

En efecto, las Administraciones públicas son titulares atípicos del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se ha argumentado en el capítulo anterior, pues las mismas que gozan de ese derecho frente a los jueces y tribunales no frente al legislador. Ahora bien, aunque el título de la Ley se refiere al arbitraje, el contenido de la Disposición Adicional única que es la que se dedica a la regulación del mismo, en ningún momento habla de arbitraje, sino que se refiere a procedimiento. Y es que no se trata propiamente de un arbitraje sino, más bien, de un procedimiento administrativo sustitutivo de la jurisdicción contencioso-administrativa. De hecho la propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a él como: “un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales”.

33. No resulta baladí dejar constancia que hoy día existe un clima generalizado conforme al cual se acepta que los efectos patrimoniales emanados de los contratos estatales sean susceptibles de resolverse por vía arbitral, aunque los obstáculos para su aplicación, derivados esencialmente del interés público, de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la reserva al Poder Judicial del control de los actos administrativos, son considerables[105]. El hecho de que la Administración recurra al arbitraje como si fuera un particular no comporta en modo alguno renuncia al ejercicio de las potestades que legalmente le fueron otorgadas; dicha opción se enmarca dentro una opción en el ejercicio un poder que la ley le reconoce para que haciendo uso de una metodología propia del Derecho privado sustituya su decisión unilateral por el negocio jurídico cuando el interés público así lo exija. Ahora bien, si la Administración realiza esta opción y decide participar en el comercio internacional por medio de empresas privadas o estatales, lo cual no debe conducir a privilegios para dichas entidades, señaladamente la alegación de inmunidad o la posibilidad de esquivar el cumplimiento de obligaciones

contractuales no deseadas mediante determinado acto propio de autoridad pública[106].

Y, en contrapartida, la posición del Estado no tiene por qué sufrir menoscabo por el hecho de someter una controversia que le enfrenta con un particular al arbitraje e, incluso, puede reportarle ventajas como evadirse de la publicidad o evitar someterse a Tribunales extranjeros con el correspondiente menoscabo de su soberanía; lógicamente el particular, sobre todo si es extranjero, también experimenta beneficios con el sistema al protegerse de una eventual influencia adversa por parte de los Tribunales del Estado en el que ha realizado su correspondiente transacción[107]. En todo caso, desde el punto de vista de los particulares que participan en este tipo de contenciosos, se apuntan una serie de riesgos inherentes a ellos[108], sobre todo el derivado de la eventual quiebra de unos de los principios rectores del arbitraje como es el de la igualdad entre las partes[109].

La jurisprudencia arbitral ha contribuido decisivamente a reforzar los arbitrajes con presencia del Estado o de entidades estatales en el arbitraje. El argumento reiterado para esta admisión descansa en la contradicción entre el hecho de que un Estado haya suscrito un contrato internacional que incluya una cláusula compromisoria y la posterior alegación de la nulidad del convenio arbitral con apoyo en que, conforme a su Derecho interno, el Estado o la entidad estatal no podían comprometerse a tal estipulación. Por lo pronto, frente a la tendencia mostrada por la aludida jurisprudencia la defensa del poder hegemónico del Estado ha continuado poniéndose de manifiesto como motivo de oposición en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros condenatorios de la Administración; y los pretextos barajados se han basado en las socorridas causales de que, de conformidad con su ley interna, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje o era manifiestamente contrario al orden público del foro. De esta dialéctica ha salido victoriosa, sin embargo, la posición favorable a la participación del Estado en el arbitraje. Y ello aun cuando todavía existe la predisposición en muchos países de que no se podrá comprometer en las cuestiones del Estado ni en aquellas materias que interesen al orden público. La facultad de comprometer por parte de los entes administrativos cada vez adquiere mayor aceptación siguiendo los dictados del art. II del Convenio de Ginebra de 1961, según el cual "... las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como 'personas morales de Derecho público', estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales".

34. Es cierto que pronto surgieron reticencias por parte de algunos Estados para hacer frente a sus compromisos derivados de la aceptación de la cláusula arbitral esgrimiendo para ello la socorrida excepción de la inmunidad de jurisdicción, cuyo ámbito en el comercio internacional tiende hoy a minimizarse. Aunque los Estados y las empresas de Estado disfrutaban, ante todo, de inmunidad de jurisdicción, resulta de reconocimiento general que uno y otras pueden renunciar a tal inmunidad estipulando someterse al arbitraje y para ello un acuerdo arbitral se reconoce equivalente a una renuncia a la inmunidad de jurisdicción. El cambio de mentalidad no fue pacífico pues la oposición a que los entes estatales y paraestatales fueran partes en un procedimiento arbitral era la tónica dominante en muchas legislaciones internas que, incluso, estaban apoyadas por preceptos constitucionales defensores de la soberanía estatal dentro de este contexto. Los recelos de violación de soberanía por la extraterritorialidad que pudiera suponer el arbitraje comercial internacional, han dado paso a la masiva ratificación por los Estados de los principales tratados reguladores del arbitraje comercial; como consecuencia de todo ello, la excepción de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución, ha sido

desprovista del contenido emocional y político que pudiera haber tenido en otras épocas[110].

La prueba de fuego para comprobar el buen o mal funcionamiento del arbitraje en los respectivos ordenamientos jurídicos se sitúa en torno al difícil juego que la excepción de incompetencia obra de una declinatoria arbitral pueda establecerse en el procedimiento judicial. Los nuevos aires de globalización y la relevancia del arbitraje en este contexto han dado lugar a un cambio de actitud en los Estados en el sentido de aceptar las novedades que aporta el Derecho internacional, que pone el acento en la importancia creciente de los centros de arbitraje que dirimen controversias en las que un Estado es parte.

No puede asegurarse que este ambiente se haya consolidado por completo. Si el Estado ha suscrito un convenio arbitral y al ser objeto de una demanda de arbitraje alega que el acto que motiva este último posee una naturaleza intrínsecamente estatal y, por tanto, no sujeta a arbitraje, es cierto que podrá argüir después que tal acto no está sujeto a la decisión de los árbitros, siempre que guarde relación con sus obligaciones contractuales. Mas el interrogante no puede resolverse de una manera tan palmaria. Baste atender, por ejemplo, a un contrato de estabilidad jurídica en el que el Estado se comprometió, a no modificar el régimen legal tributario aplicable a una empresa y a pesar de ello lo modifica; las mismas dificultades en torno a la arbitrabilidad acontecen cuando un contrato de concesión para la prestación de servicios públicos contiene una cláusula tarifaria que es aplicada por el regulador en contradicción a lo acordado; y, por citar un tercer ejemplo, podemos observar los contratos que hacen referencias generales a regímenes cambiarios, legislación tributaria o a veces, incluso, a leyes y normas aplicables de manera general. En estos supuestos no es extraño que se considere por parte del Estado que estamos ante actos que implican soberanía que, como tales, no son revisables y, por ende, susceptibles de arbitraje. El argumento generalizado para justificar este proceder es que en el contencioso están comprometidos fondos públicos y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad.

## *2. Materias arbitrables*

35. El interés público opera como un límite esencial para determinar la arbitrabilidad. Por ejemplo, no parecen arbitrables cuestiones relativas a la competencia desleal no sólo por carecer los particulares de poder de disposición sobre la existencia o no del ilícito concurrencial, al estar vinculado a tal categoría jurídica no sólo el interés privado de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden en el mercado debidamente saneado.

El examen de la actividad arbitral “ad intra” de la Administración evidencia que existe un extenso debate, aún no cerrado, en torno a la eventual inclusión en el convenio arbitral de materias de Derecho público o que impliquen el ejercicio de competencias o potestades por parte de las Administraciones públicas. El elemento cardinal de la polémica radica en la necesidad de que el árbitro no se subroge en el papel de la Administración. Es cierto que un sector de la doctrina se inclina por una posición negativa justificada con argumentos tales como la indisponibilidad de la materia por carencia de competencia, el orden público, el ejercicio de potestades administrativas, el carácter de “ius cogens”; los actos de autoridad, como categoría contrapuesta a los actos de gestión, la perteneciente al Derecho administrativo, dado su sometimiento al principio de legalidad y, por último, el interés público, sin perjuicio

de cuál sea la naturaleza de la actuación. Pero no es menos cierto que la postura doctrinal mayoritaria se inclina por una solución caso por caso insistiendo en la conveniencia de establecer una lista de materias disponibles para el arbitraje en Derecho administrativo y otras excluidas. Entre estas últimas se citan los asuntos de policía, soberanía, tráfico específicamente administrativo y las potestades normativas de la Administración. Por el contrario, en la lista de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje se agrupan cuestiones tan heterogéneas como: la actividad convencional de la Administración (contratos, convenios interadministrativos, actividad convencional y arbitral en el Derecho tributario, acuerdos sectoriales, actuaciones que permiten una terminación convencional del procedimiento con arreglo a la ley), los litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, etc.), las controversias que tengan carácter o índole patrimonial y las que versen sobre la función pública siempre que se realice una aproximación del régimen funcional al régimen propio de los trabajadores; actuación de la Administración sometida al Derecho privado y señaladamente los contratos privados de las Administraciones públicas. Especialmente se hace hincapié en la idoneidad del arbitraje para los contratos internacionales del Estado o de sus empresas dependientes[111].

## V. Ley aplicable a la arbitrabilidad [\[arriba\]](#)

36. El particularismo estatal que se observa en esta materia hace muy difícil los avances en torno a una eventual unificación internacional. Tampoco los convenios internacionales de arbitraje incluyen disposiciones de naturaleza sustancial que permitan establecer unos contornos mínimos a la arbitrabilidad. Recuérdese que el art. II de la Convención de Nueva York de 1958 se limita a afirmar que los Estados contratantes se comprometen a reconocer los acuerdos de arbitraje concernientes “a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. La consecuencia no es otra que el protagonismo de los Estados para determinar esta cuestión y la inevitable entrada por los problemas relativos al Derecho aplicable.

El hecho según el cual la arbitrabilidad sea un presupuesto de validez del convenio arbitral no implica que esté sometida a la ley que rige dicha validez. Las Leyes de arbitraje regulan la arbitrabilidad como una conexión independiente por su propia naturaleza dual: cuestión previa al resto de los pronunciamientos y estrecha vinculación al orden público de cada Estado. Aunque la arbitrabilidad esté muy cerca de la licitud de principio del convenio arbitral no puede afirmarse que el art. II Convención de Nueva York de 1958, se extienda a la arbitrabilidad, lo cual supondría afirmar que esta es cuestión regulada materialmente desde un plano internacional: en la inmensa mayoría de los países ausentes de la reserva de comercialidad de su art. I.3º significaría la arbitrabilidad de todos los asuntos privados internacionales. No obstante la propia Convención advierte la necesidad de que la materia sea arbitrable en el mismo precepto, de forma que la cuestión continúa abierta.

En los preceptos que tratan el asunto, la arbitrabilidad siempre aparece en conexión independiente dependiendo siempre del juez que conozca del asunto; y ello responde a una realidad que informa su naturaleza. La arbitrabilidad es una cuestión previa al resto de los pronunciamientos y, por otra parte, aparece muy pegada al concepto de orden público de cada Estado.

En este punto es menester señalar, a modo previo, el distinto cometido que el juez y el árbitro desempeñan a la hora de determinar la arbitrabilidad de la controversia en el arbitraje internacional. El primero cuando ha de emitir un juicio al respecto no puede obviar el alcance del orden público nacional que tiene obligación de

salvaguardar y por tanto ha de moverse en consonancia con lo dispuesto en su ordenamiento interno; el árbitro, por el contrario, está exento de tal condicionamiento estatal limitándose a desarrollar lo dispuesto en el convenio arbitral de donde deriva su propia competencia. Hasta aquí no parece plantearse ningún problema.

El interrogante se suscita con posterioridad pues en el momento de dar cumplimiento al laudo éste va a ser examinado bajo la óptica de las normas imperativas y el orden público por el juez del lugar donde se presente una eventual acción de anulación o por el juez del exequátur. Consecuentemente, la libertad del árbitro es en muchos casos más aparente que real; recuérdese que uno de los deberes que conforma su misión es que el laudo sea susceptible de ejecución legal (v.gr., art. 42 Regl. CCI). El control de la arbitrabilidad se desplaza, pues, de manera inexorable a la fase post-arbitral.

37. La determinación de arbitrabilidad opera con similar intensidad en el arbitraje interno y en el arbitraje internacional; no obstante en este último existen mayores dificultades para establecer cuál es el entendimiento de la arbitrabilidad identificado con la libre disponibilidad de los derechos de naturaleza internacional. En el arbitraje internacional es prácticamente unánime la aceptación en torno al contenido de la arbitrabilidad en el sentido de considerar que es arbitrable sólo lo que es disponible o renunciado; dicha afirmación debe someterse, sin embargo, a dos matizaciones. Resulta oportuno traer a colación la diferencia clásica del Derecho internacional privado entre normas de competencia judicial internacional y normas de conflicto de leyes: mientras que en las primeras es ineludible calificar la acción, en las segundas es inevitable referirse a la relación jurídica; y aquí ocurre algo similar, pues lo que debe ser arbitrable es el litigio, en tanto que la relación jurídica, arbitrable o no, cae dentro de otro campo de calificación. En segundo lugar, el objeto del juicio de arbitrabilidad no se extiende ni debe confundirse con la capacidad de las partes “in genere”: la arbitrabilidad se refiere al objeto del litigio y no a las partes en relación con el objeto contractual; por eso de producirse un litigio arbitrable objetivamente, pero en el que quien contrató y, consiguientemente, pactó un convenio arbitral, tenía algún defecto de capacidad o representación, no puede recurrir al término arbitrabilidad, sino a la concreta falta de capacidad, representación o poder.

La práctica demuestra que no es frecuente que las partes determinen la ley aplicable a la arbitrabilidad. Ante tal situación se han propuesto diversas leyes posibles para regir el supuesto de la arbitrabilidad de la controversia: la ley rectora del convenio, la del contrato, o ambas, la ley donde el laudo probablemente recibirá ejecución, etc. La clave está en la naturaleza del supuesto encausado, porque en esta materia reside la posibilidad misma de que el arbitraje exista, de suerte que presenta una dependencia total de las concepciones que cada Estado mantenga acerca de la institución. De esta forma, sea cual sea la ley aplicable a la arbitrabilidad, lo cierto es que siempre será viable una impugnación basada en la contrariedad al orden público por inarbitrabilidad de la controversia. Significa esto que, en cierto modo, cualquier aproximación conflictual resulta inoperante[112]. Tanto la posibilidad abierta en la Convención de Nueva York de 1958 y en la Convención de Ginebra de 1961 la aplicación de la “lex fori” material, como las posibilidades de materialización misma por vía del correctivo del orden público, convierten en innecesario cualquier esfuerzo conflictual orientado a resolver el asunto[113].

38. La elección de la ley se presenta en términos substancialmente diferentes cuando la objeción de arbitrabilidad es planteada ante el tribunal arbitral, porque

los árbitros, a diferencia de los tribunales estatales, no tienen foro, y por ello, no pueden basarse en un sistema de conflicto de leyes propio. Sin embargo, la pregunta sobre la extensión de la aplicación de tales acuerdos por el tribunal arbitral se mantiene sin respuesta, pues las Convenciones de Nueva York y Ginebra se dirigen a los tribunales estatales y no a los arbitrales. No obstante, gracias al principio de competencia-competencia, la mayor parte de las veces corresponderá a los árbitros apreciar en primer lugar la arbitrabilidad de los casos, por ello, la manera en que los árbitros van a resolver la problemática de la ley aplicable a la arbitrabilidad adquiere particular relevancia.

Caben, a este respecto, distintas alternativas, a adoptar por el tribunal arbitral:

i. Referirse a la ley que rige el acuerdo de arbitraje. Este método, sin embargo, va a resultar la mayoría de las veces ineficaz, pues las partes raramente determinarán la ley aplicable al acuerdo arbitral separadamente de aquella aplicable al contrato principal.

ii. Como alternativa, los árbitros pueden referirse a la ley elegida por las partes para regir el contrato principal, bajo la presunción de que las partes quisieron que la cláusula arbitral se rija por la misma ley que el contrato principal. Tal solución es sin embargo insatisfactoria, puesto que se revela contraria al ampliamente aceptado principio de la autonomía de la cláusula arbitral. La solución preferible para un tribunal arbitral es entonces la de aplicar reglas transnacionales basadas en la “lex mercatoria” o en los usos mercantiles, independientemente de cualquier ley aplicable. Este método ha sido utilizado con frecuencia respecto a asuntos de arbitrabilidad subjetiva, para rechazar las objeciones invocadas por los Estados contra la competencia arbitral, basadas en la falta de aprobación del acuerdo arbitral por el parlamento o el gobierno. Los tribunales arbitrales empero, frecuentemente acuden al método de la elección-de-ley respecto a la arbitrabilidad objetiva. Cuando se vean confrontados con leyes en conflicto, deberán entonces aplicar la presunción de que las partes quisieron someter el contrato a la ley que reconoce la validez del acuerdo arbitral antes que a aquella otra que le priva de cualquier efecto.

iii. La ley de la sede del arbitraje puede ser relevante para el tribunal arbitral a los fines de determinar la arbitrabilidad, pues las disposiciones de no-arbitrabilidad del lugar sede del arbitraje pueden implicar la anulación del laudo. El deber de los árbitros de pronunciar un laudo que sea válido en el lugar sede del arbitraje explica por qué los tribunales arbitrales se refieren frecuentemente a esta ley, no obstante, puede ocurrir que la misma no tenga especial conexión con la controversia.

iv. La ley del lugar donde el laudo probablemente sea ejecutado puede ser tomada en consideración por los árbitros, pero semejante perspectiva difícilmente se justifica si va a llevar a que se importe al laudo un enfoque restrictivo sobre la arbitrabilidad adoptado por el país en donde el laudo probablemente se ejecute.

v. Un aspecto particular de la problemática de la arbitrabilidad en relación con el derecho de la competencia es que el Derecho antimonopolio está esencialmente basado en la doctrina de los efectos, por lo cual la aplicación de las reglas imperativas de un cierto país implica que un acuerdo, una práctica concertada, o un abuso de posición dominante, tienen el efecto actual o potencial de restringir la libre competencia en el mercado de dicho país. La arbitrabilidad de las materias sometidas al Derecho de la competencia no puede, como consecuencia de ello, ser resuelta simplemente aplicando una elección de ley basada, por ejemplo, en el

hecho de que las leyes del país donde el arbitraje tiene su sede, prohíbe ciertos tipos de acuerdos[114].

## **VI. Foros de competencia exclusiva y arbitrabilidad** [\[arriba\]](#)

39. La noción de arbitrabilidad permite situar la frontera entre la autonomía de la voluntad de las partes que acuerdan el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado[115]. De admitirse esto se seguirían dos importantes consecuencias. De un lado, que la competencia de los árbitros quedaría limitada, “prima facie”, a aquellas materias que no estén sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales o cuenten con un sistema de protección a la parte débil[116]; de otro lado, que la precisión de las materias sujetas a esta limitación debería ser resuelta, caso por caso, con referencia un sistema jurídico determinado.

Ciertamente, la práctica ha evolucionado a favor de la arbitrabilidad, aunque no puede establecerse una respuesta generalizada[117], cuando nos hallemos en presencia de una competencia exclusiva[118].

Con el fin de preservar las políticas legislativas que subyacen en los foros de competencia exclusiva y en los foros de protección en materias como contratos individuales de trabajo, consumo, o seguros, se ha sostenido que las prohibiciones y limitaciones a que se hallan sujetos los particulares para pactar la sumisión a un tribunal judicial distinto del previsto en los mencionados foros de competencia, también resultan aplicables cuando las partes optan por el arbitraje[119]. De hecho, entre las materias tradicionalmente arbitrables en razón de la materia se encuentran las que figuran, v.gr., en el art. 24 Reglamento (UE) N° 1215/2012 de 12 diciembre 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis) (derechos reales, validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, validez de las inscripciones en los registros públicos, inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro ...)[120] que son susceptibles de poner en marcha la “derogatio fori” si quien tiene que decidir es un tribunal exclusivamente competente.

40. Si se adopta una solución mimética a la jurisdiccional[121], para determinar la validez de un convenio arbitral, los árbitros tendrían que verificar esta circunstancia *ratione materiae* y su adecuación al orden público lo que, en este caso, implicaría una traslación automática de las normas de competencia judicial internacional relativas a los límites de la autonomía de la voluntad determinados por las competencias exclusivas, y contratos celebrados por los consumidores y contrato de trabajo[122]. En definitiva, en el régimen de Bruselas I o, en el establecido en otro Estado en términos similares, se proyectaría directamente al ámbito de eficacia de la cláusula arbitral.

El resultado de admitir esa tesis es que no sería posible poner en marcha el arbitraje cuando una determinada materia esté reservada a la jurisdicción ordinaria a título de foro de competencia exclusiva y el fundamento de ello descasaría, como acaba de indicarse, en el propio orden público. En efecto, de imponerse la arbitrabilidad a la verificación de que no sea contraria a las materias vinculadas a la jurisdicción

de un Estado determinado, el ámbito de actuación de los ámbitos quedaría mermado de una manera significativa.

Es cierto que la solución encuentra una dificultad de base en el sentido de que la mayoría de las legislaciones nacionales guardan silencio sobre esta materia[123]. Pero existen sólidos argumentos favorables a que los foros exclusivos o los de protección no se extiendan al proceso arbitral[124]. El primero y principal es que el proceso arbitral y el judicial constituyen planos diferentes y autónomos que responden a principios estructurales diversos[125]. El segundo es que la arbitrabilidad deja de ser un presupuesto autónomo del cual deriva la eficacia procesal (“prorrogatio” / “derogatio”) del convenio arbitral, para pasar a ser una manifestación del ámbito de libertad que las normas de competencia judicial dejan a los particulares para elegir el tribunal competente[126].

Como corolario de lo anterior, no es posible impedir automáticamente el arbitraje cada vez que nos hallemos ante una determinada materia que haya sido reservada a un tribunal estatal bajo una atribución imperativa de jurisdicción, ni es pertinente considerar de orden público las disposiciones que contienen foros de competencia exclusiva en favor de los tribunales estatales para conocer de una determinada categoría de controversias.

Esta autonomía posee sus limitaciones, pues hay ocasiones en las cuales la competencia judicial internacional exclusiva y la inarbitrabilidad pueden confluir, impidiendo a los árbitros conocer de estas[127]. En consecuencia, limitar el arbitraje en materias objeto de competencias exclusivas y de protección, revela una actitud hostil y una desconfianza no justificada hacia la aptitud de los árbitros para garantizar el respeto a los principios y reglas de orden público de los Estados más directamente vinculados al caso. El riesgo de que el árbitro pronuncie un laudo contrario a principios y reglas de orden público no debe soslayarse negando la arbitrabilidad de estas materias “sensibles” (en tanto que susceptibles de afectar al interés general o de terceros), sino, en todo caso, intensificando el control judicial del laudo[128].

## VII. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

41. La noción de arbitrabilidad no es un término unívoco, pues ofrece distintas dimensiones que, tras una adecuada depuración conceptual, dan lugar a categorías de muy diverso alcance y vinculaciones (v.gr. con las nociones de capacidad, de jurisdicción, de cosa juzgada o de orden público). Posee, pues, un carácter “multifacético” por depender directamente del contexto donde se origina. La proyección semántica de la noción es dinámica y está en relación directa con el contexto en el que está formulada, por lo cual su estabilidad es muchas veces equívoca, lo que dificulta la búsqueda de equivalentes adecuados desde una metodología comparatista, señaladamente en el marco dialéctico entre el “civil law” y “common law”. Pese a ello, constituye una herramienta esencial en el arbitraje por su virtualidad para buscar un equilibrio entre las expectativas de los operadores jurídicos que recurren a este especial procedimiento de arreglo de controversias y la defensa por el Estados de sus intereses. En particular, dicha herramienta resulta operativa para delimitar:

i. El ámbito de actuación de los derechos privados sometidos a arbitraje y el contorno de los poderes de las jurisdicciones estatales en su misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Su indagación puede presentarse como presupuesto de la competencia de los árbitros, o en sede judicial, tanto con ocasión del análisis de la

validez del convenio, como en el trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

ii. Las controversias nacionales o de las internacionales. Resulta habitual la distinción entre arbitrabilidad objetiva o “*ratione materiae*” y la capacidad como arbitrabilidad subjetiva o “*ratione personae*”. Mientras que la finalidad de la primera es preservar la integridad del interés público, la de la segunda atiende esencialmente a garantizar la validez contractual de los acuerdos de arbitraje en el contexto de procedimientos arbitrales.

iii. La autonomía de la voluntad de las partes que acuerdan el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado. Si bien la práctica ha evolucionado a favor de la arbitrabilidad, no puede establecerse una respuesta generalizada cuando nos hallemos en presencia de una competencia exclusiva. No es posible impedir automáticamente el arbitraje cada vez que nos hallemos ante una determinada materia que haya sido reservada a un tribunal estatal bajo una atribución imperativa de jurisdicción, ni es pertinente considerar de orden público las disposiciones que contienen foros de competencia exclusiva en favor de los tribunales estatales para conocer de una determinada categoría de controversias. Esta autonomía posee sus limitaciones, pues hay ocasiones en las cuales la competencia judicial internacional exclusiva y la inarbitrabilidad pueden confluir, impidiendo a los árbitros conocer de dichas controversias.

Las tendencias de la práctica arbitral se orientan a la ampliación del número de cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje, aunque es natural que se registren aún ciertas reticencias teóricas y prácticas. Terrenos tradicionalmente “incómodos” para el arbitraje, como el Derecho de la competencia, el de la propiedad industrial, o el de sociedades, son hoy objeto de pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del catálogo de materias arbitrables tiene un precio: en la medida en que el arbitraje va inmiscuyéndose en terrenos involucradas por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe atender escrupulosamente a las peculiaridades del territorio en el que se ha adentrado, lo que implica tratar muchas veces con materias objeto de una atención especial de los Estados. Las Leyes de arbitraje tienden a inclinarse hacia una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje.

42. Resulta habitual vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido de que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio. Son sin embargo dos nociones que poseen autonomía propia. La arbitrabilidad hace alusión a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes, sino que su objeto debe ser susceptible de ser resuelto mediante arbitraje; emerge, pues, como una condición legal de la validez del convenio arbitral y, por consiguiente, de la competencia de los árbitros. Por el contrario, el orden público se refiere a las leyes o los parámetros que el contrato pudiera infringir, siendo utilizado con frecuencia como una frontera infranqueable a la arbitrabilidad; mas su ámbito de aplicación ha evolucionado, sobre todo a nivel internacional, no actuando en todos los supuestos como un límite a la misma, sino como un freno al poder de los árbitros, de tal forma que se desplaza el control desde la fase inicial del arbitraje a la fase final, esto es, al recurso de anulación o al reconocimiento y la ejecución del laudo. Por ello que una cuestión se considere de orden público o de interés general no debería ser un obstáculo a la arbitrabilidad de la materia.

Con el aumento de la confianza en el arbitraje, la presión se ha ido debilitando por la ampliación de materias arbitrables y la disminución de los ámbitos materiales del orden público. Así concebida, la noción de orden público asienta un elemento constitutivo de la validez del convenio arbitral sin que ello suponga un obstáculo para la arbitrabilidad de la controversia.

La interrelación entre arbitrabilidad y control del laudo por motivos de orden público es uno de los aspectos de mayor interés en el Derecho actual del arbitraje, ya que cuanto más se extiende la arbitrabilidad de los litigios más se incrementa el control sobre el contenido del laudo; sin embargo, la cuestión no es tanto reconocer el orden público, cuanto el papel que desempeñará, en su caso, como criterio configurador de la arbitrabilidad, dado que el orden público no opera únicamente como fundamento de la inarbitrabilidad de las materias que pueden quedar sujetas a arbitraje, sino también como un límite de los poderes de los árbitros, en el sentido que éstos se convierten en auténticos guardianes de aquél.

Las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables. Lo relevante a estos efectos es que el litigio derive del contrato mismo, desde su propia validez a su cumplimiento o extinción, lo que incluye la reclamación de nulidad por contravención del orden público en materia de defensa de la competencia y sus consecuencias en las relaciones entre las partes. Nos hallamos pues ante una compleja dialéctica entre lo establecido en el acuerdo de arbitraje, manifestación directa de la autonomía de la voluntad de las partes, y el interés de Estado en imponer su sistema de orden público o de normas imperativas, con el elemento adicional de que el árbitro tiene un ámbito de vinculación mucho menor que el juez a la hora de apreciar el presupuesto material del convenio de arbitraje si éste posee una dimensión internacional.

Si un sistema admite el juicio de árbitros debe admitir también una restricción de las potestades que corresponden al poder ejecutivo en la medida en que se extienda a materias de Derecho público regidos por reglas de Derecho imperativo y ordenadas por normas de rango constitucional sobre distribución de competencias y preservación de derechos e intereses de relevancia pública. Ello implica que una ley estrechamente vinculada al contrato, coincidente o no con la ley aplicable al fondo, puede suministrar normas imperativas cuya consideración por el árbitro esté totalmente justificada.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] <https://fernandezrozas.com/curriculum/>.

[2] Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pág. 68.

[3] Mourre, A. "Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal Arbitrability", *International and Comparative Perspectives* (Mistelis, L.A. y Brekoulakis; S.L.), Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pág. 207-239.

[4] McDonald, N., "More Harm Than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration", *J.Int'l Arb.*, vol. 20, N° 6, 2003, pág. 525.

[5] Fernández Rozas, J.C. y Arroyo Montero, R., "La controvertida nacionalidad de

Ricardo Maduro Joest, Candidato a la Presidencia de la Republica de Honduras”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. I, 2001, págs. 505-560, esp. págs. 531-5327

[6] Moses. M.L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª ed, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pág. 72.

[7] Caivano, R.J., “Arbitrabilidad y orden Público”, *Foro Jurídico* (Pontificia Universidad Católica del Perú), N° 12, 2013, págs. 62-78, esp. págs. 77-78.

[8] Boy, L., “L’arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français: (contribution de droit économique)”, *Revue internationale de droit économique*, vol. 6, N° 2, 1992 : págs. 99-127, Racine, J.B., *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, París, LGDJ, 1999, págs. 201 ss.

[9] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (C-330/00), de 22 marzo 2000: “La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.gr. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer”

(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-330-00.htm>).

[10] Schmitthoff, C.M., “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, *The transnational law of international commercial transactions. Studies in Transnational Economic Law*, vol. II, (Horn, N. y Schmitthoff, C.M., eds.), Deventer, Kluwer, 1982, pág. 21; Smit, H., “The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?”, *Colum. Transnat'l L.*, vol. 25, 1986, págs. 9 ss.

[11] Carbonneau, T.E. y Janson, F., “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 2, 1994, págs. 193-202, esp. pág. 194.

[12] Mistelis, L.A. “Arbitrability - International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Mistelis, L.A. y Brekoulakis; S.L.), Wolters Kluwer Law & Business, 2009, págs. 1-17.

[13] Hanotiau, B., “L’arbitrabilité et le favor arbitrandum: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, págs. 879 ss; id., “L’arbitrabilité”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 296, 2002, págs. 25-254.

[14] Hanotiau, B., “La loi applicable à l’arbitrabilité du litige”, *Revue de droit des affaires internationales*, 1998, N° 7, págs. 755-779.

[15] STSJ Madrid CP 1ª 16 noviembre 2011: “adoptando una postura concorde con la expuesta doctrina jurisprudencial claramente favorable a la inclusión de las cuestiones relativas a la eficacia, validez o nulidad de los contratos y negocios jurídicos susceptibles de arbitrabilidad en la dicción del convenio arbitral, que deriva además de la regla de la plena eficacia de los contratos referida en el art. 1258 Cc, atemperándose la interpretación realizada a lo dispuesto al efecto en el

art. 9.º LA, ya que (...) la demandada estuvo conforme en la arbitrabilidad del supuesto controvertido, siendo tales datos actos propios de manifestación de la voluntad real y contractual de las partes sobre el alcance de la cláusula de arbitraje y de su interpretación o eficacia en atención a lo prevenido en los arts. 1281 y 1282 Cc. En conclusión, no concurren los motivos de anulación del Laudo contemplado en los aps. 1.a) y 1.c) LA (sic), pues la materia era susceptible de arbitraje, lo fue y el árbitro se atemperó a lo prevenido al respecto en el convenio arbitral suscrito en su día como cláusula incorporada a los contratos de swap sucesivamente suscritos” (ECLI:ES:TSJM:2011:14474); ATSJ Cataluña 17 noviembre 2011: “La cuestión que hemos de abordar, pues, no es la arbitrabilidad entendida como aptitud material de una determinada controversia para constituir objeto de arbitraje (art. V.2º.a) CNY), sino si existe o no la voluntad de sometimiento de la parte contratante ‘débil’ al convenio arbitral, impuesto en un contrato de adhesión -según las tesis de la demandada- por el predisponente y que se proyecta en su disponibilidad” (ECLI:ES:TSJCAT:2011:525A).

[16] 417 US 506 (1974) . En dicho asunto una de las partes instó la competencia de los Tribunales norteamericanos pese a la existencia en el contrato objeto del litigio de una cláusula de arbitraje CCI, pero tal argumento fue rechazado por el Tribunal Supremo, el cual, con respaldo en lo resuelto en el asunto “The Bremen v. Zapata Off-Shore Co”, por considerar que el supuesto no se había infringido el orden público: “The invalidation of such an agreement in the case before us would not only allow the respondent to repudiate its solemn promise but would, as well, reflect a ‘parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. (...) We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts’” (Jalili, M., “Scherk v. Alberto Culver Co., The Exemption of International Contracts from the Wilko Doctrine Voiding Agreements to Arbitrate Securities Disputes”, Loyola Univ. Chicago L.J., vol. 6, N° 3, 1975 págs. 738-757; Giberson, F.E., “Arbitration of International Securities Transactions -Scherk v. Alberto-Culver Co.”, Boston College L.R., vol. 16, N° 3, 1975, págs. 491-503).

[17] 659 F. Supp. 426 (S.D.N.Y. 1987) .

[18] Sobre esta cuestión vid. Fernández Rozas, J.C., “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, t, 290, 2002, págs. pp. 9-224, esp. págs. 100 ss.

[19] Vásquez Palma, M.F., “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en Derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, Revista Ius et Praxis, 12, N° 1, 2006, págs. 181-213.

[20] Poudret J.-F. y Besson S., Comparative Law of International Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, p. 232; Fortier, L.Y. “Arbitrability of Disputes”, Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing, S.A., 2005, págs. 269-284.

[21] Soriano Hinojosa, A., “El Estado y demás personas jurídicas de Derecho público ante el arbitraje internacional”, Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. 7, N° 2, 2014, págs. 439-448.

[22] Por ejemplo, en la sentencia Cour d’appel de París de 17 diciembre 1991 (“Gatoil / National Iranian oil Company NIOC”), a pesar de que la empresa panameña, Gatoil, pretendía hacer valer que la empresa iraní no tenía capacidad para comprometer al ser un organismo de Derecho público y las disposiciones internas iraníes no permitían esta posibilidad por ir en contra del art. 139 de la Constitución de la República Islámica de Irán, consideró que era una disposición imperativa de Derecho interno que no afectaba al orden público internacional. (Rev. arb., 1993, N° 2, pág. 281, con nota de H. Synvet)

[23] Vásquez Palma, M.F., “Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su

- delimitación e importancia”, Foro de Derecho Mercantil - Revista Internacional (Bogotá), N° 15, 2007, págs. 77-113.
- [24] STSJ País Vasco 1 diciembre 2015: “la controversia objeto del arbitraje del que tratamos referida al desenvolvimiento de la relación arrendaticia reglamentada por el contrato suscrito el 3 julio 1974 por los padres de la parte demandante con la parte demandada y sus posibles incumplimientos y consecuencias, recae sobre materia contractual, regida por el básico principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 Cc, que resulta de libre disposición y desde luego arbitrable y decidible en equidad, a tenor del art. 34 LA, conforme a lo acordado en la estipulación sexta del contrato ya mencionado y lo señalado al respecto por el colegio arbitral en el fundamento de derecho primero del laudo” (ECLI:ES:TSJPV:2015:3568).
- [25] Youssef, K., “The Death of Inarbitrability”, International and Comparative Perspectives (Mistelis, L.A. y Brekoulakis, S.L.), Wolters Kluwer Law & Business, 2009, págs. 47-67.
- [26] Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (Viena, 14 a 18 septiembre 2009) (A/CN.9/684), Anuario de la CNUDMI, vol. XLI, 2010, pág. 152.
- [27] Bouza Vidal, N., “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LII, 2000, págs. 371-394.
- [28] CNUDMI 46º período de sesiones, Viena, 8 a 26 julio 2013 A/CN.9/785, párr. 11; De Miguel Asensio, P.A. “Alcance de la arbitrabilidad de los litigios sobre derechos de propiedad industrial”, Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. VII, N° 1, 2014, págs. 81-101
- [29] Resulta obligada la referencia, en el sistema español al estudio de Merino Merchán, J.F., “30 Años de arbitraje corporativo”, El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje (Ruíz Risueño, F. y Fernández Rozas, J.C., coords.), Madrid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 547-567.
- [30] Kovar, R. “Droit communautaire de la concurrence et arbitrage”, Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman, París, Litec, 1987, págs. 109-124, esp. pág. 111.
- [31] Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session, Vienna, 3-21 June, 1985, A/40/17, pág. 9  
<<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1985-e/vol16-p3-46-e.pdf>>.  
Weintraub, R.J., International Litigation and Arbitration. Practice and Planning, 3ª ed., Durham, Carolina Academic Press, 2001, pág. 537.
- [32] Danov, M., “The Law Governing Arbitrability under the Arbitration Act 1996”, Lloyd’s Maritime and Comm. L. Q., 2008, N° 4, pág. 536-546,
- [33] Vid., con carácter general, Fauvarque-Cosson, B., Libre disponibilité des droits et conflits de lois, París, LGDJ, 1996, pág. 57-58.
- [34] Según P. Level, la identificación de la arbitrabilidad con la noción de la disponibilidad de los derechos es total. Los derechos disponibles son arbitrables y un derecho es disponible cuando se encuentra bajo el dominio total de su titular, el cual puede enajenarlo y renunciar a él. A partir de aquí, el autor procede a realizar la siguiente clasificación. En primer lugar, entre los “Derechos definitivamente indisponibles”, que son inarbitrables, se encuentran el estado y la capacidad de las personas. En segundo lugar, entre los “Derechos parcialmente disponibles”, están los derechos pecuniarios nacidos del Derecho patrimonial de familia, por ejemplo el quantum de una pensión alimentaria, en materia de sucesiones, una sucesión abierta y también de régimen matrimonial (Level, P., “L’arbitrabilité”, Rev. arb., 1994, pág. 213).
- [35] STSJ Madrid CP 1ª 29 julio 2013: “La libre disponibilidad a la que se refiere el

art. 2 LA viene referida a los derechos subjetivos que pueden ser objeto de controversia, de tal modo que la resolución de ésta tendrá que realizarse siempre y en todo caso, aun en contra de la voluntad de los enfrentados en ella, a través de los Tribunales de Justicia. En tales casos, la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en la controversia no basta para someter a arbitraje su resolución, sino que necesariamente deberá acudir a la vía jurisdiccional, como cuando se trata de juicios de incapacitación o sobre el estado civil de las personas, en los que no cabe acudir al arbitraje, sino que las únicas resoluciones susceptibles de producir eficacia son las judiciales” (ECLI:ES:TSJM:2013:11503).

[36] STSJ Galicia CP 1ª 8 marzo 2016: “El arbitraje es un sistema heterónomo de decisión de controversias y parte de la existencia de un acuerdo de las partes; un acuerdo sustentado en la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc) que se proyecta sobre materias de las que pueden libremente disponer. Desde esa libre disposición es posible delimitar ámbitos sobre los que el arbitraje se configura como sistema de resolución de conflictos y esa delimitación, considerada en su aspecto negativo, elimina la posibilidad de que aquellas materias sobre las que no se prevé el arbitraje o que expresamente se excluyan de su entorno de decisión, se incluyan en el conocimiento del tribunal arbitral o, en definitiva, sean objeto de la resolución arbitral” (ECLI:ES:TSJGAL:2016:2076).

[37] STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2015: “Esto significa que, aunque a diferencia del art. 2.1º LA/1988, la Ley vigente no identifique materias excluidas del arbitraje, sí obliga a tener en cuenta aquellas normas del ordenamiento que definan qué es o qué no es disponible, o que establezcan los límites de la disponibilidad como pautas que se hayan de utilizar para discernir, en una materia concreta, si es, por disponible, susceptible de arbitraje. Tales normas son, a título de ejemplo, el art. 6.2º Cc, el art. 19.1º LEC o, por analogía, el régimen de la transacción. Sin pretensión alguna de exhaustividad resultan comúnmente aceptados, como límites a la libre disposición -de la que son expresión señera las posibilidades de renuncia, modificación y transmisión de derechos-, el interés y el orden públicos, así como el perjuicio de terceros; las limitaciones o prohibiciones legales por razón de interés general o en evitación del perjuicio de terceros evidenciarían la indisponibilidad de la materia sobre la que recaigan. En este punto, resulta de la mayor trascendencia para el caso reparar en que el legislador no habla solo de materia de libre disposición como susceptible de arbitraje; el art. 2.1º LA pone el acento en ‘la controversia sobre materias de libre disposición...’. Como ha puesto de relieve la doctrina, y la Sala comparte, la materia concierne especialmente al ámbito del Derecho en el que se integra la relación jurídica causal a que el arbitraje se refiere...; la controversia es algo más: afecta al conflicto y a la posición de las partes respecto del conflicto, en términos dinámicos...; la controversia es lo que es cuando el conflicto aflora. De ahí que se pueda sostener, con pleno fundamento, que, cuando el legislador refiere la ‘arbitrabilidad’ a la controversia, está situando el momento decisivo para definir la disponibilidad de las partes en el tiempo del conflicto y de la determinación de las pretensiones, más que en el momento en que se inicia la relación causal y, en su caso, se formaliza, al tiempo de ella, el convenio arbitral” (ECLI:ES:TSJM:2015:8881).

[38] STSJ Madrid CP 1ª 12 mayo 2015: “la arbitrabilidad o no de las cuestiones sometidas a arbitraje se rige por el art. 2 LA, tanto para el caso de los arbitrajes internacionales como para el caso de los arbitrajes domésticos o nacionales, que dispone que ‘son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho’. Legalmente, determinadas materias se consideran no arbitrables en razón al interés público que concurre en ciertos derechos -como por ejemplo los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, a los que se refiere el art. 751 de la LEC-, también podríamos incluir, como regla general los derechos cuya renuncia puede contrariar el interés público

a los que se refiere el art. 6.2º Cc. Por lo general, casi todas las materias son susceptibles de arbitraje, en la actualidad, el criterio de disponibilidad o no de la materia se aproxima cada vez más al criterio de la patrimonialidad o de la susceptibilidad de que los derechos en disputa tengan un contenido económico, incluidas cuestiones societarias y relativas a la propiedad intelectual” (ECLI:ES:TSJM:2015:6565). Este criterio será reiterado en la STSJ Madrid CP 1ª 13 enero 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:553).

[39] STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2015: Sabido es que el Legislador español ha establecido el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, no adoptando, por tanto, el llamado “criterio patrimonial”, que, en expresión máxima del ‘favor arbitrandum’, considera arbitrables las pretensiones que tienen un valor pecuniario para las partes o, en otra formulación, los derechos que representen, al menos para una de ellas, un interés que pueda ser traducido en dinero. El criterio que acepta el Laudo en este punto podrá ser un desiderátum, pero no se adecua, desde luego, a la previsión que a todas luces adopta el art. 2.1º LA. (ECLI:ES:TSJM:2016:8909).

[40] ¿Es posible el sometimiento a arbitraje para resolver las controversias derivadas del contrato de agencia al no afectar a materias indisponibles?: El AAP Valencia 6ª 17 septiembre 2018, confirma una declinatoria arbitral afirmando que: “la parte apelante reproduce en esta instancia las tres líneas argumentales del escrito de contestación a la declinatoria que fueron resueltas por el juzgador de instancia en el auto recurrido. La primera, se sustenta en la naturaleza de la norma, art. 3 y Disposición Adicional 2ª, que establece el carácter imperativo de los preceptos respecto al contrato de agencia y el fuero imperativo en materia de competencia territorial, tribunal del domicilio del agente, la segunda, en el fraude de ley y con cita de una SAP Alicante 28 mayo 2008, y la tercera, con la cita de artículo doctrinal, autor José Moxica Román, que en relación al arbitraje y la Ley de Contrato de Agencia considera que debería ser en el arbitraje a árbitros del domicilio del agente para conjugar la naturaleza imperativa del fuero con la facultad de someter a arbitraje la controversia. La primera consideración que este tribunal expone es que el recurso reproduce los mismos argumentos del escrito de contestación a la declinatoria sin refutar los sólidos argumentos del auto recurrido, por lo que este tribunal podría confirmar el auto por mera remisión a sus fundamentos. Sin embargo, debe exponer las siguientes consideraciones: a) La cita de la SAP Alicante 28 mayo 2008 es inadecuada pues en esa resolución el supuesto que se analiza es muy diferente, la cláusula arbitral sometía a las partes contratantes a un arbitraje atribuido a la Cámara de Comercio de Ginebra, mientras que en el presente caso lo es a la Cámara de Comercio de Torrelavega, por lo que no se aprecia el fraude de ley que en esa resolución integra su fundamento; b) La parte demandante califica el contrato de agencia o de subdistribución, y cita el art. 3 y la disposición adicional 2ª para fundamentar el carácter imperativo de las normas integradoras del contrato y el fuero territorial para la resolución de las acciones derivadas del contrato de agencia, sin embargo, no existe norma que limite o impida el arbitraje como medio de solución de los conflictos, por lo que esa imperatividad en nada afecta al arbitraje, como bien recogen las resoluciones citadas en el auto recurrido, en particular, la del AAP Madrid 3 diciembre 2012, que a su vez recoge otras resoluciones de distintos tribunales, cuyas líneas argumentales son: la materia es susceptible de arbitraje al ser de libre disposición conforme a derecho (art. 2 LA/2003); la disposición adicional 2ª de la Ley de Contrato de Agencia afecta a la competencia territorial pero no a la jurisdicción, que si es disponible, por lo que resulta de aplicación el art. 39 de la LEC como fundamento de la declinatoria; esa doctrina es la mayoritaria entre las Audiencias Provinciales; c) Por último, la cita de la opinión

del autor de la obra “La ley de contrato de agencia”, D. José Moxica Roma, aun siendo respetable no es compartida por este tribunal al no tener apoyo en jurisprudencia y oponerse a lo que constituye una doctrina pacífica de que si es posible el sometimiento a arbitraje para resolver las controversias derivadas del contrato de agencia al no afectar a materias indisponibles. (ECLI: ES:APV:2018:3064A).

[41] Requejo Isidro, M., “Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, págs. 71 ss.

[42] Pamboukos, C., “On Arbitrability. The Arbitrator as a Problem Solver”, *Arbitrability, International & Comparative Perspectives* (L.A. Mistelis y S.L. Brekoulakis, eds.), Alphen aan der Rijn, Kluwer Law International, 2009, págs. 121-142.

[43] Algunos autores en vez de arbitrabilidad prefieren hablar de “restricción a la libertad contractual de las partes” (Level, P., “L’arbitrabilité”, loc. cit., págs. 213-240, esp. pág. 213).

[44] Böckstiegel, K.H., “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement”, *IBA Journal of Dispute Resolution*, N° especial, *The New York Convention - 50 Years*, 2008, págs. 123 ss. En Argentina se suscitó la arbitrabilidad de una materia comprendida en una normativa de orden público, con referencia a la legislación de emergencia promulgada a partir enero 2002 con motivo de la crisis sistémica que afectó al país. En el laudo arbitral parcial CCI en el asunto 4604/1985, el árbitro J.C. Rivera resaltó en su voto que el hecho que la norma fuese de orden público no impedía que las partes pudieran transar o renunciar a los derechos patrimoniales que emergen de dicha legislación. En su opinión la accionante hubiera podido sin duda renunciar a los derechos patrimoniales que, en su opinión, emanan de la legislación de emergencia, sin que por ello se violase el orden público (de la misma forma que un deudor cuyo crédito fue pesificado por el Decreto 214/2002, podía pagar el monto original del crédito en dólares o agregar el Coeficiente de Estabilización de Referencia, si así lo desea). De acuerdo con la opinión de este árbitro, “(e)sto implica caer en una confusión entre la aplicación por el árbitro de normas de orden público e imposibilidad de someter a arbitraje el litigio que debe resolverse por normas de orden público. El tema no es novedoso en el ámbito en que se desarrolla este arbitraje, y ha sido materia de análisis doctrinario y de varios laudos dictados en arbitrajes según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo cual fue disipando, paso a paso, tal confusión. Así concluir que el hecho de que una cuestión entre partes esté sometida a reglas de orden público -como las normas sobre concurrencia del Tratado de Roma- no excluye el arbitraje, aunque constriñe al árbitro a aplicar tales normas de orden público”. Vid. Laudo CCI N° 4604/1985, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, S. Jarvin e Y. Derains (eds.), ICC Publication N° 433, 1990, pág. 550; Rivera, J.C. “Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, *Revista Internacional del Arbitraje (Bogotá)*, N° 5, 2006, págs. 193-221, esp. 213; id., “El orden público en el arbitraje”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, V, nos 9-10, págs. 261-288, esp. págs. 266-267.

[45] Perales Viscasillas, M.P., “Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia”, *Anuario de justicia alternativa*, N° 6, 2005, págs. 11-76, esp. pág. 24.

[46] Perelman, C., “Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse”, *Les notions à contenu variable en droit* (C. Perelman y R. Vander Elst, eds.), Bruselas, Bruylant (Travaux du Centre national de recherches de logique), 1984, págs. 363-374.

[47] Fadlallah, I., “L’ordre public dans les sentences arbitrales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 249, V, 1994. págs. 369-430,

esp. pág. 416.

[48] Hoellering, M.F., “Arbitrability of Disputes”, *Bus. Law.*, vol. 41, 1985-1986, págs. 125-144, esp. págs. 125-126. La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 20 junio 1960 (“*Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*”) afirmó al respecto que “... an order to arbitrate the particular grievance should not be denied unless it may be said with positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute; and doubts should be resolved in favor of coverage” 363 U.S. 574 (1960) <

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/363/574/case.html>>. Esta tendencia favorable a la arbitrabilidad de la cláusula figura en la Sentencia del Tribunal Supremo de California de 29 diciembre 1983 (“*Ericksen, Arbuthnot, McCarthy, Kearney & Walsh, Inc. v. 100 Oak Street*”) 141 Cal. App. 3d 971, 190 Cal. Rptr. 625 (1983), rev'd, 197 Cal. Rptr. 581, 673 P.2d 251 (Cal. 1983) .

[49] Gelinias, F., “Favor arbitrandum et favor validitatis (Favor Arbitrandum and Favor Validitatis)”, *D'une réforme à une autre: Regards croisés sur l'arbitrage au Québec* (Frédéric Bachand, F. y Gelinias, F., dir., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, págs. 29-46 <<https://ssrn.com/abstract=2420117>> ,

[50] Hanotiau, B.: “L'arbitrabilité et le favor arbitrandum...”, loc. cit., pág. 927

[51] Sever, J.R., “The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration Out of Control?”, *Tulane L. Rev.*, vol. 55, 1991, págs. 1661-1697.

[52] Racine, J.B., *L'arbitrage commercial international...*, op. cit., págs. 132-149. « La Sentencia de la Cour d'appel de París de 14 octubre 1993 (“*Société Aplix v. société Velcro*”), determinó que “les arbitres, comme le juge étatique de droit commun, peuvent tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public (...) pouvant être directement appliqués aux relations des parties en cause » (Rev. arb., 1994, N° 1, págs. 164 ss y nota de C. Jarrosson).

[53] Fernández Rozas, J.C., “El arbitraje comercial internacional. Entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, págs. 605-637.

[54] Mourre, A., “Réflexions critiques sur la suppression du contrôle de la motivation des sentences arbitrales en droit français”, *ASA Bulletin*, vol. 19, N° 4, 2001, págs. 634 ss; Loquin, E. “Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international”, *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand, Litec*, 2003, pág. 339; Lew, J.D.M., “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration?” (Mistelis, L.A. y Lew, J.D.M., eds), *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, *Kluwer Law International, International Arbitration Law Library*, vol. 16, 2007, págs. 455-485, esp. N° 20-60.

[55] Fernández Pérez, A. “Ámbito de la cognición en la designación judicial de árbitros”, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje* (Ruiz Risueño, F. y Fernández Rozas, J.C., coords.), Madrid, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 647-492, esp. págs. 480-481.

[56] Böckstiegel, K.H., “Public Policy and Arbitrability”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, N° 3, Kluwer, 1987, págs. 177-204.

[57] La apreciación de la causal de orden público debe admitirse con carácter excepcional pues, como ha afirmado el ATSJ País Vasco 19 abril 2012) “resulta razonable sostener que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia. Debe ser

un control ejercitado a partir... de una concepción limitada del orden público y en un contexto donde el respeto y since-ro reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional no conlleve sacrificar los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico en particular ni de la comunidad internacional en general” (ECLI:ES:TSJPV:2012:2A).

[58] Fernández Rozas, J.C., “El orden público del árbitro”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, abril, 2017, págs. 5-70; Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S.A. y Stampa G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 87 ss.

[59] Laudo CCI N° 2811/1978, *Journ. dr. int.*, 1979, págs. 983-983, esp. pág. 986; Blanke, G., “Antitrust Arbitration under the ICC Rules”, *EU and US antitrust arbitration: a Handbook for Practitioners* (G. Blanke y P. Landolt, eds.), vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2001, págs. 1763-1898, esp. pág. 1844; Álvarez González, S., “Espacio arbitral comunitario y Derecho de la competencia (Comentario a la STJCE de 1 junio 1999: Asunto C-126-97, ‘Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV)’”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, págs. 137-148.

[60] Bernardini, P.: “The Problem of Arbitrability in General”, *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : the New York Convention in Practice* (Gaillard, E. y Di Pietro, D., eds.), Londres, Cameron May, 2008, págs. 503-522; Hollander, P., “Report on the Concept of ‘Arbitrability’ under the New York Convention”, *Dispute resolution international: the Journal of the Dispute Resolution Section of the International Bar Association*, vol. 11, N° 1, 2017, pág. 47-65,

[61] Broches, A., *Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, 1990 págs. 40 ss; Walsh, T.W., “The UNCITRAL Arbitration Rules and First Options: Failing to Clearly and Unmistakably Evince the Intent to Arbitrate Issues of Arbitrability”, *World arbitration & Mediation Review*, vol. 2, N° 3, 2008, págs. 87-95.

[62] Fernández Rozas, J.C., “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, N° 3, 2015, págs. 823-852, esp. pág. 827-828.

[63] *Yearbook Uncitral*, vol. XVI, 1985, págs. 449 ss.

[64] Hertzfeld, J.M., “The Common Law Approach to Public Policy in International Arbitration”, *Stockholm Int’l L. Rev.*, N° 2, 2008, págs. 79-89.

[65] International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on International Commercial Arbitration, “Final Report on Public Policy”: Recommendation 1(d) “The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as ‘lois de police’ or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations”.

[66] Vásquez Palma, M.F., “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos...”, *loc. cit.*, págs. 181-213.

[67] Böckstiegel, K.H., “Public Policy and Arbitrability”, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, n.º 3, 1987, págs. 177-204; Sánchez Lorenzo, S., “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009, págs. 39-74, esp. pág. 64.

[68] Vid. Laudo CCI N° 6503/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, págs. 613-617 y Verbist, H., “The Application of European Community Law in ICC Arbitrations”, *Bull. CCI*,

Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe, 1994, esp. págs. 38-39, donde se cita el Laudo CCI n.º 7097/1993 en referencia a esta cuestión.

[69] Vid. Lando, O., "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 34, 1985, págs. 746-768, esp. págs. 765-768. Laudo CCI N° 9333 (ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10, N° 2, 1999, págs. 102-104).

[70] Mayer, P. "Mandatory Rules in International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 2, N° 4, 1986, págs. 276 ss, esp. 281-282.

[71] El tribunal decidió que "avoir égard à l'ordre public interne et non uniquement à l'ordre public international espagnol, les relations des parties étant soumises au droit espagnol" y, en consecuencia debía de aplicarse el art. 6 Cc español que establecía concretamente la nulidad de los acuerdos contrarios al orden público y al interés público. Por tanto entendió que sólo tenía eficacia el texto aprobado por el referido Ministerio y la cláusula litigiosa incluida en la versión francesa no tenía ningún efecto y, para ello determinó que el orden público debe ser tenido en cuenta cuando se trate de determinar una causa de nulidad del contrato: "indépendamment même de l'exception ainsi invoquée par une partie, l'arbitre aurait d'ailleurs le devoir de soulever d'office la nullité de toute convention ou clause qui serait contraire à l'ordre public espagnol, au même titre qu'une juridiction ordinaire espagnole" *Journ. dr. int.*, 1990, págs. 1039 ss y observaciones de Y.D.; Voser, N., "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, págs. 319 ss, esp. pág. 355.

[72] De acuerdo con este precepto : "Une loi étrangère ayant la qualité de loi de police pourrait éventuellement trouver application à un contrat, autrement soumis au droit suisse, par le biais de l'article 19 LDIP. Une violation d'une telle loi de police, à supposer réunies les conditions d'application de l'article 19, pourrait entraîner l'illicéité du contrat".

[73] Según el laudo: "Il n'y a aucun rattachement avec le droit américain hormis le fait que la société française est devenue, après la conclusion de la convention, une filiale d'une société américaine. Ce rattachement serait en tout état de cause insuffisant pour appliquer la loi FCPA à titre de l'article 19 LDIP", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n° 2, 1999, págs. 102 a 104.

[74] *ASA Bull.*, 1993, pág. 247 ss; *Rev. arb.*, 1992, pág. 327 ss; *Riv. arb.*, 1994, págs. 773 ss; *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XIX, 1994, págs. 105 ss; Sayed, A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2004 págs. 234 ss.

[75] Resulta notable la afirmación del tribunal de que los principios emanados del Derecho comunitario de la competencia no derivan de los principios generales comúnmente admitidos como integrantes de un orden público verdaderamente internacional. "Quant au droit transnational, la demanderesse ne prétend pas, à juste titre, que les règles de droit communautaire qui feraient, selon elle, obstacle à l'exploitation exclusive des produits et de la marque (...) par X sur l'ensemble du territoire espagnol et au droit de reconduction automatique du contrat accordé à X, relèveraient de l'ordre public transnational, c'est-à-dire des principes fondamentaux du droit" (*Journ. dr. int.*, 1995, págs. 1022-1027) ; vid. Verbist, H., "The Application of European Community Law...", loc. cit., págs. 33 ss), donde se cita el Laudo CCI N° 7097/1993 en referencia a esta cuestión.

[76] Robert, J., "Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi contre Soler. Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985", *Rev. arb.*, 1986, págs. 182 ss.

[77] Álvarez González, S., "Espacio arbitral comunitario...", loc. cit., págs. 137-148.

[78] Muir Watt, H. y Radicati di Brozolo, L.G., “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 6, N° 2, 2004, págs. 90-96.

[79] Acerca de los problemas terminológicos vid. Kessedjian, K., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 18, 2007, pág. 147 ss.

[80] Como pusiera de relieve E. Artuch Iriberry, “Es distinto el hecho de que la inarbitrabilidad o indisponibilidad del litigio en causa se deba a una disposición imperativa o a una regla de orden público, a la intervención de una de estas normas en una materia arbitrable. En este segundo supuesto, sea la norma nacional o comunitaria europea, el litigio puede ser resuelto por arbitraje” (El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional, Madrid, Eurolex, 1997, pág. 185). De acuerdo con la STSJ, 1ª, Madrid 21 abril 2015: “No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro” ECLI:ES:TSJM:2015:4055. Por su parte la SAP Almería 3ª 25 abril 2008 (Verdera, E., Fernández Rozas, J.C., Beneyto, J.M. y Stampa, G., *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Thomson, Reuters, Aranzadi, 2013 en adelante -JEA-, N° 38) afirmó que “el límite del orden público establecido por el art. 6.2º Cc no puede identificarse con normas imperativas, y por lo tanto no dispositivas, pues en ese caso apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*”; razonamiento reproducido en el AAP Madrid 14ª 30 junio 2011 (JUR 2011, 309944).

[81] Zhilsov A.N., “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, *Netherlands Int’l L. Rev.*, vol. 42, N° 1, 1995, págs. 81-119; Blessing, M., “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 14, N° 4, 1997, págs. 23 ss); Gibson, C.S., “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, *Pennsylvania State L. Rev.*, vol. 103, 2009, págs. 1227-1267.

[82] Vid., por todos, Seraglini, C., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, Dalloz, 2001; Radicati di Brozolo, L.G., “Arbitrage commercial international et lois de police”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 315, 2005, págs. 265 ss). El Laudo CCI N° 2119/1978 afirmó que “les dispositions contractuelles demeurent néanmoins directement applicables dès lors qu’elles ne heurtent pas les dispositions impératives de la loi française” (*Journ. dr. int.*, 1979, pág. 997 ss y observaciones de Y.D.). Por su parte, el Laudo CCI N° 7518/1994 *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, págs. 516-522 y nota de Y.D. los árbitros descartaron la aplicación de la ley portuguesa que las partes habían declarado expresamente aplicable al contrato una vez verificado que era incompatible con los postulados de este último. Vid. Kaufmann-Kohler, G., “Le contrat et son droit devant l’arbitre international”, *Le contrat dans tous ses états: publication de la Société genevoise de droit et de législation à l’occasion du 125ème anniversaire de la Semaine Judiciaire* (Bellanger, F., et al.), Berna, Stämpfli, 2004. págs. 361-373, esp. nota 27.

[83] *Rev. trim. dr. comm.*, 1993, págs. 492 ss y observaciones de J.C. Dubarry y É. Loquin; *Rev. arb.*, 1993, págs. 645 ss y nota de Ch. Jarrosson; *Journ. dr. int.*, 1993, págs. 957 ss y nota L. Idot. Posteriormente una sentencia del mismo tribunal de 8

julio 2010 (“HTC Sweden AB v. Doga”) determinó que la jurisdicción estatal no puede intervenir en la determinación de la competencia de los árbitros, “sauf inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, peu important que des dispositions d’ordre public, fussent-elles constitutives d’une loi de police, soient applicables au fond du litige” (). Albornoz, M.M., “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, Bol. Mexicano de Derecho comparado, vol. XLVII N° 1 139, 2014, págs. 13-38.

[84] La SAP Barcelona 15ª 9 febrero 2010 es clara al afirmar que “la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas” (JEA, N° 45). En dirección similar la SAP Islas Baleares 5ª 23 marzo 2011 afirma que “No obstante, el interés y el orden público no debe identificarse con regulación de Derecho público ni imperativo, porque existen materias que, aún participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición de las partes” (JEA, N° 86).

[85] Sánchez Lorenzo, S.A. “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LXI, 2009, págs. 39-74, esp. pág. 65)

[86] Según la SAP Barcelona 15ª 11 marzo 2009: “Una cosa es que el árbitro resuelva el conflicto sin aplicar o tener en cuenta las normas imperativas o prohibitivas, de orden público, que rigen la materia controvertida y otra, vedada al órgano judicial que conoce de la acción de anulación, es que pueda corregirse la valoración probatoria del árbitro y la consecuente decisión que, con aplicación de esas normas imperativas, resuelve la controversia sometida a arbitraje” (JAE, N° 795).

[87] Sher, J., “Arbitrability and the impact of fraud or corruption on international arbitration”, The Australian L.J., vol. 84, N° 10, 2010, págs. 702-711.

[88] Park, W.E., “Arbitration’s Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”, Arb. Int’l, vol. 19, N° 3, 2003, págs. 279 ss; Rogers, C., “The Vocation of the International Arbitrator”, Am. Univ. Int’l L. Rev., vol. 20, 2004-2005, págs. 957-1020, esp. págs. 999 ss; Raouf, M.A., “How Should International Arbitration Tackle Corruption Issues?”, ICSID Rev., vol. 24, N° 1, 2009, págs. 116-136.

[89] Es expresiva de esta tendencia el Laudo de la CCI, N° 1110/1963 donde árbitro sueco Lagergren declinó su competencia considerando contrario al orden público internacional el convenio celebrado entre un ex funcionario argentino y una sociedad inglesa en la “era de Perón” para someter a arbitraje el contencioso producido como consecuencia de la ejecución de un contrato de agencia para la adjudicación de un contrato de obras públicas toda vez que la controversia versaba sobre el pago de sobornos y el tráfico de influencias (Wetter, J.G., “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunal: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ice Case N° 1110”, Arb. Int’l, vol. 10, 1994, págs. 277-294; Hanotiau, B., “L’arbitrabilité...”, loc. cit., págs. 958-959; Mourre, A., “Arbitration and Criminal Law...”, loc. cit., págs. 95-118); Sayed, A., Corruption in International Trade..., op. cit. págs. 59 ss). En esto caso el árbitro se convirtió en auténtico guardián del orden público considerándose con competencia suficiente para decidir sobre la violación del contrato principal al orden público, para ello, le era dable la comprobación de la eventual ilicitud del contrato con el objeto de no llegar a un laudo contrario a esta noción (Heuze, V., “La morale, l’arbitre et le juge”, Rev. arb., 1993, págs. 179-198; en su opinión la controversia comportaba tan groseras violaciones a las buenas costumbres y orden público internacional que no podría ser sancionado por ninguna jurisdicción, fuese la argentina, la francesa o la de cualquier país civilizado y ello justificaba su declinación de competencia. Prescindiendo del juicio de valor efectuado por el

árbitro, es discutible que este razonamiento se acomode al de la autonomía de la cláusula arbitral (Wetter, J.G., loc. cit., págs. 277 ss).

[90] Cremades, B.M. y Cairns, D., "Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators", *Disp. Res. J.*, vol. 58, 2003, págs. 76-85, esp. págs. 87-88)

[91] Scherer, M., "Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals", *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 5, N° 2, págs. 29 ss; Rossell, J. y Praeger, H., "Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof", *Arb. Int'l*, vol. 15, N° 4, 1999, págs. 348 ss.

[92] La jurisprudencia arbitral se ha ocupado en extenso de la cuestión en un afán de hallar valores éticos con validez universal (Loquin, "Les manifestations de l'illicite: synthesis", *L'illicite dans le commerce international* (Kahn, P. y Kessedjian, C., dirs.), París, 1996, págs. 278 ss. El Laudo CCI N° 8891/1998 puso de manifiesto el carácter ilícito de los contratos viciados por prácticas de soborno está claramente establecido por la jurisprudencia arbitral y que la actitud de los árbitros en tal sentido se desprende de un principio de orden público transnacional ("(U)n contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultance, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité" (*Journ. dr. int.*, 1984, pág. 1080), cualquiera que sea la ley aplicable. Ello explica la presencia de laudos arbitrales que han procedido a anular, con apoyo en la noción de orden público transnacional, contratos calificados de corrupción. Por eso los operadores del arbitraje internacional han preferido el tenor del Laudo CCI N° 3916/1982 ("Loewe") que, aparte de resaltar el carácter ilícito del tráfico de influencias existente en el caso, subrayó la independencia de la cláusula arbitral con respecto al contrato del cual formaba parte, por lo cual el tribunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a la anulación del contrato de fondo. "(M)ême si, dans un certain pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d'affaires, on ne peut du point de vue d'une bonne administration ni de celui de la moralité dans les affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives" (*Collection of ICC I*, págs. 507-511). En una dirección similar se pronunció el Laudo CCI N° 3913/1981 ("U.K. Company v. French Comany / African country"), en la cual el árbitro, refiriéndose a una comisión reclamada por una entidad británica, afirmó que: "n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît. Si de telles pratiques ont pu être constatées dans certains pays, il est patent, néanmoins, que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptrice", (*ibid.*, págs. 497-498; *Journ. dr. int.*, 1985, págs. 989 ss)

[93] El Kosheri, S y Leboulanger, P., "L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences", *Rev. arb.*, 1984, págs. 3-19; Sayed, A. "La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international: inventaire des solutions", *Bull. ASA*, vol. 19, N° 4, 2001, págs. 653-671; Lamm, C., Pham, H.T y Moloo, R. (2010), "Fraud and Corruption in International Arbitration", *Liber amicorum Bernardo Cremades, Las Rozas* (Madrid), 2010, págs. 699-731, esp. págs. 706-719).

[94] Oppetit, B., "Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international", *Journ. dr. int.*, 1987, págs. 5-21.

[95] Court de Fontmichel, A., *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, París, Ed. Panthéon-Assas Paris II, 2004, págs. 330 ss.

[96] Cremades, B. y Cairns, D., loc. cit., págs. 87-88. Sumamente expresivo de la doctrina, absolutamente incompatible con la actual práctica del arbitraje, que figura en ciertos laudos, según la cual un tribunal de arbitraje no tiene el deber de examinar el cohecho no alegado por las partes, es el Laudo CCI N° 7047/1994 ("Westacre Investments Inc. / Jugoimport Spdr Holding Co Ltd.") (*ASA Bull.*, 1995,

págs. 301 ss). La consultora Westacre debía cobrar una serie de comisiones, en atención a un contrato referente a la venta de equipo militar al Ministerio de Defensa de Kuwait. Sin embargo, los demandados se negaron a pagar las comisiones pactadas que figuraban en el acuerdo de consultoría y por tanto Westacre promovió un arbitraje CCI tal y como figuraba en una cláusula del referido contrato. Los demandados alegaron la nulidad del acuerdo por ser contrario al orden público internacional con apoyo en el art. 190.2º e) de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, argumentando que había habido sobornos por parte de la consultora a personal del Ministerio de Defensa de Kuwait. No obstante, la mayoría del tribunal arbitral decidió que el cohecho debía ser probado y alegado en forma clara e inequívoca por las partes, circunstancia que no se había hecho. Como puede comprobarse, la cuestión central era determinar si un tribunal arbitral podía resolver una controversia aún no planteada por las partes cuando se vulneraba el denominado orden público internacional, en este caso, en materia de cohecho, blanqueo de capitales o de fraude contable grave o de cualquier otro delito que ponga en juego la estabilidad y la paz internacional. Si bien en el caso en análisis, no se habían tratado cuestiones no alegadas por las partes, la doctrina sobre el particular ha destacado, que el árbitro internacional debe tratar cuestiones que afecten el orden público internacional como las de cohecho, blanqueo de capitales o fraude contable grave, etc., siempre que exista alguna sospecha en el desarrollo del proceso arbitral, cualquiera sea la intencionalidad de las partes (Meltz, D., "Public Policy and Illegality: The Westacre Legacy", *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, vol. 4, 2000, págs. 80-88. Vid. notas de A. Sheppard en *Int'l Arb'n L. Rev.*, 1998, págs. 54 ss y de S. Wade, *ibid.*, 1999, págs. 97 ss.

[97] Laudo CCI N° 1110/63, párr. 20 (vid. el texto en Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1978, págs. 553 ss.

[98] Motulsky, H., "L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public", *Rev. arb.*, 1955, págs. 38-47; Salcedo Castro, M., "Estado actual del arbitraje en Derecho público francés", *Revista de Jurisprudencia Administrativa (Universidad Externado de Colombia)*, N° 3, 2002, págs. 7-18, esp. pág. 8. El Consejo de Estado francés afirmó el 6 de marzo 1986, a propósito de la construcción del parque Eurodisney, "... que resulta de los principios generales del Derecho público francés, confirmados por el primer inciso del art. 2.060 del Código civil, que salvo disposición legislativa expresa o de estipulaciones internacionales incorporadas en el orden jurídico interno, las personas morales de Derecho público no pueden sustraerse a las reglas que determinan la competencia de las jurisdicciones nacionales sometiendo a la decisión de un árbitro la solución de litigios en los cuales ellas son partes y que pertenecen al orden jurídico interno" (Labetoulle, D., "L'arbitrage en droit public", *L'Actualité juridique: droit administratif*, 20 enero 1997, pág. 16). Vid. Audit, M "L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif", *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage: pour un cadre commun de référence* (Osman, F y Chedly, L., dirs.), Bruselas, Bruylant, 2015, págs. 141-154.

[99] Foussard, D., "Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L 311-6 du Code de justice administrative", *Rev. arb.*, 2000, págs. 537 ss; en la doctrina española M. Eslava Rodríguez, *Contratos públicos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, págs. 170-173.

[100] Parada, R., *Derecho administrativo, Parte I*, Madrid, M. Pons, 1996, págs. 28-29.

[101] Rosa Moreno, J., *El arbitraje administrativo*, Madrid, Universidad de Alicante-McGraw-Hill, 1988, págs. 46 ss; Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial de*

conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos resolución extrajudicial, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, 2000, págs. 15-19 y, más recientemente Esplugues Barona, C., Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y Realidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 229 ss.

[102] Al respecto, puede definirse el arbitraje administrativo como aquel mecanismo “mediante el cual la Administración Pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes” (Cf. Fraga Pitaluga, L, El arbitraje en el Derecho administrativo, Caracas, Ed. Torino, 2000, pág. 48) Vid. Trayter Jiménez, J.M., “El arbitraje del Derecho administrativo”, Revista de la Administración Pública, N° 143, 1997, págs. 75 ss.

[103] Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial de conflictos..., op. cit., pág. 23.

[104] En el asunto “Point Trading / Ministerio del Interior”, sometido al Sistema Nacional Peruano de Conciliación y Arbitraje (SNCA) del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), cuyo objeto era determinar la procedencia de una factura por servicios de seguridad prestados a la Casa Presidencial, el árbitro único manifestó en un laudo de 28 diciembre 2005 que en “... materia de contratación con el Estado es indispensable asegurar la satisfacción del interés público prevaleciente que se encuentra comprometido en cada contrato”.

[105] Cremades, B., “Participación de los Estados en el arbitraje internacional”, Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. III, 2010, N° 3, págs. 655-674, esp. págs. 662-663.

[106] Kleinheisteramp, J., International Commercial Arbitration in Latin America, Oceana, 2005. págs. 94-104.

[107] Craig, W.L., Park, W.W. y Paulsson, J., International Chamber of Commerce Arbitration, 3ª ed., Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications, 2000., pág. 661.

[108] Boivin, R., “International Arbitration with Status: An Overview of the Risks”, J. Int'l Arb., vol. 19, N° 4, 2002, págs. 285-299.

[109] Lalive, P., “‘Raison d’Etat’ et arbitrage international”, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Colonia, Berlín, Múnich, 2001, págs. 469-475.

[110] Una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional, aunque cuenta con algunos precedentes en sentido contrario, como el Laudo CCI N° 2321/1974 (“Solel Boneh / Republic of Uganda”) (Yearb. Comm. Arb., 1976, págs. 133 ss). Dicha idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio Derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato (art. 177.2º). Lo mismo ocurre en España donde el art. 2 LA/2003 establece que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, o organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal”. Vid. Fernández Rozas, J.C., “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. V, N° 1, 2012, págs. 37-90, esp. pág. 52.

[111] La Sentencia de la Corte Constitucional colombiana Sala Plena, 14 marzo

2007 (“Concesiones de Infraestructura S.A. -CISA- / Departamento del Valle del Cauca”), reconoció que uno de los temas jurídicos más polémicos sobre el arbitraje es el de las materias que pueden ser objeto de arbitramento, especialmente en asuntos administrativos, reiterando su doctrina que permite establecer los parámetros por medio de los cuales una materia tiene vocación para ser decidida por un tribunal de arbitramento ya que no todo asunto puede someterse a decisión de los árbitros. Al efecto determinó que los árbitros sí pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos durante la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Lo que no deben hacer es pronunciarse sobre la legalidad de estos actos ya que esto le compete exclusivamente a la jurisdicción administrativa. Frente a esta posición aperturista, la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, de 9 marzo 2001 (“Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarrillados / Murillo Hurtado, S.”) insistió en un enfoque más radical declarando de manera categórica que en el ordenamiento costarricense únicamente se puede acudir al arbitraje cuando se trate de materia patrimonial disponible en conflictos de intereses de carácter patrimonial en los cuales las partes tengan plena disposición sobre los derechos discutidos, por ello, “el ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, los cuales son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, no puede ser objeto de compromiso arbitral. En estos casos, además de no ser materia patrimonial disponible, entra en juego el interés público o general, el cual trasciende al de las partes” (Fernández Rozas, J.C., Tratado de Arbitraje en América Latina, Madrid, Iustel, 2008, N° 663)

[112] B. Hanotiau, “La loi applicable à l’arbitrabilité...”, págs. 755-779.

[113] Brekoulakis, S.L., “Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Mistelis, L.A. y Brekoulakis; S.L.), Wolters Kluwer Law & Business, 2009, págs. 99-119.

[114] También se requiere que dicho acuerdo suponiendo que haya sido llevado a cabo en dicho país, haya restringido o tenga el potencial de restringir la libre competencia en ese mercado (Mourre, A. “Arbitrabilidad del Derecho antimonopolio desde la perspectiva europea y estadounidense”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, N° 1, 2009, págs. 81-138).

[115] Vid. en la doctrina francesa, Idot, L. (1996), “L’arbitrabilité des litiges. L’exemple français”, *Rev. Jur. Com.*, 1996, págs. 6 ss, esp. pág. 11; Bureau, D. y Muir-Watt, H., “Impérativité désactivée? (à propos de Cass. Civ. 1re, 22 octobre 2008)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, págs. 1 ss.

[116] Nakamura, T., “Arbitrability and the lex arbitri”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 17, N° 3, 2002, págs. 29 ss.

[117] Un ejemplo concreto de colisión entre una cláusula arbitral y una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, con resultado favorable para esta última, se evidencia con el siguiente supuesto: en Chile dos sociedades mineras celebraron un contrato en el que estipularon someter a arbitraje todos los litigios que directa o indirectamente tuviesen relación con la propiedad minera “San Enrique I”. En virtud de lo acordado en el referido contrato la sociedad legal minera San Enrique de Alto San Antonio presentó demanda arbitral en contra de la sociedad legal minera “La Unión” solicitando, conforme a lo dispuesto por los arts. 95.7° y 7° transitorio del Código de Minería, que se declarase que la concesión correspondiente a la pertenencia minera San Enrique de propiedad de la demandada era nula por haberse constituido abarcando terrenos ya comprendidos por las pertenencias salitreras Oficina Salitrera San Enrique y Oficina Salitrera Peruana de propiedad de la demandante y que a pesar de todo debía cancelarse la inscripción de dicha concesión minera. El árbitro acogió en su integridad el fondo de la demanda interpuesta declarando la nulidad de la pertenencia. Así las cosas, el demandado en el juicio arbitral, impugnó el laudo

alegando, entre otras cosas, la incompetencia del árbitro para pronunciarse sobre el referido asunto toda vez que el art. 19.24° de la Constitución establece en sus incisos 6° a 10° que la propiedad minera en cuanto a la exploración, explotación y forma de constituirla mediante las respectivas concesiones que se otorgan, deberá realizarse siempre por resolución judicial. Y, a mayor abundamiento, se hizo referencia al inciso 8° del mencionado art. 19.24° que establece la “competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos ...”. La Sentencia de la Corte Suprema, de 21 junio 1990 (“Sociedad Legal Minera La Unión de Tarapacá”) acogió esta línea argumental afirmando que las normas constitucionales de referencia dejaban bien claro que toda concesión minera debe siempre otorgarse por resolución judicial y que un árbitro no tiene la calidad de Juez integrante de un tribunal ordinario de justicia; por consiguiente: “... existiendo preceptos claros de rango constitucional y legal que establecen la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios para otorgar las concesiones mineras como para darlas por extinguidas o caducadas, no puede someterse a arbitraje ninguna de estas materias por impedirlo expresas normas de orden público” (Lexis-Nexis, n° 10987). Vid. Fernández Rozas, J.C., Tratado de arbitraje, op. cit., págs. 682-683.

[118] En el Laudo CCI N° 6697/1990 (“Casa v. Cambior”), ante la solicitud de una de las partes de una medida cautelar y la oposición de la otra por entender que era contraria al orden público internacional, el tribunal arbitral, se inclinó por esta última posición afirmando que la “inarbitrabilidad de un litigio respecto del orden público del lugar de ejecución del laudo comprende la prohibición a los árbitros para pronunciarse en una materia que pertenece a la jurisdicción exclusiva de las jurisdicciones estatales” (Rev. arb., 1992, págs. 135 ss y nota de P. Ancel; vid. Arrue Montenegro, C.A., L'autonomie de la volonté dans le conflit de jurisdiction, París, LGLJ, 2011, págs. 155-156.

[119] Bouza Vidal, N. “La arbitrabilidad de los litigios...”, loc. cit., págs. 371-394.

[120] Gandía Sellens, M.A., El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, págs. 82 ss.

[121] La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 12 junio 1972 (“The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.”), respecto a la validez de los acuerdos de elección de foro, reconoció que una cláusula de este tipo en un contrato internacional proporciona suficientes elementos en orden a la previsibilidad pues al seleccionar un foro de antemano, las partes garantizan que una eventual controversia se resuelva en un foro neutral familiarizado con el problema controvertido de manera relativamente conveniente para ambos y que descartan la acción de foros de conveniencia que podrían beneficiar a una de las partes frente a otra. De acuerdo con el Tribunal: “A contractual choice of forum clause should be held unenforceable if enforcement would contravene a strong public policy of the forum in which suit is brought, whether declared by statute or by judicial decision”, pero “The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts” 407 U.S. 1 (1972) . Asimismo, el tribunal insistió en la necesidad de no ahogar el comercio internacional.

[122] Artuch Iriberry, E., “La reforma del art. 11 de la Ley N° 36/1988: Disposición Final Octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. I, 2001, págs. 201-214.

[123] Las legislaciones estatales que cuentan con foros de competencia exclusiva no suelen regular esta materia a excepción del art. 5 (Objeto del arbitraje) del

derogado Concordato intercantonal suizo de 1969 (el actual Código procesal suizo ha suprimido esta previsión), según el cual: “El arbitraje pueden comprender cualquier derecho que se desprenda de la libre disposición de las partes, a menos que la materia no sea de la competencia exclusiva de una autoridad estatal en virtud de una disposición imperativa de la ley”.

[124] El Informe de P. Schlosser emitido como consecuencia de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido al Convenio de Bruselas de 1968 señala expresamente en su punto 63 a) que “El Convenio no limita la libertad de las partes para someter un litigio a un tribunal arbitral. Así es también en el caso de procedimientos para los cuales el Convenio haya instituido una competencia exclusiva. Por supuesto, el Convenio no prohíbe que los legisladores nacionales declaren nulos los compromisos arbitrales relativos a litigios para los cuales existan competencias exclusivas, ya sea en virtud del Derecho nacional, ya sea en virtud del Convenio” (DO C 89 de 28.7.1990, pág. 203). Vid. Bermann, G.A., “Navigating EU Law and the Law of International Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 28, N° 3, 2012. págs. 397-445, esp. Págs. 400-407.

[125] De acuerdo con el AP Madrid 25ª 3 enero 2011: “la propia sumisión al arbitraje impide que puedan invocarse las normas de competencia territorial diseñadas para los procesos judiciales, son dos ámbitos distintos, netamente separados, y sin espacios comunes, salvo que las partes hayan adoptado las normas procesales de competencia territorial en el convenio arbitral. La norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero deja de serlo en instituciones ajenas a él” (JEA, N° 548).

[126] Refiriéndose a una materia objeto de frecuente colisión: la impugnación de los acuerdos sociales, la STS 1ª 18 abril 1998 aseveró que: “... el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empuja el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el art. 22 LOPJ redacción primitiva que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje” (JEA, N° 54).

[127] Resulta ilustrativa la Sentencia de la Cour d’appel París 20 enero 1989 (“Société phocéenne de dépôt v. Société dépôts pétroliers de Fos”), *Rev. arb.*, 1989, N° 1, págs. 80 ss. El mismo tribunal en una sentencia de 24 marzo 1994 (“Deko v. G. Dingler et Meva”), entendió que una cuestión relativa a un contrato de explotación de patentes de invención era arbitrable, pese a que la legislación sobre patentes atribuía jurisdicción exclusiva a la justicia estatal. Al rechazar el recurso de nulidad intentado contra el laudo, la Corte sostuvo que si bien la Ley de Patentes prevé que las controversias relativas a ellas son de la jurisdicción de los tribunales judiciales, ello no obsta al recurso al arbitraje en los términos del Código civil para ciertas cuestiones: sólo está prohibido para las materias que interesan al orden público, no siendo tales las controversias nacidas de un contrato de explotación, que se refieren a la interpretación o ejecución del contrato y que, por lo tanto, son arbitrables (*Rev. arb.*, 1994, N° 3, págs. 515 ss).

[128] Justin, J.J., “Arbitrability and the Arbitrator’s Jurisdiction”, en McKelvey, T., *Management Rights and Arbitration Process: proceedings of the ninth annual meeting*, Ohio, USA, 1956, p. 3; Park, W.W., “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?”, *Int’l Art. L. Rev.*, 2008, n1 1, pp 33 ss. En EE UU bajo la influencia del Estatuto Racketeer Influence and Corrupt Organizations (RICO), se permite establecer acciones civiles para recuperar los daños sufridos y los gastos de litigio, pero esta disposición guardó silencio acerca de la posibilidad de someter esas acciones a arbitraje. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal de Apelación, Tercer Distrito, de 5 agosto 1987 (“Jacobson v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner &

Smith, Inc.”) se consideró que las demandas civiles RICO son inarbitrables cuando afectan a la sección 10 (b) de la Ley de Valores.