

***Los árbitros y el poder para dictar
condenas no pecuniarias****

David RAMOS MUÑOZ
Becario de Investigación.
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: I. Introducción. II. ¿Tiene sentido preocuparse del poder arbitral para ordenar el cumplimiento?. 1. Premisa. 2. Los modelos civilista y anglosajón. 3. Cumplimiento específico. ¿Sustantivo o procesal?. 4. ¿Por qué analizar el poder de los tribunales arbitrales para ordenar el cumplimiento específico?. III. Orden de cumplimiento, poder y límites derivados de la voluntad de las partes. 1. Arbitraje, órdenes de cumplimiento y cláusula arbitral; A) Cláusula arbitral y voluntad expresa como fuente del poder arbitral; B) Cláusula arbitral y voluntad expresa como límite al poder arbitral; C) Voluntad implícita e interpretación finalista de la cláusula arbitral. 2. Órdenes de cumplimiento y reglamentos de arbitraje. IV. Poder “inherente” para ordenar el cumplimiento. V. Orden de cumplimiento, poderes y límites derivados de las normas aplicables. 1. Órdenes de cumplimiento y *lex arbitri*: A) El enfoque de países que no siguen la LMU: jurisdicciones anglosajonas; B) El enfoque de la LMU sobre arbitraje comercial internacional. 2. Derecho sustantivo: A) Flexibilidad de los árbitros en la selección de la ley aplicable; B) Remedios no pecuniarios y discrecionalidad en la aplicación de la ley. 3. Normas de orden público: A) Orden público en la jurisdicción ordinaria y en el arbitraje; B) Influencia del orden público en el cumplimiento forzoso: a) Problemas potenciales de orden público; b) Órdenes de cumplimiento, infracción de normas y orden público. VI. Cuestiones para el futuro. 1. ¿Qué ocurre cuando el tribunal no ordena el cumplimiento estricto del contrato?. 2. En materia de orde-

* El presente trabajo fue galardonado con el I Premio de Arbitraje Internacional, convocado por el Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, con la colaboración de la Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid.

nes pro futuro distintas del cumplimiento estricto del contrato ¿Cuáles son los problemas específicos del arbitraje, y cuáles del Derecho en general?. 3. ¿Cómo se relacionan las órdenes de cumplimiento con la variación por el tribunal del contenido del contrato?. 4. ¿Se verá afectado el análisis de la potestad arbitral por el hecho de que se siga uno u otro mecanismo de solución de controversias?. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Dice Aristóteles en su retórica que, mientras que el juez se fija en el Derecho, el árbitro lo hace en la ética, de tal modo que el arbitraje se introduce para que la ética pueda prevalecer, en determinados casos, sobre la ley¹. Esta ética se caracteriza como la justicia del caso concreto, frente a la generalidad de la ley². Estas dos ideas aristotélicas parecen indicar que, desde antiguo, los seres humanos hemos buscado la forma de escapar de las rigideces de la ley general, mediante sistemas alternativos de solución de controversias donde, al margen, o junto con la ley, prima el sentido común y el caso concreto importa más que las generalidades. Esta justicia arbitral, se impone, más que por la coacción, por el peso de sus argumentos. Ahora bien, nos preguntamos, ¿qué respondería Aristóteles en una situación donde el Derecho, o la justicia del caso concreto, demandasen no solamente la declaración de la responsabilidad de una de las partes, sino la necesidad de que ésta realizase un determinado acto? Es posible que Aristóteles nos dirigiese hacia la justicia ordinaria en un caso semejante, pues el carácter coactivo parece casar mal con una justicia que se impone por el peso del sentido común.

Los argumentos anteriores no se encuentran tan desfasados como puedan parecer. Una cosa sigue siendo cierta en el arbitraje: a diferencia de los tribunales ordinarios, el tribunal arbitral no forma parte del sistema regular de administración de justicia³, y carece de vías

¹ Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Gredos, 1999, Libro 1, Capítulo 13.

² *id.*, *Ética Nicomáquea – Ética eudemia*, Madrid, Gredos, 1985, Libro V, Capítulo 10.

³ Por el contrario, deriva su competencia de la cláusula arbitral, y carece, en la mayoría de los casos, de carácter permanente. Esta es la postura mantenida, casi unánimemente, en la actualidad. No obstante, en el pasado la denominada “teoría jurisdiccional” consideraba que los árbitros debían ser considerados como una suerte de “jueces privados”, cuya autoridad dimanaba, al igual que en el caso de los jueces ordinarios, del Derecho estatal. La “teoría jurisdiccional” es opuesta a la “teoría contractual”, en virtud de la cual los tribunales arbitrales derivan su autoridad del convenio arbitral pero, además, el laudo arbitral posee también la naturaleza de un contrato. En la actualidad las posturas han evolucionado hacia una posiciones mixtas, donde el tribunal derivaría su competencia del convenio arbitral, pero el Derecho interno tendría, a través principalmente de la *lex arbitri*, un

para compeler la voluntad de las partes, por lo que sus órdenes des-cansan, en última instancia, en la coerción judicial. Todo ello hace que la soltura con que se tratan las condenas pecuniarias se transforme en desasosiego y desorientación con la sola mención de mandatos, órdenes de cumplimiento, en general, remedios no pecuniarios⁴.

papel rector del proceso. Vid. J. Lew, *Applicable law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana, Dobbs Ferry, 1978 p. 51 ss; J. Lew, L. Mistelis y S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londres-La Haya, Kluwer Law International, 2003, § 5–10, pp. 75 ss.

⁴ Esta sensación resulta mucho más acusada si tenemos en cuenta que, en los ordenamientos de corte anglosajón, promotores de la mayoría del volumen del arbitraje nacional e internacional, el cumplimiento específico se considera como un remedio excepcional. D. Dobbs, *Remedies. Equity, Damages, Restitution*, St. Paul, West Publishing Co. (Hornbook Series) 1993, p. 101; G. Jones y W. Goodhart, *Specific Performance*, London, Butterworths, 1996, p. 7–9. Esta consideración se debe, en su mayor parte, a la evolución del sistema inglés de administración de justicia. En un principio, la justicia real se administraba por los tribunales ordinarios, o de *common law*. Con el tiempo, la rigidez de sus procedimientos supuso que muchos súbditos quedaran desamparados por meros tecnicismos legales o burocráticos. De ahí que, cada vez fuesen más los que acudían al Rey para que, en ejercicio de su gracia, administrara justicia en el caso concreto. El Rey no se encontraba solo en esta tarea, sino que contaba con los órganos conciliares reales, como la *Curia Regis*. Dentro de ella, el personaje más importante era el Canciller, el cual, además de las funciones conciliares, era el primer ministro del Rey, y custodio del Gran Sello (*Great Seal*) con el que debían estamparse los documentos (*forms of action*) que servían para iniciar los diversos procedimientos. Lo que comenzó para el Canciller siendo una función de buenos oficios, de canalización de peticiones hacia el Rey, desembocó en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Este Ministro del Rey, paulatinamente, se fue convirtiendo en un pilar del sistema de administración de justicia, dando la vuelta a numerosos problemas que los tribunales ordinarios no habían resuelto; algo que, a su vez, condujo a la institucionalización de sus funciones jurisdiccionales, mediante la creación del Tribunal de Chancillería. Sir W. Holdsworth, *History of English Law*, vol. II, Londres, Sweet & Maxwell, p. 399; F.W. Maitland, *Equity. A Course of Lectures* (revisado por J. Brunyate), M.A. Cambridge, University Press, 1936, reimpr., 1969, pp. 3–4. Al constituir una jurisdicción separada, la Chancillería no podía juzgar con arreglo a Derecho (de ello se encargaban los tribunales ordinarios). Por ello, se decía, juzgaba con arreglo a equidad. R. Zimmerman, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, p. 780. Con el tiempo, sin embargo, la dualidad jurisdiccional desarrolló toda una serie de tensiones entre la jurisdicción de *common law* y la de *equity*, que impulsaron la restricción de la segunda a aquellos supuestos donde la primera no pudiera, con los medios a su alcance, proporcionar una solución adecuada. Sir W. Holdsworth, *op. cit.*, vol I, pp. 424–428, 437–442, 459–465; R. Zimmerman, *op. cit.*, p. 780. Puesto que los mecanismos a disposición de la jurisdicción de *common law* iban destinados a la obtención de condenas pecuniarias, mientras que el sistema de ejecución de la jurisdicción en equidad poseía una mayor fuerza coactiva (pasando incluso por el encarcelamiento del deudor) la primera se especializó en otorgar daños y perjuicios, mientras que la segunda resultaba idónea para administrar el remedio del cumplimiento específico. De este modo, este último mecanismo de protección por incumplimiento contractual sufrió la misma suerte que la jurisdicción que lo administraba, quedando restringido a aquellos casos donde los daños y perjuicios no constituían una solución adecuada.

Así y todo, el papel del arbitraje en la sociedad moderna debe enfrentarse a problemas mucho más intrincados que los que existían en la Grecia helenística. Las relaciones mercantiles actuales comportan un enorme grado de complejidad, y no siempre la controversia puede saldarse mediante la imposición de una condena pecuniaria. Por ello, el presente estudio plantea, primeramente, la importancia del estudio de la potestad arbitral para dictar órdenes de cumplimiento. En segundo lugar, en tres apartados separados, examina las diversas fuentes de ese poder, así como sus límites. Finalmente, se hace referencia a las cuestiones que, más allá de la orden de cumplimiento, son susceptibles de plantear problemas en el futuro.

II. ¿Tiene sentido preocuparse del poder arbitral para ordenar el cumplimiento?

1. Premisa

Al hablar del estudio del poder de los tribunales arbitrales para ordenar el cumplimiento estamos, sin quererlo, partiendo de una premisa, cuya veracidad aún no ha sido demostrada. Tal premisa entendería que el análisis de la orden de cumplimiento en el arbitraje (así como de otros remedios no pecuniarios) depende de los poderes del tribunal arbitral. En otras palabras, que la orden de cumplimiento constituye una potestad del tribunal, y no un derecho de la parte perjudicada; un problema procesal, más que sustantivo. Si los remedios no pecuniarios (como el cumplimiento forzoso) constituyeran un problema sustantivo, su otorgamiento dependería de la ley aplicable al fondo del asunto, y no se cuestionaría la potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento (pues todo tribunal debe tener potestad para seleccionar y aplicar el Derecho. La premisa acerca de la naturaleza procesal de los remedios no pecuniarios, no obstante, se encuentra lejos de ser pacífica. En los apartados siguientes podremos comprobar que, en este sentido, existe un amplio debate al respecto.

2. Los modelos civilista y anglosajón

“Una página de historia vale lo que todo un tratado de lógica”. Esta frase, atribuida a Oliver Wendell Holmes, no puede resultar más atinada en lo que a la explicación de la desigual relación entre Derecho

sustantivo y procesal, presente en los sistemas iuscivilista y de *common law*.

Por un lado, en el caso del sistema civilista, la relación entre Derecho sustantivo y procesal es heredera de la época de la codificación. En ese momento histórico la voluntad imperante era la de sistematizar y organizar el Derecho. Asimismo, en la época de las codificaciones el énfasis se encontraba en definir el derecho subjetivo⁵, transportándolo desde el plano iusnaturalista de los derechos innatos del hombre, al Derecho positivo⁶. De este modo, no es de extrañar que, en los ordenamientos provenientes de la codificación, los derechos constituyan figuras preferentes a los remedios o acciones (lo primero que debe existir es un derecho que, infringido, otorga una determinada acción)⁷. De ahí que, en los ordenamientos de *civil law*, se hable de una primacía del “modelo de derechos”⁸.

Por el contrario, la relación entre Derecho sustantivo y procesal en los países anglosajones hunde sus raíces en la época medieval. En este punto, comienza a desarrollarse el sistema de las *forms of action*; en el cual, para poder acceder a la justicia real, era preciso cumplimentar un formulario donde, entre otras cosas, se debía precisar la acción o actividad que se solicitaba de la autoridad regia⁹. Ello venía motivado

⁵ Con todo, el origen y desarrollo histórico de estos derechos subjetivos, con carácter previo a la codificación, no son muy distintos del proceso por el que pasó el sistema anglosajón, como veremos a continuación. Así pues, los juristas romanos preferían utilizar la palabra *actio* (acción) en lugar de *ius* (Derecho). E. Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, Civitas, 1986, trad. de J. Daza Martínez), p. 61. Esto es, en el lenguaje romano, más que a la titularidad de un derecho, se prefería hacer referencia a la facultad de exigir una determinada conducta por parte de otros, o de actuar judicialmente para conseguir sus efectos. La razón estaba en que, en Derecho romano, el pretor concedía defensa a situaciones de hecho no protegidas como derechos subjetivos por el *ius civile* y, por otro lado, la denegaba o impedía concediendo excepciones al demandado, en ocasiones donde el demandante era titular de un Derecho subjetivo protegido por el *ius civile*, *ibid.*, p. 212.

⁶ En este contexto, el Derecho subjetivo constituía el ámbito donde reina la voluntad de los individuos L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 9ª, Madrid, Tecnos, 1997, p. 411.

⁷ D. Friedmann, “Rights and Remedies”, en N. Cohen; E. McKendrick, *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ La simplificación, necesaria para transmitir esta idea, hace que parte de la rica y compleja naturaleza de la justicia medieval inglesa, se perdiese. Para iniciar un procedimiento ante los tribunales locales, la “queja” (*plaint*) era suficiente. Asimismo, cuando el objetivo consistía en que los tribunales reales tomaran conocimiento de un procedimiento ya existente ante los tribunales locales, los formalismos no eran excesivos, pues ello podía realizarse mediante el sistema de justicia itinerante, que se administraba por el Rey en el condado en el que se encontrara en cada momento, con lo que la desventaja de este siste-

porque, en sus orígenes, la justicia real no era un derecho, sino un privilegio, por el que los súbditos debían pagar el coste del documento que permitía en inicio del procedimiento. Sea como fuere, la necesidad de racionalizar el sistema condujo al establecimiento de fórmulas de petición predeterminadas que, a su vez, cristalizaron en las distintas acciones que se podían interponer ante los tribunales reales¹⁰. Este sistema de acciones, a su vez, sirvió de base para que, a través de la repetición de intereses cuya tutela se reclamaba, y la abstracción de las circunstancias concretas, nacieran los derechos sustantivos. De este modo, los ordenamientos de corte anglosajón afirman la primacía del modelo de remedios o, lo que es lo mismo, que donde existe un remedio, existe un derecho (*ubi remedium ibi ius*)¹¹.

ma era que se encontraba supeditado a la ubicación del Rey: J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths, 2002, p. 53. Sin embargo, si el propósito del demandante era el de iniciar un procedimiento en los tribunales reales como el *Common Pleas* o el *King's Bench*, cuya justicia sienta las bases del sistema jurídico inglés, resultaba necesario adquirir un documento real (*royal writ*), emitido y sellado por el Canciller, como antes referimos, que autorizara el comienzo del procedimiento. S. Macaulay, J. Kidwell, W. Whitford y M. Galanter, *Contracts: Law in Action*, Charlottesville, The Michie Company, 1995, p. 89.

¹⁰ En un principio, parece que los *writs* contenían órdenes al sheriff del condado para que realizara un determinado tipo de acción. Se ha sostenido que el proceso para pasar de este tipo de escritos a los *original writs*, que iniciaban el procedimiento, pasó por la introducción de una opción en las órdenes dirigidas al *sheriff*. De este modo, la estructura de estos documentos pasó a ser la de un mandato disyuntivo, donde se ordenaba al sheriff que compeliere al demandado a realizar una determinada actuación, o bien a comparecer ante los tribunales para explicar el por qué de su negativa. Vid. J.H. Baker, *op. cit.*, p. 189. Posteriormente, los *original writs* se convirtieron en documentos que contenían órdenes que se ajustaban a la pretensión del demandante; esto es, tenían por objeto conseguir una determinada actuación de la justicia, una determinada acción. A partir del siglo XIII, existía un amplio registro de fórmulas, de modo que empezó a considerarse que emitir *original writs* con una fórmula *ad hoc* para el caso concreto no era necesario, sino que la pretensión debía reconducirse a uno de los tipos preestablecidos. Ello contribuyó a que las fórmulas utilizadas en los *writs* se volvieran fijas, de modo que un demandante que no encontrase un formulario que se adaptase a sus necesidades podía quedar privado de acción ante los tribunales. Lo que había nacido como una mera clasificación administrativa de los distintos tipos de formularios había dado lugar al nacimiento del sistema de las *forms of action*, divididas en los *praecipe writs* (cuyo objeto era el de afirmar un derecho) y los *plaints of wrong* (cuyo objeto era el de reparar un perjuicio). D. Friedmann, "Rights and Remedies...", *loc. cit.*, pp. 3 ss; J.H. Baker, *op. cit.*, pp. 190-191.

¹¹ En este punto, resulta útil traer a colación la afirmación de O.W. Holmes, donde el juez norteamericano sostiene que los derechos y deberes de los que se ocupa el estudio del Derecho no son más que profecías; esto es, el deber o derecho legales no son más que predicciones de que, en caso de que una persona realice u omita un cierto comportamiento, sufrirá una determinada consecuencia negativa a través de una sentencia judicial (O.W. Holmes, "The Path of the Law", *Harv. L. Rev.*, n° 10, 1897, p. 2). "*The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself, again, are nothing but prophecies [...]. But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction*

El hecho de que el cumplimiento específico se administrase por una jurisdicción especial (jurisdicción en equidad administrada por la Chancillería) distinta de la ordinaria, o de *common law*, no afecta a la relación del derecho con el remedio. En el cumplimiento específico el énfasis también se situaba en la orden judicial, y la potestad para emitirla, más que en el derecho del perjudicado a obtenerla¹².

3. Cumplimiento específico. ¿Sustantivo o procesal?

Semejante contraste en la gestación de los sistemas de protección de derechos debía, necesariamente, traducirse en una divergencia de enfoques en cuanto a la división entre materias sustantivas y procesales. El contexto donde más plausiblemente puede plantearse esta problemática es en las disputas multijurisdiccionales. En efecto, mientras la tutela jurídica se realice mediante la aplicación de un Derecho sustantivo y un Derecho procesal pertenecientes a la misma jurisdicción y, por tanto, compatibles y coherentes, no hay lugar para que se plantee el dilema. Es en el supuesto donde existan varias jurisdicciones conectadas con el problema donde puede surgir la controversia. Y es que, en Derecho internacional privado, existe un principio según el cual las cuestiones procesales se regirán por la ley del país del foro (*lex fori*); esto es, por la ley del país donde se encuentre el tribunal que decide el asunto, mientras que las cuestiones sustantivas se regirán por la ley aplicable al fondo del asunto (*lex causae*)¹³. Por esta razón, tiene sentido estudiar el problema de calificación de las condenas no pecuniarias en el contexto de las disputas multijurisdiccionales.

Un instrumento de extraordinaria importancia a este respecto es la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones

that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right". En cierta medida, esta concepción trae como consecuencia la necesidad de mirar al Derecho desde el punto de vista del "hombre malo", figura acuñada por Holmes, pues el Derecho no será otra cosa que lo que el hombre malo teme: "If you want to know the law and nothing else you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience" (*ibid.*, p. 3).

¹² G. Jones y W. Goodhart, *Specific Performance*, Londres, Butterworths, 1986, p. 1.

¹³ "The principle that procedure is governed by the *lex fori* is of general application and universally admitted [...] While procedure is governed by the *lex fori*, matters of substance are governed by the law to which the court is directed by its choice of law rule (*lex causae*)". L. Collins, *et al.* (eds.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 169.

contractuales¹⁴. Esta norma tiene, en el contexto contractual, el objetivo de seleccionar la *lex causae*, con exclusión de la *lex fori*¹⁵. Su art. 10.1 resulta de gran ayuda en nuestro proceso de calificación, al establecer que la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*lex causae*), seleccionada con arreglo al Convenio, regirá, en particular: “c) [...] las consecuencias de la inexecución total o parcial de estas obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida en que estas normas jurídicas la gobiernen”¹⁶;

La cuestión estará en determinar en qué medida los remedios contractuales, dentro de los que cabe incluir el cumplimiento específico, quedan incluidos en una categoría tan general, y tan críptica. El informe de los profesores Giuliano y Lagarde parece indicar una respuesta positiva, al entender que la expresión debe entenderse en un sentido amplio¹⁷. En el mismo sentido parece inclinarse la jurisprudencia

¹⁴ Las referencias a la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales se realizan con el pleno conocimiento de que existe un proyecto en marcha para adoptar y actualizar el Convenio, convirtiéndolo en un Reglamento comunitario. A pesar de ello, no sólo la Convención sigue siendo el único instrumento aplicable como Derecho vigente, sino que la Propuesta de Reglamento comunitario no establece modificación alguna en materia de las cuestiones que se entienden cubiertas por la *lex causae* (el art. 10 del Proyecto no ha sido tocado, ni el Libro Verde ha propuesto modificación alguna hasta la fecha). *Vid.*: <http://www.europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33109.htm>.

¹⁵ Art. 1 (*Ámbito de aplicación*). 1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

2. No se aplicaran : [...] h) a la prueba y al procedimiento, sin perjuicio del artículo 14

El art. 14 se refiere únicamente a cuestiones sobre carga de la prueba. Por consiguiente, no es relevante para el objeto de este trabajo.

¹⁶ La lógica de la norma ya fue puesta de manifiesto por E. Rabel, quien afirmaba que la ley aplicable al contrato determina todos sus efectos, incluyendo los requisitos para el incumplimiento, excusas para el incumplimiento, así como los efectos de la inexistencia de excusas para el incumplimiento. E. Rabel, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. II, *Foreign Corporations: Torts: Contracts in General*, 2ª ed. por U. Drobnig, Michigan, University of Michigan Law School, 1960, p. 541. La lógica de esta postura está en preservar la unidad del contrato (*ibid.*, p. 543).

¹⁷ El informe señala que la expresión debe “consecuencias de la inexecución” entenderse en un sentido amplio, que englobe las consecuencias que la ley asocia al incumplimiento, incluyendo la responsabilidad de la parte a quien se le atribuye el incumplimiento, o la reclamación de resolución del contrato: “*The expression “consequences of breach” refers to the consequences which the law or the contract attaches to the breach of a contractual obligation, whether it is a matter of the liability of the party to whom the breach is attributable or of a claim to terminate the contract for breach. Any requirement of service of notice on the party to assume his liability also comes within this context*”. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations* por M. Giuliano y P. Lagarde. Disponible en: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm (en adelante: *Giuliano-Lagarde Report*). Art. 10, parr. 12. En un sentido similar se expresa Rabel quien, sentada la doctrina de la unidad del contrato y la aplicación de la *lex*

dencia, que parece otorgar una cierta *vis expansiva* a la noción de “consecuencias del incumplimiento” en el sentido de incluir los remedios contractuales¹⁸. Por tanto, a falta de jurisprudencia más conclu-

causae a las consecuencias del incumplimiento, pone como ejemplos de “consecuencias del incumplimiento” la resolución (si una de las partes posee el derecho a resolver un contrato y el tipo de restitución que debe operar en cada caso para las partes) o la indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad de solicitar daños adicionalmente a la resolución. Finalmente, la misma legislación se aplica a los diferentes tipos de “penas” convencionales estipulados en el contrato, así como la validez de la pena, su concurrencia con el derecho a daños y perjuicios. E. Rabel, *op. cit.*, p. 543–545. En este contexto, sería razonable asumir que ello incluye el cumplimiento específico, al menos las cuestiones relativas a la posibilidad de solicitud por el acreedor. Sir P. North y J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 13ª ed., Londres, Butterworths, 1999, p. 84.

¹⁸ La jurisprudencia en materia del “ámbito” de la ley aplicable es, hasta ahora, muy escasa. En un asunto decidido ante la *Cour de Cassation – Chambre commerciale* francesa, una compañía holandesa suscribió un contrato de arrendamiento temporal de un buque (*charter party*) con una senegalesa, por el cual la primera arrendaba el buque a la segunda. Las partes pactaron que el contrato se rigiera por lo dispuesto en el Derecho inglés. Ante las alegaciones de la empresa holandesa, de que la senegalesa le debía dinero, un tribunal francés ordenó el embargo de las mercancías (que se encontraban en poder del tercero que poseía los conocimientos de embarque). La *Cour de cassation*, revocando la decisión de los tribunales inferiores, entendió que la posibilidad de ejecución sobre las mercancías debía regirse por la ley inglesa, como ley rectora de las consecuencias del incumplimiento. *Soc. Cameroun shipping line / Soc. Bomaco*. Disponible en: http://www.rome-convention.org/cgibin/search.cgi?screen=view&case_id=422. *Vid. “Summary”*. La ley inglesa impedía cualquier actuación contra los poseedores de los conocimientos de embarque. Sin embargo, en este caso se contraponían la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por un lado, y la ley aplicable a los derechos sobre las mercancías, por otro; por lo que, aunque parece apuntar que cuestiones como los remedios contractuales (en particular el cumplimiento forzoso) se considerarían cuestiones sustantivas relativas al contrato, no es posible ser concluyente. En otro supuesto, decidido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal debió interpretar conjuntamente la Convención de Roma con la Convención de Bruselas sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil para decidir si, en un contrato de agencia, las reclamaciones del pago de comisiones de vengadas y daños y perjuicios constituían “materias relativas al contrato”. El Tribunal decidió sobre la base del art. 5.1º Convenio de Bruselas porque la naturaleza del problema era contractual (por tanto, sustantivo), y ello porque las cuestiones relativas a las consecuencias del incumplimiento (en este caso, remedios) entran dentro de la materia contractual. En palabras del tribunal: “*article 10 of the convention on the law applicable to contractual obligations of 19 June 1980 (official journal 1980 l 266, p. 1) confirms the contractual nature of judicial proceedings such as those in point inasmuch as it provides that the law applicable to a contract governs the consequences of a total or partial failure to comply with obligations arising under it and consequently the contractual liability of the party responsible for such breach*”. Decisión del TJCE 8 de marzo de 1988. Caso 9/87. *SPRL Arcado / SA Haviland*. Disponible en <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm>. Finalmente, en un caso decidido por el tribunal de apelación de Milán (*Corte d'Appello di Milano*) un vendedor italiano demandó a un comprador alemán para el pago de parte del precio en una compraventa de muebles. El problema estribaba en determinar si los tribunales italianos eran competentes en virtud del art. 5

yente, si los tribunales han entendido que los remedios contractuales (incluyendo la reclamación del precio) quedan cubiertos por lo dispuesto en la *lex causae*, entendemos que sería a ésta a la que deberíamos acudir a la hora de determinar si una parte posee, o no, derecho al cumplimiento forzoso¹⁹.

Cuando todo parecía claro, la Convención de Roma arroja una nueva sombra de duda, pues el propio art. 10.1º.c) establece que las “consecuencias del incumplimiento” de la obligación contractual quedan cubiertas por la *lex causae*, ello será siempre “dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento”. Esta precisión, si bien lógica²⁰ abre la puerta a una nueva interpretación de

(1). Nuevamente, era preciso determinar la ley aplicable al contrato pero, con carácter previo, determinar si la reclamación del pago del precio se trataba de una cuestión contractual, algo que el tribunal resolvió positivamente. *Unitras – Marcotec GmbH v. R. A. Mobili s.r.l* 18 de julio de 1997, Disponible en: http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=401. Éste último parece el ejemplo más claro por venir referido a un supuesto donde claramente se reclamaba el cumplimiento de una obligación (en este caso, la de pago del precio).

¹⁹ Una cuestión que puede inducir a error y por ello conviene aclarar, se refiere al párrafo segundo del Art. 10 del Convenio de Roma, que afirma que habrá que referirse a la ley del país donde tenga lugar la ejecución para las cuestiones como las modalidades de ejecución defectuosa. Sin embargo, ello no debería afectar al problema que nos ocupa, ya de por sí suficientemente complicado. En primer lugar, porque la redacción del precepto no sugiere que la legislación del lugar de ejecución sea algo obligatorio sino, más bien, orientativo. *Vid. Giuliano–Lagarde Report*, Comentario al Art. 10, para. 3 “*This means that the court may consider whether such law has any relevance to the manner in which the contract should be performed and has a discretion whether to apply it in whole or in part so as to do justice between the parties*”. En segundo lugar, porque las cuestiones relativas a las “modalidades de ejecución defectuosa” se refieren, más bien, a aspectos como los días festivos, la forma estándar de examen de las mercancías, o los pasos que deben tomarse para rechazarlas. *Ver Giuliano–Lagarde Report*. Article 10, para. 3 “*Among the matters normally falling within the description of “manner of performance”, it would seem that one might in any event mention the rules governing public holidays, the manner in which goods are to be examined, and the steps to be taken if they are refused*”. Por tanto, para el propósito de este trabajo, el otorgamiento o no del cumplimiento forzoso no depende de las normas del lugar de ejecución de la obligación.

²⁰ Pensemos en un remedio derivado del incumplimiento que exija para ser llevado a cabo la existencia de determinados poderes procesales, y el tribunal encargado del caso carezca de ellos. La consecución del remedio será imposible. En el caso *Phrantzes / Argenti* [1960] 2 Q.B. 19, 35 una hija demandó a su padre por no haberle proporcionado una dote para su boda, como era su deber de acuerdo con el Derecho griego (que imponía que dicha dote debía ser acorde con su capacidad económica, así como la posición social de la hija y su marido). Según el Derecho griego, si el padre faltaba a su deber, el tribunal debía obligar al padre a suscribir un acuerdo de dote con el marido, debiendo el tribunal seleccionar los elementos del patrimonio del padre que debían servir de dote. Dado que los tribunales ingleses carecían de los medios necesarios para la ejecución de tal derecho, la acción no prosperó. En una antigua decisión del Tribunal Supremo Alemán, el tribunal afirmó que la imposibilidad de un vendedor de demandar al comprador para obtener el

la cuestión, según la cual, el derecho a obtener un determinado remedio contractual se determina mediante la *lex causae*, pero queda supeditado a lo que establezca el Derecho procesal del foro. ¿Cuál es el significado de este giro en relación con la caracterización del cumplimiento específico?

La doctrina inglesa (donde la caracterización de los remedios resulta más discutible) se encuentra dividida. Por un lado, las posiciones favorables a la primacía del Convenio, afirman que es su caracterización sustantiva de los remedios la que debería prevalecer²¹. Por el contrario, otros siguen considerando que los remedios, en general, son de naturaleza procesal²². En el caso del cumplimiento específico, se enfatiza que su naturaleza procesal permitiría denegarlo cuando ello fuese contrario a los principios del Derecho del foro²³.

pago del precio (cumplimiento específico) antes de que la propiedad hubiese pasado era una excepción que formaba parte del Derecho procesal inglés y, por tanto, no resultaba aplicable por un tribunal alemán (RG 28 de abril de 1900) 46 RGZ 193, 199; OLG Hamburgo (31 octubre 1924) 34 Z intR (1925) en 450. Este razonamiento debe cuestionarse, en la medida en que, si el Derecho inglés resulta aplicable a un contrato, debe aplicarse a todos sus aspectos, incluyendo los remedios. Sin embargo, algunos elementos son propios del sistema inglés, e irreproducibles por un tribunal extranjero (pensemos en la discrecionalidad judicial dimanante de la jurisdicción en equidad) por lo que el aspecto parte procesal es extremadamente importante para el tribunal. En el caso opuesto, un tribunal inglés o americano debería inclinarse a ordenar el cumplimiento específico si la ley aplicable al contrato permite y es favorable al ejercicio de dicha acción. Decisión recogida por E. Rabel, *op. cit.*, 2ª ed., pp. 102–103.

²¹ En este sentido, algunos autores entienden que la actitud clásica hacia una visión expansiva del “procedimiento” y de los poderes del tribunal está viéndose rectificadas en la actualidad, de modo que en cuestiones que antes se consideraban enteramente en términos procesales, actualmente el procedimiento ocupa un lugar muy reducido, como es el caso de los daños y perjuicios. *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, 30–150, p. 1846; Chesire and North, *Cheshire and North's Private International Law*, *op. cit.*, p. 599.

²² Los juristas ingleses son particularmente conocidos por otorgar una *vis* especialmente expansiva a los problemas procesales. (*English lawyers gave “the widest possible extension to the meaning of the term “procedure”*). Lawrence Collins, *et al.* (eds.). *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 169. Por ello, en Inglaterra, el origen y contenido procesales de los remedios en general se consideran de naturaleza procesal. (“*The nature of the remedy is a matter of procedure to be determined by the lex fori*”) L. Collins, *et al.* (eds.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 171.

²³ *Cf. Warner Brothers Pictures Incorporated / Nelson* [1937] 1 K.B. 209. En este caso, una famosa actriz de cine se comprometió por el tiempo que durara su contrato a no trabajar ni colaborar con otras empresas cinematográficas sin el consentimiento escrito del productor. El tribunal aplicó el criterio de Derecho inglés según el cual el cumplimiento forzoso de una obligación de no hacer sólo es posible si no sitúa al demandado en la disyuntiva de cumplir la obligación de hacer refleja (actuar, cantar, etc.) o permanecer inactivo. En el caso anterior, el tribunal entendió que la orden de cumplimiento es discrecional para el tribunal, y limitada a lo que sea razonable atendiendo a las circunstancias del caso. *Vid.*, asimismo, L. Collins, *et al.* (eds.). *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *op. cit.*

Naturalmente, como hemos apuntado, esta concepción no está exenta de debate, ni siquiera en jurisdicciones como la estadounidense, donde el enfoque más civilista de la Convención de Roma no resulta aplicable. Partiendo de la base tradicional, la doctrina y jurisprudencia han puesto en cuestión los argumentos que sirven de base a la naturaleza procesal del cumplimiento específico²⁴: la naturaleza procesal de las acciones, bajo el sistema de las *forms of action*, la naturaleza jurisdiccional de la decisión acerca del otorgamiento, o no, del cumplimiento, y la naturaleza discrecional de la potestad del tribunal.

El primer argumento se centra en la evolución histórica del sistema inglés de administración de justicia a través de las *forms of action*. Si, de acuerdo con éste, el énfasis se sitúa en la protección jurisdiccional,

p. 171. Curiosamente, los autores asumen la influencia de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*ibid.*, p. 172) pero no parecen atar un cabo con otro, al entender que el cumplimiento específico seguiría siendo una cuestión procesal.

²⁴ En el planteamiento clásico, la distinción entre sustancia y procedimiento (*substance and procedure*) era análoga a la distinción entre “derecho” y “remedio”. Según esta concepción, aparentemente el cumplimiento forzoso, al ser un remedio contractual, constituiría una cuestión procesal y, por consiguiente, se atendería a lo dispuesto en la *lex fori*. En palabras de Cook: “When a plaintiff sues in one jurisdiction upon a claim which he says accrued to him under the laws of another, an important distinction arises between what are called matters of right and matters of remedy, or matters of substance and matters of procedure. [...] Matters of remedy, or procedure, then, are determined by the law of the forum”. W.W. Cook, “‘Substance’ and ‘Procedure’ in the Conflict of Laws”, *Yale L.J.*, no. 42, 1933. En *Selected Readings on Conflict of Laws*. St. Paul, West Publishing Co., 1956, p. 500. En *Levy / Steiger* 233 Mass. 600, 124 N.E. 477 (1919) se decidió un caso de responsabilidad extracontractual. El tribunal entendió que el test que debía aplicarse era el siguiente: la ley del lugar donde el daño se había producido debía determinar si existía un derecho o acción, mientras que la *lex fori* debía determinar el remedio y sus incidentes. Este ejemplo afirma la distinción entre derecho y remedio como determinante a la hora de determinar la ley aplicable. R.C. Cramton, D.P. Currie, H.Hill Kay y L. Kramer. *Conflict of Laws. Cases—Comments—Questions*. 5ª ed., St. Paul, West Publishing Co. p. 51–52. “It is elementary that the law of the place where the injury was received determines whether a right of action exists, and that the law of the place where the action is brought regulates the remedy and its incidents, such as pleading, evidence and practice”. En palabras de Goodrich: “matters pertaining to the form in which the action is brought [...] clear instances of what relates to the remedy, to be settled by the *lex fori*. This includes whether [...] it is at law or in equity, whether it should be *assumpsit*, *covenant* or *debt*”. Goodrich, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 159. Con todo, ya desde el principio, la certidumbre de la división sustancia–procedimiento ha sido puesta en entredicho por la doctrina más autorizada. En este sentido, Goodrich expresa que, si bien la afirmación general parece estar clara, las dificultades aparecen a la hora de aplicar la teoría a cada caso concreto: “The general statement is not disputed; the difficulty comes in determining, on a concrete set of facts, into which class the case involved falls”. Goodrich *Conflict of Laws* (1927), p. 159, citado por Cook, quien, directamente, califica la distinción de “ilusoria y artificial”. W.W. Cook, “‘Substance’ and ‘Procedure’...”, *loc. cit.*, p. 502. Y es que, una vez el problema pasa del plano teórico al práctico, las fronteras se diluyen.

la naturaleza de los remedios debe seguir siendo la de la sanción procesal que se obtiene como resultado del perjuicio causado²⁵. Ahora bien, a este argumento podría oponerse que, en el caso de los remedios, la sanción no es automática, sino rogada y, por tanto, éstos se configurarían como derechos, secundarios o “remediales”, pero derechos con un elemento sustantivo al fin y al cabo²⁶. En este sentido, parece que un mecanismo aparentemente procesal se torna sustantivo en cuanto se realiza un análisis detallado de sus consecuencias.

La segunda objeción hace referencia a la situación tradicional de los países anglosajones, donde los daños y perjuicios y el cumplimiento específico se administraban por jurisdicciones separadas (*common law* y *equity* respectivamente). Por tanto, el juicio del tribunal de equidad sobre si otorgar, o no, el cumplimiento específico, era, en realidad, un juicio sobre si la jurisdicción en equidad resultaba competente (decisión procesal). No obstante, a ello podría contestarse que esta decisión era procesal no en su naturaleza, sino debido a las circunstancias históricas que mantenían la separación jurisdiccional²⁷.

²⁵ Del mismo modo que, de acuerdo con la visión del positivismo jurídico, no existe norma sin sanción, en las jurisdicciones de *common law* no existe un derecho sin su correspondiente remedio. En palabras de Chamberlayne “*The distinction between substantive and procedural law is artificial and illusory. In essence, there is none. The remedy and the predetermined machinery, so far as the litigant has a recognized claim to use it, are, legally speaking, part of the right itself. A right without a remedy for its violation is a command without a sanction, a brutum fulmen; i.e. no law at all.*” Chamberlayne, *Evidence* (1911), § 171; citado por W.W. Cook. “‘Substance’ and ‘Procedure’...”, *loc. cit.*, p. 502, nota 10.

²⁶ Cook propone un ejemplo concreto. El propietario de un terreno, afirma que tiene un derecho *in rem* sobre la cosa, ejercitable *erga omnes*. Supongamos que alguien penetra ilegalmente en el terreno. En tal caso ejercerá la acción de *trespass to land*. ¿No es posible afirmar que tal acción otorga un derecho a la obtención de daños y perjuicios contra la persona que entró ilegalmente? Tal derecho es personal, por oposición al derecho real *erga omnes*. W.W. Cook, *ibid.*, p. 510. Existiría, pues, una diferencia entre derechos “primarios” y “secundarios”, o “remediales”. Opinión de Cardozo en *Jacobus / Colgate*, 217 N.Y. 235, 111 N.E. 837 (1916). En este contexto, “remedio” o derecho “remedial” constituiría una categoría intermedia entre los derechos primarios y los “procesales”, o mecanismos de ejecución (*enforcement*). Otro ejemplo es la acción de *replevin*, remedio cuyo objetivo es la reposición de una cosa. Tradicionalmente, la acción no podía ejercitarse simplemente por la retención indebida de una cosa (por ejemplo, por un depositario). Esta regla limitativa ¿es sustantiva o procesal? Asimismo, supongamos que, por ley o por decisión judicial, se extiende el ámbito de la acción, eliminándose la restricción ¿Se habrá simplemente modificado el procedimiento, o bien se habrá creado un nuevo derecho? Pensemos que, con anterioridad, el depositante solamente tenía derecho a la restitución o a los daños y perjuicios, a elección del depositario, mientras que, con la modificación, tiene derecho a la reposición. W.W. Cook, “‘Substance’ and ‘Procedure’...”, *loc. cit.*, p. 511.

²⁷ Al menos, la decisión sobre la adecuación del cumplimiento forzoso resulta análoga a la de si corresponde otorgar la acción de *covenant* o *replevin*, en la medida en que ambas

En la actualidad, se ha producido la unificación de jurisdicciones²⁸, lo que resta, si cabe, más peso, a esta postura.

Finalmente, algunos autores sostienen que, dado que el cumplimiento específico, como remedio administrado por la jurisdicción en equidad, estaba sujeto a la discrecionalidad del tribunal²⁹, no podría nunca tener la naturaleza de un derecho sustantivo³⁰. No obstante, a esta postura se pueden oponer, al menos dos objeciones. Por un lado, la incertidumbre sobre el resultado no puede constituir una objeción a la existencia de un derecho pues, según O.W. Holmes, los propios derechos sustantivos no son más que “predicciones” de que los tribunales actuarán de una determinada manera en un determinado supuesto, y de que dicha actuación viene motivada por una sustancia imaginaria que motiva el apoyo de la fuerza pública³¹. Un cierto grado de incertidumbre, pues, no supone problema alguno para la caracterización como derecho sustantivo. En segundo lugar, la discrecionalidad judicial en la administración del cumplimiento específico no es

podían utilizarse para el mismo propósito que el cumplimiento forzoso. La primera era una acción cuyo objetivo era lograr el cumplimiento de un pacto (*covenant*) suscrito por un sujeto. El objetivo de la segunda era el de obtener la reposición de un bien.

²⁸ En Inglaterra se realizó mediante la *Judicature Act* de 1873. En los EE UU, la fusión ha sido paulatina en las jurisdicciones estatales. La última reforma en este sentido ha sido acometida por el Estado de Virginia en 2006 mediante las *Rules of Court of the Supreme Court of Virginia*. Para una crítica sobre el papel que la incorporación de las reglas de la jurisdicción en equidad ha tenido en las actuales *Federal Rules of Civil Procedure*, vid. S.N. Subrin, “How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective”, *University of Pennsylvania L. Rev.*, n° 135, 1987, pp. 909 ss.

²⁹ El ejercicio de la discrecionalidad por parte de los tribunales en equidad tenía sentido, pues esta jurisdicción se formó como subsidiaria de la ordinaria, para proporcionar solución a los problemas que la segunda no resolvía satisfactoriamente. Por ello, es lógico que debiese disponer de una mayor flexibilidad que los tribunales ordinarios, en la medida en que su función era la de corregir el resultado injusto derivado de la rigidez de los otros. H.L. McClintock, *Handbook of Equity*, St. Paul, West Publishing Co. (Hornbook Series) 1936, p. 1.

³⁰ “a remedy which is discretionary according to English law cannot be demanded as of right in an English court merely because this is possible according to the *lex causae*”. L. Collins, et al. (eds.). *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, op. cit., p. 171. Asimismo, tradicionalmente se consideraba que “The availability of the equitable remedies of specific performance or injunction was a matter of the *lex fori*”. Chitty on Contracts. Twenty-Ninth Edition, vol. I, General Principles, Londres, Sweet&Maxwell, 2004, Ch 30–151, p. 1846, quien se refiere asimismo los casos *Baschet v. London Illustrated Standard Co.* [1900] 1 Ch. 73; *Boys / Chaplin* [1971] A.C. 356, 394.

³¹ O.W. Holmes, *The Path of the Law*, op. cit., pp. 1–2; id., “Natural Law”, *Harvard L. Rev.*, 1918, no. 32, p. 42: “For legal purposes a right is only a hypostasis of a prophecy – the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it – just as we talk of the force of gravitation accounting for the conduct of bodies in space”.

total, sino que se encuentra sujeta a una serie de reglas, que incrementan la previsibilidad del resultado³².

La tensión “procesal–sustantiva” en materia de caracterización de los remedios se ha puesto de manifiesto en EE UU en los casos de *diversity of citizenship*; en los que, al tener las partes domicilio en distintos estados, se aplica el Derecho sustantivo estatal, pero las normas de procedimiento federales³³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta algo ecléctica, sin que exista una respuesta definitiva acerca de la caracterización sustantiva o procesal de los remedios³⁴,

³² W.Q. De Funiak, *Handbook of Modern Equity*, 2ª ed., Boston, Toronto, Little, Brown and Company, § 94, p. 221; D.B. Dobbs, *Law of Remedies. Damages – Equity – Restitution*, op. cit., § 2.4 (7), p. 84–85; J. Norton Pomeroy Jr., *Pomeroy's Equity Jurisprudence and Equitable Remedies Six Volumes. Pomeroy's Equity Jurisprudence in Four Volumes*, 3ª ed., Annotated and much enlarged, and supplemented by *A Treatise on Equitable Remedies*, 2. vols., San Francisco, Bancroft–Whitney Company, 1905 § 762, pp. 1284–1285.

³³ W.W. Cook, *loc. cit.*, pp. 506; *Erie Railroad / Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

³⁴ Asimismo, la aparentemente aséptica cuestión de la caracterización de un remedio como sustantivo o procesal se ha visto algo contaminada por razonamientos de Derecho constitucional, relativos a la división entre el poder estatal y federal, por lo que algunas conclusiones deben tomarse con cautela. En *Erie Railroad / Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) el demandante H.J. Tompkins demandó a la *Erie Railroad Company* por negligencia, tras haber sufrido lesiones al cruzar el paso de la vía del tren. El problema estribaba en determinar si la responsabilidad debía regirse por el Derecho estatal (incluyendo la jurisprudencia de los tribunales) o el Derecho federal. El Tribunal Supremo consideró que, en esta cuestión, los tribunales federales debían tomar en consideración no sólo la legislación estatal, sino los precedentes jurisprudenciales, o *common law* estatal. Sin embargo, el Tribunal Supremo no aclaró si ello incluiría sólo la de los tribunales de *common law*, o también la jurisprudencia de equidad, o *equity*, en particular la relativa a los remedios en equidad (*equitable remedies*) en caso de violación de un derecho sustantivo creado por el Derecho estatal. E. Yorio, *Contract Enforcement. Specific Performance and Injunctions*, Aspen Publishers, 1989, p. 495. Después de la decisión en el caso *Erie*, el Tribunal Supremo de los EE UU afirmó que la doctrina *Erie* era igualmente aplicable a la jurisdicción en equidad en *Ruhlin / New York Life Ins. Co.*, 304 U.S. 202 (1938) y en *Guaranty Trust Company of New York / York*, 326 U.S. 99 (1945). En este último caso, una sociedad había emitido deuda, quedando los derechos de los tenedores de los valores en manos de un fiduciario (*trustee*) para que los ejercitase en su nombre. Tras comprobar la probabilidad de que no se atendiera el pago de las obligaciones, la compañía negoció una refinanciación de su deuda con los acreedores, incluido el fiduciario, en representación de los tenedores de los instrumentos de deuda. Estos últimos consideraron que éste no había cumplido sus deberes fiduciarios y ejercitaron una *class action*. El tribunal inaplicó la ley de prescripción (*Statute of Limitations*) del Estado de Nueva York, y permitió a la acción seguir su curso, aplicando la doctrina de las *laches* que, cumpliendo una función similar a la de la prescripción. La decisión del Tribunal Supremo, posee una extraordinaria ambigüedad. En primer lugar, el Tribunal Supremo argumenta con contundencia que el Derecho estatal no puede definir los poderes remediales en equidad de los tribunales federales (naturaleza procesal), de modo que los remedios de un tribunal estatal no existirían ante un tribunal federal, ni que un tribunal federal no pueda otorgar un remedio

mientras que la jurisprudencia de los tribunales inferiores parece inclinarse hacia la sustantivización de los remedios³⁵, si bien ello puede venir motivado por una cierta laxitud de los tribunales, al no ser con-

en equidad inexistente ante un tribunal estatal. Sin embargo, el Supremo estadounidense aplicó la ley sustantiva estatal, y no la procesal federal. La base de esta decisión es que, puesto que el tribunal federal, en un caso de *diversity of jurisdiction*, no es más que otro tribunal estatal, el resultado del litigio debe ser sustancialmente el mismo que si la cuestión se hubiese decidido ante un tribunal estatal. Por tanto, la consecuencia es que serán decididas de acuerdo con el Derecho estatal y, por tanto, sustantivas, las cuestiones que afecten sustancialmente al resultado del litigio (*outcome determination test*). Siguiendo este razonamiento, el cumplimiento específico, como elemento determinante del resultado del litigio, se incluiría dentro de las cuestiones decididas de acuerdo con el Derecho estatal y, por tanto, sustantivas. Dado que con un test tan amplio, cualquier institución podría considerarse sustantiva, en la medida en que determine sustancialmente el resultado del litigio, el Tribunal Supremo ha ido mitigando los efectos del mismo en casos como *Byrd / Blue Ridge Rural Electric Cooperative, Inc.* 356 U.S. 525 (1958) o *Hanna / Plummer* 380 U.S. 460 (1965). Sin embargo, examinemos el caso *Stern / South Chester Tube Co.*, 390 U.S. 606 (1968). En este caso, el Derecho de Pensilvania permitía al accionista inspeccionar los datos de la compañía, derecho que los tribunales estatales hacían cumplir mediante la acción de *mandamus*. Un accionista solicitó el cumplimiento de su derecho ante los tribunales federales, que rechazaron la demanda por considerar que, de acuerdo con la legislación federal, el *mandamus* debía rechazarse (excepción federal en aquellos casos donde el *mandamus* fuese el único remedio solicitado). El Tribunal Supremo revocó las decisiones, afirmando que, aunque los tribunales estatales denominaran *mandamus* al remedio, ello no impedía su ejercicio ante los tribunales federales, pues todo lo que el demandante hacía era solicitar que su derecho se hiciera cumplir. En primer lugar, el Tribunal afirmó que no existía principio alguno de Derecho federal que permitiese denegar el remedio en tal caso. Por ello, *a contrario*, cabría interpretar que, en un caso donde tal principio exista, el tribunal federal puede denegar el remedio creado por el Derecho estatal. El Tribunal también afirmó que, cuando el demandante posee un derecho sustantivo creado por el Derecho estatal, pero la ley no proporciona un remedio adecuado, el tribunal federal puede proporcionarlo, en ejercicio de su poder en equidad. Sin embargo, el tribunal entendió que no era preciso el ejercicio por el tribunal de una tutela especial, en la medida en que el Derecho estatal protegía adecuadamente los intereses del acreedor (accionista en este caso). Se ha interpretado este pasaje como una prueba de la existencia de un poder de los tribunales federales para administrar sus propios remedios para hacer cumplir el Derecho sustantivo creado por el Derecho estatal, con la única duda de hasta dónde llegan los poderes procesales de los tribunales federales. E. Yorio, *op. cit.*, pp. 502–503. No obstante, entendemos que la decisión del tribunal puede interpretarse en el sentido de que, si bien en circunstancias normales prevalecen los remedios establecidos en el Derecho estatal (lo que los caracterizaría como sustantivos) los del Derecho federal pueden actuar cuando la parte se encuentre desprotegida.

³⁵ Ello puede observarse en el caso *Copylease Corporation of America / Memorex Corporation*, 408 F. Supp. 758 (SDNY 1976). Las partes pertenecían a Estados diferentes, por lo que se trataba de un caso en diversidad de jurisdicciones (*diversity of jurisdiction*), decidido por un tribunal federal que, sin embargo, debía aplicar la ley sustantiva de California. A la hora de decidir si era la legislación estatal o federal la que debía decidir la cuestión del cumplimiento específico, el tribunal citó como precedente la doctrina de *Erie*, en el sentido que toda cuestión susceptible de influir en el resultado final debe regirse por la ley sustantiva.

tradictorios el Derecho procesal y sustantivo³⁶. Con todo, resulta interesante recoger la afirmación de algún tribunal de que, en aquellos casos en los que el remedio solicitado se encuentra “inextricablemente entrelazado con el Derecho sustantivo” el tribunal debe aplicar el Derecho sustantivo al remedio³⁷. Aun así, es cierto que existen grandes reticencias al respecto³⁸.

El Derecho uniforme parece inclinarse hacia la caracterización sustantiva de los remedios contractuales y, en particular, del cumplimiento específico. La Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el texto uniforme más importante de Derecho de contratos, Derecho sustantivo al fin y al cabo, regula, en palabras de su art. 4, “la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato” lo cual incluye los remedios por incumplimiento de contrato (y el cumplimiento específico en particular)³⁹. Asimismo, dado que las disposiciones de la Convención están redactadas en forma de derechos y obligaciones de

³⁶ E. Yorio, *op. cit.*, pp. 504–505.

³⁷ *Copylease Corporation of America / Memorex Corporation*, 408 F. Supp. 758 (SDNY 1976). Wright, Miller, A., *Federal Practice and Procedure: Civil* (1973) § 2943, p. 389. Por todo lo anterior, la posibilidad de ordenar el cumplimiento específico debe decidirse de acuerdo con el Derecho sustantivo. S. Macaulay; J. Kidwell, W. Whitford y M. Galante, *Contracts: Law in Action*, Charlottesville, The Michie Company, 1995, p. 89. Esta postura ha encontrado reflejo en cierta jurisprudencia de tribunales federales, que entienden que la doctrina *Erie* únicamente implica la aplicación del Derecho estatal a la determinación del remedio cuando el mismo se encuentre unido de tal forma al derecho que la denegación del remedio equivale a la denegación del derecho (“*the state remedy is so interwoven with the right invaded that the denial of the remedy would be tantamount to the denial of the right*”). *Port of N.Y. Auth / Eastern Air Lines, Inc.*, F.Supp. 745, 753 (E.D.N.Y. 1966). Incluso las posturas más restrictivas parecen aceptar que, aun cuando el remedio pudiese ser un elemento de naturaleza procesal, cuando el mismo se encuentre tan estrechamente unido a la definición del derecho, debe regirse por la misma ley que éste último. E. Yorio., *op. cit.*, p. 508.

³⁸ En el caso *Kaiser Trading Co. / Associated Metals & Minerals Corp.*, 321 F.Supp. 923, 931 n.14 (N.D. Cal. 1970) el tribunal, si bien aceptó que el remedio en equidad debe regirse por el Derecho estatal (sustantivo), también afirmó que el Derecho federal (procesal) debe determinar el ejercicio del poder discrecional del tribunal a la hora de administrar, otorgar o denegar el remedio, lo que pone de manifiesto la dificultad de lograr la renuncia de los tribunales al ejercicio de sus poderes discrecionales.

³⁹ Dentro del Capítulo II que regula las obligaciones del vendedor, la Convención contempla una Sección III, denominada “Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor”. Simétricamente, en el Capítulo III denominado “Obligaciones del Comprador”, la Convención recoge una Sección III, denominada “Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador”. Dentro de cada una de las secciones, el Convenio regula el derecho del comprador a reclamar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 46 y 62).

las partes, y no de directrices al tribunal⁴⁰, hay razones para suponer que la intención es la de “sustantivizar” la materia⁴¹. Esta postura se ve confirmada por los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales⁴², por los Principios del Derecho Europeo de Contratos⁴³, y por la jurisprudencia⁴⁴.

⁴⁰ En este sentido, ver el Comentario de la Secretaría al Proyecto de Art. 42 (actual Art. 46), párrafo 3. Disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-46.html>.

⁴¹ El hecho de que los Principios de Unidroit sigan esta misma técnica en sus Arts. 7.2.1 y 7.2.2 parece sugerir que se trata de una postura consolidada. I. Schwenzer, “Specific Performance and Damages According to the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *European Journal of Law Reform*, n° 1. 1999, p. 302. Resulta interesante observar que, dentro de los Principios de Unidroit, el art. 7.2.4 regula una cuestión puramente procesal, como la de la “Pena judicial”. Ello confirma que la inclusión en un texto de Derecho contractual (la CNUCCIM o los Principios de Unidroit) no comporta la “sustantivización” automática *ope legis* de una institución, sino que debe prestarse especial atención al modo en que la materia se encuentra planteada en la norma.

⁴² Los Principios contemplan el Derecho a reclamar el cumplimiento (Obligaciones dinerarias y no dinerarias) en su Sección 2 del Capítulo 7. Por tanto, en el Derecho uniforme el derecho al cumplimiento forzoso o específico es una cuestión de Derecho sustantivo. Ingebor Schwenzer. “Specific Performance and Damages According to the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *European Journal of Law Reform*, n° 1. 1999, p. 302.

⁴³ Los Principios del Derecho Europeo de Contratos regulan el derecho a reclamar el cumplimiento en la Sección 1 del Capítulo 9 (Remedios específicos en caso de incumplimiento).

⁴⁴ La dicotomía sustancia–procedimiento no ha supuesto un gran problema en la diversa jurisprudencia uniforme. En el caso *Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. / American Bus. Ctr., Inc.*, 993 F.2d 1178 (5th Cir. 1993). (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930615u1.html>) una de las pocas excepciones, el tribunal aplicó la *parol evidence rule* estadounidense sobre el art. 8 (3) de la CNUCCIM, entendiendo que se trataba de una cuestión procesal, y privó así de valor a las manifestaciones ajenas al contrato (no escritas) en la interpretación de la voluntad de las partes. El tribunal de apelación no entró a decidir sobre si la Convención de Viena o el Derecho estatal resultaba aplicable puesto que, afirmó, la *parol evidence rule*, como cuestión procesal, resulta aplicable con independencia de lo dispuesto por la CNUCCIM. Decisiones como ésta suponen una amenaza para la aplicación uniforme de la Convención y, afortunadamente, la jurisprudencia posterior ha rechazado esta doctrina. En el caso *Filanto, S.p.A. / Chilewich Int'l Corp.*, 789 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1992), 14 de abril de 1992 (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920414u1.html>), en un problema relativo a un convenio arbitral, el tribunal interpretó la voluntad de las partes atendiendo a las prácticas, dejando de lado la *parol evidence rule* del Derecho estadounidense. Esta postura fue reiterada en el caso *MCC–Marble Ceramic Center, Inc. / Ceramica Nuova D'Agostino S.p.A.* 29 de junio de 1998 (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980629u1.html>) donde el tribunal rechazó, de manera expresa, la jurisprudencia de *Beijing Metals / American Business Center*. Apparently, esta línea de jurisprudencia aclara la prevalencia de las reglas de la Convención sobre las del Derecho no uniforme, algo que no puede evitarse mediante una interpretación expansiva del término “procedimiento”. En el caso *Zapata Hermanos*

4. ¿Por qué analizar el poder de los tribunales arbitrales para ordenar el cumplimiento específico?

Los apartados anteriores permiten concluir, si bien sesgadamente, por la tradición iuscivilista de quien escribe; que resulta preferible examinar el problema desde el punto de vista sustantivo del “derecho al cumplimiento”, y no desde la perspectiva procesal de la “potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento”. Semejante conclusión, alguien podría afirmar, traería, sin embargo como consecuencia la inmediata pérdida de sentido del tema de estudio. Si lo que estudiamos es el derecho de las partes a obtener el cumplimiento, la cuestión dependerá del Derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto, y, se sobreentiende, el tribunal arbitral siempre dispondrá de la potestad para aplicar este Derecho (si no, su función sería completamente estéril).

Esta visión no carece de sentido. No obstante, existen objeciones lo suficientemente fuertes como para que el propósito de estudiar la potestad arbitral para ordenar el cumplimiento siga siendo relevante. En primer lugar, el hecho de que la postura sustantiva nos parezca la más razonable no significa que la misma sea unánime. Por ello, el estudio de la postura de la doctrina y jurisprudencia comparadas es necesario, siquiera desde el punto de vista práctico, para quien debe enfrentarse a un entorno multijurisdiccional.

En segundo lugar, esta necesidad se hace más imperiosa si tenemos en cuenta que los países anglosajones son los principales promotores del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias y, al mismo tiempo, quienes más parecen inclinarse por la perspectiva procesal (potestad arbitral para ordenar el cumplimiento); y quienes más reacios son a la admisión sin cortapisas de los remedios no pecuniarios. Por todo ello, en el análisis siguiente se prestará especial atención al Derecho comparado de los países de *common law*.

En tercer lugar, la aceptación de la perspectiva sustantiva no pone fin a la controversia sobre las órdenes de cumplimiento en el contexto

Sucesores, S.A. / Hearthside Baking Company, Inc. 313 F.3d 385, 54 Fed.R.Serv.3d 409. el problema se planteó cuando una de las partes reclamó el pago de los honorarios de abogados (*attorneys fees*) como daños y perjuicios, lo que resulta contrario a la *American rule* sobre costas procesales, que indica que cada parte debe soportar sus propios gastos. Aun cuando el tribunal no concedió la reclamación, lo hizo entendiendo que la CNUCCIM no califica los gastos de abogados como daño indemnizable, pero que, caso de que así fuera, ésta sería la solución que prevalecería.

arbitral. El derecho de una parte a obtener el cumplimiento posee numerosas excepciones, límites o matices, dependientes del Derecho sustantivo. Ahora bien, también será preciso determinar en qué medida un tribunal arbitral debe seguir estas directrices, o puede apartarse de ellas, bien mediante la aplicación de una ley distinta, bien mediante una interpretación amplia de las normas sustantivas, bien dejando de lado tales normas. La cuestión poseerá aún más calado si entran en juego normas imperativas, o de orden público. Todo ello obliga a plantear cuestiones acerca de la potestad del tribunal para decidir sobre el cumplimiento, en el contexto del Derecho sustantivo.

Finalmente, la orden de cumplimiento no es más que la punta del iceberg de un problema tan poco explorado en el arbitraje como el de los remedios no pecuniarios. La orden arbitral de realizar un determinado acto puede representar el cumplimiento de una obligación previamente contraída y claramente estipulada, el resultado de la interpretación por el tribunal arbitral del contenido de una obligación expresada de manera incierta en el contrato, o la variación, adaptación, reforma, modificación... de las condiciones del contrato originalmente suscrito por las partes. Si en el primer caso la potestad de ordenar el cumplimiento puede parecer razonable a cualquier mente (especialmente civilista), las demás se mueven en terreno incierto, donde concurren principios contrapuestos. Un estudio sobre la potestad del tribunal arbitral ordenar el cumplimiento constituiría la piedra de clave, la base necesaria sobre la cual encajar una estructura conceptual sobre los remedios no pecuniarios, que la complejidad actual de las transacciones hacen cada día más necesaria.

III. Orden de cumplimiento, poder y límites derivados de la voluntad de las partes

Puesto que el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que implica la renuncia a un derecho fundamental, como es el del acceso a la justicia, el consentimiento es la piedra angular de esta institución⁴⁵. Por ello, al derivar el tribunal buena parte de su poder del convenio arbitral, las partes deben estar vinculadas a la palabra dada⁴⁶. En contrapartida, es el deber del árbitro asegurarse de que el

⁴⁵ S. Jarven, "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers", *Arb. Int'l*, vol. 2, n° 2, 1986, p. 141

⁴⁶ *Ibid* p. 142.

lenguaje del convenio arbitral le otorga jurisdicción, para decidir la disputa, y los poderes necesarios para dicha tarea⁴⁷. Por ello, en el mismo sentido, la fuente primaria de límites para el tribunal arbitral también será la cláusula de sumisión a arbitraje⁴⁸.

Las partes pueden introducir poderes o límites a los poderes arbitrales mediante la redacción de estipulaciones expresas en el compromiso arbitral, o mediante la elección de unas reglas de arbitraje que sirvan este propósito. Aun cuando la voluntad expresa de las partes, plasmada en el convenio arbitral, prevalezca sobre las disposiciones existentes en las reglas de arbitraje⁴⁹, en la práctica éstas supondrán la fuente principal de interpretación a la hora de extraer los poderes y límites del tribunal arbitral.

1. Arbitraje, órdenes de cumplimiento y cláusula arbitral

La manifestación principal de la voluntad expresa de las partes es el convenio arbitral. A través del mismo, las partes pactan su sumisión a arbitraje y, por tanto, puede servir de base tanto para atribuir poderes al tribunal arbitral, como para limitar sus atribuciones. En relación con los remedios no pecuniarios, se ha afirmado que la voluntad de las partes, expresada en el convenio arbitral, constituye fuente del

⁴⁷ La visión según la cual la voluntad de las partes es la fuente de poder remedial del tribunal arbitral posee un gran arraigo en el Derecho estadounidense. *Vid.* M.L. Cross "Power of Arbitrators to Order Injunction or Specific Performance", *American Law Reports*. 70 A.L.R.2d 1055 § 3. Esta postura procede del test enunciado por el Tribunal Supremo de los EE UU en el caso *United Steelworkers of America / Enterprise Wheel & Car Corp.* (1960) 363 U.S. 593, 80 S.Ct. 1358, 4 L.Ed.2d 1424, según el cual el remedio otorgado debe "derivar su esencia" (*draw its essence*) del acuerdo suscrito por las partes. Al test de la "esencia" podrían oponérsele diversas excepciones. Por un lado, que resulta extremadamente incierto. Por otro, que, en la actualidad, las legislaciones de arbitraje (o los reglamentos escogidos por las partes) regulan en gran medida los poderes arbitrales. Por último, que este test se enunció en una disputa laboral de carácter colectivo, cuya naturaleza es diferente de la de las disputas comerciales. Así lo expresó el juez Kennard en la opinión disidente del caso *Advanced Micro Devices, Inc. / Intel Corporation*, 9 Cal.4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr.2d 581 (1994). Sin embargo, pese a las críticas este test sigue siendo de aplicación, de modo que su trascendencia no puede ser obviada por interpretaciones voluntaristas.

⁴⁸ Así lo fue en el caso *Decision Control Systems, Inc. / Personnel Cost Control, Inc.*, 787 S.W.2d 98, 99 (Tex. App. – Dallas 1990), donde la cláusula establecía expresamente: "[A]ll questions as to rights and obligations arising under the terms of this agreement are subject to arbitration except for matters involving claims for injunctive relief".

⁴⁹ J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 29.

poder de los árbitros para ordenar el cumplimiento⁵⁰. En segundo lugar, la misma voluntad puede utilizarse para limitar la competencia y los poderes del tribunal. Por último, en ausencia de una expresión clara, los tribunales han debido en ocasiones determinar en qué sentido se inclina el silencio de las partes.

A) Cláusula arbitral y voluntad expresa como fuente del poder arbitral

Especialmente en el entorno anglosajón, donde el cumplimiento específico constituye un recurso excepcional, la postura tradicional entiende que las partes deben establecer la potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento. En *Young / Deschler*⁵¹, tras diversas disputas sobre reclamaciones por competencia desleal, las partes llegaron a un acuerdo donde el demandado suscribió un pacto de no competencia que incluía una cláusula arbitral para el caso de disputa. Dicha cláusula preveía la posibilidad de que los árbitros pudieran emitir órdenes de cumplimiento del acuerdo⁵². Ante el desacuerdo de las partes en la aplicación del compromiso⁵³, el tribunal de apelación afirmó que, si la voluntad de las partes era la de someter estas cuestiones arbitraje, los tribunales debían respetar esa decisión⁵⁴, aceptando implícitamente la validez de la concesión al tribunal arbitral del poder para ordenar el cumplimiento.

⁵⁰ M.L. Cross, "Power of Arbitrators to Order Injunction or Specific Performance". *American Law Reports*, 70 A.L.R.2d 1055 § 3.

⁵¹ *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952).

⁵² *Ibid.* La cláusula arbitral era del siguiente tenor: "25. Any controversy arising under this agreement shall be submitted to arbitration to be held in the City of New York in accordance with the rules of the American Arbitration Association, before at least three arbitrators. Said arbitrators may, in their award, recommend the granting of equitable or other injunctive relief as may be suitable". La cláusula arbitral remite las disputas a las Reglas de Arbitraje de la *American Arbitration Association*, que establecen expresamente que los árbitros tendrán el poder de ordenar el cumplimiento forzoso. *Vid. infra*. III.1.A.b. De este modo, el tribunal derivaba su poder de la voluntad expresa, pero también implícita de las partes.

⁵³ Las partes manifestaron desacuerdo en la aplicación de ciertas cláusulas. Deschler solicitó la paralización del procedimiento arbitral, mientras que Young solicitó la paralización del procedimiento judicial, en ambos casos por litispendencia. El tribunal de apelación debió pronunciarse sobre la cuestión, dándole la razón a Young, entendiendo que la aplicación de las diversas cláusulas del acuerdo, especialmente la del pacto de no competencia. *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952).

⁵⁴ El tribunal entendió que "On the facts and circumstances of this case, all issues in the controversy between the parties including the validity, application or limitation of the covenants in question, are for the arbitrators who may if they deem it proper decide such issues in plaintiff's or defendant's favour".

De manera similar, en *Lively / Hunter*⁵⁵, el albacea de los Hunter demandó a los Lively para impedirles la construcción de un almacén cerca de la propiedad de los primeros. Las partes llegaron a un acuerdo para dirimir sus diferencias en sede arbitral, de modo que el tribunal debería decidir si la orden provisional del tribunal de paralizar la construcción debía convertirse en permanente⁵⁶. El tribunal arbitral falló en favor de los Hunter, en la medida en que el acuerdo arbitral confería al tribunal arbitral la potestad de dictar un laudo cuyo contenido fuera una orden de abstención⁵⁷.

Los casos mencionados tenían dos similitudes. Por un lado, ambos se decidieron en un entorno anglosajón (donde el cumplimiento específico es un remedio excepcional). Por otro, en ambos casos la atribución de competencia al tribunal arbitral no se realizaba *pro futuro*, mediante un convenio arbitral (*clause compromissoire*), sino mediante un compromiso arbitral (*compromis*), atributivo de la compe-

⁵⁵ *Lively / Hunter*, 60 S.E. 264 (1908).

⁵⁶ La cláusula arbitral establecía:

"Whereas, there is a matter of controversy between F.J. Hunter, as executor of Mrs. M. V. Medlock, deceased, and as the next friend of the children of Mrs. Medlock, as plaintiffs, / C. P. Lively and H. M. Lively, now pending in Gwinnett superior court, in which the plaintiffs are seeking and have had granted a temporary injunction, restraining said defendants from using a certain warehouse situated on the right of way of the Southern Railroad Company, in the town of Norcross, in said county, fully described in the petition in said case, for the purposes of storing guano and commercial fertilizers, acids, or other manures in said house, to the injury and damage of plaintiffs and their property, either temporarily or permanently. And said parties have agreed to submit the question of nuisance or injury or damage to arbitration. And for this purpose the plaintiffs have selected T.B. Wray and defendants have selected Hubert Letrow as their arbitrators, and have also selected J. E. McElvoy as the third arbitrator, or umpire. Said award is to be conducted under the provisions of the Code of Georgia, known as the statutory arbitration, in the hearing of said case. Upon the hearing the only question to be submitted to and passed upon by said arbitrators is whether the health or property of said plaintiffs have been injured or damaged by the use of said warehouse as above stated and the injunction now in force shall be made permanent. And, in the event said arbitrators decide that said warehouse worketh hurt or injury to the health or property of said plaintiffs, then it is agreed that said defendants will not use the same for said purposes. The award to be returned to and made the judgment of the superior court of said county. It is further agreed that the restraining order now in force shall be continued until the award is rendered by said arbitrators, and the case stand continued until such award is made. In witness whereof said parties have hereto set their hands and seals. This 27th day of October, 1904, C.P. Lively & Son. [L.S.] Fred Hunter [L.S.]"

⁵⁷ En palabras del tribunal: *"After hearing the evidence and considering the matter submitted to us, we find that the property of said defendants would be damaged by the use of said warehouse for the storing of commercial fertilizers as above stated. We therefore find in favour of said F.J. Hunter, executor, and that the injunction now in force be made permanent"* *Lively / Hunter* 60 S.E. 264.

tencia una vez se ha planteado la disputa⁵⁸. Es decir, la “potestad” de ordenar el cumplimiento se derivaba lógicamente de la atribución al tribunal de la “jurisdicción” para decidir sobre tales cuestiones.

B) Cláusula arbitral y voluntad expresa como límite al poder arbitral

Del mismo modo en que las partes pueden estipular expresamente la potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento, aquéllas pueden también excluirla de entre sus atribuciones. Ésta y otras cuestiones se plantearon en el caso *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* (también conocido como el caso de los *Rolling Stones*)⁵⁹. En 1976 los Rolling Stones y Decca firmaron un contrato para la gestión de los cánones percibidos por venta de discos, que otorgaba a la banda un derecho a obtener el examen de las cuentas⁶⁰. Asimismo, el contrato incluía una cláusula. Dicha cláusula establecía la sumisión a arbitraje en todos los casos, “siempre y cuando” (*provided always*) la obligación que se reclamase fuese el pago de la suma monetaria que se determinase en el arbitraje⁶¹.

⁵⁸ W.L. Craig; W.W. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Nueva York, Oceana Publications, 1998, p. 37.

⁵⁹ *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* High Court of Justice. Chancery Division. Case No: HC 04 C00863. Royal Courts of Justice. Friday, 11 June, 2004.

⁶⁰ El contrato se suscribió con un banco en Guernsey por virtud del cual la banda acordaba la cesión al banco de los cánones (*royalties*) percibidos de los discos grabados, y el banco pagaría el ingreso a los Rolling Stones un tiempo después. Con ello, la banda difería el pago de los cánones, y con ello el pago de los impuestos. En el contrato existía una cláusula (Cláusula 6) donde se establecía un derecho de la banda a obtener un examen y auditoría de las cuentas donde se percibían los cánones. De acuerdo con la cláusula, el banco o Decca debían facilitar los libros y cualesquiera otros documentos que el auditor necesitara para el cumplimiento de su obligación. La cláusula establecía lo siguiente: “*The Artist [that is, the Rolling Stones] may cause each account delivered to him pursuant to clause 5(3) to be audited by a leading Chartered Accountant appointed by him (‘the Auditor’) and the Bank [...] and the company [that is, Decca] or either of them (as the case may be) shall [...] make available to the Auditor any and all such books and records and other documents (whether or not similar to those enumerated) pertaining to the subject matter hereof which the Auditor may reasonably request for the purpose of performing his auditing duties*”. *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* High Court of Justice. Chancery Division. Case No: HC 04 C00863. Royal Courts of Justice. Friday, 11 June, 2004, para. 3–4.

⁶¹ La cláusula rezaba: “*Any and every dispute difference or question which may at any time arise upon under or in connection with or pursuant to this Agreement or touching or concerning the construction meaning effect validity or enforceability thereof or of any provision thereof or concerning any alleged determination or claim for rectification thereof shall be referred to a single arbitrator [...] PROVIDED ALWAYS that in the event*

Ciertas desavenencias hicieron que los componentes de la banda reclamaran el cumplimiento del derecho a la auditoría⁶². Decca solicitó al tribunal su inhibición, para que el asunto pudiera decidirse en arbitraje⁶³. El tribunal de primera instancia entendió que, al tratarse de una acción de cumplimiento, y no una reclamación monetaria, el asunto debía decidirse en sede judicial, y no en un procedimiento arbitral⁶⁴. Asimismo, entendió que dejar la decisión a un tribunal arbitral que carecía de competencia para ordenar el cumplimiento habría equivalido a anular en la práctica del Derecho⁶⁵. La decisión fue objeto de apelación, y la decisión del tribunal superior tuvo como resulta-

of any claim by either of the parties hereto for breach of or otherwise arising out of or in connection with or pursuant to this Agreement the sole obligation of the other party in respect of such claim shall be to pay such sum as may be awarded upon arbitration pursuant to this clause and such arbitration or award shall be a condition precedent to the institution of any action at law or in equity”.

⁶² En 2002, el lanzamiento del álbum *Forty Licks* supuso un gran éxito, por lo que los Rolling Stones quisieron asegurarse de que se les estaba ingresando el importe adecuado. Por ello, bajo la cláusula 6 reclamaron judicialmente su derecho a auditar las cuentas. *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* High Court of Justice. Chancery Division. Case No: HC 04 C00863. Royal Courts of Justice. Friday, 11 June, 2004.

⁶³ El argumento de Decca sostenía que los Rolling Stones, en realidad, estaban reclamando la suma monetaria derivada de la diferencia entre el importe debido y el satisfecho, y que el derecho a auditar las cuentas carecía de sentido en otro contexto. En segundo lugar, argumentó que la contraparte debía agotar todas las vías posibles de reclamación de cantidad.

⁶⁴ El tribunal consideró el problema como uno de interpretación de la cláusula arbitral y del derecho a obtener una auditoría. La interpretación del tribunal sostuvo que, efectivamente, los Rolling Stones tenían el derecho a reclamar la diferencia entre los importes debidos y los efectivamente ingresados. Sin embargo, éste era un derecho independiente del derecho a auditar las cuentas. En este sentido, si bien el derecho a auditar las cuentas podía ejercitarse en el seno de una reclamación de cantidad, o tener dicha reclamación como consecuencia, también podía ejercitarse de manera independiente (presumimos que como un derecho a controlar la gestión). Por tanto, dado que el propósito de los Rolling Stones era el de ejercitar este derecho de manera separada, la acción consistía en una reclamación de cumplimiento. *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* High Court of Justice. Chancery Division. Case No: HC 04 C00863. Royal Courts of Justice. Friday, 11 June, 2004.

⁶⁵ El tribunal aceptó el argumento de los abogados de los Rolling Stones, relativo a la necesaria vinculación entre la competencia del tribunal para decidir sobre el remedio, y el poder del tribunal para ordenarlo. Dado el contenido del derecho a auditar las cuentas, una condena distinta del cumplimiento forzoso lo habría convertido en un derecho sin mecanismos de protección (*unenforceable right*). La atribución de la competencia a un tribunal arbitral sin poder para ordenar el cumplimiento forzoso habría sido una medida equivalente. Por ello, desde el punto de vista de la voluntad de las partes, no tenía sentido crear un derecho carente de mecanismos de protección. *Decca Music Group Limited / Michael Jagger, Keith Richards, Charles Watts* High Court of Justice. Chancery Division. Case No: HC 04 C00863. Royal Courts of Justice. Friday, 11 June, 2004.

do arrojar oscuridad donde antes había luz, acogiendo la postura de los demandados⁶⁶. Partiendo de las limitaciones tradicionales al derecho al cumplimiento⁶⁷, el tribunal realizó una interpretación del contrato que privaba de relevancia a la elección de las partes⁶⁸, enviando la controversia a sede arbitral.

⁶⁶ El caso *Rolling Stones / Decca* fue objeto de apelación por Decca, y ambas partes volvieron a presentar sus posturas. El tribunal resumió la posición del demandante en los siguientes términos: *"It is plain that the arbitration clause restricts the remedies available in an arbitration to damages. Clause 6 of the agreement does not confer a mere procedural entitlement to see documents for the purposes of any claim, but confers a substantive right to conduct the specified audit with the specified materials"*. *Michael Jagger Keith Richards Charles Watts / Decca Music Group Ltd (2004)* [2004] EWHC 2542 (Ch) Ch D (Pumfrey J) 12/11/2004, para. 11. La postura del demandado quedó resumida también de la siguiente manera: *"The distinction which the claimants seek to draw between a merely procedural provision and one conferring substantive rights is illusory and since they will obtain in an arbitration all the information and documents which they would have obtained under clause 6 there is no reason why the arbitration clause should be taken as a matter of construction not to extend to a breach of clause 6"*. *Ibid* para. 12. No obstante, a diferencia de la instancia, se acogió la postura de los demandados. En primer lugar, el tribunal consideró que el lenguaje de la cláusula arbitral era tan amplio como para englobar una disputa relativa al incumplimiento de la obligación correlativa al derecho a auditar las cuentas (Cláusula 6). *Ibid* para. 15–16. *"Any and every dispute, difference or question which may at any time arise upon under or in connection with or pursuant to this Agreement..."*.

⁶⁷ El tribunal se pregunta en su decisión si la obligación contemplada en la cláusula 6 es tal que no puede ser compensada en daños y perjuicios, de modo tal que exista una exclusión mutua entre la protección del derecho contemplado en la cláusula y el arbitraje (*"whether or not the obligation under Clause 6 is such that a breach is not capable of being compensated in damages with the result that there is, in effect, a repugnancy between the arbitration clause and clause 6"*). *Ibid* para. 18. El tribunal consideró que los daños y perjuicios constituían un remedio adecuado. Si la auditoría hubiese determinado la existencia de una falta de ingreso en la cuenta de los Rolling Stones, dicha falta de ingreso habría constituido el importe de los daños y perjuicios. Si no hubiese existido la falta de ingreso, los daños y perjuicios habrían sido nominales, sin cuantía alguna (*nominal damages*). En palabras del tribunal *"It seems to me that prima facie the measure of damages for breach of clause 6 should be arrived at as follows. If on an audit under clause 6 it would have been discovered that there had been an underpayment then the underpaid sum is the measure of damages. If on an audit under clause 6 it were to be discovered that there had been no underpayment, then damages would be nominal only"*. *Ibid* para. 19.

⁶⁸ No podemos estar de acuerdo con la solución del tribunal, ni con las conclusiones a las que conduce. El primer argumento esgrimido por el tribunal se basa en la amplitud del lenguaje de la cláusula. Es cierto que el lenguaje es amplio. Sin embargo, también lo es que la cláusula establece un SIEMPRE Y CUANDO (PROVIDED ALWAYS) en letra mayúscula, que no deja lugar a dudas sobre la importancia de la excepción. Por esta razón, consideramos que el análisis gramatical del texto no aporta argumentos a la posición del tribunal. Sin embargo, el argumento crucial del tribunal es el teleológico. El tribunal considera que el objetivo de los demandantes al ejercitar la cláusula es el de comprobar si ha existido, o no, un ingreso inferior al debido y, caso que así sea, ello se solventará mediante una indemnización de daños y perjuicios. En primer lugar, estimamos que tal conclusión

C) Voluntad implícita e interpretación finalista de la cláusula arbitral

Aun cuando las partes poseen la libertad de expandir o limitar la potestad remedial del tribunal arbitral, son escasos los supuestos donde aquéllas hacen uso de esta libertad. En la mayoría de los convenios arbitrales faltará una referencia expresa al poder del tribunal de ordenar la realización de, o abstención de realizar, determinados actos. En ausencia de indicaciones en el convenio arbitral, el interrogante que se plantea es muy claro: ¿en qué sentido debe interpretarse el silencio de las partes en materia del poder remedial de los árbitros? En los sistemas de tradición civilista, esta cuestión no debería plantear demasiados problemas, pues, desde el punto de vista de la coerción, el cumplimiento específico no es un remedio más excepcional que la condena al pago de daños y perjuicios⁶⁹. Por tanto, entendemos, el remedio no plantea especialidades que hagan necesaria una atribución mediante la voluntad expresa de las partes.

es desmontable. El derecho a auditar parecía constituir un derecho de control de la gestión, que podía servir para reclamar un ingreso defectuoso, pero también para tomar decisiones estratégicas (por ejemplo, si la gestión realizada por Decca y el banco había sido correcta, si convendría cambiar la cuenta de banco, cambiar de compañía discográfica etc.). En segundo lugar, no creemos que la diferencia entre los ingresos debidos y los efectivamente percibidos constituyese los daños y perjuicios por incumplimiento del deber correlativo al derecho de auditar. Estos daños y perjuicios constituirían el remedio al incumplimiento de la obligación de pago de los cánones. Para evaluar los daños por incumplimiento de la obligación de facilitar las cuentas, documentos etc. habría que realizar una valoración del derecho de control que suponía la auditoría, algo en extremo difícil. Precisamente derivado de esta dificultad vendría el argumento de los demandantes de que, de carecer del derecho a su cumplimiento, el derecho carecería de protección. Es decir, a la hora de evaluar si correspondía otorgar o no el remedio, el tribunal consideró el derecho a auditar como un derecho separado; sin embargo, a la hora de establecer el contenido del remedio, el tribunal negó al derecho a auditar sustantividad propia. Con todo, lo anterior únicamente expone nuestras discrepancias con la interpretación de los derechos contractuales. En realidad, y ello constituiría el tercer argumento, el problema de la decisión es que el tribunal aplica un análisis propio del Derecho sustantivo interno para analizar un problema de jurisdicción. El tribunal prejuzga el resultado sobre el fondo (que los daños y perjuicios son un remedio adecuado) para determinar si el tribunal es, o no, competente. Entendemos que este método cumplía en el contexto los tribunales de equidad (que debían determinar si los daños y perjuicios eran, o no, un remedio adecuado, antes de entrar a valorar si cabía el cumplimiento forzoso), pero no en sede arbitral. De hecho, la cláusula atribuía competencia al tribunal arbitral cuando la obligación de la parte demandada fuese la de pagar una determinada suma, no en caso contrario. El tribunal debió haber considerado la posibilidad de que la parte demandada fuera condenada a algo distinto de los daños y perjuicios, máxime cuando esto era el *petitum* de la parte demandante.

⁶⁹ R. Verdera Server, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, op. cit., p. 101.

En el contexto de las jurisdicciones anglosajonas, sin embargo, sí ha existido debate al respecto, pues era preciso justificar de algún modo específico la potestad arbitral para ordenar el cumplimiento. Esta justificación se ha obtenido mediante la interpretación finalista de la cláusula arbitral, así como en el principio de máxima utilidad de la cláusula. El ejemplo más claro lo constituirían las obligaciones negativas. Tales obligaciones suelen considerarse, por definición, insustituibles⁷⁰, por lo que la pretensión principal de su acreedor será el cumplimiento. Sobre esta base, si las futuras disputas relativas al acuerdo se someten a arbitraje, parece lógico que el órgano arbitral deba gozar de la potestad de dictar órdenes de cumplimiento de las obligaciones dimanantes del pacto pues, de otro modo, el recurso al arbitraje se convertiría en un mecanismo inútil⁷¹.

La interpretación finalista de a cláusula arbitral ha sido llevada aún más lejos. En muchos supuestos donde el lenguaje de la cláusula remitía a arbitraje “cualesquiera disputas que surjan entre las partes”, se entendió que, al quedar aquí incluidas las disputas sobre si resultaba pertinente ordenar el cumplimiento, el tribunal arbitral debía, lógicamente, contar con el poder de hacerlo⁷². Del mismo modo, la refe-

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 303 ss.

⁷¹ Un ejemplo típico lo constituyen los casos donde las partes habían suscrito pactos de no competencia. *Vid. Linwood / Sherry (1958)*, 16 Misc. 2d 488, 178 NYS2d 492, *affd* without op 7 App. Div. 2d 757, 181 NYS2d 772; *Utility Laundry Service, Inc / Sklar (1949)* 300 NY 255, 90 NE2d 178. Ver también el caso *Goldstein / International Ladies' Garment Workers' Union (1938)* 328 Pa 385, 196 A 43, donde el convenio suscrito entre el sindicato y los empleadores establecía que ninguno de los segundos movería la fábrica de lugar durante el plazo pactado. La consecución del efecto útil del laudo arbitral fue la base para que un tribunal arbitral, cuya competencia se circunscribía a decidir sobre el reparto de activos de una sociedad, se arrogara la potestad de ordenar a una de las partes que se abstuviera de cualquier actividad que pudiese dañar los activos, en la medida en que ello convertiría en baldío el laudo arbitral. En *Vogel / Simon*, 26 Misc.2d 436, 201 N.Y.S.2d 877 (1960) el acuerdo establecía que no se procedería a la liquidación de los activos de los activos de la sociedad, sino que éstos serían “*distributed to the parties as ratably and equitably as possible and in the event of inequality a cash adjustment shall be made between them*”. Asimismo, el acuerdo establecía que “*If they cannot agree upon the terms of such distribution then the same shall be determined by arbitration as hereinafter provided*”. El tribunal de Nueva York que conoció del caso afirmó que el tipo de remedio ordenado “*may have an effect upon the ultimate problem of the distribution of the assets of the partnership*”, lo que lo convertía en materia de competencia del tribunal arbitral.

⁷² Vinculando claramente jurisdicción y poder arbitral, *vid. Freydeberg Bros., Inc. / Lewis Corey*, 177 Misc. 560, 31 N.Y.S.2d 10. La cláusula arbitral rezaba: “*Any dispute of any nature that might arise between us is to be adjusted by the American Arbitration Association, and the award is to be final and binding on both*”. En *Suffolk Development Corp. / Pat-Plaza Amusement Corp.*, 236 N.Y.S.2d 71 (1962), la cláusula arbitral hacía referencia a “*any matter involving [...] failure to perform any provision of the lease*”. En el laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7453, de 1994, la cláusula rezaba “*All*

rencia a la competencia del tribunal arbitral para resolver de modo “final” las disputas entre las partes ha sido utilizada para argumentar *a contrario* que, caso de carecer de la potestad de ordenar el cumplimiento, el tribunal arbitral no podría resolver de manera “final” la controversia⁷³. Este tipo de interpretaciones no son patrimonio exclusivo del arbitraje nacional en jurisdicciones anglosajonas, sino que se han realizado en el contexto del arbitraje internacional⁷⁴.

2. Órdenes de cumplimiento y reglamentos de arbitraje

Ante la falta de elementos expresos, algunas interpretaciones finalistas de la cláusula arbitral, más que interpretar, construyen de la nada una presunta voluntad de las partes de otorgar a los árbitros la potestad de ordenar el cumplimiento. Una solución más respetuosa

disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled... by one ... arbitrator...”. Nótese que la inclusión del cumplimiento forzoso dentro del concepto “disputas” supone una sustantivización del mismo. Podemos observar que, en la medida en que el cumplimiento constituya parte de la sustancia o fondo del asunto, y no una consecuencia procesal de la resolución del fondo del asunto, la atribución de competencia al tribunal arbitral será mucho menos problemática. En *J.J. Gregory Gourmet / Antone's Import*, 927 S.W.2d 31 (Tex. App. – Houston [1st Dist.] 1995) la cláusula arbitral hablaba de “*All disputes, claims and questions regarding the rights and obligations of [AIC and J.J. Gregory] under the terms of this Agreement are subject to arbitration...*”.

⁷³ International Chamber of Commerce Case No. 7453 of 1994. *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXII, 1997, p. 122. Las interpretaciones finalistas más extremas han llegado a considerar que la sumisión a arbitraje de una disputa sobre el precio de las acciones de una sociedad comportaba la autorización al tribunal para ordenar al comprador la adquisición forzosa de dichas acciones, en la medida en que la adquisición era la consecuencia lógica de la fijación del precio. *Vid. General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957). El contrato establecía que “*in the event of disagreement relative to prices, values or consideration*” o “*differences with respect to the interpretation of its terms*” las partes someterían la disputa a arbitraje “*in keeping with the terms of standard, generally current arbitration agreements*”. El convenio proseguía “*using the procedure and facilities of the American Arbitration Association*”. Las Reglas de la AAA permiten a los árbitros la posibilidad de ordenar el cumplimiento forzoso, de modo que el problema sería el mismo que en *Freydeberg Bros., Inc. / Lewis Corey*.

⁷⁴ *V.gr.*, en el laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7453/1994 *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXII, 1997, p. 107–124, el tribunal debió resolver sobre la solicitud de cumplimiento de un contrato de agencia internacional. La primera cuestión que el tribunal se plantea es la de su potestad para ordenar el cumplimiento, cuestión que resuelve de modo afirmativo, pues la cláusula del contrato remitía a arbitraje “*Todas las disputas que se deriven en conexión con el presente contrato*”. Asimismo, la cláusula arbitral establecía que las controversias “*deberían resolverse finalmente*” por un árbitro. Ello presupone que las partes deseaban que el tribunal decidiera los remedios adecuados tanto al perjuicio pasado como al futuro. Por esta razón, el tribunal debía poseer el poder de ordenar el cumplimiento forzoso pues, mientras no fuese así, la disputa nunca podría resolverse de manera “final”. *Ibid.*, p. 122.

pasa por determinar la potestad remedial del tribunal arbitral mediante la interpretación del reglamento de arbitraje seleccionado por las partes. Aun cuando las partes tienen la potestad de regular expresamente los aspectos del arbitraje, en la práctica resuelven este trámite mediante la selección de un reglamento, corresponda éste a una institución de arbitraje (arbitraje institucional, caso del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional), o no (arbitraje *ad hoc*, caso del Reglamento de arbitraje de la Unicitral). La referencia a unas determinadas reglas de arbitraje las incorpora y las hace prevalecer sobre otras disposiciones, como fruto de la voluntad de las partes⁷⁵, y proporciona, al mismo tiempo, un marco de interpretación más elaborado y estable. Posiblemente con el propósito de clarificar el panorama remedial en el contexto arbitral, las reglas de arbitraje de algunas instituciones regulan la cuestión de la orden de cumplimiento.

El ejemplo más claro lo constituyen las Reglas de Arbitraje Mercantil de la *American Arbitration Association*, cuya Regla R-43 establece expresamente el poder del/los árbitro/s para ordenar el cumplimiento forzoso⁷⁶. Otras Reglas de la AAA también hacen referencia expresa a la mencionada potestad del tribunal arbitral⁷⁷.

Sin embargo, referencias tan claras como las contenidas en las reglas de la AAA son muy escasas. Por ello, en muchos casos será preciso derivar la potestad remedial de una interpretación de las reglas, más que de su lenguaje expreso. En el caso de las Reglas de la London Court of International Arbitration⁷⁸, su art. 26 no hace mención a los poderes del tribunal para ordenar el cumplimiento forzoso. Sin embargo, su art. 25, que se refiere a las medidas cautelares, permite al

⁷⁵ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, § 2-13, p. 83.

⁷⁶ La regla establece que "(a) *The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract.*" American Arbitration Association. Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures. Rule R-43. Disponible en <http://www.adr.org/RulesProcedures>.

⁷⁷ Tal es el caso con la Rule R-44 de las Reglas de la *American Arbitration Association Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures* (Incluyen los *Procedures for Large, Complex Construction Disputes*); Rule 42 de las *Patent Arbitration Rules*, que afirma: *The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract or injunctive relief to terminate infringement*"; Rule 45 (Scope of award) de las *Arbitration Rules for the Real Estate Industry* (Including a Mediation Alternative); o la Rule 37 c. de las *Arbitration Rules for Wills and Trusts*.

⁷⁸ LCIA Arbitration Rules. Disponibles en <http://www.lcia-arbitration.com/>.

tribunal ordenar con carácter provisional cualesquiera remedios que pudiese ordenar en el laudo definitivo⁷⁹. Podría entenderse que esta referencia incluiría las órdenes de cumplimiento o abstención. No obstante, la técnica no deja de ser tautológica, en la medida en que, para determinar los poderes remediales en el laudo final, remitiríamos a las disposiciones sobre medidas cautelares que, a su vez, volverían a remitir al laudo final⁸⁰.

Un ejemplo más claro lo constituyen las *International Arbitration Rules* del *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), adscrito a la AAA⁸¹. Su art. 28 "*Applicable Laws and Remedies*" no hace referencia expresa a las órdenes de cumplimiento. No obstante, el ordinal 5 de esta regla excluye expresamente los daños punitivos, como remedio a disposición del tribunal arbitral, salvo que las partes digan otra cosa⁸². Por tanto, *a contrario* cabría entender que aquellos remedios que no consistan en daños punitivos (lo que incluiría las órdenes de cumplimiento) se encuentran incluidos dentro de las potestades del tribunal⁸³. Esta impresión se ve confirmada por el hecho

⁷⁹ Article 25. *Interim and Conservatory Measures*.

"1. *The Arbitral Tribunal shall have the power, unless otherwise agreed by the parties in writing, on the application of any party:*

c) to order on a provisional basis, subject to final determination in an award, any relief which the Arbitral Tribunal would have power to grant in an award, including a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between any parties."

⁸⁰ Entendemos, pues, que el reglamento de arbitraje de la LCIA precisa de alguna fuente externa (por ejemplo, una ley de arbitraje) para integrar correctamente este aspecto.

⁸¹ Disponibles en <http://www.adr.org/International>. En esta dirección puede encontrarse la versión en inglés y en castellano. En lo sucesivo nos remitiremos a las dos, con el objetivo de poner de manifiesto que la traducción al castellano puede, en ocasiones, privar a la versión en inglés de, al menos, parte de su significado.

⁸² "*Unless the parties agree otherwise, the parties expressly waive and forego any right to punitive, exemplary or similar damages unless a statute requires that compensatory damages be increased in a specified manner. This provision shall not apply to any award of arbitration costs to a party to compensate for dilatory or bad faith conduct in the arbitration*". La versión española de las reglas establece que: "*A menos que las partes acuerden otra cosa, ellas expresamente renuncian a cualquier derecho a indemnización punitiva, ejemplar de daños, o similar, a menos que una ley requiera que los daños compensatorios sean aumentados en una manera específica. Esta disposición no se aplicará a un laudo que otorgue costes de arbitraje a una parte para compensar por conducta dilatoria o de mala fe en el arbitraje*". Con todo, en el art. 28 de la versión inglesa se habla de "*Applicable Law and Remedies*", mientras que, en la versión en castellano, se hace referencia a "*Leyes Aplicables y Recursos*". Entendemos que es incorrecto traducir "Remedies" por "Recursos", pues ambos son conceptos totalmente diferentes.

⁸³ La misma solución se adopta por otras reglas de menor importancia, como las de la Chicago International Dispute Resolution Association (CIDRA Rules) (disponibles en <http://www.cidra.org/rules.htm>). Sus artículos 30 (*The Award*) y 31 (*Form and Effect of*

de que su ordinal 4 haga referencia a las particularidades del laudo donde el remedio adoptado sea de tipo pecuniario (lo que permite entender que existe la posibilidad de laudos con remedios no pecuniarios), o por la referencia expresa a la posibilidad de emitir órdenes positivas o negativas (*injunctive relief*) con carácter cautelar⁸⁴.

El reglamento del *Chartered Institute of Arbitrators*⁸⁵ también posee elementos susceptibles de interpretación en este sentido. Su art. 9 (*Awards*) no contiene referencia alguna a la posibilidad de ordenar el cumplimiento forzoso⁸⁶. Sin embargo, el art. 7, relativo a los poderes del tribunal arbitral, establece, en su ordinal 8, la posibilidad de dictar una orden para el cumplimiento provisional de lo solicitado por las partes en el arbitraje⁸⁷. Ello parece incluir claramente la posibilidad de

the Award) no hacen referencia explícita alguna al poder (o límites del poder) de los árbitros en relación con el contenido del laudo, referencia que tampoco se encuentra en el art. 25 (*Interim Measures of Protection*). Sin embargo, el art. 32 (*Applicable Law and Remedies*) establece, en su número 4 que, al elegir las Reglas de Arbitraje, las partes renuncian expresamente a la reclamación de daños punitivos o de similares características (“4) *Unless the parties agree otherwise, the parties expressly waive and forego any right to punitive, exemplary or similar damages unless a statute requires that compensatory damages be increased in a specified manner*”). Aunque los razonamientos *a contrario* siempre son peligrosos, estimamos que, en este caso, existen elementos para entender que al constituir ser la prohibición la excepción, no la regla, cabe entender que el cumplimiento forzoso se encontraría incluido entre los remedios a disposición del tribunal.

⁸⁴ El art. 21.1º de las reglas establece: “*At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief...*”. La versión española establece que “*A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar aquellas medidas provisionales que sean necesarias, incluyendo prohibiciones...*”. No podemos estar de acuerdo con la traducción realizada, en la medida en que el *injunctive relief* puede constar de órdenes tanto positivas como negativas, de modo que la traducción por “prohibiciones” sería incompleta.

⁸⁵ Chartered Institute of Arbitrators. Arbitration Rules (2000 edition). Para su uso en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Vid. <http://www.drs-ciarb.com/ADHOC/AOArb.asp>.

⁸⁶ Article 9 Awards

9.1 *Any award shall be in writing, dated, and signed by the arbitrator (or, where there is more than one, all the arbitrators agreeing to the award), and shall contain sufficient reasons to show why the arbitrator has reached the decisions contained in it, unless the parties otherwise agree or the award is by consent.*

9.2 *The arbitrator may notify any award to the parties as a draft or proposal and may in his discretion consider any further submissions or proposals put to him by any party but subject to any time limit which he may impose.*

9.3 *Any award shall state the seat of the arbitration*

⁸⁷ La disposición establece que “*The arbitrator has power to grant relief on a provisional basis in respect of the following matters:*

(a) *a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties;*

(b) *a provisional order for interim payment on account of the costs of the arbitration;*

(c) *a provisional order for the grant of any relief claimed in the arbitration.*”

acceder, con carácter provisional, a las pretensiones de cumplimiento forzoso. Asimismo, no tendría mucho sentido que se permitiese al tribunal ordenar el remedio con carácter provisional, pero no con carácter permanente. En definitiva, diversas instituciones de países anglosajones, donde la potestad para dictar órdenes de cumplimiento forzoso podría resultar más dudosa, son las que han acometido la tarea de clarificar la cuestión, atribuyendo la potestad al órgano arbitral.

Finalmente, existen muchos casos donde las reglas de arbitraje no contienen referencia expresa alguna al poder del tribunal arbitral para ordenar el cumplimiento. No obstante, en tales casos, dicha potestad puede derivarse, de nuevo por analogía, de lo dispuesto para las medidas cautelares. El Reglamento de Arbitraje Uncitral ofrece el ejemplo paradigmático en este sentido. Si bien no establece nada acerca del poder remedial del tribunal arbitral en el laudo definitivo, su art. 26, enmarcado dentro del encabezado "*Medidas Provisionales de Protección*", establece que el tribunal arbitral podrá adoptar cualesquiera medidas que considere oportunas⁸⁸, lo que, dado lo amplio del lenguaje, incluiría las órdenes de cumplimiento y, en general, las órdenes de realizar, o abstenerse de realizar, una determinada actividad. Por analogía, podríamos colegir que las potestades concedidas con carácter cautelar deben existir también en el caso del laudo definitivo. En el supuesto del arbitraje institucional, constituyen ejemplos los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁸⁹, de la *China International Economic and Trade Arbitration*

Chartered Institute of Arbitrators. Arbitration Rules (2000 edition). Para su uso en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Ver <http://www.drs-ciab.com/ADHOC/AOArb.asp>. Article 7.8.

En este grupo podríamos incluir el reglamento de arbitraje internacional del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, cuya regla 25 (*Additional Powers of the Tribunal*) establece, en su letra (j), que el tribunal tendrá el poder "*to make orders or give directions to any party for an interim injunction or any other interim measure*".

⁸⁸ Disponible en:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/. Vid. art. 26 (*Medidas Provisionales de Protección*). El artículo reza: "*A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos*". La explicación relativa al RAU serviría también para los supuestos donde la disputa se someta al Hong Kong International Arbitration Centre, donde las Reglas de UNCITRAL serán las aplicables, con algunas modificaciones que no afectan al poder remedial del tribunal.

⁸⁹ Disponible en:

<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>.

Los arts. 24 a 29 (AWARDS) no contienen referencia alguna al poder remedial del tribunal arbitral en el laudo definitivo. Sin embargo, el art. 23 (*Conservatory and Interim*

Commission (CIETAC)⁹⁰, de la Asociación Suiza de Arbitraje⁹¹, de la Institución Alemana de Arbitraje⁹², del Instituto de Arbitraje de Holanda⁹³, o de la Corte Española de Arbitraje, dependiente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación⁹⁴.

Los supuestos donde las reglas de arbitraje han servido de base para determinar el poder arbitral para ordenar el cumplimiento tenían como base las Reglas de Arbitraje de la *American Arbitration Association*, que han proporcionado el sustento para que el árbitro/tribunal ordenase el cumplimiento en supuestos tan diversos como disputas relativas a transmisiones de negocios⁹⁵, pactos de no competencia⁹⁶, problemas laborales⁹⁷ o de construcción⁹⁸. Una vez comprobado que la redacción de las reglas atribuía el poder de ordenar el cumplimiento, esta cuestión dejó de constituir objeto de gran polémica. Asimismo, la elección de las reglas de la AAA sirvió en determinados casos para completar la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el compromiso arbitral⁹⁹.

A pesar del papel de los reglamentos de arbitraje en la expansión de las órdenes no pecuniarias, lo cierto es que la mayoría de estos textos

Measures) establece en su ordinal 1 que “*Unless the parties have otherwise agreed, as soon as the file has been transmitted to it, the Arbitral Tribunal may, at the request of a party, order any interim or conservatory measure it deems appropriate*”.

⁹⁰ Vid. art. 43 (*Making Award*). Disponible en:

<http://www.cietac.org.cn/english/rules/rules.htm>

⁹¹ Vid. Sección IV (*The Award*), artículos 31 y 32, y art. 26 (*Interim Measures of Protection*). Se trataba de algo esperable, en la medida en que las reglas de la *Swiss Arbitration Association* están basadas en las de la *Uncitral*.

⁹² Disponible en <http://www.dis-arb.de/>. Secciones 33 (*Rendering of the Arbitral Award*), 34 (*Arbitral Award*) o 20 (*Interim Measures of Protection*) no proporcionan elementos de juicio para discernir si un tribunal arbitral posee la potestad de ordenar remedios no monetarios.

⁹³ Vid. art. 38 (*Provisional Measures other than in Summary Arbitral Proceedings*). El ordinal 1 del artículo establece que: “*Without prejudice to the power provided in article 37, the arbitral tribunal, at the request of a party, at any point in the proceedings, may provisionally make any decision or take any measure regarding the object of the dispute which it deems useful or necessary*”.

⁹⁴ Vid. arts. 34 ss (Pronunciamiento del laudo). Disponible en: <https://www.camaras.org/publicado/CSCExtranet/repositorio/Arbitraje/Documentos/CorteArbitraje.pdf>

⁹⁵ *General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957).

⁹⁶ *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952).

⁹⁷ *Staklinski / Pyramid Electric Company*, 6 N.Y.2d 159, 160 N.E.2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959).

⁹⁸ *Grayson–Robinson Stores, Inc. / Iris Construction Corp.*, 168 N.E. 2d 377 (1960).

⁹⁹ *General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957); *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952).

no incluyen una referencia expresa a las órdenes de cumplimiento. Ello, unido a la desigual atención recibida por las partes en la cláusula arbitral, hace que un enfoque puramente contractual a la cuestión de los poderes remediales de los árbitros resulte, en nuestra opinión, insuficiente. Por ello, en los dos apartados siguientes ofrecemos dos enfoques complementarios al basado en la pura autonomía de la voluntad.

IV. Poder “inherente” para ordenar el cumplimiento

La solución a la insuficiencia de un enfoque basado exclusivamente en la voluntad de las partes pasa por complementarlo con una perspectiva funcional. Ello significaría interpretar las potestades del órgano arbitral en relación con su función principal: resolver de manera definitiva la controversia planteada entre las partes. Esta perspectiva, con todo, no resulta nueva, pues había sido utilizada bajo un enfoque contractualista en supuestos donde el tribunal arbitral se arrogó la potestad de ordenar el cumplimiento en virtud de la naturaleza de la obligación objeto de controversia¹⁰⁰, del lenguaje amplio de la cláusula¹⁰¹, o del carácter final de la decisión arbitral¹⁰², justificándolo, eso sí, en la voluntad presunta de las partes. La perspectiva funcional únicamente comporta un análisis autónomo de estos argumentos, con fundamento no en la cláusula arbitral concreta, sino en la función

¹⁰⁰ *V.gr.*, cuando se trataba de una obligación negativa y, por tanto, insustituible. *Vid. Linwood / Sherry (1958)*, 16 Misc. 2d 488, 178 NYS2d 492, *affd without op* 7 App. Div. 2d 757, 181 NYS2d 772; *Utility Laundry Service, Inc / Sklar (1949)* 300 NY 255, 90 NE2d 178; *Goldstein / International Ladies' Garment Workers' Union (1938)* 328 Pa 385, 196 A 43, donde el convenio suscrito entre el sindicato y los empleadores establecía que ninguno de los segundos movería la fábrica de lugar durante el plazo pactado. También se derivó la competencia arbitral del tipo de controversia, cuando la decisión sobre el cumplimiento forzoso era la consecuencia lógica del problema sometido a arbitraje. En *General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957) la disputa de las partes se refería a la adquisición del negocio de una por la otra, y era la fijación del precio lo que se remitía a arbitraje. Sin embargo, el tribunal ordenó al comprador adquirir el negocio del vendedor, en la medida en que ello era la consecuencia lógica de la fijación del precio.

¹⁰¹ *Vid. Freydeberg Bros., Inc. / Lewis Corey*, 177 Misc. 560, 31 N.Y.S.2d 10. La cláusula arbitral rezaba: “*Any dispute of any nature that might arise between us is to be adjusted by the American Arbitration Association, and the award is to be final and binding on both*”. En *Suffolk Development Corp. / Pat-Plaza Amusement Corp.*, 236 N.Y.S.2d 71 (1962), la cláusula arbitral hacía referencia a “*any matter involving [...] failure to perform any provision of the lease*”.

¹⁰² En el laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7453, de 1994, la cláusula rezaba “*All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled... by one ...arbitrator...*”.

genérica de la institución arbitral. Según este enfoque, el poder arbitral para ordenar el cumplimiento es “inherente” a la función arbitral. La aceptación de esta postura ha sido paulatina. En algunos casos se ha tratado de disimular la conclusión, justificándola en elementos propios del caso concreto¹⁰³. En otros se afirma directamente su carácter “inherente” o implícito¹⁰⁴, o la necesidad de una exclusión expresa por las partes para que deje de encontrarse dentro del elenco de medidas a disposición del tribunal¹⁰⁵, de tal modo que esta solución se

¹⁰³ En *Vogel / Simon*, 26 Misc.2d 436, 201 N.Y.S.2d 877 (1960), las partes habían pactado la distribución de activos de una sociedad tipo *partnership*. Los problemas relativos a la distribución (en principio pensaríamos que los relativos al valor de los activos, adjudicación, etc.) eran lo que se sometería a arbitraje. Sin embargo, el tribunal arbitral ordenó a una de las partes que se abstuviera de realizar determinados actos que podían ser dañinos para los activos. Los tribunales ordinarios aceptaron esta atribución de poderes en la medida en que el remedio ordenado tenía efectos sobre la cuestión de la distribución de los activos, problema que, en última instancia, había sido sometido a arbitraje. En *Suffolk Development Corp. / Pat-Plaza Amusement Corp.*, 236 N.Y.S.2d 71 (1962), se afirmó que el tribunal arbitral debe poder ordenar el cumplimiento forzoso cuando resulte adecuado a la naturaleza del contrato (arrendamiento de un terreno y construcción sobre el mismo): “*In a proper case, arbitrators may direct specific performance [...] Herein by express terms of the lease the arbitrators are empowered to make an award in accordance with the intent and purpose of the lease. If specific performance is indicated the arbitrators have the power to direct it.*” El tribunal citó como precedente el caso *Vogel / Simon*, 26 Misc.2d 436, 201 N.Y.S.2d 877 (1960).

¹⁰⁴ *United Electrical Radio and Machine Workers of America / Honeywell Inc.*, 522 F.2d 1221 (1975). “*While it is inappropriate for us to determine whether the contract before us would authorize an arbitrator to grant the declaratory and injunctive relief sought here, such relief is not inherently beyond the capacity of an arbitrator.*” En el mismo sentido, *Matter of Arbitration between Marine Engineers Beneficial Association, AFL-CIO and Isbrandtsen Company, Inc.*, 36 Misc.2d 617, 233 N.Y.S.2d 408 (1962). “*It has been held that the granting of such relief lies within the scope of an arbitrator’s powers.*” Vid. el caso *Miller Brewing Company / Brewery Workers Local Union no. 9*, 562 F.Supp. 1368. El tribunal afirmó que “*Once the arbitrator finds a violation of the contract, it is within his jurisdiction to create an appropriate remedy.*” En el arbitraje internacional, la cuestión se abordó, por ejemplo, en el laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7453/1994 *Yearbook Comm. Arb’n*, vol XXII, 1997, p. 107–124. En él, el tribunal afirma que el poder de ordenar a las partes seguir una determinada conducta se ha encontrado, tradicionalmente, entre las potestades y atribuciones inherentes a los árbitros.

¹⁰⁵ En el caso *Service Employees International Union, AFL-CIO, CLC / Local*, 70 F.3d 647 (1st Cir. 1995) un sindicato local se negó al pago de cuotas al sindicato internacional. Las partes sometieron la disputa a arbitraje. El tribunal arbitral ordenó el cumplimiento forzoso. Un problema del caso lo suponía la redacción del Acuerdo de Afiliación (*Affiliation Agreement*) que establecía la sumisión de disputas a arbitraje y los poderes del tribunal arbitral. El Acuerdo listaba poderes remediales como la posibilidad de suspender o revocar los derechos del sindicato local, argumento utilizado por éste para afirmar que el cumplimiento forzoso de sus obligaciones no se encontraba entre las posibilidades a disposición del tribunal. Sin embargo, se afirmó que, si bien es cierto que existía una lista de poderes remediales, ésta se estipulaba sin que la misma supusiera limitación alguna (*without limitation*) para otros poderes remediales. Con todo, aún restaba determinar si tales

admite cada vez con mayor naturalidad¹⁰⁶. Y es que no podemos olvidar que ello únicamente supone ordenar al incumplidor que ejecute aquello a lo que se comprometió en el contrato¹⁰⁷.

A modo de síntesis, podemos afirmar que, puesto que la función de los árbitros es la de encontrar una solución justa al problema de las partes, para ello, les corresponderá elaborar el remedio más apropiado para el mal causado¹⁰⁸. El arbitraje se revela así como una institución con principios y funciones propios, que no pueden ser un calco de los ya existentes en la jurisdicción ordinaria y, por ello, los poderes remediales del tribunal arbitral no sólo están relacionados con la voluntad de las partes, sino con elementos intrínsecos a la institución arbitral como tal¹⁰⁹.

poderes remediales incluían el de ordenar el cumplimiento forzoso. En sede judicial se afirmó que el cumplimiento forzoso es un remedio reconocido en casos de incumplimiento contractual, de modo que, al no haber sido excluido expresamente, el árbitro contaba con esta posibilidad (*"Specific performance is a recognized remedy for a breach of contract, and because that remedy was not expressly precluded by the Affiliation Agreement, it was plausible for the arbitrator to award it"*).

¹⁰⁶ *Bradigan / Bishop Homes, Inc.*, 20 A.D.2d 966, 249 N.Y.S.2d 1018; *Staklinski / Pyramid Electric Company*, 6 N.Y.2d 159, 160 N.E.2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959). El tribunal afirmó *"The power of an arbitrator to order specific performance in an appropriate case has been recognized from early times"*. *United Electrical Radio and Machine Workers of America / Honeywell Inc.*, 522 F.2d 1221 (1975). *"The reported decisions make it abundantly clear that where the contract is not explicit concerning the proper remedy, the arbitrator is given wide latitude in fashioning the appropriate remedy"*. En *Domino Group, Inc. / Charlie Parker Memorial Foundation*, 985 F.2d 417 (8th Cir. 1993) el aspecto de si el tribunal había obrado dentro de su competencia al ordenar el cumplimiento forzoso ni siquiera fue objeto de debate.

¹⁰⁷ *Miller Brewing Company / Brewery Workers Local Union no. 9*, 562 F.Supp. 1368. *"The arbitrator's award does not order Miller to do anything more than they were required to do under the contract"*.

¹⁰⁸ De acuerdo con el Tribunal Supremo de Nueva York: *"Their function is to find a just solution to the controversy between the parties, and to that end it will be for them to fashion the remedy appropriate to the wrong"*. *Cook / Mishkin*, 95 A.D.2d 760, 464 N.Y.S.2d 761 (1983). Por esta razón, los árbitros deben gozar de amplios poderes para impartir justicia y elaborar remedios adecuados, lo que incluirá el poder de administrar remedios fuera del alcance de los tribunales ordinarios (*"Arbitrators, such as in this case, have broad power to do justice and fashion appropriate remedies, and may even grant relief which a court would not"*). *Cook / Mishkin*, 95 A.D.2d 760, 464 N.Y.S.2d 761 (1983).

¹⁰⁹ En contra de esta interpretación de los poderes inherentes del tribunal para ordenar el cumplimiento se encontraría Elder. *Vid.* T. Elder, "The Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes", *Arb. Int'l*, vol. 13, n^o 1, 1997. En este trabajo, Elder justifica la necesidad de privar a los árbitros de la potestad de ordenar el cumplimiento en el arbitraje (internacional) en elementos intrínsecos a esta institución, como el hecho de carecer de *imperium* para realizar la ejecución. Asimismo, el autor cita principalmente fuentes jurisprudenciales de arbitraje entre Estados y partes privadas (donde, estimamos, los problemas son de diversa índole). Por ello, entendemos

V. Orden de cumplimiento, poderes y límites derivados de las normas aplicables

Aun cuando la voluntad de las partes es el pilar básico del arbitraje, y éste posee, además, cualidades propias e intrínsecas, el Derecho no pierde toda trascendencia: la *lex arbitri* rige el procedimiento arbitral, las normas sustantivas el fondo del asunto, y el laudo debe respetar las normas de orden público que resulten relevantes. Por ello, su influencia en la determinación del poder del tribunal debe estudiarse con detalle.

1. Órdenes de cumplimiento y *lex arbitri*

En el arbitraje existe la distinción entre la *lex arbitri* (ley del lugar del arbitraje) y el Derecho aplicable al fondo del asunto¹¹⁰. Al margen del Derecho aplicable al fondo del asunto, cada Estado debe decidir qué aspectos de los procedimientos arbitrales decididos en su territorio desea regular¹¹¹. El análisis de las órdenes de cumplimiento desde el punto de vista de la *lex arbitri* supondría, implícitamente, la atribución de naturaleza procesal. No obstante, nuestra intención no es tanto adherirnos a esta visión, como mostrar la postura de los que se adhieren a ella.

A) El enfoque de países que no siguen la LMU: jurisdicciones anglosajonas

Uno de los pocos supuestos donde se hace mención expresa de nuestro objeto de estudio se encuentra en la Sección 48 (5) de la *Arbi-*

que los argumentos esgrimidos aquí, junto con la postura jurisprudencial, dejan claro que la postura actual es muy otra.

¹¹⁰ Esta es una tradición originaria de Europa continental, pero extendida a la disciplina del arbitraje mercantil internacional. A. Redfern, M. Hunter, con N. Blackaby y C. Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, op. cit., § 2-05, p. 78.

¹¹¹ Dejando de lado aspectos tuitivos (v.gr. en supuestos de arbitraje de consumo), en las disputas donde las partes se encuentran en cierto pie de igualdad, las normas que componen la *lex arbitri* suelen ser relativamente simples. A. Redfern y otros, *Law and Practice...*, op. cit., § 2-09, p. 80-81. Estos autores ponen como ejemplo la ley suiza (23 artículos) o la ley francesa (16 artículos). Asimismo, los autores enumeran una serie de materias, que son las que suelen encontrarse reguladas en las diversas leyes de arbitraje: definición y forma de un compromiso arbitral, arbitrabilidad de la controversia, constitución del tribunal, poder para decidir sobre su propia jurisdicción.

tration Act inglesa. En su virtud, el tribunal arbitral posee los mismos poderes que un tribunal ordinario para (a) ordenar a una parte que haga, o se abstenga de hacer, alguna cosa; (b) ordenar el cumplimiento forzoso de un contrato (que no sea un contrato relativo a un terreno), (c) para ordenar la rectificación, anulación o cancelación de cualquier documento¹¹². Un enfoque similar se puede encontrar en el texto de la ley de arbitraje irlandesa (*Irish Arbitration Act*)¹¹³.

El único límite contemplado en estas leyes se refiere a los contratos inmobiliarios. Esta cortapisa debe interpretarse de manera restrictiva a juzgar por la jurisprudencia¹¹⁴. Además, la restricción quedará excluida cuando sea contraria a la voluntad de las partes¹¹⁵. Entendemos que ello incluiría los supuestos en los que aquéllas escogieran un reglamen-

¹¹² El texto de la *English Arbitration Act (Section 48(5))* establece que:

“(5) *The tribunal has the same powers as the court*

(a) *to order a party to do or refrain from doing anything;*

(b) *to order specific performance of a contract (other than a contract relating to land);*

(c) *to order the rectification, setting aside or cancellation of a deed or other document”*

¹¹³ En ella se permite al tribunal arbitral ordenar el cumplimiento de los contratos que no tengan por objeto terrenos. La *Section 26* de la *Irish Arbitration Act* establece:

“26.—*Unless; a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall, where such a provision is applicable to the reference, be deemed to contain a provision that the arbitrator or umpire shall have the same power as the Court to order specific performance of any contract other than a contract relating to land or any interest in land. Available at <http://www.irishstatutebook.ie/ZZA26Y1954S26.html>.*

¹¹⁴ En el caso *Telia Sonera AB / Hilcourt Docklands Ltd*, 4th July 2003. Chancery Division. Hilcourts concluyó con Telia un contrato por el cual se comprometía a arrendarle un terreno donde existían una serie de inmuebles en estado de ruina. Ambas partes pactaron la sumisión a arbitraje en caso de disputa. Como parte de sus obligaciones contractuales, Telia se comprometió a realizar trabajos de reparación que no realizó. Hilcourt inició un procedimiento arbitral, reclamando el cumplimiento de los trabajos de reparación que Telia debía llevar a cabo. El problema estribaba en dirimir si la decisión del tribunal arbitral de ordenar el cumplimiento de la obligación de efectuar reparaciones en un terreno entraba dentro del límite previsto por el art. 48. Uno de los argumentos de Telia se refería a la imposibilidad para el tribunal arbitral de ordenar el cumplimiento forzoso, en la medida en que se trataba de un “contrato relativo a un terreno” (*contract relating to land*) donde, además, los trabajos cuyo cumplimiento se pretendía, debían realizarse sobre dicho terreno. Sin embargo, tanto el tribunal arbitral como el ordinario entendieron que el límite debía interpretarse de modo restrictivo, incluyendo únicamente los contratos por los cuales se pretendía transferir un derecho sobre el terreno (de propiedad o de naturaleza real, se sobreentiende), pero no debía incluir los supuestos donde algún aspecto estuviese relacionado con el terreno (en este caso, la realización de trabajos de reparación en el mismo). De este modo, quedó resuelta una duda sobre el ámbito de la limitación, trascendente en la medida en que podía afectar a supuestos tan frecuentes en el arbitraje como los contratos de construcción.

¹¹⁵ El art. 48 (1) de la *English Arbitration Act* establece que “*The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies*”.

to de arbitraje que establezca la posibilidad para el tribunal de ordenar el cumplimiento sin limitaciones (el ejemplo paradigmático serían las Reglas de Arbitraje de la *American Arbitration Association*)¹¹⁶.

Más problemático sería el supuesto donde el convenio arbitral no diga nada expresamente sobre las órdenes de cumplimiento, pero su lenguaje sea lo bastante amplio como para incluirlo. Como tuvimos ocasión de ver, una redacción del tipo "Cualquier disputa relativa o relacionada con..." ha dado lugar a la asunción por el tribunal arbitral de la potestad para dictar una orden de cumplimiento¹¹⁷. Con todo, si bien entendemos que sería defendible que una cláusula como tal excluyese la limitación de la *lex arbitri*¹¹⁸, resulta poco probable que los

¹¹⁶ *Staklinski / Pyramid Electric Company*, 6 N.Y.2d 159, 160 N.E.2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959); *Grayson–Robinson Stores, Inc. / Iris Const.; Corp.* 168 N.E. 2d 377 (1960); *Freydberg Bros., Inc. / Lewis Corey*; 177 Misc. 560 (1941); *General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957); *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952). Entendemos que no deberían existir demasiados problemas, en la medida en que la *English Arbitration Act* hace referencia a la posibilidad de que las partes pacten los poderes remediales del tribunal. Esta referencia amplia a la posibilidad de "pactar" debe incluir, necesariamente, la selección de unas determinadas reglas de arbitraje. En el caso de la ley irlandesa el supuesto podría plantearse algo más problemático, en la medida en que la Sección 26 habla de que la solución de la ley se aplicará a menos que se desprenda otra cosa del convenio arbitral ("26.— *Unless; a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall...*"). Por ello, se podría argumentar que el carácter dispositivo de la ley se restringe únicamente al pacto contenido en el convenio arbitral, sin que ello incluya las reglas de arbitraje. Con todo, entendemos que el problema no es tal. Puesto que el lenguaje de la ley irlandesa dice que "A menos que se exprese una intención contraria" en el convenio arbitral, una referencia en el convenio a las reglas de la AAA expresa, claramente, la intención de aplicar dichas reglas lo que, a su vez, expresa la intención de que el poder de ordenar el cumplimiento forzoso se encuentre incluido entre la potestades del tribunal arbitral. Por tanto, el carácter restrictivo de la redacción de la ley irlandesa es sólo aparente.

¹¹⁷ *Freydeberg Bros., Inc. / Lewis Corey*, 177 Misc. 560, 31 N.Y.S.2d 10; *Suffolk Development Corp. / Pat–Plaza Amusement Corp.*, 236 N.Y.S.2d 71 (1962); laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7453, de 1994; *General Fuse Company / Sightmaster Corporation*, 5 A.D.2d 1013, 174 N.Y.S.2d 270 (1957); *Vogel / Simon*, 26 Misc.2d 436, 201 N.Y.S.2d 877 (1960).

¹¹⁸ Esta solución pasaría por entender que la cláusula arbitral atribuiría jurisdicción al tribunal para decidir sobre el cumplimiento; lo que, automáticamente, debería atribuirle poderes para ordenarlo. Entender que la cláusula únicamente se refiere a la jurisdicción, y no a la potestad, equivaldría a privar a la orden de cumplimiento de toda virtualidad práctica, y, por tanto, a excluirla, una consecuencia que, posiblemente, las partes no se habían planteado ni querido. Y es que una cláusula redactada en términos generales, en combinación con la ley inglesa o irlandesa, podría dar lugar a la paradoja de que, en un supuesto donde la disputa versase sobre un contrato para la transmisión de la propiedad de un terreno, el tribunal tuviese competencia para decidir sobre el cumplimiento específico, pero careciese de poder para ordenarlo. En tal caso, deberíamos concluir que la consecuencia sería la exclusión del cumplimiento específico (los tribunales no serían competentes para decidir la cuestión y el tribunal arbitral sería competente pero carecería del po-

tribunales ingleses, restrictivos con el cumplimiento específico, fuesen a adoptarla¹¹⁹.

B) El enfoque de la LMU sobre arbitraje comercial internacional

El supuesto de las leyes inglesa e irlandesa, donde se menciona expresamente la potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento, resulta interesante, pero constituye un enfoque aislado. De este enfoque también se infiere que, en algunos países anglosajones, se sigue acogiendo un enfoque procesal para el estudio del cumplimiento específico en el contexto arbitral. El caso más extendido, por el contrario, pasa por no realizar referencia alguna a los poderes remediales del tribunal arbitral en el laudo final. Tal sería el caso de la LMU.

Podría entenderse el silencio de la Uncitral bien como una exclusión de la potestad para ordenar el cumplimiento, bien justo en el sentido contrario, por tratarse de una potestad tan evidente que huelga su mención expresa, o bien como una cuestión que no compete a la *lex arbitri*, por tratarse de un problema sustantivo. La primera interpretación quedaría, en todo caso, excluida si examinamos lo dispuesto para las medidas cautelares¹²⁰. La posición de la LMU es clara. En su

der). En favor de la efectividad de la cláusula nos inclinaríamos por esta solución. La articulación sería algo más fácil en relación con la *Irish Arbitration Act*, en la medida en que el texto de la Sección 26 establece los poderes remediales del tribunal "A menos que en el convenio arbitral se exprese otra cosa" ("*Unless a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall [...] be deemed to contain a provision that the arbitrator or umpire shall have the same power as the Court to order specific performance of any contract other than a contract relating to land*"), lo que podría incluir una solución derivada de la construcción de una voluntad implícita presente en la cláusula arbitral. En el caso de la *English Arbitration Act* el lenguaje de la misma ("*agreement over the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies*") parece asumir la necesidad de un acuerdo expreso en materia remedial, lo que dificultaría la tarea de inferir el poder remedial de modo implícito a partir de la atribución de una competencia en sentido amplio.

¹¹⁹ En este caso, la solución pasaría por atribuir al tribunal arbitral la decisión sobre cuestiones pecuniarias, y a los tribunales ordinarios la decisión sobre las órdenes de cumplimiento. Ello supondría una disociación de la jurisdicción, algo que posiblemente tampoco fue tenido en cuenta por las partes en el momento de redactar la cláusula. De todos modos, es cierto que, si toda cláusula arbitral redactada en términos amplios conllevara una derogación implícita del art. 48 (5) de la *English Arbitration Act*, o del 26 de la *Irish Arbitration Act*, ambos preceptos perderían su virtualidad práctica, pues la mayor parte de cláusulas arbitrales se redactan en términos amplios.

¹²⁰ A diferencia del remedio dictado en el laudo final (del que hemos predicado su naturaleza sustantiva), las medidas cautelares poseen naturaleza procesal. Piero Bernardini. "The Powers of the Arbitrator", *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* Paris: ICC Publishing, 1993, p. 23. Por tanto, la concesión del poder para

art. 17 se refiere a la *Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares*. En línea con lo que ya disponía el art. 26 RAU¹²¹, el precepto establece que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

Los poderes cautelares del tribunal arbitral, tal como se encuentran definidos en la LMU, son relativamente amplios, e incluyen, sin duda, la potestad de ordenar cautelarmente al demandado el cumplimiento de una obligación dimanante del contrato¹²². Si en la regulación del poder cautelar la LMU es tan expansiva, no hay razón para pensar que será al contrario en el laudo definitivo. Puesto que la *ratio legis* de la amplitud de las medidas cautelares es la de asegurar la condena dictada por el tribunal, con mayor razón debe defenderse, pues, la existencia de una potestad arbitral para ordenar el cumplimiento en el laudo definitivo¹²³.

La postura de la LMU supone un paso más allá de la teoría de los poderes implícitos¹²⁴. Estos poderes derivan bien de la naturaleza del tribunal arbitral como órgano decisor, o de la expectativa de las partes de que el tribunal sirva el mandato que le ha sido encomendado: resolver la disputa¹²⁵. El poder de dictar órdenes cautelares deriva del poder del tribunal de dictar un laudo final y vinculante para las partes¹²⁶. El RAU y, posteriormente, la LMU, no hacen sino recoger dicho principio, de modo que, si el propósito es el de desvestir al tribunal

ordenar el cumplimiento significaría que, incluso bajo el enfoque procesal, el tribunal podría ordenar el cumplimiento.

¹²¹ De la redacción del Reglamento de 1976 únicamente se suprimió la referencia expresa a las medidas para la conservación de los bienes.

¹²² Las órdenes cautelares de cumplimiento o abstención son medidas cautelares típicas en el arbitraje. *Vid.* S.R. Bond, “The Nature of Conservatory and Provisional Measures”, *Conservatory and Provisional, op. cit.*, p. 11. Por ello, es lógico entender que se encontrarían incluidas en la definición “las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias”.

¹²³ Esta interpretación es coherente con la antes ofrecida para el caso de los reglamentos de arbitraje. *Supra* III.2.

¹²⁴ *Supra* IV.

¹²⁵ D.F. Donovan, “Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of the parties to abide by such orders”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol 10, n° 1, Spring 1999, p. 60–61.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 64–66.

arbitral del poder para ordenar medidas cautelares (incluyendo las de cumplimiento), las partes deberán pactarlo expresamente. Este principio parece reflejar un cierto *status quo*, que se realza con la creciente importancia de la LMU¹²⁷.

2. Derecho sustantivo

El análisis del cumplimiento forzoso desde el punto de vista del Derecho sustantivo presupone el poder del tribunal arbitral para ordenarlo¹²⁸. Sin embargo, aun cuando el tribunal arbitral posea un poder intrínseco para ordenar el cumplimiento, derivado de su poder para aplicar el Derecho, resulta interesante plantearse en qué medida el Derecho sustantivo supone, o no, un límite real a la potestad del tribunal arbitral para administrar el remedio de acuerdo con su criterio. Ello tiene que ver con dos elementos: la flexibilidad del tribunal en la selección del Derecho, y la flexibilidad en su aplicación.

A) Flexibilidad de los árbitros en la selección de la ley aplicable

Un tribunal arbitral con flexibilidad a la hora de seleccionar la norma aplicable podrá elegir una cuyo contenido resulte adecuado a su voluntad. De este modo, en materia de cumplimiento específico, la postura sobre la discrecionalidad para ordenarlo depende de la posi-

¹²⁷ En la actualidad, los Estados que han promulgado leyes basadas en la LMU son: Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania; los EE UU de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe. Información obtenida de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Por otro lado, la LMU es un instrumento relativamente moderno (más que gran parte de la jurisprudencia sobre órdenes de cumplimiento en el arbitraje privado), que refleja un cierto consenso a escala internacional. Todo ello contribuye a la superación de la controversia sobre el poder arbitral para ordenar remedios no pecuniarios.

¹²⁸ Por ello, en algunos casos, especialmente de arbitraje internacional, los tribunales han ordenado el cumplimiento sin reparar en el hecho de si el tribunal gozaba de poder para ordenarlo. Tal fue la situación en el caso *Satyam Computer services, Ltd / Venture Global Engineering, LLC*, 2006 WL 2571581 (E.D.Mich.), donde el tribunal ordenó la transmisión de un paquete accionario.

ción adoptada respecto de la selección del Derecho aplicable; y esta cuestión depende, a su vez, de la visión que se tenga del arbitraje.

Por un lado, si el tribunal arbitral fuese un “juez privado”, como abogan las teorías jurisdiccionalistas del arbitraje, debería seguir lo dispuesto en el Derecho aplicable al caso, y ordenar o denegar el cumplimiento en función de la norma, con independencia de sus preferencias¹²⁹. Por su parte, de acuerdo con la “teoría contractual”¹³⁰, el Derecho aplicable al fondo se determina con arreglo a la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral¹³¹.

Las posturas extremas son, a día de hoy, minoritarias. El enfoque mayoritario se basa en una naturaleza mixta de la institución arbitral¹³², con especial énfasis en el lugar (o sede) del arbitraje¹³³. Dentro

¹²⁹ La postura jurisdiccionalista aboga por una sujeción total del tribunal arbitral al ordenamiento interno, de modo que el tribunal carecería de autonomía para seleccionar la norma aplicable. Un tribunal cuya elección se encontrase totalmente determinada por lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del lugar del arbitraje tendrá mucho más restringido su margen de maniobra. J. Lew, *Applicable Law...*, *op. cit.*, p. 189. Esta postura es defendida por aquellos que abogan por una visión jurisdiccionalista del arbitraje, que pretende vincular el arbitraje a un determinado ordenamiento jurídico. En este sentido, “*Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may be conveniently and in accordance with tradition be called lex fori, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the lex arbitri, in French, la loi de l’arbitrage*”. G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Londres, Oxford University Press, 2004, p. 22–23, quien se refiere a la postura de Francis Mann. La conclusión de esta teoría sería, en palabras del autor “...an overarching system of municipal law imposes itself irrespectively of the will of the parties.”. Existirían cuatro razones para adoptar esta postura, en palabras de aquellos que sostienen la teoría: en primer lugar, conveniencia, puesto que no puede haber otros tribunales que ejerzan el control sobre el tribunal; en segundo lugar, respeto (sujeción a la jurisdicción de un Estado como muestra de respeto a su soberanía); en tercer lugar, conexión estrecha (pues la ley del lugar del arbitraje se encuentra más estrechamente vinculada con el procedimiento arbitral); en cuarto lugar, la ley de la sede del arbitraje es la única que puede suministrar normas adecuadas de conflicto de leyes. *Vid.* F. Mann, *Seminal paper, Arb. Int’l*, 1986, n° 2, p. 246; G. Petrochilos, *Procedural Law, op. cit.*, p. 22–23.

¹³⁰ La “teoría contractual” constituye la alternativa tradicional a la postura jurisdiccionalista, y plantea la necesidad de que la voluntad de las partes no se encuentre en ningún caso subordinada al Derecho del lugar del arbitraje. L. Lew, *Applicable law...*, *op. cit.*, p. 195.

¹³¹ J. Lew, *Applicable law...*, *op. cit.*, p. 198 73.1.

¹³² Este enfoque “mixto” trata de conjugar la autonomía de las partes para con el límite exclusivo de lo dispuesto en la *lex arbitri*. J. Lew, *Applicable law...*, *op. cit.*, p. 192. Si bien dependiente de la voluntad de las partes, el arbitraje debe vincularse a un ordenamiento interno. Ello se logra mediante la interpretación de una supuesta voluntad implícita de las partes, al seleccionar el lugar del arbitraje, de vincularse a un sistema legal, que sirve como base para la selección del Derecho aplicable. Los defensores de este enfoque mantienen que existe una elección implícita de ley por las partes, que es necesario interpretar. Se han dado diversas versiones de esta postura. Por un lado, las que consideraban la cláu-

de los enfoques mixtos, los que otorgan una mayor autonomía al tribunal arbitral son los recogidos bajo la “teoría de la localización”¹³⁴ bajo la cual el tribunal arbitral posee autonomía para seleccionar la ley aplicable, con el límite de que la selección debe resultar en la ley con una conexión más estrecha con el problema en cuestión (*closest connection*), o bien realizarse mediante la aplicación de las normas de Derecho internacional privado que posean una conexión más estrecha¹³⁵. Visiones más radicales, como la de la “teoría de la deslocaliza-

sula arbitral como una cláusula de selección del foro. Por otro, las más elaboradas, que consideraban el lugar de la sede como el de la prestación característica del contrato de arbitraje, por lo que la ley de dicho Estado debía aplicarse (una interpretación similar a la de la Convención de Bruselas de 1969, que remitía la jurisdicción al lugar de ejecución del contrato). Vid. P. Schlosser, “The 1968 Brussels Convention and Arbitration”, *Arb. Int'l*, n° 3, 1991, p. 235. Por tanto, si las partes escogen la ley aplicable al arbitraje, se entenderá que han efectuado una elección implícita de la sede del arbitraje. Vid. G. Petrochilos, *Procedural Law*, *op. cit.*, p. 28.

¹³³ Por su énfasis en el lugar del arbitraje como centro de gravedad del mismo, ambas posturas se resumen bajo la denominación de “teorías de la sede del arbitraje” (*seat theory*). G. Petrochilos, *Procedural Law*, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁴ En el verdadero sentido del término, la teoría de la sede (*seat theory*) y esta teoría deberían denominarse como “teorías de la localización”, en el sentido de que ambas tratan de encontrar un lugar con suficiente conexión con el objeto de la disputa. Esta es la conclusión que se deriva de la opinión de autores como Maniruzzaman. Vid. Dr. A. F. M. Maniruzzaman, *Conflict of Laws Issues*, *op. cit.*, p. 374–381.

¹³⁵ Dr. A. F. M. Maniruzzaman, *op. cit.*, p. 378; Lord Justice Denning en *Boissevain / Weil*. Asimismo, la tendencia en el arbitraje se inclina por métodos de selección del Derecho aplicable que otorgan un alto grado de autonomía al tribunal arbitral. Un ejemplo sería el “enfoque acumulativo” (*cumulative approach*), según el cual el tribunal arbitral examinaría las reglas de Derecho internacional privado de los distintos países que tuviesen alguna conexión con la disputa. Y. Derains, “L’application cumulative par l’arbitre des systemes de conflit de lois interesses au litige”, *Rev. arb.*, 1972, p. 93. Posteriormente, si todas las normas permiten llegar a una misma ley aplicable, el tribunal aplicaría dicha ley. Vid. Dr. A. F. M. Maniruzzaman, *op. cit.*, p. 387–389, nota 96. Por último, cuando la existencia de un proceso en dos pasos (primero, selección de la norma de Derecho internacional privado, después, selección del Derecho aplicable) resulte inadecuada, el tribunal arbitral podría “crear” su propia norma de conflicto, aplicando directamente el Derecho sustantivo que considere más adecuado. Dicha norma *ad hoc* podría abogar por la aplicación de usos y prácticas, la *lex mercatoria* o los principios generales del Derecho. En palabras de Lew: “parties are entitled to select to govern their relations, a national system of law, or the law of international commerce, the customs and usages of the trade concerned (the *lex mercatoria*) or even the general principles of equity. In the absence of an express choice of law by the parties the autonomist theory excuses arbitrators from resorting to the traditional conflict rules of the “*siege d’arbitrage*” or of the place of domicile or permanent residence of the arbitrators. Rather the arbitrators may either apply the conflict of laws rule which in the circumstances of the particular case they consider appropriate, or they can resort directly to some international law or standard relevant to the dispute” Julian Lew “Applicable law...”, *op. cit.*, p. 205. Tal es el enfoque actual de las *ICC Rules of Arbitration*, cuyo art. 17 (1) establece: “The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the

ción” (*delocalization theory*) enunciada a partir del enfoque autónomo del arbitraje¹³⁶, afirman directamente que el arbitraje no debe estar vinculado particularmente con ningún Derecho nacional.

En todo caso, la conclusión que se alcanza es que, en un contexto internacional el tribunal arbitral no encontraría excesivas dificultades para seleccionar una norma, regla, uso o principio, que le permitiese sustentar en Derecho su decisión sobre el otorgamiento o no del cumplimiento.

B) Remedios no pecuniarios y discrecionalidad en la aplicación de la ley

Una vez seleccionado el Derecho aplicable, resta decidir sobre la orden de cumplimiento con arreglo a él. Aparentemente, podría pensarse que el tribunal arbitral debería aplicar la norma o precedente interno de modo no muy distinto a como lo haría un tribunal ordinario, por lo que el tribunal gozaría de un menor margen de maniobra que al seleccionar el Derecho.

La experiencia nos dice que esta intuición es incorrecta. Los precedentes en la jurisprudencia anglosajona permiten afirmar que la autonomía del tribunal arbitral para ordenar el cumplimiento es mucho más amplia que la de un tribunal ordinario¹³⁷. En el caso *Freydberg Bros., Inc. / Lewis Corey*¹³⁸, el tribunal afirmó que no existe regla alguna que restrinja el remedio que un árbitro puede ordenar a una

dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate”.

¹³⁶ Si bien supone un original desarrollo de la “teoría mixta”, la teoría autónoma entiende que ninguno de los enfoques anteriores (mixto, jurisdiccional o contractual) responden a las necesidades del arbitraje internacional. El arbitraje se ha desarrollado como un servicio de resolución de disputas. Por tanto, al participar en él, los agentes, a través del sistema de “ensayo y error”, han desarrollado un mecanismo adecuado a sus necesidades; esto es, las de un medio de resolver sus disputas de forma rápida, flexible y privada. Por tanto, los “clientes” del arbitraje (actores privados como los empresarios), así como las instituciones arbitrales creadas para solucionar sus necesidades, han sido los motores del desarrollo del arbitraje en mucha mayor medida que las convenciones multilaterales como la de Nueva York de 1958, suscritas cuando el arbitraje se encontraba ya en un estadio maduro y desarrollado. Por consiguiente, la evolución del arbitraje debe orientarse hacia un funcionamiento que responda a las necesidades de los actores involucrados en el proceso. J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 29., *op. cit.*, § 5–29, p. 81; J. Lew *Applicable law...*, *op. cit.*, nota 80.2.

¹³⁷ De este modo, el órgano podría ordenar el remedio en supuestos donde un tribunal de equidad no podría. M.L. Cross, “Power of Arbitrators to Award Injunction or Specific Performance”, *op. cit.*, § 6.

¹³⁸ *Freydberg Bros., Inc. / Lewis Corey*, 177 Misc. 560, 31 N.Y.S.2d 10 (1941).

condena pecuniaria, tampoco cuando el cumplimiento no se ordenaría por un tribunal¹³⁹.

Esta afirmación de tipo general resultó confirmada en jurisprudencia posterior, relativa a casos donde, en efecto, los tribunales no habrían ordenado el cumplimiento. En *Staklinski / Pyramid Electric Company*¹⁴⁰, el tribunal arbitral fue claramente contra el principio que impide ordenar el cumplimiento de un contrato para la prestación de servicios de naturaleza personal¹⁴¹. Asimismo, en *Grayson–Robinson Stores, Inc. / Iris Construction Corp*¹⁴² el tribunal arbitral ordenó el cumplimiento de un contrato de construcción, contrariamente al principio del Derecho anglosajón de no ordenar el cumplimiento cuando ello exija una elevada labor de supervisión¹⁴³. Ante esta circunstancia, en fase de ejecución, si bien el tribunal apreció la existencia del principio restrictivo del cumplimiento específico¹⁴⁴, lo consideró insuficiente para ser tomado en consideración a la hora de denegar la ejecución¹⁴⁵.

¹³⁹ *Ibid.* “Nor is there any merit to the claim that the arbitrators in the instant case may not properly award relief in the nature of a decree of specific performance. There is no rule of law limiting the relief which an arbitrator may award to money judgments, even in cases where no equitable decree would be proper if the controversy between the parties were being determined by a court rather than by arbitrators”. De modo similar, en *Cook / Mishkin*, 95 A.D.2d 760, 464 N.Y.S.2d 761 (1983), el tribunal afirmó que “Arbitrators [...] have broad power to do justice and fashion appropriate remedies, and may even grant relief which a court would not”

¹⁴⁰ *Staklinski / Pyramid Electric Company*, 6 N.Y.2d 159, 160 N.E.2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959).

¹⁴¹ E. Yorio, *op. cit.*, § 3.2.3, p. 237; H. y L. Mazeaud; J. Mazeaud; F. Chabas, *Leçons de Droit Civil, op. cit.*, §935, p. 1021. En fase de ejecución, el tribunal afirmó que preguntarse si, en las mismas circunstancias, un tribunal de equidad habría ordenado o no el cumplimiento forzoso era una cuestión intrascendente. “Whether a court of equity could issue a specific performance decree in a case like this [...] is beside the point”.

¹⁴² *Grayson–Robinson Stores, Inc. / Iris Construction Corp*, 168 N.E. 2d 377 (1960).

¹⁴³ E. Yorio, *op. cit.*, § 13.2.1.2, p. 329; Axelrod, “Judicial Attitudes Toward Specific Performance of Construction Contracts”, *University of Dayton L. Rev.*, nº 7, 1981, p. 38.

¹⁴⁴ “There is of course, an old tradition or approach according to which courts have been reluctant to enforce “Contracts which require the performance of varied and continuous acts, or the exercise of special skill, taste, and judgment” because “the execution of the decree would require such constant superintendence as to make judicial control a matter of extreme difficulty”.

¹⁴⁵ “The only ground suggested for such refusal is that confirmation would involve the court in supervision of a complex and extended construction contract. We hold that this apprehension or speculation is no deterrent to confirmation by the courts”. En un sentido similar, el tribunal ordenó en *Bradigan / Bishop Homes, Inc.*, 20 A.D.2d 966, 249 N.Y.S.2d 1018 el cumplimiento forzoso de determinados trabajos de construcción.

A la inversa, los tribunales también han demostrado su discrecionalidad a la hora de denegar el cumplimiento. Tal fue el caso de un laudo decidido por la Cámara de comercio de Zúrich, donde debía ventilarse una controversia de compraventa internacional, donde se aplicaba la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁴⁶. La Convención establece el derecho del comprador al cumplimiento con pocas reservas¹⁴⁷, si bien establece la posibilidad para un tribunal de recurrir a su Derecho interno, y denegar el cumplimiento cuando lo habría hecho bajo el mismo¹⁴⁸. A pesar de que no es fácil justificar que un tribunal arbitral posea un Derecho “propio”, a pesar de que ni el Derecho de la sede del arbitraje, ni tampoco el Derecho de los países de las partes establecían excepciones concretas a la orden de cumplimiento, el tribunal se negó a ordenarlo¹⁴⁹.

3. Normas de orden público

Sea procesal o sustantivo el enfoque seguido, los poderes remediales del tribunal arbitral son amplios, su autonomía para decidir sobre la orden de cumplimiento, muy extensa. Por esta razón, el límite verdadero a la decisión del tribunal arbitral se encontraría en las normas de orden público, que estudiaremos a continuación¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Laudo de la Cámara de Comercio de Zúrich, de 31 de mayo de 1996 ZHK 273/95. Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>.

¹⁴⁷ El art. 46 CNUCCIM establece: “El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia”.

¹⁴⁸ El art. 28 CNUCCIM establece: “Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención”.

¹⁴⁹ El tribunal ni tan siquiera se molestó excesivamente en justificar el porqué de su decisión: *It sees no basis for claims for specific performance under Russian law. The Vienna Convention does not provide for this. If the law applicable to the procedure (Swiss law? – again the Vienna Convention) applied, the Arbitral Tribunal sees no basis for specific performance either*”.

¹⁵⁰ Una precisión sí es necesaria. A la hora de estudiar la aplicación del orden público, los autores suelen dividir entre la influencia en el problema de la arbitrabilidad de la disputa, y la influencia en la sustancia de la disputa. Así, *vid.* S. Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law”, *Arb. Int'l*, vol. 11, n° 2, 1995, p. 137–150; M. Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *J. Int'l Arb.*, Vol. 14, no. 4 (1997) p. 23–40. De modo algo más implícito, Pierre Mayer.

A) Orden público en la jurisdicción ordinaria y en el arbitraje

Para responder a la pregunta de si un tribunal arbitral debe aplicar una norma con independencia de lo que las partes hayan dispuesto, o la que tribunal haya seleccionado, existen criterios comunes que deben cumplirse. La norma debe poseer carácter no dispositivo; debe existir una cierta conexión con la disputa¹⁵¹; y, por último, la norma debe contemplar intereses importantes dignos de protección¹⁵². En general, todo estudio de las normas de orden público en el contexto

“Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arb. Int'l*, vol. 2, n° 4, 1986, p. 287. A los efectos del presente trabajo, nos referiremos únicamente a las normas de orden público en la medida en que afecten al fondo de la disputa.

¹⁵¹ Es lo que se denomina la “perspectiva geográfica” de las normas de orden público. En este sentido, *vid.* E.F. Scoles, P. Hay; Patrick, J. Borchers y S.C. Symeonides, *Conflict of laws, op. cit.*, p. 957. Los diversos textos legislativos suelen contener referencias a la conexión geográfica de la disputa con la jurisdicción cuyas normas imperativas se consideran. La Sección § 1–301 (f) del *Uniform Commercial Code* afirma que: “An agreement otherwise effective under subsection (c) is not effective to the extent that application of the law of the State or country designated would be contrary to a fundamental policy of the State or country whose law would govern in the absence of agreement”. Por otro lado, la Sección § 187(2) (b) del *Second Restatement* dispone que: “the application of the chosen law may not contravene the fundamental policy of the state whose law would be applicable under § 188 in the absence of an effective choice of law by the parties”. El art. 3.3º Convención de Roma establece que: “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’” ampliando, como puede verse, el ámbito de aplicación de las normas de orden público a las normas imperativas. Junto a las normas del Estado que posea una mayor conexión con la disputa, también poseen relevancia, y pueden cualificar como normas de orden público, las normas del Estado del foro, pues dicho Estado posee un interés especial, en la medida en que se encuentra juzgando la disputa. J.J. Fawcett, “Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law”, *Cambridge L. J.*, n° 49, 1990, p. 60–62. Entendemos que, en el contexto arbitral, una vez diluido el argumento del “interés nacional”, el argumento en favor de las normas del foro perdería fuerza. No obstante, la necesidad de viabilidad del laudo; esto es, de que la ejecución del laudo llegue a buen puerto, puede devolver la trascendencia perdida al Derecho del foro.

¹⁵² Este es el “enfoque sustantivo” de las normas de orden público. Las referencias al mismo en los diversos textos varían. Por ejemplo, el *Restatement (Second)* exige que “(a) the chosen law is contrary to a “fundamental policy” of the state of the *lex causae*; and (b) that that state has a “materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue”. El *Uniform Commercial Code* no exige que exista un “interés materialmente superior, sino que su sección § 1–301 permite aplicar la norma de orden público si la elegida por las partes: “would be contrary to a fundamental policy of the State or country whose law would govern in the absence of agreement”.

del arbitraje parte de estas premisas básicas¹⁵³. Con todo, uno de los elementos trascendentales en el arbitraje es la viabilidad de la decisión arbitral; esto es, su reconocimiento y ejecución. Por esta razón, a diferencia de los jueces nacionales, es plausible que los árbitros presten una particular atención al contenido del orden público del lugar donde se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo¹⁵⁴.

Por otro lado, los autores también han puesto de manifiesto la necesidad de realizar un examen detallado del contenido de las normas de orden público del Estado en cuestión. El objetivo de discriminar las normas que protegen principios vitales de aquéllas que únicamente pretenden favorecer los intereses financieros, políticos y fiscales de

¹⁵³ Estos criterios pueden, a su vez, comprimirse o desglosarse en otros. Por ejemplo, Blessing distingue hasta seis condiciones para aplicar la norma: (i) Que la norma tenga carácter imperativo; (ii) Que la vocación de la norma sea la de aplicarse con independencia del Derecho aplicable; (iii) Que su ámbito de aplicación se interprete de manera estricta; (iv) Que exista una conexión estrecha entre el objeto del contrato y la jurisdicción, área o Estado del que emane la norma; (v) Que la norma “merezca ser aplicada” (*application worthy*). A esta conclusión se llega, a su vez, analizando la naturaleza de los valores protegidos por la norma (si poseen carácter esencial, si reflejan un criterio de orden público internacional, o un derecho protegido universalmente), el impacto de la norma en la relación contractual, y sus efectos legales (nulidad, nulidad parcial, fuerza mayor etc.). Por último, (vi) Que el resultado obtenido por la aplicación constituya un “resultado apropiado” (*appropriate result*). Marc Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *op. cit.*, p. 29–32. En el análisis de Mayer (anterior en el tiempo) los elementos se encuentran algo más entremezclados. Sin embargo, es posible distinguir la referencia al contenido necesario de la norma imperativa (*Why should one refuse to accept, as being one of these limits, the desire to promote the public interest as understood by a State within the sphere of its legitimate legislative jurisdiction?*) y a la necesaria conexión geográfica con el país que promulgó la norma (*it is in the precise nature of mandatory rules of law that their imperative force is intended to resist what one might call the internationalisation of the dispute. Mandatory rules are designed to apply even if the contract is an international one, provided that there exists a definite connecting factor between the dispute and the State which promulgated the rule in question*). Vid. P. Mayer, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *loc. cit.*, p. 284–285. En el estudio de Maniruzzaman, bajo el epígrafe “*Determination of the applicable mandatory rules*” se expone la necesidad de conexión geográfica (se habla de las leyes del lugar de ejecución del contrato, del lugar de ejecución del laudo, y de las leyes de un país con vínculos estrechos con el contrato o con las partes). Por su parte, en el epígrafe “*Justification for applying mandatory public law rules*” se detalla la necesidad de que el contenido de las normas sea digno de protección, por representar los intereses generales del Estado en cuestión. A.F.M. Maniruzzaman, “International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview”, *J. Int'l Arb.*, vol. 7, n° 3, 1990, pp. 58–62.

¹⁵⁴ S. Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law”, *loc. cit.*, p. 139–140; A.F.M. Maniruzzaman, “International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview”, *loc. cit.*, p. 58–59.

dicho Estado¹⁵⁵. En el entorno arbitral no entran en pugna los intereses de un Estado con los de otro, sino los intereses de un Estado con la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, los árbitros deben escrutar más atentamente el contenido de las normas.

B) Influencia del orden público en el cumplimiento forzoso

a) Problemas potenciales de orden público

A pesar de la trascendencia del orden público en el arbitraje internacional, su incidencia en las órdenes de cumplimiento es, más bien, escasa; bien por no afectar al caso¹⁵⁶, bien por responder a principios

¹⁵⁵ M. Blessing, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *op. cit.*, p. 29. El autor pone como ejemplo donde la existencia de intereses vitales del Estado condujo a la aplicación de las leyes *RICO* de los EE UU el laudo 63429, de 1991. A este respecto, *vid.* también S. Lazareff, "Mandatory Extraterritorial Application of National Law", *op. cit.*, p. 146–149.

¹⁵⁶ La mayoría de los ejemplos de orden público en materia contractual suelen relacionarse con el Derecho de los consumidores, Derecho de la competencia, o protección de los trabajadores "rules on cartels, competition and restrictive practices, consumer protection and certain rules concerning carriage", *Giuliano-Lagarde Report, op. cit.*, Art. 7, para. 4. Por ejemplo, podrían plantearse problemas con el cumplimiento específico de un acuerdo contrario a la legislación de competencia. No obstante, en tal caso, el orden público no afectaría a los remedios por incumplimiento, sino a la validez de la obligación incumplida. Ello es una constante en numerosos casos donde están en juego normas de orden público, y el problema no se planteará en relación con la conveniencia del remedio (cumplimiento específico) sino con la validez del acuerdo que genera el derecho. En tales casos, la respuesta sentada por los precedentes arbitrales es que las partes no pueden excluir la aplicación de las normas de competencia del Derecho comunitario mediante el recurso a un foro neutral como el proporcionado por un tribunal arbitral. Aun cuando no se ha llegado a plantear una acción de cumplimiento, la cuestión de la validez del contrato de acuerdo con el Derecho de la competencia sí se ha planteado en varias ocasiones en el contexto arbitral. Esta circunstancia se ha dado en alguna ocasión donde las partes seleccionaron Suiza como el lugar del arbitraje, y, al menos, una de las partes esperaba que ello impidiese invalidar el contrato de acuerdo con el Derecho de la competencia. Para ello, ver los casos *Ampaglas / Sofia, Chambre de Recours* del Canton de Vaud, 28 de octubre de 1975, o *G. SA / SpA*, que dio lugar a una sentencia del Tribunal Supremo Federal, el 28 de abril de 1992. En dicha sentencia el Tribunal Supremo anuló la decisión y la devolvió al tribunal arbitral, afirmando que debía haber aplicado el Derecho Comunitario de la Competencia. Aunque la posición de Suiza siempre había sido reacia a la injerencia de normas *antitrust* extranjeras, esta postura cambió drásticamente durante los años 90. De este modo, en la actualidad, los tribunales arbitrales suizos no sólo deben declararse competentes para enjuiciar un contrato desde el punto de vista de las normas de Competencia, sino que tienen el deber de hacerlo. Así, la aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales arbitrales suizos no es muy distinta a si dichos tribunales se encontrasen en Alemania o Francia. *Vid.* M. Blessing, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *loc. cit.*, p. 38.

obvios, universalmente aceptados¹⁵⁷. Uno de los pocos supuestos que pueden plantear problemas es el relativo al cumplimiento de los pactos de no competencia. Algunos tribunales han rechazado la pretensión de cumplimiento de tales acuerdos cuando vulneran la legislación del estado de residencia del empleado, aunque las partes hubiesen elegido una ley diferente¹⁵⁸. Si la decisión se tomara al amparo de la Convención de Roma, lo cierto es que bastaría con demostrar que el Estado donde el trabajador desempeña sus funciones otorga a éste una protección de la que carece si se aplica el Derecho elegido por las partes¹⁵⁹. En general, los Estados suelen inclinarse por la protección del trabajador¹⁶⁰.

¹⁵⁷ D.B. Dobbs, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, p. 835.

¹⁵⁸ Tal sería el caso del límite al cumplimiento específico contra el trabajador en las relaciones laborales, pues parece una regla obvia, derivada del principio de libertad individual consagrado en los diversos textos constitucionales E.F. Scoles, P. Hay; P.J. Borchers; S.C. Symeonides, *Conflict of laws*, *op. cit.*, p. 969.

¹⁵⁹ El problema resulta aún más espinoso cuando las partes han suscrito un pacto de no competencia en un Estado donde tales pactos resultan permitidos, y seleccionan la ley de dicho Estado como aplicable al contrato. Posteriormente, el empleado comienza a trabajar para otra compañía y se traslada a un Estado cuya legislación no admite tales pactos. ¿Tendrían carácter de orden público estas restricciones? En los EE UU, los tribunales han tendido a pasar por alto los pactos, lo que proporcionaría una indicación en el sentido de que las restricciones contienen principios de orden público. En el caso *Application Group Inc. / Hunter Group Inc.* 61 Cal. App.4th 881, 72 Cal.Rptr.2d 73 (Cal.App.1998) Maryland poseía una legislación favorable al empleador, a la cual se sometió el pacto de no competencia. La legislación del Estado de California, por el contrario, no admitía el cumplimiento de tales pactos. En primer lugar, el tribunal hizo notar que, aunque el pacto estaba conectado con el Estado de Maryland, el cumplimiento del pacto se solicitaba en relación con un contrato distinto, suscrito con una sociedad domiciliada en California, y cuyo objeto era una relación laboral que debía ejecutarse en California. Por consiguiente, el Estado con una conexión más estrecha era California. En segundo lugar, el tribunal entendió que California tenía un interés superior en la protección del empleador y, particularmente, del empleado y su libertad de movimiento. En *Keener / Convergys Corp.* Ohio tenía la legislación favorable al empleador (pro-pacto), y Georgia al empleado. El tribunal de Ohio se negó a ordenar el cumplimiento, en la medida en que era contrario a la política de libre competencia contenida en la constitución de Georgia (*"it was contrary to the free competition policy embedded in Georgia's constitution"*). *Vid.* E.F. Scoles; P. Hay; P.J. Borchers; S.C. Symeonides, *Conflict of laws*, *op. cit.*, p. 970–971. En el entorno comunitario, en principio, la aplicación del Derecho que las partes seleccionaron como aplicable al pacto parecería razonable, en virtud de los artículos 3 y 5 de la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; en la medida en que correspondería al Estado donde se desempeñarían las funciones relativas al primer contrato de trabajo, que contiene el pacto de no competencia. No obstante, cuando la vigencia de dicho pacto se reclame con posterioridad a la finalización del primer contrato, el empleado habrá suscrito un segundo contrato de trabajo con otra empresa, y al que resultará aplicable otra legislación. Por ello, también resulta razonable entender que, en la medida en que el pacto de no competencia represente restricciones en el desempeño de funciones propias del segundo contrato, la ley del mismo Estado debe regir el pacto de no competencia bajo el

Por último, otro problema que puede surgir en este contexto es la de la aplicación de las normas de orden público emanadas de un Estado no tanto como normas en sí, sino como actos (actos de Estado, *fait du prince*, etc.) que impidan el cumplimiento del contrato¹⁶¹. Será preciso distinguir los casos donde la norma promulgada por el Estado tiene como único objetivo el de favorecer a sus propios nacionales (incluso, la parte que concluye el contrato puede ser una empresa propiedad del Estado que dicta la norma). En tales casos, la tendencia es a rechazar la aplicación de la norma imperativa estatal como causa de fuerza mayor. Por otro lado se encuentran las normas que no poseen una aplicación particular, y que tienen como objetivo la defensa de los intereses generales, o que de otro modo son ajenos al ámbito de responsabilidad de la parte contratante. En tales casos, se suele apre-

primer contrato, y el segundo contrato. Así pues, si, en su virtud, no se puede reclamar el cumplimiento del pacto, éste sería el criterio que debería prevalecer.

¹⁶⁰ También espinoso resultaría el supuesto inverso; esto es, la pretensión de cumplimiento de las obligaciones del empleador, como en el caso de las solicitudes de readmisión de trabajadores. El problema se plantearía en caso de que el trabajador solicitara la readmisión sobre la base de un determinado Derecho (presumiblemente el elegido por las partes), mientras que el Derecho que habría resultado aplicable en defecto de pacto no contemplase tal posibilidad. En tal caso, resultaría difícil defender la naturaleza de orden público de la excepción. En los países anglosajones, la doctrina de la *mutuality of remedy* comporta que una parte no puede reclamar el cumplimiento forzoso en los casos donde tal posibilidad no sea recíproca; esto es, cuando la otra parte no goce de este derecho. A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, St. Paul, West Publishing § 1178 p. 377. No obstante, la vigencia y aplicabilidad general de la doctrina de la *mutuality of remedy* ha sido ampliamente discutida. E. Yorio, *op. cit.*, § 6.3.1 p. 134. Ello la situaría lejos de constituir un criterio de orden público. Por tanto, como conclusión diríamos que, cuando la pretensión de cumplimiento se ejercite contra el empresario en el marco de una relación individual de trabajo, nos parece poco probable que pudiera ejercerse con éxito la excepción basada en normas de orden público. Todo ello facilita la respuesta al problema de las relaciones de servicios. En tales casos, donde las obligaciones dimanantes del contrato son de hacer, los sistemas herederos del Código napoleónico restringen la posibilidad de reclamar el cumplimiento. No obstante, caso de que las partes seleccionaran una legislación aplicable que otorgara ese derecho al acreedor, no vemos razonable que el juez denegase la petición de cumplimiento sobre la base del Derecho del foro, o de aquél que habría resultado aplicable en defecto de elección. Si bien la máxima *nemo potest cogi praecise ad factum*, desarrollada por la escolástica, estaba basada en el problema que el cumplimiento forzoso suponía para la libertad individual del deudor, lo cierto es que, fuera de los contratos de trabajo, con consumidores y entre particulares, la única libertad que se pondría en entredicho podría ser la del empresario, y resulta difícil defender que el contenido esencial de dicha libertad constitucional incluya el derecho a incumplir los contratos.

¹⁶¹ Ello podría considerarse como un impedimento esencial, un supuesto de fuerza mayor, que constituye una excepción al derecho cumplimiento. E. Yorio, *op. cit.*, § 5.5. p. 113.

ciar la existencia de una causa de fuerza mayor que puede impedir la orden de cumplimiento¹⁶².

b) Órdenes de cumplimiento, infracción de normas y orden público

Si bien el orden público constituye una materia de extrema importancia en el arbitraje interno o internacional, tras examinar las potenciales situaciones de conflicto, podemos concluir que la incidencia de la cuestión en el plano del cumplimiento específico es, más bien, escasa. Por tanto, expuestos los problemas potenciales de orden público que podrían, eventualmente, plantearse; resta analizar los que, si bien no son de orden público, sí han sido planteados ante los tribunales.

Por un lado, en el caso *Torno / Kumagai*¹⁶³, donde el tribunal ordenó la transmisión por el demandado de las acciones que tenía en la sociedad fundada con el demandante, el primero planteó que esta orden de cumplimiento era contraria al orden público, en la medida en que ello presuponía asumía un poder coercitivo del tribunal arbitral y, por tanto, un *imperium* del que el tribunal carecía, por estar reservado a los tribunales de justicia. La *Cour d'Appel* de París rechazó estos argumentos. La carencia de *imperium* por parte del tribunal arbitral significa únicamente que su decisión, como tal, carece de un mecanismo de coerción propio y, por tanto, se encuentra subordinada al

¹⁶² M. Blessing, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *loc. cit.*, p.33-34, nota 25, quien pone como ejemplo el caso *C. Czarnikow / Rolimpex* [1978] Q.B. 176 (C.A.) y [1979] A.C. 351, donde lo que se cuestionaba era una prohibición de importaciones promulgada por el gobierno de Polonia como resultado de la crisis de la economía polaca, que había conducido al agotamiento de reservas extranjeras con las que realizar los pagos. Este problema podría haberse planteado en el caso *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran / Gould, Inc.* 9th Cir. Ct. App. 969 F.2d 764 (1992), donde una prohibición de exportación a Irán impedía la entrega de cierto material de telecomunicaciones al Gobierno de Irán. El tribunal arbitral no tomó en consideración la prohibición, y el problema se planteó en sede de ejecución. El tribunal se debatió entre la validez del laudo, y su consecuente deber de ejecución en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, y la imposibilidad de infringir el embargo. Finalmente, el caso se remitió a la instancia inferior para que se explorase una solución sugerida por el Departamento de Estado, consistente en la entrega del material en un almacén dentro de los EE UU para que, posteriormente, el material fuese vendido y el importe entregado al Gobierno de Irán.

¹⁶³ *Torno / Kumagai* Cour de Cassation (2eCh. civile), 11 octobre 1995. Ver también *Torno / Kumagai* Cour d'appel de Paris (1reCh. C), 19 mai 1998.

procedimiento de reconocimiento y ejecución judicial, que es el que lo dota de efectos coercitivos, mediante el auxilio de la fuerza pública¹⁶⁴.

Por otro, el orden público ha intentado expandirse, e identificarse con una noción tan amplia como la de los “principios de equidad”, especialmente en las jurisdicciones anglosajonas, donde la orden de cumplimiento se administraba por la jurisdicción de este nombre. Hasta la fecha, tales intentos han resultado infructuosos¹⁶⁵; también cuando la referencia ha sido realizada a principios de equidad concretos, como el que limita la potestad para ordenar el cumplimiento

¹⁶⁴ La *Cour d'Appel* afirmó que “*Et considérant que l'absence d'imperium de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique; qu'elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, de prescrire aux parties des obligations de faire sauf à faire dépendre l'exécution forcée de sa décision du contrôle préalable de l'autorité publique*”. *Torno / Kumagai* Cour d'appel de Paris (1^{ère} Ch. C), 19 May 1998. La conclusión habría sido la misma en caso realizarse una orden tipo *injunction*. En palabras de Jarrosson: “*La question pourrait recevoir une réponse identique si l'arbitre procédait, au cours de l'instance, par voie d'injonction. L'arbitre n'a pas de pouvoir coercitif, il doit se contenter de tirer les conclusions qui s'évincent de l'absence d'exécution spontanée de ses injonctions. Afin d'obtenir une exécution forcée, la seule issue consisterait (à condition qu'il soit possible de rendre une sentence sur cette question: cf. sur ce point délicat, S. Jarvin, <Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?>, Rev. arb., 1998.611) à rendre une sentence partielle contenant cette injonction, sentence dont la partie intéressée pourrait demander l'exequatur*”. C. Jarrosson. Note – 19 mai 1998 – *Société Torno SpA / société Kagumai Gumi Co Ltd*; Note – 3 décembre 1998 – *Société ITP Interpipe / Hunting Oilfield Services (HOS)*; Note – 19 janvier 1999 – *Société CIC International Ltd / Ministre de la Défense de la République d'Allemagne*, *Rev. arb.*, 1999, n° 3, pp. 601 – 622.

¹⁶⁵ En el caso *Young / Deschler*, 202 Misc. 811, 110 N.Y.S.2d 220 (Sup. Ct. 1952), donde el tribunal arbitral había ordenado el cumplimiento forzoso de las obligaciones dimanantes de un pacto de no competencia, el tribunal pareció debatirse entre ambas posturas. Por un lado, afirmó que un tribunal ordinario, al ejecutar un lado, no dictará una decisión que resulte asombrosa para la conciencia o de otro modo ofensiva al sentido de la equidad (“*A court will not render a decree which shocks good conscience or is otherwise offensive to equity*”). No obstante, por otro lado, el tribunal entendió que los demandados no habían demostrado que el laudo les situara en una situación de apuro o dificultad (*hardship*) insoportable, o infringiera de otro modo los principios de orden público (“*Though stating generally that the court should not mold an appropriate judgment giving effect to the award, the respondents do not show that such a judgment would impose hardship on them or violate equitable principles or the public policy underlying the enforcement of negative covenants*”). Asimismo, el tribunal puso de manifiesto la necesidad de que en sede judicial no se realizase una segunda revisión del asunto (“*the arbitration is not to be frustrated by imposing on the petitioners the burden of beginning a new action to secure what, by the award, has already been determined to be their due*”).

cuando ello exigiría una actividad de supervisión¹⁶⁶, o bien podría afectar a la libertad del demandado (relaciones de trabajo personal)¹⁶⁷.

VI. Cuestiones para el futuro

1. ¿Qué ocurre cuando el tribunal no ordena el cumplimiento estricto del contrato?

Hasta ahora, los argumentos que hemos examinado apuntan a favor de la potestad indiscutida del tribunal arbitral para ordenar al demandado la realización de un determinado acto, o actividad. Parte del motivo no escrito para ello consiste, tal como lo entendemos, en que, en los casos examinados, el contenido de la orden no era otro que el cumplimiento exacto del contrato; y ello, hasta cierto punto, suena lógico incluso para la sensibilidad jurídica anglosajona, donde el cumplimiento específico es un remedio excepcional.

Lo que cabe preguntarse es si el Derecho, y los tribunales ordinarios encargados de aplicarlo, se mostrarían tan benevolentes si la orden del tribunal arbitral fuera más allá de la mera transposición al modo imperativo de los parámetros exactos del contrato. Supongamos que dos empresas del sector tecnológico deciden suscribir un acuerdo horizontal de transferencia mutua de tecnología. En virtud de este acuerdo, las empresas se comprometen a suscribir licencias cruzadas de tecnología ya en su poder, así como a negociar de buena fe el desarrollo y transmisión de la nueva que desarrollen. Tras un tiempo en el cual la relación discurre por cauces normales, una de las dos compañías da signos de reticencia en el cumplimiento de sus obligaciones, se niega a licenciar uno de sus productos, y retrasa el proceso investigador de la otra. La otra compañía lleva el asunto a arbitraje, y solicita, sobre la base de la infracción del deber de buena fe, la licencia forzosa de una determinada tecnología, no especificada en el acuerdo. El tribunal arbitral, pues, deberá decidir no sólo acerca de la infracción de un “acuerdo marco” de contenido difuso, sino sobre las medidas más adecuadas para poner fin a un problema no del acuerdo, sino de la relación comercial entre ambas partes, que dio lugar a la suscripción del acuerdo.

¹⁶⁶ *Grayson–Robinson Stores, Inc. / Iris Construction Corp.*, 168 N.E. 2d 377 (1960).

¹⁶⁷ *Staklinsky / Pyramid Electric Company*, 6 N.Y.2d 159, 160 N.E.2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959).

Para quien sostenga que este ejemplo resulta excesivamente rocambolesco y de laboratorio, nos limitaremos a decir que ha sido extraído de un caso real, al que debieron enfrentarse los tribunales del estado de California: *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*¹⁶⁸. Los hechos que dieron lugar al acuerdo son como los hemos contado¹⁶⁹. El procedimiento arbitral duró cuatro años y medio (un jarro de agua fría para quienes defienden la expeditividad del arbitraje)¹⁷⁰. El tribunal se pronunció, primeramente estableciendo la infracción, por parte de Intel, del acuerdo de transferencia mutua de tecnología, y especialmente de los deberes de trato honesto (*fair dealing*)¹⁷¹, así como la obligación de negociar de buena fe la expansión del propósito de la relación contractual¹⁷². Sin embargo, resuelto este asunto, correspondía tomar, separadamente, la decisión sobre los remedios oportunos. La cláusula arbitral se encontraba redactada en términos muy¹⁷³ y,

¹⁶⁸ La saga de *AMD / Intel Corp.* comprende los siguientes casos: *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 858 P. 2d 567 (Cal. 1993); *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 16 Cal. App. 4th 346, 348 (6th Ct. App., 1993); *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994).

¹⁶⁹ El acuerdo tenía como objetivo el intercambio de información, con el objetivo de asegurarse una fuente alternativa de productos. Pese a competir con dureza en el mercado de los micro-chips, Intel y AMD habían suscrito un acuerdo en términos amplios, por el cual AMD se consolidaba como un proveedor de servicios y, a cambio, Intel se comprometía a otorgarle acceso a cierta información. *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994). Con esta base, Intel demoró fuera de lo razonable la transferencia de cierta tecnología. Proporcionó información errónea en relación con su microprocesador Intel 80286, y nunca transfirió su coprocesador matemático 8087. Todo ello, a su vez, retrasó en gran medida los trabajos de AMD para desarrollar su propio producto. Asimismo, mediante el proceso de ingeniería inversa, AMD había obtenido su propia versión del microprocesador Intel 80386 (el Am386), por lo que Intel obstaculizó todo lo que pudo el uso y comercialización de este microprocesador, incluso mediante el ejercicio de acciones legales. Todo ello no constituían, según el árbitro, actos aislados, sino que seguían u patrón dictado por la política de la compañía.

¹⁷⁰ K.L. Parson, "Arbitration and Award. California Supreme Court Survey", *Pepperdine L. Rev.*, n° 23, 1995-1996, p. 247; D.M. Sadowy, "Case notes. *Advanced Micro Devices / Intel: Do you really want to Arbitrate*", *Santa Clara Computer and High Technology L.J.*, n° 10, 1994, p. 239.

¹⁷¹ *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994).

¹⁷² No obstante, una de las cuestiones controvertidas se refería a si podía interpretarse el acuerdo en el sentido de que Intel hubiese asumido la obligación de transferir/licenciar la tecnología relativa al microprocesador Intel 80386. El árbitro entendió que no existía, como tal, semejante derecho, por no haber AMD desarrollado una tecnología de suficiente calidad como para entrar en el juego de intercambio con Intel. J.T. Martin, "*Advanced Micro Devices / Intel Corp.* and Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: When Does a Remedy "Exceed" Arbitral Powers?", *Hastings L.J.*, n°. 46, 1995-1996, p. 1911.

¹⁷³ La cláusula rezaba "*The Arbitrator may grant any remedy or relief which the Arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance*". Es decir, exactamente igual que la

sobre esta base, el árbitro decidió ordenar a Intel que licenciara determinada tecnología a AMD, así como otra serie de actuaciones¹⁷⁴.

Al no constituir ésta una orden de cumplimiento de lo explícitamente establecido en el contrato¹⁷⁵, suponía un dilema para los tribunales ordinarios el determinar si el árbitro se había excedido, o no, en sus poderes. Buena prueba de ello lo constituye la vacilante jurisprudencia que siguió. El tribunal superior de California, que conoció el caso en primera instancia, acogió la solicitud de ejecución, rechazando la posición de la demandada¹⁷⁶. El tribunal de apelación, sin embargo, revocó esta decisión, anulando gran parte de los efectos del laudo, por entender que el árbitro se había excedido en sus poderes, al no derivarse el remedio de la “esencia” del acuerdo¹⁷⁷. Finalmente, y sobre la misma base que la decisión de apelación, el Tribunal Supremo de California volvió a optar por admitir la validez del laudo, no sin una fuerte opinión disidente¹⁷⁸.

regla 43 del Reglamento de Arbitraje de la *American Arbitration Association*. Jessica T. Martin “*Advanced Micro Devices / Intel Corp. and Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: When Does a Remedy “Exceed” Arbitral Powers?*”, *op. cit.*, p. 1912.

¹⁷⁴ El árbitro entendió que los daños y perjuicios no constituían un remedio adecuado. Por un lado, resultaban difícilmente estimables. Por otro, AMD se había abstenido de transferir tecnología de suficiente calidad a Intel, y no había hecho el suficiente esfuerzo para mantenerse al día de la tecnología, por lo que podría haberse argumentado que los daños se debían, en parte, a la culpa del perjudicado. Por ello, el árbitro estableció una licencia obligatoria a favor de AMD de la tecnología correspondiente al microprocesador Intel 80386, licencia que debía durar dos años, así como que Intel cesara en su actividad tendiente a estorbar el uso por AMD de su propio microprocesador, el Am386, desarrollando mediante ingeniería inversa. El propósito era el de poner fin a la escalada de hostilidades entre las partes. *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994).

¹⁷⁵ El hecho de si el remedio otorgado podía calificarse, o no, como una orden de cumplimiento específico, también fue una cuestión controvertida. En sede de ejecución, AMD alegó que lo que el árbitro había ordenado era el cumplimiento específico (para, así, apoyarse en la reiterada jurisprudencia que admite este remedio en sede arbitral). Sin embargo, los tribunales no acogieron esta postura, por entender que el remedio no suponía el cumplimiento específico de ninguna obligación concreta, sino que derivaba de la infracción de los deberes genéricos de buena fe y trato justo, dimanantes del acuerdo. Esta fue la base que Intel utilizó para alegar que el árbitro había excedido sus poderes. *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994).

¹⁷⁶ *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 858 P. 2d 567 (Cal. 1993).

¹⁷⁷ El tribunal entendió que el árbitro había ido demasiado lejos, llegando a rescribir el acuerdo entre las partes, para lo cual se basó en el caso decidido por el Tribunal Supremo estadounidense *United Steelworkers / Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 597 (1960). *Vid. Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 16 Cal. App. 4th 346, 348 (6th Ct. App., 1993).

¹⁷⁸ También se partió del test de la “esencia” del acuerdo, recogido en *United Steelworkers / Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 597 (1960). *Vid. Advanced Micro*

2. *En materia de órdenes pro futuro distintas del cumplimiento estricto del contrato ¿Cuáles son los problemas específicos del arbitraje, y cuáles del Derecho en general?*

La decisión comentada muestra cuán frágil es el equilibrio al que habíamos llegado en materia de potestad arbitral y remedios no pecuniarios: basta cambiar la naturaleza del remedio para que las certezas adquiridas nos abandonen y debamos plantearlo todo de nuevo. Sin embargo, en este planteamiento nuevo existen interrogantes específicos para el contexto arbitral, pero también cuestiones que afectan al Derecho en general. Distinguirlos parece obligado para preservar la integridad del ordenamiento jurídico por un lado, y la integridad de la teoría general del arbitraje, por otro.

Pensemos, por ejemplo, en la cuestión de la conexión entre derecho y remedio¹⁷⁹. La importancia de este problema ha sido reconocida, fuera del contexto arbitral, por importantes tratadistas¹⁸⁰ como determinativa de la sustantivización, o no, de un remedio¹⁸¹. La reiteración de un mecanismo de defensa ante una determinada vulneración puede conducir a la conexión lógica e indisoluble entre ambos, hasta convertir el remedio en parte del derecho primario, o en un derecho sustantivo secundario. Esto es lo que, estimamos, ha ocurrido en el caso del cumplimiento específico. Los remedios más “originales” aún deben pasar por un proceso de reiteración para que dicha conexión lógica se construya.

Por otro lado, analicemos las implicaciones que esta nueva gama de remedios no pecuniarios posee en lo que respecta al papel del juzgador en la administración de justicia. Hace mucho que la evolución del

Devices [AMD] / Intel Corp., 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994). J.T. Martin, *loc. cit.*, p. 1913.

¹⁷⁹ Esta cuestión se consideró como la base para la decisión del tribunal de apelación en el caso *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 16 Cal. App. 4th 346, 348 (6th Ct. App., 1993).

¹⁸⁰ En un brillantísimo artículo, el profesor Chayes expone lo que, a su juicio, constituyen las líneas maestras de la evolución de la administración de justicia en cuestiones de interés público (nosotros nos hemos tomado la libertad de extrapolarlo al ámbito privado, donde algunos de estos elementos también se manifiestan). Uno de los factores determinantes de los “nuevos litigios” se encuentra en la atenuación de la conexión entre derecho y remedio. A. Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard L. Rev.*, n° 89, 1975–1976, vol. 89, n° 7, 1976, p. 1299–1300.

¹⁸¹ W.W. Cook, “Substance’ and ‘Procedure’ in the Conflict of Laws”, *loc. cit.*, p. 510.

juzgador hacia un papel más proactivo y *pro futuro*¹⁸², y sus implicaciones de cara al estudio de los límites de la función judicial¹⁸³, han sido puestos de manifiesto en el ámbito de la justicia ordinaria (aunque también la arbitral)¹⁸⁴, de modo que no se trata de problemas endémicos a la función arbitral.

Por último, no olvidemos que la causa inicial de estos dilemas proviene del hecho de que las nuevas relaciones mercantiles son cada vez más complejas. El término “relaciones” ha sido escogido a propósito. Frente a la visión tradicional, donde los contratos constituían acuerdos de intercambio puntual, donde no se forjaba vínculo alguno, los acuerdos actuales se enmarcan, a su vez, en relaciones más amplias y estrechas, sobre las cuales las partes construyen y planifican. Esta realidad ha sido reivindicada por algunos autores, que abogan por que, además del Derecho de contratos, comience a hablarse del “Derecho de las relaciones contractuales”¹⁸⁵. De nuevo, nada de esto es exclusivo del arbitraje.

¹⁸² De acuerdo con el nuevo modelo de administración de justicia, el juzgador no se conforma con el análisis de una serie de hechos ya acontecidos y de saldar una disputa del pasado. Cada vez más se le exige que formule decisiones que marquen el futuro desarrollo de las relaciones entre las partes. A. Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *loc. cit.*, p. 1292–1293.

¹⁸³ En este sentido, L. Fuller ya analizó la tradicional objeción de que la formulación de órdenes positivas y *pro futuro* no constituyen parte de la función judicial, respondiendo en sentido negativo. L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard L.Rev.*, vol. 92, 1978–1979, pp. 391–392.

¹⁸⁴ Fuller, por ejemplo, siempre especifica que su análisis de la función jurisdiccional abarca a jueces, árbitros, y todo aquel que cumpla una función similar. *Ibid.*, pp. 353–354.

¹⁸⁵ El nacimiento de la categoría de los “contratos relacionales” se debe, principalmente, a las contribuciones de los profesores Macneil y Macaulay. *Vid.* S. Macaulay, “Contract Law and Contract Research – Part II”, *Journal of Legal Education*, n° 20, 1968, p. 460–468; S. Macaulay, “Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein”, *Northwestern University L. Rev.*, n° 94, 2000, p. 775–804; Stewart Macaulay “Law and Society.Changing a Continuing Relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers, and the legal system”, *Wisconsin L. Rev.*, 1965, p. 483–575; S. Macaulay, “Law and Society.Changing a Continuing Relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufacturers, their dealers, and the legal system – Part II”, *Wisconsin L. Rev.* 1965, pp. 742–858; I.R. Macneil, “Economic Analysis of Contractual Relations: its Shortfalls and the need for a “Rich Classificatory Apparatus”, *Northwestern University L. Rev.*, n° 75, 1981, p. 1018–1063; *id.*, “Contracts: Adjustment of Long–Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”, *Northwestern University L. Rev.*, n° 72, 1978, p. 854–905; *id.*, “Essays on the Nature of Contract”, *North Carolina Central L.J.*, n° 10, 1979, p. 159–200; *id.*, “The Many Futures of Contracts” *Southern California L. Rev.*, n° 47, 1974, pp. 691–816; *id.*, “Power of Contract and Agreed Remedies”, *Cornell L. Q.*, vol. 47, n° 4, 1962, p. 495–528; *id.*, “A Primer of Contract Planning”, *Southern California L. Rev.*, n° 48, 1975, p. 627–704; *id.*, “Relational

3. ¿Cómo se relacionan las órdenes de cumplimiento con la variación por el tribunal del contenido del contrato?

Con las precisiones realizadas en el apartado anterior, podría parecer que el arbitraje carece de problemas autónomos en esta materia. En efecto, en la mayoría de los casos, los argumentos propios del Derecho del arbitraje se mezclarán con otros, más propios del Derecho de contratos, del Derecho procesal, o de la Filosofía del Derecho. No obstante, ello no significa que el contexto arbitral no aporte su problemática específica. Como se ha puesto de manifiesto en todo el trabajo, el problema principal al que se enfrentan los árbitros en la tesitura de otorgar un remedio inesperado es el relativo a la existencia de consentimiento por las partes, expreso, presunto o presumible.

Y la apreciación del consentimiento vuelve a ser el centro de atención en disputas donde lo que se solicita es la reforma o modificación de un contrato. En jurisdicciones que dejan más margen al arbitraje, como los EE UU, se ha evolucionado hacia la admisión del poder arbitral para realizar este tipo de tareas¹⁸⁶. No obstante, la cuestión es incierta en los EE UU¹⁸⁷, y, mucho más, en el ámbito internacional, donde muchos tribunales ni siquiera consideran la posibilidad en ausencia de cláusulas de autorización expresa¹⁸⁸. Es decir, la cuestión del poder arbitral para reformar un contrato resulta muy problemática y discutida. Sin embargo, parece dar la impresión de que algunos tribunales arbitrales han utilizado el poder implícito de dictar órdenes no pecuniarias, para modificar *de facto* la relación contractual. Por ello, cabe preguntarse si ello es admisible, si los límites deben ser coherentes con los relativos al poder de modificar el contrato, y, por

Contracts: What We Do and Do Not Know”, *Wisconsin L. Rev.*, 1985 p. 483–525; *id.*, “Restatement (Second) of Contracts and Presentiation”, *Virginia L. Rev.*, n° 60, 1974, pp. 589–610; *id.*, “Relational Contract Theory: Challenges and Queries” *Northwestern University L. Rev.*, vol. 94, n° 3, 2000, p. 877–908.

¹⁸⁶ Inicialmente, los tribunales exigían consentimiento expreso de las partes. *Vid.*, por ejemplo, *In re Vincent J. Smith, Inc.*, 19 A.D.2d 763, 241 N.Y.S.2d 507, 1963. No obstante, con posterioridad la postura varió, admitiéndose en ocasiones la potestad de los árbitros para reformar el contrato. *Vid. SCM Corp. / Fisher Park Lane Company*, 40 N.Y.2d 788, 358 N.E.2d 1024, 390 N.Y.S.2d 398 (1976).

¹⁸⁷ S.P. Bedell y L.K. Ebling, “Equitable Relief in Arbitration: A Survey of American Case Law” *Loyola University of Chicago L. J.*, vol. 20, 1988–1989, p. 55.

¹⁸⁸ Uncitral Award of May 4, 1999, *Yearbook Comm. Arb'n*, n° 13 (2000) p. 61, recogido por Berger. K.P. Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Vanderbilt J. Int'l L.*, n° 36 (2003) p. 1353.

último, si existen tales límites. No es difícil que esta batería de cuestiones se plantee en un caso de arbitraje, lo cual, posiblemente, no resultaría agradable para nuestros propios tribunales; ya que, hasta ahora, la cuestión de los remedios no pecuniarios ha sido obviada¹⁸⁹.

4. ¿Se verá afectado el análisis de la potestad arbitral por el hecho de que se siga uno u otro mecanismo de solución de controversias?

Esta cuestión tiene que ver con el tipo de procedimiento arbitral que se siga, como con la inserción del mismo en la relación contractual de las partes. Por un lado, hemos comprobado a lo largo de este trabajo, que el desarrollo de los remedios no pecuniarios ha caminado parejo, en muchos casos, al desarrollo de la jurisdicción en equidad. Ahora bien, nos preguntamos ¿Sería legítimo extrapolar el razonamiento al entorno arbitral, afirmando que el arbitraje de equidad resulta más idóneo cuando el objetivo es el de obtener una orden *pro futuro*, que restablezca la armonía en las relaciones de las partes? La cuestión no es baladí. Hasta ahora, el énfasis en el fondo del arbitraje de equidad se ha puesto en la decisión judicial sobre las cuestiones puramente sustantivas, sin hacer especial hincapié en la influencia en la formulación de los remedios¹⁹⁰. Dependiendo de la conclusión que se alcanzase a este respecto, se concluiría también sobre la ausencia de poderes especiales en el arbitraje de Derecho, o sobre necesidad de un consentimiento expreso para el ejercicio de tales poderes.

Por otro lado, la tan mentada complejidad de las relaciones mercantiles va imponiendo, paulatinamente, mecanismos de resolución de controversias que gozan de elementos propios de la negociación, conciliación, y arbitraje¹⁹¹. Ello tiene como resultado que fases como

¹⁸⁹ Principalmente, dado que no nos hemos cuestionado el problema de la potestad arbitral para ordenar remedios no pecuniarios, por entender, posiblemente, que estos eran cuestión sustantiva, y que, al restringirse al derecho al cumplimiento, no existía cuestión alguna en cuanto a la posibilidad de otorgarlos. Sin embargo, en la jurisprudencia estadounidense, la base conceptual utilizada para la potestad de ordenar el cumplimiento (la función del tribunal de resolver de manera definitiva la disputa le otorga la potestad de formular los remedios que considere oportunos) es la misma que se ha utilizado en relación con la potestad para realizar la modificación del contrato.

¹⁹⁰ Como puede observarse, por ejemplo, en M. Rubino-Sammartano, "Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited", *J. Int'l Arb.*, vol. 9, n° 1, 1992, pp. 5-16.

¹⁹¹ S.J. Burton, "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", *Hastings International and Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1994-1995, pp. 637-658; K.P. Berger, "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", *loc. cit.*

la formación, ejecución, inejecución y resolución de controversias en una relación contractual, antes consideradas como una secuencia de compartimentos estancos, se integren y participen de los elementos de las demás. En este contexto, el ejercicio de su potestad por el mediador/conciliador/árbitro puede resultar confuso de calificar. En muchos supuestos, las órdenes no pecuniarias destinadas al cumplimiento del contrato, las relativas a los deberes generales del acuerdo, y las que tiene por objeto disuadir de comportamientos de mala fe en el proceso de negociación/conciliación serán parecidas en contenido, o tendrán más de un objetivo¹⁹².

VII. Conclusiones

La inmensa mayoría de los laudos arbitrales ha sido, es, y será, con casi toda certeza, de naturaleza monetaria. Aun así, la importancia proporcional de las condenas no pecuniarias es suficiente como para que la atención dispensada hasta ahora hubiese sido mayor. La expansión del arbitraje a áreas y tipos de problemas cada vez más complejos debería producir, necesariamente, decisiones donde el contenido pecuniario y no pecuniario se alternen y complementen. Y, en tal tesitura, no podemos afirmar que, a día de hoy, exista una base dogmática suficientemente asentada como para afrontar los problemas que ello depara.

Una conclusión parece clara: es necesario un estudio en profundidad acerca de la naturaleza sustantiva o procesal de este tipo de remedios. Este análisis, si bien teórico en apariencia, resulta crucial para determinar la ley rectora de los mismos y, con ello, el marco de referencia de la potestad del tribunal.

Asimismo, será preciso volver a examinar las fuentes y límites del poder de los árbitros para dictar órdenes de contenido no pecuniario; especialmente cuando las mismas se separan del cumplimiento estricto. Este tipo de supuestos son como aguas turbulentas, donde las figuras del cumplimiento específico, la interpretación contractual, y la

¹⁹² En efecto, por ejemplo, Burton califica la actuación del árbitro en el caso *Advanced Micro Devices [AMD] / Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362, 885 P.2d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994) como un supuesto donde se dicta una condena cuasi ejemplarizante debido al mal comportamiento de Intel en el proceso negociador, y del incumplimiento de la "obligación de conciliar". S.J. Burton, "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", *loc. cit.*, p. 648-649.

adaptación y modificación del acuerdo se funden de manera casi indistinguible. Es en este punto, más que nunca, donde la cuestión requiere un análisis más sosegado, ya que, si bien la evidencia resulta abrumadora en lo que a órdenes de cumplimiento estricto se refiere, a medida que la relación entre el Derecho infringido y el remedio empleado se diluye y desvanece, también lo hace la energía con la que defendemos la potestad del tribunal para ordenar el segundo.

RESUMEN: Históricamente, el recurso al arbitraje mercantil se ha utilizado para solicitar condenas pecuniarias. Este uso mayoritario ha supuesto una indebida falta de atención a condenas de otra índole, como las de cumplimiento. En la actualidad, sin embargo, determinadas disputas sobre propiedad intelectual o industrial, societarias, o puramente contractuales, no pueden resolverse con éxito sin el recurso a este último tipo de condenas. A pesar de una presencia cada vez mayor, el recurso a la condena no pecuniaria encuentra serios obstáculos de índole conceptual para ser adoptada como un mecanismo a disposición de los tribunales arbitrales. El propósito del presente trabajo es el de crear un marco de análisis para un árbitro enfrentado a la decisión de ordenar, o no, una condena no pecuniaria. Este marco presenta los argumentos para enfocar la decisión desde un punto de vista sustantivo o procesal, articula e interpreta las fuentes de las que el árbitro puede extraer su potestad para dictar condenas no pecuniarias. Una vez resueltos estos problemas, apunta los retos que éstas pueden plantear en el futuro.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE — ORDEN — CONDENA — CUMPLIMIENTO — NO PECUNIARIAS.

ABSTRACT: *Historically, the resort to commercial arbitration has been used to request monetary relief. This widespread use has meant a lack of attention to other kinds of relief, like non-pecuniary remedies. Currently, though, certain disputes of intellectual property, corporate, or purely contractual nature cannot be successfully resolved without resorting to the latter type of relief. Despite their increasing popularity, non-pecuniary remedies encounter serious conceptual barriers to be adopted as a device at the disposal of arbitrators. The purpose of the present work is that of creating a framework for an arbitrator to decide whether to award non-monetary relief. That framework aims at providing the arguments to approach the decision from a substantive or procedural point of view; as well as systematizing and interpreting the sources from which the arbitrator may draw her/his power to dictate a non-pecuniary order. Once these problems have been resolved, it also points to the challenges ahead.*

KEYWORDS: ARBITRATION — NON-MONETARY — INJUNCTION — ORDER — SPECIFIC PERFORMANCE.