

ARBITRABILIDAD: REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO

MANUEL PENADÉS FONS

King's College London. Árbitro internacional

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
Enero-mayo 2021 (1)
Págs. 79-122

Resumen: El alcance de la arbitrabilidad se ha ampliado sustancialmente en las últimas décadas. Sin embargo, su fundamento conceptual y sus perfiles concretos difieren en el panorama comparado. En ocasiones, estas diferencias pueden tener un impacto muy relevante sobre el resultado de una disputa. Este art. estudia la base teórica de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva, así como su reciente evolución, su vinculación con las normas de competencia exclusiva y las cuestiones de ley aplicable que la rodean. Por último, se exploran algunos de los casos más problemáticos de inarbitrabilidad, como ocurre en materia de Derecho concursal.

Palabras clave: Arbitrabilidad – Orden público – Normas imperativas – Convención de Nueva York – Derecho de la Unión Europea.

Abstract: The reach of arbitrability has widened significantly over the last decades. Still, its conceptual foundation and its specific scope differ across legal systems. Occasionally, these differences may produce a relevant impact in the outcome of a dispute. This article explores the theoretical basis of objective and subjective arbitrability, as well as their recent evolution, their link to the notions of exclusive jurisdiction and the questions of applicable law that surround them. Finally, the paper explores some of the most controversial cases of inarbitrability, such as the case of insolvency law.

Keywords: Arbitrability – Public policy – Mandatory rules – New York Convention – European Union law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELEVANCIA DE LA ARBITRABILIDAD EN EL TRACTO ARBITRAL. III. LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA. 1. *Modelos de arbitrabilidad.* 1.1. Modelo 1: arbitrabilidad basada en el carácter disponible del objeto del arbitraje. 1.2. Modelo 2: Arbitrabilidad basada en el carácter pecuniario de la disputa y la progresiva ampliación de la arbitrabilidad según la *second-look doctrine*. 2. *La arbitrabi-*

lidad de materias concretas. 2.1. Derecho de la competencia. 2.2. Derecho concursal. 3. Ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva. 4. Análisis ex officio de la arbitrabilidad de la disputa. IV. LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA. 1. Supuestos controvertidos de inarbitrabilidad subjetiva. 1.1. Sujetos de Derecho público. 1.2. Partes sujetas a procedimientos de insolvencia. 2. Ley aplicable a la arbitrabilidad subjetiva. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional ha vivido décadas de exponencial expansión. Sin embargo, su alcance continúa siendo limitado. Entre otras razones, ello se debe a que la autonomía de la voluntad, que es el principio motor del arbitraje, no es absoluta. Como resultado, continúa habiendo determinadas materias y personas que están excluidas de la esfera arbitral. La definición de estas exclusiones es el objeto de la noción de arbitrabilidad y su razón de ser fue expuesta hace ya más de un siglo por un tribunal estadounidense en los siguientes términos (quizá ya algo superados):

«While the law favors the submission to arbitration of disputes arising between individuals over private matters as to which they alone are concerned, the submission to arbitrators of questions in which the public at large is interested, is not only discounted but positively forbidden»¹.

Deriva de ello que, incluso si el convenio arbitral es válido de acuerdo con consideraciones eminentemente contractuales, la voluntad arbitral de las partes puede resultar infructífera si la disputa en cuestión no puede ser resuelta mediante arbitraje, ya porque el objeto de la controversia no es capaz de ser sometido a determinación arbitral *ex lege* (inarbitrabilidad objetiva) ya porque alguna de las partes de la contienda no está autorizada a someter sus disputas al mecanismo arbitral (inarbitrabilidad subjetiva). En estos casos, el consentimiento sin arbitrabilidad no puede resultar en arbitraje. Es decir, no es la falta de consentimiento arbitral sino la imposibilidad del mismo, por mor de ilegalidad, lo que impide, en el caso concreto y según las circunstancias, la validez o la eficacia del acuerdo².

Tal referencia a la ilegalidad se debe a que la inarbitrabilidad tiene un origen legal. Esto es, frente a otros factores fácticos o económicos que pueden impedir el accionamiento de un convenio arbitral, la imposibilidad de someter una materia a decisión arbitral deriva de una prohibición legal; es un impedimento jurídico³. A este origen legal se añade también la peculiaridad

1. *Benton v. Singleton*, 114 Ga. 548, 40 S.E. 811 (1902).

2. En otros casos, un mismo convenio arbitral puede permanecer válido y eficaz si la disputa sí es arbitrable. Aunque estrechamente relacionadas, la arbitrabilidad y la validez del convenio arbitral constituyen categorías jurídicas autónomas.

3. Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Nueva York, Kluwer Law International, 2014, p. 948; Arfazadeh, H., «Arbitrability Under the New York Convention:

de que las normas relativas a la arbitrabilidad van más allá del derecho general relativo a la formación de negocios jurídicos que puede aplicarse, entre otros, a los convenios arbitrales. Con carácter general, la falta de arbitrabilidad deriva de normas que expresa o implícitamente prohíben la sumisión a arbitraje de determinadas materias o impiden la participación en el mismo por parte de ciertas categorías de personas. Es, por tanto, un régimen específicamente arbitral. Por esta razón, tal y como se expone con más detalle en las siguientes secciones, resulta necesario escindir conceptualmente la noción de inarbitrabilidad de las de orden público y normas imperativas, que operan tanto fuera como dentro del arbitraje.

La arbitrabilidad es también un requisito continuado. Ello se manifiesta en que existan distintos momentos o ventanas procesales en los que tribunales nacionales y arbitrales cuentan con la posibilidad de evaluar que, efectivamente, se cumplen los requisitos de arbitrabilidad exigidos por la normativa relevante. La Sección II de este artículo identifica tales momentos procesales.

Asimismo, y a diferencia del proceso de armonización que ha existido a nivel internacional en relación con muchas de las facetas relativas al arbitraje, la regulación y la determinación de la arbitrabilidad continúan eminentemente ancladas a los Derechos nacionales. Es decir, sin perjuicio de excepciones por influencia del Derecho supranacional (ej., el Derecho de la Unión Europea), cada Estado decide soberanamente qué materias y personas pueden ser objeto y sujeto de arbitraje⁴. Inevitablemente, esto da lugar a discrepancias en el panorama comparado, lo que en arbitrajes internacionales obliga a considerar cuestiones relativas a la ley aplicable a la arbitrabilidad. Las Secciones III y IV, relativas a la arbitrabilidad objetiva y subjetiva respectivamente, incluyen sendos apartados dedicados a esta cuestión.

The *Lex Fori* Revisited», *Arbitration International*, vol. 17/4, 2001, p. 73; Schramm, D., Geisinger, E., y Pinsolle, P., «Article II», *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke et al., eds.), Kluwer, 2010, p. 68; Mourre, A., «Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator», *Arbitration International*, vol. 22, 2006, p. 95; Hanotiau, B., «L'arbitrabilité», *R. des C.*, t. 296 (2002), p. 29; Böckstiegel, K.-H., «Public Policy and Arbitrability», *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders ed.), Londres, ICCA Congress Series No. 3, 1987, p. 177; Van Den Berg, A., *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. Asser Institute, La Haya, 1981, pp. 152-54 y 368-75.

4. En general, vid. Blackaby, N. et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 124; Radicati Di Brozolo, L., «The impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends», *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011/3, p. 663; y Hanotiau, B., «What law governs the issue of arbitrability?», *Arbitration International*, vol. 12, 1996, p. 391.

II. LA RELEVANCIA DE LA ARBITRABILIDAD EN EL TRACTO ARBITRAL

La arbitrabilidad es un requisito perenne durante el arbitraje. Su determinación puede devenir relevante tanto en el propio procedimiento arbitral como en momentos procesales previos y posteriores al mismo. Es, por tanto, una cuestión que puede plantearse tanto ante tribunales arbitrales como ante autoridades judiciales.

Desde un punto de vista cronológico, las autoridades judiciales pueden verse empujadas a decidir sobre la arbitrabilidad de la disputa antes de la activación de los efectos positivos o prorrogatorios del convenio arbitral, esto es, con antelación al comienzo del procedimiento arbitral. El supuesto más claro de esta intervención se produce cuando la parte demandada en una acción interpuesta por vía judicial se opone a la continuación del proceso en virtud de declinatoria jurisdiccional amparada en la existencia de un convenio arbitral entre las partes litigantes. En estos supuestos, los arts. 8.1 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL (en adelante, «LMU»), II de la Convención de Nueva York de 1958 (en adelante, «CNY») y VI del Convenio europeo de Ginebra de 1961 (en adelante, «CG») prevén el deber judicial de remitir las partes a arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que el acuerdo arbitral invocado es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Para que el convenio arbitral se beneficie de este régimen y, por tanto, produzca el descrito efecto competencial negativo o derogatorio es necesario que verse sobre «una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje» (art. II.1 CNY).

Deriva de este régimen que la arbitrabilidad (objetiva y subjetiva) de la disputa constituye un requisito previo al deber de remisión al arbitraje por parte del juez nacional. El alcance de esta comprobación varía en el panorama comparado. Mientras algunos Estados entienden que es una materia que ha de ser decidida plenamente por la autoridad judicial, incluso a pesar de su inclusión en el principio de *competence-competence*⁵, otros Estados defienden que, precisamente porque la arbitrabilidad es un componente de la *competence-competence* arbitral, resulta apropiado remitir esa decisión al tribunal arbi-

5. Ej., en España: la Sentencia 409/2017 del Tribunal Supremo (Sala Civil) (ECLI: ES:TS:2017:2500) y en relación con la misma Penadés Fons, M. y Tent Alonso, P., «Enforcement of Arbitration Agreements by National Courts: What Level of Review?», *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* (K. Fach Gómez y A.M. López Rodríguez, eds.), Wolters Kluwer, 2018, pp. 3-17. En Inglaterra: *Golden Ocean Group Limited v. Humpuss Intermoda Transportasi Tbk Ltd, Genuine Maritime Ltd* [2013] EWHC 1240 (Comm), [59] y *Nigel Peter Albon v. Naza Motor Trading SDN BHD & ORS* (No. 3), [2007] EWHC 665 (Ch), [14]. En EE.UU.: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, (US Supreme Court, 1985).

tral, al menos en la fase pre-arbitral y salvo en casos de flagrante inarbitrabilidad⁶.

Otros escenarios en los que una autoridad judicial puede tener que pronunciarse sobre la arbitrabilidad de una disputa con antelación a una decisión arbitral al respeto incluyen el nombramiento judicial de un árbitro⁷, la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje en curso o inminente⁸, la solicitud de una medida anti-proceso (*antisuit injunction* o *antiarbitration injunction*) o la reclamación de daños por la infracción de un convenio arbitral.

Fuera de la esfera judicial, también es posible que una institución arbitral pueda tener que decidir en fase pre-arbitral acerca de la existencia *prima facie* de un convenio arbitral entre las partes de la contienda⁹. Este análisis, sin embargo, raramente incluirá cuestiones de arbitrabilidad.

Una vez comenzado el procedimiento arbitral y constituido el tribunal, el principio de *competence-competence* otorga a los árbitros competencia para decidir acerca de su propia competencia. Uno de los componentes de esta decisión es la arbitrabilidad de la disputa, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva.

Por último, la intervención de las autoridades judiciales en la fase post-laudo puede dar lugar a decisiones en materia de arbitrabilidad. Así lo reflejan de forma expresa los arts. V(2)(a) CNY y 36.1.b.i LMU en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y el art. 34.2.b.i LMU en relación con la acción de anulación.

Como posteriormente se expone, esta pluralidad de foros y momentos procesales en los que la cuestión de arbitrabilidad es relevante y puede ser objeto de análisis es uno de los rasgos que ha permitido su evolución a lo largo de las últimas décadas (pues facilita la operatividad de la *second-look doctrine*). A la vez, es una de las razones por las que su régimen de ley aplicable deviene particularmente complejo.

6. Ej., en Francia el art. 1448 NCCP. Sobre esta cuestión *vid.* en general BACHAND, F, «Does Article 8 of the Model Law Call for full or prima facie review of the arbitral tribunal's jurisdiction?», *Arbitration International*, Vol. 22, 2006, p. 465.

7. Aunque en estos casos, algunas jurisdicciones como España e Inglaterra entienden que no es oportuno que el juez se pronuncie sobre la arbitrabilidad de la disputa. *Vid.* párrafo IV.2 de la EdM de la LA España. En Inglaterra, así lo establecen de forma general *Silver Dry Bulk Company Limited v. Homer Hulbert Maritime Company Ltd* [2017] EWHC 44 (Comm), *Noble Denton Middle East v. Noble Denton International Ltd* [2010] EWHC 2574 (Comm) y *Man Enterprise Sal v. Al-Waddan Hotel Ltd* [2013] EWHC 2356 (TCC).

8. Auto de la AP Sevilla (Sección 6.^a), 68/2011 de 29 de abril de 2011 (ECLI:ES:AP-SE:2011:1733A).

9. Ej., art. 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021.

III. LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA

La arbitrabilidad objetiva, también llamada arbitrabilidad *ratione materiae*, hace referencia a la posibilidad de someter una pretensión a decisión arbitral. La existencia de limitaciones a esta facultad deriva en áreas de inarbitrabilidad o «bloques de incompetencia»¹⁰. La razón de ser de estas exclusiones reposa sobre la existencia de consideraciones de orden público e interés general que, a los ojos de un determinado ordenamiento, hacen necesario que las disputas directamente relacionadas con ellas tengan que ser resueltas por autoridades del Estado y no por árbitros nombrados por las partes.

Desde un punto de vista terminológico, conviene precisar que aunque en ocasiones se hable de la arbitrabilidad de una disputa, el debate acerca de la arbitrabilidad objetiva ha versado tradicionalmente sobre materias o áreas jurídicas, esto es, sobre el objeto de las disputas. Así lo demuestra que se hable de la arbitrabilidad del Derecho de la competencia o del Derecho concursal. Este tradicional enfoque, sin embargo, no puede ignorar que lo que realmente se plantea no es la posibilidad de someter a arbitraje una materia en sentido abstracto, sino si las pretensiones de las partes que son objeto de la disputa son susceptibles de decisión final y definitiva por la vía arbitral o si, por el contrario, su contenido exige intervención judicial¹¹. Ello es importante porque una de las razones que ha permitido la marcada ampliación del concepto de arbitrabilidad ha sido la precisión de que existen materias que, si bien han de quedar excluidas de la esfera arbitral cuando se plantean a título principal en el seno de una disputa, sí pueden ser objeto de decisión arbitral cuando surgen exclusivamente como cuestión incidental. En ambos casos, la materia es la misma, pero la pretensión de las partes y por tanto el objeto de la decisión arbitral, difieren de forma sustancial.

Las siguientes líneas comienzan por analizar los varios fundamentos conceptuales que se utilizan para definir el alcance de la arbitrabilidad objetiva. Seguidamente, el texto se detiene en la evaluación de la arbitrabilidad de algunas materias concretas que tradicionalmente han sido fuente de duda o controversia, concretamente el Derecho de la competencia y el concursal. En tercer lugar,

10. Gonzalo Quiroga, M., «Arbitrabilidad condicionada», *Enciclopedia de Arbitraje* (J. L. Collantes González, ed.), Mario Castillo Freyre, Lima, 2018, vol. 1, p. 63.

11. Vid. Montero Aroca J. A. y Esplugues Mota, C., «Artículo 2. Materias objeto de arbitraje», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 123 y 140, y Brekoulakis, S., «On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern», *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (L. Mistelis y S. Brekoulakis, eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2009, p. 39. Igual postura mantuvieron la *Cour d'Appel* de Rennes, en su Sent. de 26 septiembre 1984 (*Auvinet S.A. v S.A. Sacomi et Poirier*), disponible en *Revue de l'Arbitrage*, 1986/3, p. 441 con «Annotation» de Ancel, P., o la Sent. 47/2015 del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2015:6237).

se trata la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad. Finalmente, el estudio se centra en el análisis de la consideración *ex officio* de las cuestiones de arbitrabilidad por parte de autoridades judiciales y tribunales arbitrales.

1. MODELOS DE ARBITRABILIDAD

El alcance de la arbitrabilidad objetiva no se define a la luz de idénticos parámetros conceptuales y metodológicos en todos los Estados. Con carácter general, es posible identificar dos modelos. Uno, más restrictivo, que limita la esfera de lo arbitrable tomando como base el carácter dispositivo de las materias objeto de disputa. El otro, más amplio, que extiende los confines de la arbitrabilidad a todas aquellas pretensiones que tengan naturaleza pecuniaria o patrimonial.

1.1. Modelo 1: arbitrabilidad basada en el carácter disponible del objeto del arbitraje

De acuerdo con el primer modelo, únicamente pueden someterse a arbitraje disputas que versen sobre materias respecto de las cuales las partes tengan plena capacidad de disposición.

Este modelo responde a una concepción del arbitraje como acto dispositivo. Es decir, si se entiende que las partes pueden disponer de una materia y, por tanto, concluir por ellas mismas negocios jurídicos al respecto, también han de poder someter a arbitraje las disputas derivadas de tales negocios. Y ello sobre la base de que el convenio arbitral no es sino un acuerdo por el que las partes delegan a un tercero (árbitro) la resolución de una disputa que bien podría haberse resuelto mediante autocomposición. En definitiva, el convenio arbitral es, de facto, un encargo de re-redacción de los términos de la relación entre las partes a la luz del devenir de los hechos probados y elementos jurídicos relevantes.

Deriva de esta concepción estrictamente contractualista que allá donde opera la libertad de disposición también podrá operar el arbitraje. Por el contrario, las áreas (incluso de Derecho privado) pobladas por limitaciones impuestas mediante normas no dispositivas (imperativas) estarán excluidas de la esfera arbitral porque en ellas no juega la libertad de disposición, al menos en sentido pleno. Permitir lo contrario implicaría dotar a los árbitros de una competencia que está extramuros de la capacidad negocial de las partes y permitirles que se pronunciaran sobre materias en las que, al operar normas no dispositivas, existen consideraciones de interés público que han de quedar exclusivamente tuteladas por las autoridades públicas del Estado¹².

12. Vid. en este sentido la Sent. 3/2015 del TSJ de Castilla y León (sede Burgos), Sala de lo Civil y Penal, de 10 de abril de 2015 (ECLI:ES:TSJCL:2015: 1472).

Un ejemplo de esta posición se encuentra expresamente recogido en el art. 2.1 LA España, según el cual «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»¹³. En palabras del Tribunal Constitucional español,

«el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición»¹⁴.

Este régimen es aplicable tanto a arbitrajes internacionales como domésticos¹⁵.

Estados con consolidada tradición pro-arbitral tales como Francia y Suiza también han adoptado esta visión más restringida de la noción de arbitrabilidad objetiva, pero han limitado su aplicación a arbitrajes internos. Así, el art. 354 CPC Suiza prevé que «*L'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties*», mientras que para arbitrajes internacionales el art. 177.1 LFDIP Suiza dispone que «*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*». De forma similar, el art. 2059 CC Francia establece que «*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*»¹⁶, pero la jurisprudencia francesa ha declarado que tal concepción no se extiende a los arbitrajes internacionales¹⁷.

13. La EdM de la LAE (apartado II) establece que «El art. 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988 [...] la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles». No obstante, como se expone en el siguiente apartado, parece que la jurisprudencia española ha virado progresivamente, aunque con cautela, hacia una visión más amplia de la arbitrabilidad.

14. Auto del TC núm. 259/1993, de 20 de julio de 1993, con la que concurren las Sents. de la AP Barcelona (Sección 15.ª) de 9 febrero 2010 (ECLI:ES:APB:2010:2747) y de la AP Guipúzcoa (Sección 2.ª) de 27 enero 2000, así como el Auto del TS (Sala 1.ª) de 25 julio 1989.

15. Sent. 3/2015 del TSJ de Castilla y León (sede Burgos), Sala de lo Civil y Penal, de 10 de abril de 2015 (ECLI:ES:TSJCL:2015:1472). También se adscriben a este modelo los ordenamientos jurídicos de Estados como: Art. 737 CPCyC Argentina; art. 1 LA Brasil; art. 3 LA China; art. 806 CPC Italia; art. 13.1 LA Japón; y art. 9 LA Noruega.

16. El art. 2060 CC complementa el mentado precepto precisando que «1. *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. 2. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre*».

17. Sentencias de la *Cour de Cassation*, de 2 mayo 1966 (*Trésor Public v. Galakis*) y de la *Cour d'appel* de 20 junio 1969 (*Impex v. Malteria Adriatica*), disponible en 1969 *Revue de L'Arbitrage*, p. 95.

1.2. Modelo 2: Arbitrabilidad basada en el carácter pecuniario de la disputa y la progresiva ampliación de la arbitrabilidad según la «second-look doctrine»

No cabe duda de que un modelo como el anterior impone limitaciones significativas a la operatividad de arbitraje, incluso en el área del Derecho Privado. Sin perjuicio de la primacía de los intereses privados que caracteriza a esa parcela del Derecho, el desarrollo normativo de las últimas décadas demuestra un incremento sustancial de la regulación que pretende ordenar los negocios *inter privados* con el fin de tutelar, a la vez, el interés general que directa o indirectamente se ve afectado por los mismos. Si el arbitraje solo puede operar en relación con disputas en las que las partes no están constreñidas por normas no dispositivas o en las que no existen consideraciones de interés público que puedan resultar relevantes, la parcela de la arbitrabilidad objetiva quedaría reducida de forma sustancial.

Es por esta razón que, principalmente desde la década de los 80, se ha expandido con fuerza un segundo modelo que aboga por una concepción más amplia de la arbitrabilidad según la cual no es apropiado equiparar el cerco de la inarbitrabilidad con las esferas de operación de las normas imperativas y el orden público. Este modelo en modo alguno niega la existencia de normas imperativas o ignora que la propia noción de orden público reposa sobre la existencia de intereses generales que privan a las partes de una autonomía contractual absoluta en la regulación de sus relaciones jurídico-privadas. De hecho, reconoce que precisamente esta es la razón por la que determinadas materias no pueden quedar sometidas a arbitraje. Sin embargo, de acuerdo con esta segunda concepción, la existencia de normas imperativas que regulan la materia objeto de la disputa y la afectación de cuestiones consideradas de interés general o incluso de orden público no ha de derivar necesariamente en inarbitrabilidad. Más bien su efecto en la esfera arbitral ha de ser la necesidad de que la decisión arbitral respete dichas limitaciones, que simplemente actúan como condicionante del contenido de la vía arbitral pero no como impedimento¹⁸. Para que tal vía quede cerrada será necesario que exista una norma que prohíba la arbitrabilidad de las materias objeto de la disputa.

Sin duda, esta concepción ha supuesto una apertura significativa de las materias consideradas arbitrables. De hecho, como seguidamente se expone, tales consideraciones han pasado de actuar como meros límites en el primer

18. Born, G. B., *op.cit.*, p. 951 y Mourre, A., «Arbitrability of Antitrust Law From the European and US Perspectives», *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (G. Blanke y P. Landolt, eds.), Wolters Kluwer, Londres, 2011, p. 11. Incluso existen algunos Estados que incluyen este enfoque de forma expresa en su normativa arbitral (ej., el art. 2639.2 CC Québec). *Vid.* también la Sent. del TSJ de Madrid (Civil y Penal), de 24 marzo 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:3275).

modelo a convertirse en mecanismos de garantía y legitimidad del arbitraje. Este cambio de paradigma se debe a una triple razón.

En primer lugar, se ha pasado a asumir de forma generalizada que los árbitros han de respetar el orden público relevante y aplicarán las normas imperativas apropiadas según la norma de conflicto¹⁹. Es decir, la actuación arbitral no tiene lugar a espaldas o fuera de esos parámetros sino dentro de los mismos.

En segundo lugar, ha aumentado el número de Estados que acepta la necesidad de adoptar distintos parámetros de arbitrabilidad según la disputa sea interna o internacional, en línea con la distinción entre orden público interno e internacional. Ejemplo paradigmático de ello es el pronunciamiento de la *US Supreme Court* en el conocido asunto *Mitsubishi*:

*«concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and international tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context [...] It is necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration»*²⁰.

Con ello no se hace sino reconocer que en situaciones derivadas del comercio internacional la confluencia de intereses estatales heterogéneos y la necesidad de facilitar la actividad comercial transfronteriza recomiendan moderar las normas e intereses internos que restringen la esfera de arbitrabilidad. A ello se suma el argumento de que, siendo la política general de la Convención de Nueva York la ejecución de convenios y laudos arbitrales, los Estados signatarios de la misma han de interpretar de forma restrictiva excepciones como la inarbitrabilidad, que impiden tal resultado²¹.

Por último, se ha extendido el convencimiento de que la aplicación de normas imperativas y consideración del orden público por parte de tribunales arbitrales no implica que el Estado pierda el control sobre dichas cuestiones y, por tanto, la posible desprotección de los intereses por ellas tutelados. En efecto, la clave de bóveda de este modelo es la pretendida garantía de que cuando el laudo presente dudas de compatibilidad con respecto a dichas consideraciones meta-privadas, el régimen de acciones judiciales post-laudo permite generalmente anular el laudo e impedir su eficacia. Esa es precisamente la esencia de la *second-look doctrine*, consolidada por el ya mencionado asunto *Mitsubishi*²².

19. Asunción que, no obstante, en la práctica no está libre de importantes dudas e incertidumbres en relación con su alcance y aplicación al caso concreto.

20. *Mitsubishi Motors, cit.*, 626-627 y 639. Similar posición adopta la Sent. del Tribunal Federal suizo de 23 junio 1992, DFT 118 II 353.

21. Born, G. B., *op.cit.*, pp. 955 y 975. También en *Mitsubishi Motors, cit.*, 639.

22. Aunque la primera referencia a dicha lógica se encuentra en las Sents. de la *US Supreme*

En virtud de esta doctrina, la anterior política de denegar validez y eficacia a los convenios arbitrales relativos a disputas que requieran la aplicación de normas no disponibles para las partes ha de remplazarse en favor de un régimen de control *a posteriori*. Esto es, en pro de la existencia de mecanismos de control judicial que permiten anular y denegar eficacia a decisiones arbitrales que vulneren los intereses de orden público tutelados por esas normas²³.

Tal cambio en la estructura *procesal* de la revisión de la arbitrabilidad ha resultado, con el tiempo y con la evolución de la jurisprudencia, en un cambio *material* en el alcance de la misma, que se ha ampliado de forma sustancial para equipararse con la categoría de disputas de contenido patrimonial o pecuniario. Un cambio de paradigma que desde hace décadas se ha expandido más allá de EE.UU. para instalarse en relevantes jurisdicciones arbitrales. Es por ello por lo que, como ya se ha mencionado, el art. 177.1 LFDIP Suiza dispone que «*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*»²⁴. Con similar tenor se pronuncian el §1030 CPC Alemania y el §582 CPC Austria, según los cuales cualquier reclamación relativa a un interés económico puede ser sujeta a un convenio arbitral y en aquellos casos en los que tal interés no exista el convenio arbitral surtirá efectos jurídicos si las partes tienen la facultad de negociar sobre el objeto de la disputa²⁵. La misma filosofía ha sido adoptada en abundante jurisprudencia moderna en el panorama comparado²⁶.

Esta expansión del concepto de arbitrabilidad ha llevado a que algunos autores proclamen, no sin cierta exageración, la «muerte» o vacuidad de la inarbitrabilidad objetiva como categoría jurídica autónoma²⁷. Sea como fue-

Court en Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 US (1974), 515-516 y *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 US 1 (1972), 1907.

23. *Mitsubishi Motors*, *cit.*, 638, nota 19.

24. *Vid.* también las Sents. del Tribunal Federal suizo, de 23 junio 1992, DFT 118 II 353, 767 y de 15 marzo 1993, DFT 119 II 271, 275, así como BARON, P., y LINIGER, S., «A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany», *Arbitration International*, 19/1, 2003, pp. 27-54.

25. La sec. 10(1) LA Nueva Zelanda comparte esta filosofía.

26. A título de ejemplo, en Alemania: Sent. del Tribunal Supremo alemán de 19 julio 2004, II ZR 65/03. En Canadá: Sent. de la *Cour d'appel* de Québec de 9 de noviembre de 1990, *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. v. Constrs. Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, 2789. En España: Auto de la AP Madrid (Sección 14.ª) de 23 diciembre 2004, *Can Taulina SL v. Totalfinalf España (Total Spain SA)*, núm. 1/2005. En Francia: Sents. de la *Cour d'appel* de Paris de 20 marzo 2008, *Jacquetin v. SA Intercaves* (en 2008 *Revue de l'Arbitrage*, p. 341). En Italia: Sents. de la Corte de Apelación de Milán, de 5 julio 2006, *Terra Armata Srl v. Tensacciai SpA*, (en *ASA Bulletin*, 25, 2007, pp. 618-24) y de 13 septiembre 2002 (en *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 105). En EE.UU.: Sents. de la *US Supreme Court* en *Mitsubishi Motors*, *cit.*, 626-627 y *Scherk*, *op-cit.*, 515-16. En Suecia: Sent. del Tribunal Supremo sueco de 15 noviembre 2005, *Archangelskoe Geologodobychnoe Predpriyatie v. Archangel Diamond Corp.*, T-2277-04, 7.

27. rau, A., «The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR», *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 452 y youssef, K. A., «The Death of Inarbitrability»,

re, lo que este enfoque produce es la percepción de que pocas son las áreas jurídicas en las que no puede jugar el arbitraje, llegando a que jurisdicciones originalmente adscritas al modelo expuesto en el apartado anterior hayan llegado a afirmar que «por lo general, casi todas las materias son susceptibles de arbitraje» y que «en la actualidad, el criterio de disponibilidad o no de la materia se aproxima cada vez más al criterio de la patrimonialidad o de la susceptibilidad de que los derechos en disputa tengan un contenido económico, incluidas cuestiones societarias y relativas a la propiedad intelectual»²⁸.

Es por ello que la forma actual de concluir que una materia es inarbitrable generalmente necesitará asidero argumental en una de las siguientes dos ideas. La primera es que la mera sumisión de la disputa a arbitraje produzca una confrontación manifiesta con el orden público relevante, algo que quedará reducido muy probablemente a algunas áreas de Derecho público o que requieran directa intervención pública. La segunda es la existencia de manifestaciones normativas o jurisprudenciales expresas que excluyan la arbitrabilidad de una determinada materia. En este sentido, la determinación de la inarbitrabilidad en Estados como EE.UU. requiere un ejercicio interpretativo caso-por-caso focalizado en identificar si el legislador pretendió excluir el arbitraje de los mecanismos empleados por las partes para vindicar los derechos que les concede cada uno de los instrumentos legislativos. Desde *Mitsubishi*, el punto de partida en este análisis es que la arbitrabilidad es la solución por defecto salvo que exista demostración indubitada de contrario en el texto de la norma o en su historia parlamentaria²⁹.

Antes de proceder a explorar el resultado que este segundo modelo produce sobre la arbitrabilidad objetiva de materias concretas, deviene oportuno incluir dos breves apuntes. Uno de ellos hace referencia a las incertidumbres que derivan de la *second-look doctrine* a pesar de su atractivo intelectual. El otro trata la relación existente entre los límites de la arbitrabilidad y las normas de atribución exclusiva de competencia judicial internacional.

Arbitrability: International & Comparative Perspectives (L. Mistelis y S. Brekoulakis, eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2009, pp. 47-67.

28. Sent. 3/2015 del TSJ de Castilla y León (sede Burgos), Sala de lo Civil y Penal, de 10 abri 2015 (ECLI:ES:TSJCL:2015:1472). De hecho, algunas resoluciones han afirmado que estas consideraciones «permiten situar el límite de lo que puede ser objeto de arbitraje en el orden público» (aunque esta aseveración también pudiera atribuirse al primer modelo). Véanse los Autos de la AP Madrid (Sección 14.^a), de 22 junio 2011 (ECLI:ES:APM:2011:10022A) y de 15 de junio de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:11309A) y de la AP Madrid (Sección 25.^a), de 3 enero 2011 (ECLI:ES:APM:2011:12A), y las Sents. de la AP Barcelona (Sección 15.^a), de 30 de junio de 2008 y 16 de marzo de 2005. (Referencia ECLI o Aranzadi?).

29. *Mitsubishi Motors*, cit., 639-640, nota 21. También en la Sent. en *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 US 220, 226-27 (US Supreme Court, 1987).

a) Las limitaciones de la *second-look doctrine* o arbitrabilidad condicionada

La *second-look doctrine* también ha sido acuñada con acierto por alguna autora como «arbitrabilidad condicionada»³⁰. En efecto, el modelo reposa sobre la *condición* de que existen mecanismos para garantizar la correcta tutela de los intereses que persigue proteger la normativa no dispositiva y las consideraciones de orden público pretendidamente aplicables a la disputa. Sin perjuicio del resultado pro-arbitral que esta metodología acarrea, no puede ignorarse que su llevanza a la práctica no produce necesariamente los estándares de garantía sobre los que conceptualmente reposa. Y ello se debe a una pluralidad de factores, que brevemente se mencionan³¹.

Primero, aunque los árbitros han aumentado el espectro de materias sobre las que pueden decidir, este progreso no ha venido acompañado en las leyes arbitrales nacionales por un régimen conflictual que establezca de forma clara el deber de aplicar o, cuanto menos, respetar las normas imperativas de los ordenamientos que puedan estar vinculados con la disputa. A diferencia de preceptos como el art. 9 Roma I, el núcleo del mandato de los árbitros sigue orientado principalmente por el deber de dictar un laudo válido y con visos de ejecutabilidad para las partes.

Segundo, en el contexto de la UE, incluso cuando los árbitros acceden a aplicar normas imperativas de origen europeo, el propio Derecho de la Unión les priva de la posibilidad de enviar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en condiciones equivalentes a los órganos judiciales de los Estados Miembros³².

Tercero, la posibilidad de que los órganos judiciales puedan ejercer el mencionado *second look* está condicionada a que una de las partes comience una acción judicial en relación con el laudo. De lo contrario, el laudo permanecerá inaccesible para las autoridades nacionales. Además, cuando las partes hayan escogido una sede fuera del territorio del Estado cuya normativa se cuestiona, la competencia para la acción de anulación no corresponderá a ningún tribunal de ese Estado. Incluso cuando la sede se localice dentro de ese territorio, el laudo será inescrutable si la parte condenada cumple voluntaria-

30. Gonzalo Quiroga, M., *op.cit.*, pp. 63-66.

31. Véanse similares consideraciones en Penadés Fons, M., «La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*», *España y la Unión Europea en el orden internacional* (E. Petit De Gabriel y J. Alcaide Fernández, eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 601-602.

32. Así lo disponen los Asuntos C-125/04, *Denuit and Cordenier v. Transorient*, [2005] Rec. I-923 (ECLI:EU:C:2005:69), pár. 13; Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV*, [1999] Rec. I-3019, (ECLI:EU:C:1999:269), pár. 34; y C-102/81, *Nordsee v Reederei Mond*, [1982] Rec. I-1095 (ECLI:EU:C:1982:107), párs. 10-12.

mente con el laudo o la acción de ejecución se interpone fuera del mismo. Es decir, *a priori* nada impide que un laudo contrario a una normativa imperativa pueda surtir plenos efectos en un Estado distinto si ese laudo cumple con las condiciones de reconocimiento y ejecución previstas en ese territorio (probablemente, las contenidas en la Convención de Nueva York).

Cuarto, las causales que se prevén en el Derecho arbitral para la anulación de un laudo o para la denegación de su reconocimiento o ejecución son siempre *numerus clausus*, de modo que, si la pretendida violación causada por el pronunciamiento arbitral no es subsumible en ninguno de ellos, el laudo surtirá plenos efectos.

Quinto, dentro de estas causales no se encuentra el error en la aplicación sustantiva del Derecho, de modo que, salvo en los casos en los que exista afectación del orden público, la interpretación arbitral se encuentra blindada frente a la autoridad judicial.

Sexto, la causal de orden público se define generalmente a la luz de una fuerte corriente pro-arbitral que restringe su ámbito a cuestiones de orden público internacional y no doméstico. Desde este punto de vista, no toda inaplicación de una norma imperativa resultará necesariamente en una vulneración del orden público del órgano que escruta el laudo³³. Es decir, el enfoque del modelo de escrutinio «minimalista» está generalmente más extendido que el «maximalista»³⁴.

Séptimo, el único orden público que es relevante tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución es el del Estado que conoce de dicha acción y no el del Estado cuyo orden público puede estar directamente afectado por la disputa. Por ejemplo, es posible que un tribunal de fuera de la Unión no emplee normas europeas para definir la excepción de orden público³⁵.

33. Con respecto a la diferencia entre la noción de orden público y normas imperativas *vid.* la Recomendación 3(a) del Report de la International Law Association (ILA) titulado «Final Report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards». En el mismo sentido también, Paschalidis, P., «Challenges under EU Law to the Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention», *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges* (K. Fach Gómez y A.M. López Rodríguez, eds.), Wolters Kluwer, 2018, pp. 219-236, 232 y Penadés Fons, M., «The effectiveness of EU law and private arbitration», *Common Market Law Review*, vol. 57/4, 2020, p. 1096.

34. *Vid.*, Penadés Fons, M., «El *effet utile* y la prohibición de *revision au fond* en el arbitraje internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2016, p. 256 y bibliografía allí citada.

35. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en la Sent. del Tribunal Federal suizo, de 6 marzo 2006, en *Tensacciai v Terra Armata* (en *Revue de l'Arbitrage* 2006, p. 736), en el que el Tribunal suizo ordenó la ejecución de un laudo contrario al Derecho de la competencia de la Unión sobre la base de que el único orden público relevante para el análisis era el helvético, que en ese caso no había sido vulnerado por el laudo.

Por último, incluso si es posible salvar todos los factores enumerados, la doctrina del *second look* limita su actuación a la fase post-laudo, cuando las partes han pasado por un proceso arbitral probablemente costoso y posiblemente dilatado en el tiempo. Es decir, es un sistema diseñado para eliminar resultados arbitrales patológicos, pero no para prevenirlos.

Si, a pesar de todo lo mencionado, los Estados continúan apoyando una visión amplia de la arbitrabilidad es por razones de política legislativa y económica en favor del arbitraje comercial internacional, independientemente de los riesgos que en ocasiones su empleo pueda generar acerca de la efectividad de cierta normativa imperativa del Estado³⁶. Quizá estos riesgos también explican que en determinados casos tribunales nacionales de algunos Estados hayan optado por no ejecutar un convenio arbitral cuando la controversia en cuestión pudiera afectar a intereses meta-privados regulados por normas imperativas de ese Estado y el régimen arbitral no ofreciera garantías suficientes de que éstas iban a ser adecuadamente aplicadas³⁷. Esta postura ha sido criticada por algunos autores y tribunales, pero no puede ser ignorada³⁸.

b) Arbitrabilidad y normas de atribución exclusiva de competencia judicial internacional

Las normas de atribución exclusiva de competencia judicial tienen por objeto designar a la autoridad nacional competente para resolver determinadas disputas con carácter único y excluyente. Tales normas existen tanto a nivel interno como internacional³⁹. El recurso a las normas de competencia exclusiva para delimitar el cerco de la inarbitrabilidad es una cuestión harto controvertida. Una opinión defiende que el interés general que frecuentemente motiva las normas de competencia exclusiva coincide con las consideraciones de orden público que generalmente se invocan para limitar la arbitrabilidad

36. Riesgos que tampoco son ignorados por voces generalmente tan pro-arbitrales como la de G. B. BORN, *op. cit.*, p. 981.

37. En Alemania, Sent. del Tribunal regional de Múnich de 17 mayo 2006 (en *Praxis Des Internationalen Privat Und Verfahrensrechts*, 2007, p. 322). En Bélgica: Sent. de la *Cour de Cassation* de 16 noviembre 2006, *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc.* (en *Revue Belge de Droit Commercial*, 2007, p. 889). En Inglaterra: *Accentuate Ltd v. Asigra Inc.* [2009] EWHC 2655 (Comm), [89]. *Vid.*, al respecto, el análisis por kleinheisterkamp, J., «The impact of internationally mandatory laws on the enforceability of arbitration agreements», *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 3/2, 2009, pp. 91-120.

38. *In extenso*, BORN, G. B., *op. cit.*, pp., 953-954 y quinke, D., «Article V(2)(a)», *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary* (R. Wolff, ed.), Beck, Hart and Nomos, Londres, 2012, pp. 386-388.

39. Ejemplo de ello es el art. 24 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Bruselas I bis»).

de una disputa. De acuerdo con esta postura, la indisponibilidad en la esfera judicial también implicaría imposibilidad de sumisión arbitral⁴⁰.

Frente a esta opinión, otra parte igualmente relevante de la literatura entiende que la naturaleza de las reglas de atribución de competencia exclusiva impide equiparar sus mandatos a normas de inarbitrabilidad⁴¹. Primero, porque las políticas que motivan la imposición de un foro exclusivo, aun siendo generalmente de interés general o de orden público, no son aplicables a los tribunales arbitrales, pues éstos, como se ha expuesto arriba, hace ya décadas que cuentan con autoridad para tomar en consideración normas imperativas y resolver disputas que porten elementos de interés general. Segundo, porque el objetivo general de las normas de competencia exclusiva es distribuir las funciones entre los distintos órganos judiciales en el plano internacional o doméstico, pero no delimitar cuál es el rol que se le ha de reconocer el arbitraje. Así lo manifiesta el Auto de la AP de Madrid (Sección 14.ª), de 15 de junio de 2011:

«la norma procesal de competencia puede ser imperativa y de orden público dentro del proceso, pero no serlo en instituciones ajenas a él. A fin de cuentas, la indisponibilidad que impide el arbitraje es la referente a la materia; al Derecho material discutido que constituye el objeto, pero no a los derechos procesales puros, excluidos del arbitraje por definición».

La tercera razón es que el régimen de competencia exclusiva no viene siempre motivado por la necesidad de proteger intereses calificables como de orden público, sino que también responde a otras razones, por ejemplo relacionadas con la economía procesal o la eficacia de la decisión judicial. Es decir, motivos de conveniencia. Por tanto, emplear esas reglas como criterio imperativo para definir el ámbito de la inarbitrabilidad acabaría desembocando en una noción más amplia de la que fue expuesta en el apartado anterior.

El recurso a esta postura es particularmente frecuente en el debate referido a la relación entre el Reglamento Bruselas I y el arbitraje, en el que muchos autores defienden que las normas de competencia exclusiva de ese

40. Fernández Rozas, J. C., «Ámbito de aplicación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje», *Estudios de derecho judicial*, vol. 102, 2006, p. 77; Schramm, D., Geisinger, E., y Pinsolle, P., *op. cit.*, p. 68; Arfazadeh, H., *op. cit.*, p. 77; Paschalidis, P., *op. cit.*, p. 231. Idéntica postura adopta el tribunal arbitral en el laudo final dictado en el Asunto CCI 12193 (2004), sección III.C, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 86.

41. *Vid.*, en general, BORN, G. B., *op. cit.*, p. 959, con abundantes citas. No obstante, su opinión es mucho más mesurada en relación con las normas de competencia exclusiva del Reglamento Bruselas I (p. 991).

instrumento no pueden operar como normas de arbitrabilidad⁴². Clarificador y decisivo en este punto resulta el Informe Schlosser sobre el Convenio de Bruselas de 1968, que sigue teniendo relevancia en el régimen Bruselas y Lugano vigente⁴³:

«El Convenio no limita la libertad de las partes para someter un litigio a un tribunal arbitral. Así es también en el caso de procedimientos para los cuales el Convenio haya instituido una competencia exclusiva. Por supuesto, el Convenio no prohíbe que los legisladores nacionales declaren nulos los compromisos arbitrales relativos a litigios para los cuales existan competencias exclusivas, ya sea en virtud de derecho nacional, ya sea en virtud del Convenio»⁴⁴.

La misma postura se ha mantenido también en relación con reglas de competencia de origen interno⁴⁵ o, por ejemplo, en el contexto de disputas relacionadas con materia concursal⁴⁶. Según esta posición, la arbitrabilidad ha de venir definida únicamente por las consideraciones de orden público que se opongan específicamente a la existencia del arbitraje y por las normas propias del Derecho arbitral que expresamente lo prohíban.

-
42. Gandía SellenS, M. A., *op. cit.*, pp. 62-65; Tang, Z. S., *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, Routledge, Londres, 2014, p. 108; y Poudret, J. F., y Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 294-295.
43. Así lo confirma la Opinión del AG Jaaskinen, en el Asunto C-352/13 *Cartel Damages Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV* (ECLI:EU:C:2014:2443), nota 111.
44. Informe del Professor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOUE, 90/C 189/10, 184), p. 63.a.
45. Barona Vilar, S., «Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia» y «Artículo 29. Demanda y contestación», *Comentarios a la Ley de Arbitraje (S. Barona Vilar, coord.)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 409 y 515 (respectivamente); Bouza Vidal, N., «La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral», *Revista Española de Derecho Internacional* vol. LIII/2, 2000, p. 376. Además, también existe jurisprudencia al respecto. *Vid.* el Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 15013 (2009), inédito, p. 7, citado en Gandía Sellens, M. A., *op. cit.*, p. 64; Laudo parcial dictado en el Asunto CCI 6709 (1992) (en Arnaldez, J. J., derains, Y., y Hascher, D., (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, 1997, p. 437); el Laudo final dictado en el Asunto CCI 4491 (1983) (en *Journal de Droit International*, vol. 112, 1985, p. 966); y el Laudo final dictado en el Asunto CCI 2048 (1971), citado en DERAINS, Y., «L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle», *Revue de l'Arbitrage*, 1977, pp. 40-61, p. 45.
46. Liebscher, C., «Insolvency and Arbitrability», *Arbitrability: International & Comparative Perspectives (L. Mistelis y S. Brekoulakis, eds.)*, Kluwer Law International, La Haya, 2009, pp. 165-192, pp. 169, 172 y 174 (con respecto a Austria, Francia y Alemania respectivamente); Perret, F., «Faillite et arbitrage international», *ASA Bulletin*, vol. 25(1), 2006, p. 38; Lazić, V., *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, p. 61; y Ancel, P., «Arbitrage et procédures collectives», *Revue de l'Arbitrage*, vol. 3, 1983, pp. 255-272, p. 256.

Finalmente, existe alguna voz que, aun adhiriéndose a esta segunda postura, matiza que el efecto de las normas de competencia judicial exclusiva es que, «aunque [la materia] sea arbitrable el arbitraje tiene que tener lugar en el Estado de la competencia exclusiva y no en otro. El sistema de control sobre el arbitraje, sea internacional o nacional, de este Estado garantiza el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la competencia exclusiva»⁴⁷. El autor desconoce pronunciamientos judiciales o arbitrales que adopten esta postura minoritaria.

2. LA ARBITRABILIDAD DE MATERIAS CONCRETAS

La arbitrabilidad objetiva carece de una regulación uniforme en el panorama comparado. Sin perjuicio de que puedan identificarse ciertos patrones de evolución paralela entre determinados Estados, los instrumentos internacionales en materia arbitral continúan dejando a los Estados la labor (y la facultad) de determinar el alcance de la arbitrabilidad. Buen ejemplo de ello es la Convención de Nueva York, cuyas referencias al requisito de que el «asunto que pueda ser resuelto por arbitraje» (art. II.1) y a la causal relativa a que «el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje» (art. V.2.a) no vienen acompañadas de ninguna definición sustantiva respecto al contenido específico de tales preceptos. Si acaso, lo único que deriva del texto de la Convención de Nueva York en materia de arbitrabilidad es que puede alcanzar a diputas relacionadas con «una determinada relación jurídica, contractual o no contractual» (art. II.1) y que, salvo que los Estados parte lo declaren en el momento de firmar o ratificar la Convención, su régimen puede extenderse más allá de «litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por [el] derecho interno» del Estado en cuestión (art. I).

Tales referencias a relaciones contractuales y no contractuales, así como comerciales, no implican que el cerco de la inarbitrabilidad coincida con el alcance del Derecho mercantil o, ni siquiera, con el del Derecho privado en general. Incluso asumiendo que pudiera (y debiera) escindirse el Derecho entre categorías de Derecho público y privado, la evolución de los ordenamientos jurídicos demuestra que las consideraciones de orden público e interés general que en ocasiones resultan en inarbitrabilidad pueden permear cualquier rama jurídica. Por tanto, el requisito de arbitrabilidad se ha de evaluar en relación con todas las materias, caso por caso y a la luz del Derecho aplicable. Todo ello sin perjuicio de que pueda afirmarse que en Derecho privado la arbitrabilidad

47. Virgós, M., «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, vol. 14, 2006, p. 23.

constituye la regla general⁴⁸, siendo necesario evidencia de un pronunciamiento legislativo o jurisprudencial expreso que prevea la inarbitrabilidad o, al menos, una razón significativa de política normativa que justifique tal restricción⁴⁹.

Esta situación ha dado lugar a una gran variedad de soluciones de arbitrabilidad en el panorama comparado y en relación con cada área del Derecho. El estudio pormenorizado de cada una de estas materias requeriría una obra monográfica sobre el tema⁵⁰. Para no pecar de insultante superficialidad, a continuación se analizan solo dos de las áreas que tradicionalmente han dado lugar a más debate acerca de su arbitrabilidad: el Derecho de la competencia y el Derecho concursal. Ambas son muestra de que las mayores dudas en materia de arbitrabilidad surgen en las áreas grises de la pretendida división entre Derecho público y privado; ramas jurídicas híbridas con elevado componente regulatorio e intervención pública a pesar de que la iniciativa privada continúe jugando en ellas un rol fundamental.

2.1. Derecho de la competencia

Resulta apropiado comenzar este análisis con el Derecho de la competencia. La evolución de la jurisprudencia al respecto es ejemplo paradigmático de la progresiva apertura del concepto de arbitrabilidad en el Derecho comparado. De hecho, varias de las sentencias relevantes en esta materia constituyen verdaderos hitos en relación con la arbitrabilidad en general. Ejemplo de ello son la ya mencionada sentencia *Mitsubishi* de la U.S. *Supreme Court* o el asunto *Eco Swiss* resuelto por el TJUE.

El Derecho de la competencia tiene como objeto la regulación de la conducta de los participantes en el mercado con el fin de proteger la existencia de un proceso competitivo que acabe produciendo beneficios para el interés general. El importante componente regulatorio, la participación de instituciones públicas y la presencia de un interés general, siquiera de forma difusa, plantean importantes interrogantes acerca de la arbitrabilidad de disputas que afecten a esta rama del Derecho. En efecto, el tribunal estadounidense que resolvió la famosa controversia en *Mitsubishi* en primera instancia resumió con claridad las razones por las que tradicionalmente se había entendido que disputas relacionadas con el Derecho de la competencia no eran aptas para arbitraje:

48. Así lo afirma, por ejemplo, la Sent. 47/2015 del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 junio 2015 (ECLI:ES:TSJCAT:2015:6237).

49. Así lo expuso, por ejemplo, la *Supreme Court* de Singapur en *Larsen Oil & Gas Pte Ltd v. Petroprod Ltd* [2011] SGCA 21.

50. Para ello, *vid.* Mistelis, L., y Brekoulakis, S., (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haya, 2009.

«The reasoning is fourfold: (1) governance of the realm of antitrust law, so vital to the successful functioning of a free economy, is delegated by statute to both government and private parties, the latter being given special incentive to supplement efforts of the former; the work of both being equally the grist of judicial decisions, (2) the strong possibility that contracts which generate antitrust disputes may be contracts of adhesion militates against automatic forum determination by contract; (3) antitrust issues are – an understatement – prone to be complicated, and the evidence extensive and diverse, and, we may add, the economic data subject to rigorous analysis dictated by a growing and increasingly sophisticated jurisprudence, with the subject correspondingly ill-adapted to strengths of the arbitral process, i.e., expedition, minimal requirements of written rationale, simplicity, resort to basic concepts of common sense and simple equity; and (4) the notion, suggestive of the proposition that issues of war and peace are too important to be vested in the generals, that decisions as to antitrust regulation of business are too important to be lodged in arbitrators chosen from the business community – particularly those from a foreign community that has had no experience with or exposure to our law and values»⁵¹.

A pesar de todo ello, y como ya ha quedado mencionado, la *US Supreme Court* aprobó la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho *antitrust* relevantes en aquella disputa. Además del carácter internacional del arbitraje, la Corte justificó su decisión sobre la base de que la sumisión a arbitraje de aquellas materias no implicaba su extracción definitiva e irremediable de la esfera judicial sino que, en virtud de la ya expuesta *second-look doctrine*, el control judicial se trasladaba a la fase post-laudo.

La Unión Europea adoptó una postura similar en *Eco Swiss*⁵². El TJUE declaró en este asunto que el Derecho de la competencia de la UE forma parte del orden público que las autoridades jurisdiccionales de los Estados Miembros han de aplicar cuando evalúan un laudo en acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución (pár. 37). Se ha entendido que este pronunciamiento consagra de forma implícita la arbitrabilidad de cuestiones relativas al Derecho de la competencia de la UE bajo la salvaguarda de la revisión disponible en la fase post-laudo. Es decir, un resultado similar al sancionado por la *U.S. Supreme Court* en *Mitsubishi*, pero con la diferencia de que en aquel caso el pronunciamiento a favor de la arbitrabilidad fue expreso y en el contexto de una acción de ejecución de un convenio arbitral, mientras que en *Eco Swiss* tal conclusión solo se alcanza como derivación implícita del fallo del TJUE en una acción prejudicial centrada en el concepto de orden público y remitida en el marco de litigación post-laudo.

A partir de este pronunciamiento, amplia jurisprudencia nacional ha apo-

51. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st Circuit, 1983), confirmada por la *US Supreme Court* en 1985, *Mitsubishi Motors, cit.*, 646-650.

52. *Eco Swiss, cit.*

yado la posibilidad de resolver por vía arbitral cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia⁵³, así como lo han hecho tribunales arbitrales⁵⁴.

Esta posición, sin embargo, no implica que todo el Derecho de la competencia sea susceptible de arbitraje. Lo que significa en materia de acuerdos anticompetitivos y de abuso de posición dominante es que es posible tramitar acciones privadas en las que la existencia de una cuestión relativa al cumplimiento del Derecho de la competencia es una cuestión previa (ej., acción de daños por incumplimiento del Derecho de la competencia)⁵⁵ o una cuestión incidental (ej., argumento por parte de la demandada aduciendo que la acción de cumplimiento contractual no puede prosperar debido a la infracción del Derecho de la competencia en el contrato generador de la disputa, o solicitud de aplicación de una exención por categoría)⁵⁶. Ello, sin embargo, no alcanza la posibilidad de que árbitros apliquen el Derecho de la competencia tal y como corresponde a las autoridades públicas competentes para esa función (ej., la imposición de sanciones por comportamiento anticompetitivo, el

53. En Australia: Sents. de la Corte Federal en *Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty Ltd*, [2006] FCAFC 192, [240] y *Recyclers of Australia Pty Ltd v. Hettinga Equip. Inc.*, (2000) 175 ALR 725). En España: Sent. del TSJ (Civil y Penal), de 24 marzo 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:3275). En Francia: Sents. de la *Cour de cassation (civ. 1e)* de 4 junio 2008, *SNF v. Cytec* (en *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 473), y de la *Cour d'appel* de París de 18 noviembre 2004, *SA Thalès Air Défense v. GIE Euromissile* (en *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 986); *Société Aplix*, cit.; *Société Labinal*, cit. En Inglaterra: *ET Plus SA*, cit., [51]. En Italia: Sent. de la Corte de Apelación de Bolonia, de 21 diciembre 1991, *SpA Coveme v. Compagnie Française des Isolants* (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, p. 422). En Suiza: Sents. del Tribunal Federal, de 13 noviembre 1998 (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXV, 2000, p. 511) y de 28 abril 1992 (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, p. 143); En Países Bajos: Sent. del Tribunal regional de La Haya, de 24 marzo 2005, *Mktg Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV* (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI, 2006 p. 820).
54. Laudo final en el Asunto CCI 8423 (1999) (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXVI, 2001, p. 153); Laudo final en el Asunto CCI 7673 (1994) (en *ICC Court Bulletin*, vol. 6/1, 1995, p. 57); Laudo parcial en el Asunto CCI 7146 (1997) (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXVI, 2001, p. 119); Laudo final en el Asunto CCI 7097 (1992) (en *ICC Court Bulletin*, Special Supplement: *International Commercial Arbitration in Europe*, 1993, p. 38); Laudo final en el Asunto 4604 (1984) (en *Journal du Droit International*, vol. 112, 1985, p. 973); Laudo CAS Case No. 98/200, de 20 agosto 1999 (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXV, 2000, p. 393); Laudo final de 23 septiembre 1997 ante la *Chamber of National and International Arbitration of Milan* (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIII, 1998, p. 93).
55. Así lo disponen expresamente el §1(3) LA Suecia y el § 9 LA Noruega. También lo deciden así la Sent. de la *Supreme Court of British Columbia* (Canadá) de 4 marzo 2020, en *John Williams v. Amazon.com Inc. and ors.* (2020, Docket No. S1810560); en España, la Sent. del TSJ de Madrid (Civil y Penal), de 24 marzo 2015; o en Reino Unido, *ET Plus SA v. Jean-Paul Welter* [2005] EWHC 2115 (Comm), [51].
56. Ej., Von Segesser, G., y Schramm, D., «Swiss International Arbitration Act (Chapter 12: International Arbitration)», *Concise International Arbitration* (L. Mistelis, ed.), Kluwer International, La Haya, 2010, p. 915. En España, Auto de la AP Madrid (Sec. 14.^a), de 27 mayo 2004, núm. 99/2004.

establecimiento de regímenes de clemencia o alerta, etc.). Generalmente, esta faceta permanece fuera de la esfera arbitral.

Igualmente, el control de concentraciones constituye un área que corresponde exclusivamente a las autoridades de la competencia. Si acaso, existe una práctica minoritaria que permite la introducción de convenios arbitrales *erga omnes* como una de las condiciones a las que se sujeta la autorización de una concentración. A través de estas cláusulas arbitrales abiertas, la entidad concentrada ofrece a competidores o intervinientes en el mercado relevante la posibilidad de accionar un procedimiento arbitral para dirimir la existencia de cualquier supuesta infracción por parte de la entidad concentrada de las condiciones impuestas por la autoridad de la competencia al autorizar la operación. Son procedimientos en los que la decisión pública de autorización constituye un elemento de juicio significativo y en los que en ocasiones se permite la participación de la autoridad de la competencia en calidad de *amicus arbitri*⁵⁷.

En definitiva, como se aprecia, es la faceta privada (el *private enforcement*) del Derecho de la competencia en vez de su vertiente pública (el *public enforcement*) la que con carácter mayoritario (pero no unánime)⁵⁸ se permite canalizar a través del mecanismo arbitral para resolver disputas de forma firme y definitiva.

En último lugar, resulta apropiado apuntar que en ocasiones las incertidumbres relacionadas con la posibilidad de someter a arbitraje disputas que afecten al Derecho de la competencia (como también ocurre con el Derecho concursal y otras materias) no se abordan tanto como una cuestión de arbitrabilidad sino como un tema unido al ámbito objetivo del convenio arbitral. Es decir, más allá de que la disputa sea o no arbitrable, un tribunal puede rehusar la competencia arbitral sobre la base de que la naturaleza extracontractual de la infracción *antitrust* y del derecho de resarcimiento derivado de la misma, así como el carácter generalmente oculto de tal infracción, impiden concluir con certeza que las partes realmente quisieran someter a arbitraje la resolución de esas disputas cuando concluyeron el convenio arbitral. Es muy probable que en aquel momento la infracción del Derecho de la competencia todavía no hubiera tenido lugar o, al menos, fuera desconocida para una de las partes.

57. Para más detalle Penadés Fons, M., «Beyond the *Prima Facie* Effectiveness of Arbitration Commitments in EU Merger Control», *Common Market Law Review*, Vol. 49/6, 2012, pp. 1915-1950. Expresamente se refiere a este tipo de arbitraje la Sent. del TSJ de Madrid, de 24 marzo 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:3275).

58. En Estados como China la jurisprudencia es mucho más vacilante e incluye varios pronunciamientos recientes en contra de la posibilidad de arbitrar disputas relacionadas con el Derecho de la competencia. Ej., Sent. del Tribunal Supremo de la Gente de China, de 21 agosto 2019, *Shell China Co. Ltd. v Huili Hohhot Co., Ltd.* ([2019] Zhi Min Xia Zhong No. 47) y Sent. de la Alta Corte de Jiangsu, de 29 agosto 2016, *Nanjing Songxu Technology Co., Ltd. v Samsung China Investment Co., Ltd.* ([2015] Su Zhi Min Xia Zhong No. 00072).

Esta es precisamente la lógica que llevó al TJUE a excluir estas cuestiones del ámbito objetivo de cláusulas de atribución de foro en el caso *Cartel Damages Claims*⁵⁹ y que posteriormente ha sido aplicada por alguna jurisprudencia nacional a convenios arbitrales⁶⁰.

2.2. Derecho concursal

La imposibilidad de que, en casos sometidos a arbitraje, los órganos judiciales intervengan en cuanto al fondo del asunto ha hecho que la arbitrabilidad objetiva sea tradicionalmente una cuestión muy controvertida cuando una de las partes está sometida a un procedimiento de insolvencia. Si uno de los rasgos característicos de las situaciones concursales es la concentración en un foro judicial o público de las actuaciones relativas a la gestión y disposición del patrimonio del concursado, resulta legítimo preguntarse si debería permitirse que existan procedimientos autónomos y privados que resuelvan disputas cuyo resultado puede afectar a ese patrimonio y a los intereses colectivos.

La respuesta a esta pregunta no puede encontrarse directamente en los instrumentos internacionales en materia arbitral o concursal ya que éstos guardan silencio en cuanto a la relación sustantiva de las dos disciplinas⁶¹. Por esta razón, una parte importante de la doctrina entiende que la concreción del ámbito de la arbitrabilidad en materia concursal ha de buscarse en los Derechos nacionales⁶². Esta postura es acorde con la idea, ya mencionada, de que cada Estado tiene el derecho de decidir el ámbito de actuación que reconoce al arbitraje.

La mayoría de los estudios de Derecho comparado concluyen que el análisis de la arbitrabilidad de la disputa requiere distinguir entre materias estrictamente

59. Asunto C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV* (EU:C:2015:335). En general, Penadés Fons, M., «Reclamaciones de daños transfronterizos y competencia internacional», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE: directiva y propuesta de transposición* (J. I. Ruiz Peris, coord.), Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2016, pp. 451-466.

60. Ej., Pavlova, P., «First Application of ECJ's Ruling in C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, in Dutch Private Enforcement Proceedings», *conflictsoflaws.net* (10 agosto 2015), en relación con la sentencia de la Corte de Apelación de Ámsterdam de 21 julio 2015. En contra, *Microsoft Mobile Oy (Ltd) v Sony Europe Ltd* [2017] EWHC 374 (Ch), [189] y la sent. del Tribunal Regional de Dortmund, de 13 septiembre 2017 (8 O 30/16 (Kart)).

61. No obstante, véase el «*IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration*» (2021, disponible en www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/toolkit-arbitration-insolvency.aspx) en el que el autor ha actuado como Academic Chair.

62. Por todos, Born, G. B., *op. cit.*, p. 994; Sachs, K., «Insolvency Proceedings and International Arbitration» *Collected courses of the International Academy for Arbitration Law*, Vol. 1/1, 2013, p. 27; Jones, D., «Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal's perspective», *Arbitration*, vol. 78/2, 2012, p. 124; y Sutcliffe, J., y Rogers, J., «Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times», *Arbitration*, vol. 76/2, 2010, p. 279.

tamente concursales y materias que afectan directa o indirectamente al concurso pero cuya existencia no deriva necesariamente de él⁶³. Las primeras son tradicionalmente etiquetadas como «*pure or core insolvency issues*», mientras que las segundas son conocidas como «*non-pure or non-core insolvency issues*».

Las materias puramente concursales son aquellas que surgen exclusivamente en el contexto de un procedimiento de insolvencia y que encuentran su base jurídica en la normativa concursal. Constituye una cuestión pacífica que estas cuestiones no son susceptibles de sujeción a arbitraje y que han de someterse a la competencia de las autoridades del Estado⁶⁴. De hecho, parece que la inarbitrabilidad del Derecho concursal puro está tan asumida en la práctica que ni si siquiera es posible encontrar casos en los que las partes hayan intentado tramitar un procedimiento arbitral al respecto⁶⁵. Por esa razón, las únicas resoluciones arbitrales que declaran la imposibilidad de tramitar un procedimiento arbitral sobre esas materias lo hacen mediante pronunciamientos *obiter dicta*⁶⁶.

Según la opinión de algunos autores, la inarbitrabilidad de estas cuestiones viene motivada por la inaptitud del arbitraje para gestionar conflictos que requieren necesariamente una tramitación colectiva, para los cuales el foro

63. A título de ejemplo, Kovacs, R., «A Transnational Approach to the Arbitrability of Insolvency Proceedings in International Arbitration», *III Prize Gold Medal Winning Paper del International Insolvency Institute*, 2012, pp. 58-92; Sutcliffe, J., y Rogers J., *op. cit.*, pp. 281-285; Liebscher, C., *op. cit.*, p. 165; Poudret, J. F., y Besson, S., *op. cit.*, pp. 306-309; Perret, F., *op. cit.*, pp. 40 *et seq.*; y V. Lazic, *op. cit.*, Capítulo 4 íntegro.

64. Por todos, incluso haciendo referencia a países con tradición marcadamente pro-arbitral como Suiza o Francia, *vid.* G. B. Born, *op. cit.*, p. 994; Paulsson, J., *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 118; Jones, D., *op. cit.*, p. 127; Liebscher, C., *op. cit.*, p. 166; Heredia Cervantes, I., «Nota a la Sentencia de la AP Madrid (Sección 20.ª), de 9 abril 2008», *Revista del Club Español del Arbitraje*, vol. 6, 2009, pp. 198-210, 199; Poudret, J. F., y Besson, S., *op. cit.*, p. 306; Perret, F., *op. cit.*, p. 37; Kaufmann-Kohler, G., y Lévy, L., «Insolvency and international arbitration», *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth* (H. Peter, N. Jeandin y J. Kilborn, eds.), Schulthess, Zürich, 2006, pp. 260-262; Mourre, A., «Arbitraje y Derecho Concursal: Reflexiones sobre el papel del juez del concurso y del árbitro», *Revista Española de Arbitraje*, 2007, p. 232; Lévy, L., «Insolvency in Arbitration (Swiss Law)», *International Arbitration Law Review*, vol. 1, 2005, pp. 23-37, p. 28; Hanotiau, B., (2002), *op. cit.*, p. 181; Lazic, V., *op. cit.*, pp. 154-157; Mantilla Serrano, F., «International arbitration and insolvency proceedings», *Arbitration International*, vol. 11/1, 1995, pp. 51-75, p. 69; y Von Mehren, R., «From *Vynior* case to *Mitsubishi*: The future of arbitration and public law», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 35, 1986, pp. 597 y 606.

65. Así lo concluye también Mantilla Serrano, F., *op. cit.*, p. 69.

66. Así lo demuestran los laudos dictados en los Asuntos CCI 16369 (2012), Laudo final (en *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, p. 190, afirmando que la asunción de competencias en materia concursal «usurparía autoridad pública»); 11876 (2002), Laudo final (en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20/1, 2009), p. 85); y 6697 (1990), *Casa v Cambior*, Laudo parcial (en *Revue de l'Arbitrage* 1992, p. 142).

judicial ofrece herramientas procesales más apropiadas⁶⁷. Es decir, no es la naturaleza de los intereses en juego, sino la inaptitud procedimental del arbitraje para gestionarlos y tutelarlos, la que motiva la prohibición de su utilización en escenarios concursales.

En línea con esta idea, otros autores afirman que la única razón que justifica el régimen de inarbitrabilidad es la inverosimilitud de que, una vez surgida la insolvencia, se puedan alcanzar convenios arbitrales en los que el deudor y todas las partes afectadas acuerden someter todas las cuestiones derivadas de la misma a un procedimiento arbitral⁶⁸. De acuerdo con esta postura, la tutela colectiva es el objetivo principal del Derecho concursal, de modo que si ésta pudiera conseguirse a través de un convenio arbitral multiparte y de ámbito objetivo amplio, el Estado no debería tener ninguna razón legítima para impedir el arbitraje.

Ésta es una postura que no concede a los intereses concursales peso específico para sustentar el régimen de inarbitrabilidad, lo que podría hacerla susceptible de crítica. La puesta en marcha de la maquinaria estatal en casos de insolvencia no viene motivada solo por la necesidad de ofrecer un foro colectivo que permita gestionar la pluralidad de impagos presentes o futuros derivados de la insuficiencia financiera de una parte. También se debe a la voluntad del Estado de solventar una patología grave en el funcionamiento del mercado que puede desplegar efectos perjudiciales sobre cualquier parte que interactúe con la concursada. Es decir, el Derecho concursal puede concebirse como el resultado del interés estatal por crear y gestionar mecanismos de saneamiento dirigidos a eliminar disfunciones mercantiles surgidas dentro de su territorio. Por tanto, es el interés público el que motiva la limitación de las facultades del deudor y el que justifica la alteración o suspensión de sus obligaciones contractuales (y del *pacta sunt servanda*). Asimismo, es ese interés el que explica que los Estados desactiven su política pro-arbitral y limiten la libertad de las partes de acudir al arbitraje para resolver disputas de naturaleza patrimonial.

Esta postura también viene confirmada por el contenido propio del Derecho concursal. Así, una vez se dan los requisitos para abrir el procedimiento de insolvencia, existen ciertas reglas concursales que no pretenden tutelar a

67. Brekoulakis, S., *op.cit.*, pp., 19, 21 y 44, y Kröll, S., «Arbitration and Insolvency Proceedings», *Pervasive problems in International Arbitration* (L. Mistelis y J. M. Lew, eds.), Kluwer International, La Haya, 2006, p. 358.

68. Paulsson, J., *op.cit.*, p. 207; LIEBSCHER, C., *op.cit.*, p. 176; Vidal, D., «Arbitration and Insolvency Proceedings: Comments on ICC Awards and Other Recent Decisions», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20/1, 2009, pp. 51-73, p. 52 (aunque este último autor defiende que el «imperium» ejercido por la autoridad judicial sobre la pluralidad de partes concurrentes en el concurso no se debe solo a razones de eficiencia sino también de moralidad económica); y Mourre, A., *op.cit.*, p. 231.

los acreedores, sino que van más allá de los intereses de las partes involucradas. Ejemplos de ello son la restricción de la capacidad de obrar del deudor o el régimen punitivo que algunos Derechos imponen sobre los administradores sociales causantes de la insolvencia (inhabilitación durante largos periodos o, incluso, responsabilidad penal). El objetivo de estas previsiones excede del carácter indemnizatorio que pueden tener otras reglas concursales y no persigue compensar a los acreedores por la contribución que los administradores hayan tenido a la generación o agravamiento de la insolvencia. Por el contrario, son medidas impuestas por el Estado con carácter estrictamente sancionador y en beneficio del mercado en general.

Por esta razón, no parece acertado defender que la inarbitrabilidad del núcleo duro concursal es una mera consecuencia de la improbabilidad de que se acuerde un convenio arbitral sobre ellas. Más bien, es el resultado de que existan, junto con los privados, intereses públicos que también merecen tutela en la tramitación concursal. Otra cosa es que, en casos excepcionales, el propio Estado prevea la posibilidad de recurrir al arbitraje para solventar algunas cuestiones que puedan estar relacionadas con la insolvencia o de que en un futuro puedan existir modificaciones legislativas que permitan el arbitraje de concursos *in totum*, sobre todo para gestionar insolvencias transfronterizas⁶⁹. Sin embargo, en esos supuestos el arbitraje no será exclusivamente la consecuencia de la voluntad de las partes, sino que formará parte de las herramientas proporcionadas específicamente por el régimen concursal de un ordenamiento.

Frente a estas materias, las cuestiones no propiamente concursales se refieren a todas aquellas controversias que puedan afectar al deudor durante la tramitación del procedimiento de insolvencia pero cuya existencia, aun pudiendo estar vinculada con sus dificultades económicas, no ha de darse necesariamente en el seno de un concurso de acreedores. Es decir, disputas en las que la situación concursal no constituye un elemento constitutivo o *sine qua non*, sino un elemento únicamente circunstancial (aunque innegablemente relevante). Este rasgo se manifiesta frecuentemente en el hecho de que la base jurídica de la acción no se localiza en la normativa concursal sino fuera de ella (típicamente otra legislación civil y mercantil).

La respuesta en el Derecho comparado respecto a la posibilidad de arbitrar estas disputas es muy variada. Mientras algunos Estados entienden que la insolvencia de una parte no impide la eficacia de sus compromisos arbitrales⁷⁰,

69. Esta posibilidad es el objeto de un proyecto vigente del Chartered Institute of Arbitrators y la Judicial Insolvency Network en el que el autor ocupa el puesto de Investigador Principal.

70. *Vid.*, por ejemplo, el art. 140 Texto Refundido de la LC España (aunque se permite la posibilidad de suspender la eficacia del convenio arbitral, como recientemente ha ordenado el

otros Estados prohíben cualquier participación arbitral⁷¹ o, al menos, imponen un régimen de suspensión temporal o limitaciones materiales respecto a esta posibilidad⁷². Resulta incierto si todas estas soluciones se prevén a través de normas relativas a la arbitrabilidad de la disputa, ya que varias voces han sugerido que realmente han de calificarse como normas que regulan la validez y eficacia de los convenios arbitrales o la capacidad del concursado o, incluso, que son normas estrictamente concursales que actúan más allá de las categorías típicamente arbitrales. En cualquier caso, y a los efectos del presente estudio, una parte significativa de la doctrina se muestra de acuerdo en defender con carácter general la arbitrabilidad de ese tipo de disputas. Las razones que justifican esta postura son principalmente tres.

Primero, este tipo de disputas suelen derivar de las relaciones comerciales del deudor con anterioridad a la apertura del concurso y frecuentemente limitan su propósito a decidir acerca de la existencia o cuantía de un crédito a favor o en contra de la masa. Por tanto, podría defenderse que no forman parte de las funciones esenciales asignadas al procedimiento de insolvencia, pues versan sobre litigios individuales y no sobre la gestión colectiva de las pretensiones concurrentes sobre el patrimonio concursal⁷³.

Ello no equivale a afirmar que la insolvencia es una situación irrelevante para el arbitraje. Sin duda, el resultado del mismo tendrá un efecto directo sobre el interés del concurso y podrá exigir ciertas modificaciones procedimentales en la tramitación del arbitraje. Sin embargo, la presencia de ese interés no es lo suficientemente intensa como para desplazar el derecho a arbitrar de las partes y la política pro-arbitral del Estado. Con ello se corrobora la idea (ya

Juzgado de lo Mercantil de Santander (Sec. 1.^a), 30 septiembre 2019 (ES:JMS:2019:1003). Vid. Penadés Fons, M., «English Arbitration, Spanish Insolvency and David Guetta», *Kluwer Arbitration Blog*, 15 noviembre 2019.

71. Ej., Art. 87 LC Portugal, art. 83 bis LC Italia, art. 56 LC Uruguay, art. 487 LEC Letonia, o art. 7 LC Austria (solo para arbitrajes iniciados post-concurso, vid. la sent. del Tribunal Supremo austríaco de 30 noviembre 2019, 18 ONc 2/18s).
72. Ej., Francia (Sent. de la *Cour de Cassation*, civ. 1e, de 5 febrero 1991, *Société Almira Films v. Pierrel*, en *Revue de l'Arbitrage*, 1991, p. 625) y Alemania (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 noviembre 2003, 2004 ZInsO 88) reducen el arbitraje a un pronunciamiento declarativo. Francia también requiere la presentación del crédito contencioso en el procedimiento concursal como requisito previo a la continuación o comienzo del arbitraje (art. 48 LC Francia y Sent. de la *Cour de Cassation*, civ. 1e, de 6 mayo 2009, *Jean X. v. International Co. for Commercial Exchanges (Income)*, en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, p. 353). En Inglaterra, la section 130 de la *Insolvency Act* impone una moratoria («*automatic stay*») en todos los procedimientos individuales del concursado, incluidos los arbitrales, aunque el juez puede ordenar su levantamiento. Lo mismo ocurre en EE.UU. (USA Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §362(a)). Vid. también, para Singapur, el asunto *Larsen Oil*, *op. cit.*
73. Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 60.

pacífica) de que los tribunales arbitrales no han de restringir su competencia a controversias de carácter estrictamente privado y con intereses exclusivamente *inter partes*. Como ya quedó explicado en la anterior sección, desde hace ya varias décadas el arbitraje es depositario de la confianza de una mayoría importante de Estados para aplicar normas consideradas imperativas o de orden público y para resolver disputas que puedan tener implicaciones sobre intereses *praeter partes*.

Segundo, no puede afirmarse que la participación del deudor o de la administración concursal en un procedimiento arbitral resulte *in abstracto* y *per se* contraria a los intereses del concurso⁷⁴. De hecho, la posibilidad de recurrir al arbitraje puede en ocasiones convertirse en una valiosa herramienta favorable para el concurso. Por una parte, ello se debe a que cuando es éste quien ocupa la parte actora, la obtención de un laudo favorable puede dotar al concurso de un título que goza de elevada ejecutabilidad internacional gracias a la Convención de Nueva York. Este factor incrementa la liquidez potencial de la resolución y puede resultar relevante en situaciones concursales, dada la necesidad de aumentar la masa patrimonial. Por la otra, cuando la demanda arbitral va dirigida en contra del concurso, la posible dificultad de que éste cuente con la capacidad financiera suficiente para hacer frente al (frecuentemente) elevado coste del arbitraje puede incrementar la voluntad de la contraparte de alcanzar un acuerdo transaccional con el deudor. Con ello se incrementarán las posibilidades de evitar una condena de mayor cuantía⁷⁵.

Tercero, la limitación de la capacidad de obrar propia de las situaciones concursales no puede entenderse como una pérdida sobrevenida de arbitrabilidad⁷⁶. Dos razones alternativas permiten defender esta postura, una relativa a la disponibilidad de las materias sometidas a resolución y otra referente al abandono del criterio de la disponibilidad como regla para definir la noción de arbitrabilidad.

Con respecto a la primera, el hecho de que la capacidad de disponer del deudor quede afectada por la apertura de un procedimiento de insolvencia no implica que la materia devenga indisponible *per se*. En efecto, la capacidad de disposición no se extingue tras la declaración concursal sino que se traslada total o parcialmente a la administración concursal o se somete a la autoriza-

74. Así lo afirma también PAULSSON, J., *op. cit.*, p. 118.

75. No se ignora, sin embargo, que varios Reglamentos arbitrales permiten que la parte actora anticipe el pago inicial requerido por la institución para el comienzo de la tramitación del arbitraje. E.j., art. 37.5 Reglamento CCI 2021.

76. Obviamente, la pérdida de capacidad jurídica, con motivo de la liquidación y disolución de la sociedad concursada sería otra cosa, como ha reconocido el Tribunal Federal suizo en la Sent. de 16 octubre 2012, 4A_50/2012, disponible en inglés en *ASA Bulletin*, 31/2, 2013, p. 354.

ción judicial. Es decir, mientras las cuestiones propiamente concursales son en todo momento indisponibles para el deudor, sin perjuicio de la plenitud de su capacidad de obrar, las cuestiones no concursales permanecen disponibles. Únicamente varía la persona capacitada para ello⁷⁷.

En cuanto a la segunda, la explicación en Secciones anteriores demuestra que el desarrollo del Derecho arbitral en las últimas décadas ha producido que el concepto de arbitrabilidad en muchos Estados ya no venga marcado por el concepto de disponibilidad de los derechos y pretensiones de las partes, sino que este criterio ha sido sustituido por el más amplio de patrimonialidad. La relevancia de esta distinción es fundamental en el contexto de la problemática generada por el arbitraje y el concurso. Ello se debe a que la apertura de un procedimiento de insolvencia viene acompañada en la mayoría de las ocasiones por la limitación de la capacidad de obrar de la concursada. Deriva de ello que si la arbitrabilidad aún se fundara en la posibilidad del titular de disponer de sus derechos y pretensiones, podría defenderse que la declaración concursal debería acarrear la pérdida de la arbitrabilidad de la disputa⁷⁸. Este razonamiento, como ya se ha dicho, ha dejado de ser sostenible en muchos Estados⁷⁹.

Volviendo a la escisión entre acciones concursales y acciones no puramente concursales, se ha de apuntar que a pesar de su utilidad y general aceptación, no es posible encontrar en la literatura ningún criterio interpretativo que permita trazar con certeza la línea divisoria entre esas dos categorías⁸⁰. Hasta la fecha, este silencio ha obligado a que sean los Derechos arbitral y concursal de cada Estado y el caso por caso los que den contenido específico a esa clasificación.

Sin embargo, no puede ignorarse que, al menos en el territorio de la Unión Europea, una categorización muy similar a la aquí analizada se ha venido empleando durante las últimas décadas como criterio para definir los ámbitos de aplicación del Reglamento de Insolvencia y del régimen Bruselas I⁸¹. Tal escisión entre materias propiamente concursales y acciones meramente civiles o mercantiles constituye un criterio fundamental para decidir qué cuestiones caen dentro de la competencia exclusiva del juez del concurso y

77. En el mismo sentido, Chuah, J., «Resolving Unresolved Relationship Problems – the Case of Cross Border Insolvency and Pending Arbitrations», *European Company and Financial Law*, vol. 8/4, 2011, p. 441.

78. Esta idea subyace a la afirmación de Paulsson, J., *op. cit.*, p. 117.

79. En el mismo sentido se pronuncia Baizeau, D., «Arbitration and Insolvency– Issues of Applicable Law», *New Developments in International Commercial Arbitration* (C. Müller y A. Rigozzi, eds.), Schulthess, Zurich y Basel, 2009, p. 102.

80. En el mismo sentido se manifiestan Liebscher, C., *op. cit.*, p. 166, y V. Lazic, *op. cit.*, pp. 156 *et seq.*

81. Este régimen incluye el actual Reglamento Bruselas I bis, el Reglamento Bruselas I, el Convenio de Bruselas y el Convenio de Lugano.

cuáles permanecen sometidas a las normas ordinarias de competencia judicial internacional. Es decir, es una división que da contenido específico al principio de *vis attractiva concursus* en el territorio de la Unión Europea y que define los límites del juego de la autonomía de las partes para acordar cláusulas de jurisdicción.

Es, además, un criterio que han adoptado varios Estados de la Unión para su Derecho concursal internacional de origen doméstico. Ejemplo de ello es el art. 56 Texto Refundido de la LC España, relativo el régimen de competencia judicial internacional aplicable a acciones no cubiertas por los instrumentos europeos. También puede encontrarse en la doctrina *common law* de insolvencias transfronterizas, como demuestra la sentencia dictada por la *Supreme Court* inglesa en *Rubin v Eurofinance SA*⁸², donde Lord Collins distinguió entre «*claims which derive directly from the bankruptcy or winding up, and which are closely connected with them, on the one hand, and those which do not, on the other hand*».

Sobre esta base, resulta apropiado plantearse la aplicabilidad que esta división puede tener para coadyuvar en la definición *in concreto* del régimen de arbitrabilidad concursal, favoreciendo así la armonización de soluciones en todo el territorio de la Unión. Y todo ello bajo la premisa, ya expuesta anteriormente, de que las normas de atribución exclusiva de competencia judicial internacional no constituyen un criterio vinculante, sino que actúan como parámetro orientativo. Es decir, puede asumirse que las acciones no cubiertas por la competencia exclusiva concursal serán *a priori* susceptibles de sujeción a arbitraje, mientras que las que sí caigan dentro de su ámbito de aplicación tendrán que ser analizadas a la luz del régimen arbitral de cada Estado y tomando en consideración el verdadero propósito que justifica la atribución competencial exclusiva⁸³.

Sobre esta base y sin perjuicio del análisis nacional que fuera relevante en cada caso, se puede proponer que el cerco de la inarbitrabilidad debería quedar restringido a las siguientes acciones de naturaleza puramente concursal:

- La declaración de insolvencia y la apertura del procedimiento concursal.

82. [2012] UKSC 46, pár. 100.

83. Respecto a este enfoque, en general, *vid.* Poudret, J. F., y Besson, S., *op. cit.*, p. 309. Ello es especialmente relevante en relación con acciones que no son puramente concursales sino que se califican como «acciones conexas», esto es, acciones «que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una relación estrecha con él» (Asunto C-133/1978, *Gourdain v. Nadler*). Un ejemplo tradicional es el de la acción pauliana o revocatoria concursal, cuya arbitrabilidad ha sido tradicionalmente controvertida. *Vid.*, a favor, Liebscher, C., *op. cit.*, p. 169; Kaufmann-Kohler, G., y Lévy, L., *op. cit.*, pp. 263-265; L. Lévy, *op. cit.*, p. 29; y Brown-Berset, D., y Lévy, L., «Faillite et Arbitrage», *ASA Bulletin*, vol. 4, 1998, pp. 672-673. En contra, Lazic, V., *op. cit.*, pp. 199-200 y Fouchard, P., «Arbitrage et faillite» *Revue de l'Arbitrage* vol. 3, 1998, pp. 471-487, p. 478.

- La designación y nombramiento de la administración concursal.
- La concreción de los efectos que la apertura del concurso produce sobre la capacidad de obrar y las facultades del deudor.
- La determinación de las masas activa y pasiva del concurso.
- La elaboración de la lista de acreedores, la calificación de los créditos y el establecimiento de la prelación entre ellos.
- La aprobación o convalidación de un convenio de acreedores.
- La orden de pago a los acreedores y la distribución efectiva del patrimonio.
- La decisión acerca de la necesidad de liquidar y disolver la sociedad concursada, pero no la liquidación en sí de la sociedad, que sí podría someterse a arbitraje⁸⁴.
- La calificación del concurso y la determinación de la responsabilidad civil y/o criminal de los administradores sociales.
- La finalización y cierre del procedimiento concursal.

Por el contrario, la esfera de la arbitrabilidad debería comprender, al menos, cuestiones como:

- La determinación de la existencia, validez, cuantía y exigibilidad de un crédito a favor o en contra de la masa, sin perjuicio de que su inclusión efectiva en la masa corresponda a la autoridad concursal⁸⁵. Además, la arbitrabilidad no deberá verse alterada por el hecho de que la disputa venga motivada *ab initio* por la disconformidad de un acreedor con la decisión de la administración concursal de rechazar su crédito debidamente comunicado. Aunque es común que las normas concursales prevean la competencia del juez concursal para resolver estas cuestiones, las razones de eficacia en la administración de justicia que la justifican no alcanzan el nivel de orden público que se requiere para excluir la posibilidad de arbitraje⁸⁶.

84. En Francia, Sent. de la *Cour d'Appel* de París, de 21 septiembre 1993, *Morin v. Morin* (en *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 348 con «Annotation» de Cohen, D.).

85. Laudo final dictado en el Asunto CCI 13845 (2006), en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20/1, 2009, p. 108; Laudo final en el Asunto CCI 10900 (2001), en Jolivet, E., «Quesques exemples de traitement du droit des procédures collectives dans l'arbitrage» *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. IV, 2008, p. 369; Laudo final en el Asunto CCI 6549 (1993), en *id.*, p. 353; y, en España, Auto de la AP Barcelona (Sección 15.ª), de 29 abril 2009.

86. Liebscher, C., *op. cit.*, p. 175; Kaufmann-Kohler, G., y Lévy, L., *op. cit.*, p. 262. Sin embargo, esta arbitrabilidad no se reconoce ni en Italia [Poudret, J. F., y Besson, S., *op. cit.*, p. 308] ni en Suiza [Perret, F., *op. cit.*, p. 40]. Tampoco en Francia cuando la sede y el concurso coinciden en territorio francés, como establecen la Sent. de la *Cour de Cassation*, de 22 enero 2008, en *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 145 con «Annotation» por Ancel, P., y

- Las acciones de reserva de dominio, incluso si se ejercitan después de la apertura del procedimiento concursal⁸⁷.
- La cesión de los derechos de participación en una *joint venture* desde el deudor concursal a otra sociedad⁸⁸.
- La cesión de determinados contratos entre miembros del mismo grupo como consecuencia de la declaración concursal de uno de ellos⁸⁹.
- Los efectos de un convenio de acreedores sobre las deudas post-convenio derivadas de un contrato pre-concursal con el deudor⁹⁰.
- La transmisibilidad de las acciones de la sociedad concursada propiedad directa o indirecta de los miembros de la administración social tras la apertura del procedimiento de insolvencia⁹¹.
- Las acciones reivindicatorias relativas a bienes de un tercero en posesión del deudor concursal⁹².
- Las acciones para reclamar el cobro de una deuda a favor de la masa insolvente⁹³.
- Las disputas surgidas a partir de un plan de reestructuración de la deuda alcanzado con los acreedores antes de la declaración de concurso⁹⁴.
- Las acciones paulianas o revocatorias y las acciones reivindicatorias ordinarias y, dependiendo del Estado, también las concursales.

Como es posible apreciar, la inclusión de algunas de las acciones en esta lista se funda exclusivamente en la existencia de resoluciones arbitrales al respecto. Por esta razón, su validez ha de ser solo tentativa. Es decir, más allá del carácter persuasivo que estos pronunciamientos puedan tener, su aplicación a cada caso concreto seguirá estando sujeta al criterio del tribunal y a la ley que se entienda aplicable a la arbitrabilidad de la disputa.

el Laudo final dictado en el Asunto CCI 13845 (2006), *cit.* Ambas decisiones citadas con aprobación por Vidal, D., *op. cit.*, p. 63.

87. Laudo final en el Asunto CCI 11876 (2002), *cit.*

88. Laudo parcial en el Asunto CCI 13764 (2006), *cit.*

89. Laudo final en el Asunto CCI 11519 (2003), en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20/1, 2009, p. 83.

90. Laudo final en el Asunto CCI 12441 (2005), en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 20/1, 2009, p. 90.

91. Gaillard, E., y Savage, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 343, párr. 577, con cita a numerosa jurisprudencia francesa.

92. Es España, por ejemplo, así lo reconoce el apartado IV de la EdM de la Ley 11/2011 que modificó el art. 52 LC.

93. *Id.*

94. *Id.*

3. LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA

El régimen jurídico aplicable a la arbitrabilidad objetiva ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida⁹⁵. Uno de los motivos más importantes para ello es el silencio parcheado que el conjunto del Derecho arbitral ofrece al respecto. Es decir, los instrumentos arbitrales no proporcionan reglas suficientes para determinar cuál es el tratamiento que la arbitrabilidad ha de recibir a lo largo de las distintas etapas de una disputa arbitral. Tampoco esclarecen si los tribunales arbitrales y los órganos judiciales han de regirse por una misma norma de conflicto. Sobre esta base, no resulta posible garantizar que en un arbitraje se vaya a emplear únicamente una sola noción de arbitrabilidad.

Esta aparente paradoja se manifiesta incluso dentro de las reglas que regulan la intervención judicial en la fase post-laudo. Así, en materia de reconocimiento y ejecución, el art. V.2.a) CNY dispone que la arbitrabilidad de la disputa deberá definirse de acuerdo con la ley del Estado en el que se pretenda hacer valer el laudo⁹⁶. Por su parte, el régimen de las acciones de anulación propuesto por el art. 34.2.b.i) LMU establece que los tribunales de la sede podrán privar de validez a un laudo dictado en su territorio cuando, «según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje»⁹⁷. Deriva de estas normas de conflicto que, cuando las autoridades que conozcan de estas acciones estén localizadas en diferentes Estados, las concepciones de arbitrabilidad aplicables no tendrán por qué coincidir. La vinculación de la noción de arbitrabilidad con la *lex fori* pone de manifiesto la estrecha relación entre su fundamento y la idea del orden público.

Similar heterogeneidad puede crear el régimen previsto para las acciones judiciales que tienen lugar con anterioridad al comienzo del arbitraje. De acuerdo con el art. II CNY, la regla general para estos supuestos es que las autoridades de los Estados parte reconocerán el convenio arbitral y se abstendrán de entrar en el fondo de la disputa. Para ello, no obstante, el mismo precepto dispone que la controversia tendrá que hacer referencia a «un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje». Lo que no indica el precepto es qué ley tendrá que emplear el órgano judicial para evaluar ese requisito.

En la práctica, este silencio se ha suplido mediante la extensión del principio que subyace a las normas aplicables de la fase post-arbitral. Es decir, a

95. Como afirma Böckstiegel, K. H., (1987), *op. cit.*, p. 184, «[a] greement on the conclusion that there is disagreement seems to be the only common denominator that one can find between arbitrators, courts, and publicists regarding the question which is the applicable law on arbitrability».

96. Esta norma de conflicto, no obstante, puede ampliarse a través del art. VII CNY. Es aquí donde regímenes con puntos de conexión alternativos, como es el caso español, devienen relevantes.

97. Aquí también la LA España ofrece un régimen que va más allá de la *lex loci arbitri*.

pesar de que se haya mencionado que aquellas reglas proporcionan un tratamiento conflictual que puede llevar a resultados encontrados en sede de anulación y de reconocimiento y ejecución, el punto de conexión empleado en todas ellas responde a la filosofía de que cada autoridad ha de aplicar su propia noción de arbitrabilidad. En coherencia con esta remisión a la *lex fori*, la interpretación mayoritaria del art. II CNY defiende que los órganos judiciales que intervengan en la fase pre-arbitral también aplicarán su propio Derecho para determinar si la materia es susceptible de arbitraje. Así, lo reflejan la doctrina⁹⁸ y la jurisprudencia mayoritarias⁹⁹. De hecho, ésta es la solución que adopta expresamente el art. VI.2 *in fine* CG, que incluye un régimen de reconocimiento de convenios arbitrales mucho más detallado que el de la CNY.

A pesar de la aceptación general de esta postura, el silencio que caracteriza al art. II CNY permite plantearse la conveniencia de otras interpretaciones. Sobre todo, porque no resulta claro que el razonamiento descrito sea la mejor opción para promover la coherencia y eficacia del sistema arbitral. Piénsese en el siguiente supuesto.

Una parte signataria de un convenio arbitral acude a los tribunales estatales para litigar su disputa porque opina que la materia que suscita la controversia no es arbitrable. Si los tribunales de ese Estado entienden que la materia sí es susceptible de arbitraje según su propio Derecho y está incluida en el convenio arbitral, la parte demandante no podrá obtener tutela judicial

98. Born, G. B., *op. cit.*, pp. 497-498; Nacimiento, P., «Article V(1)(a)», *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (H. Kronke et al., eds.), Kluwer Law International, Londres, 2010, pp. 220-21; Brekoulakis, S., «Law applicable to arbitrability: Revisiting the revisited *lex fori*», *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (L. Mistelis y S. Brekoulakis, eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2009, p. 103; Poudret, J. F. y Besson, S., *op. cit.*, p. 285; Lew, J., Mistelis, L., y Kröll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 191; Hanotiau, B., «The law applicable to arbitrability», *ICCA Congress Series n. 9: Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention* (A. van den Berg, ed.), Kluwer Arbitration International, La Haya, 1999, p. 162.

99. Ej., en Australia: Sent. del Tribunal Federal en *Casaceli v. Natuzzi SpA*, [2012] FCA 691. En Bélgica: Sent. de la *Cour de cassation*, de 16 noviembre 2006, C.02.0445.F, 8. En Francia: Sent. de la *Cour de cassation* de 12 febrero 1985 (en *Revue de l'Arbitrage*, 1986, p. 47). En Italia: Sent. de la Corte de Apelación de Génova, de 7 mayo 1994, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA v. Ministry of Defence, Armament & Supply Directorate of Iraq* (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, pp. 594-99) y de la Corte de Casación de 27 abril 1979 (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. VI, 1981, p. 229). En Países Bajos: Sent. de la Corte de Apelación de Rotterdam de 24 noviembre 1994 (en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 1996, p. 635). En Suecia: Sent. del Tribunal Supremo en *Arkhangelskoe Geologodobychnoe Predpriyatie v. Archangel Diamond Corp.*, T-2277-04. En Suiza: Sents. del Tribunal Federal de 16 octubre 2003 (en *ASA Bulletin*, vol. 22, 2004, p. 364) y de 8 julio 2003, DFT 129 III 675. En EE.UU.: Sent. en *Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC*, 647 F3d 914, 920 (9th Cir. 2011).

respecto al fondo del asunto y se verá forzada a comenzar procedimientos en otro Estado¹⁰⁰ o a acudir a arbitraje. A pesar de su reticencia inicial, esa parte presenta una demanda arbitral y acaba obteniendo un laudo a su favor. Este laudo es posteriormente impugnado por la contraparte ante los órganos judiciales de la sede, quienes, aplicando su propio Derecho, concluyen que la disputa resuelta no era susceptible de arbitraje y, por tanto, acuerdan anular el laudo.

No cabe duda de que este tipo de situaciones, aun poco frecuentes, demuestran que la existencia de normas de conflicto dispares en la fase pre- y post-arbitral puede generar resultados indeseables. En definitiva, es un régimen que permite acabar *acorralando* a la parte actora entre dos interpretaciones nacionales dispares respecto a la obligación o no de someter a arbitraje la disputa surgida con la contraparte del convenio¹⁰¹.

Por esta razón, parece que una opción más favorable sería la consistente en defender la aplicación de la ley de la sede, y no la *lex fori*, cuando la arbitrabilidad devenga una cuestión contenciosa en la fase pre-arbitral. Con ello se favorecería la existencia de un mismo tratamiento conflictual en esa fase y en las acciones de anulación y, por tanto, se contribuiría a eliminar la denegación de justicia que pueden producir las situaciones mencionadas.

Más allá de la opción que cada lector entienda acertada, la descripción de las reglas (o ausencia de ellas) aplicables a las fases pre- y post-arbitral demuestra la incertidumbre e inconsistencia que rodean al tratamiento de la arbitrabilidad objetiva en la esfera judicial.

Igualmente incierta es la situación ante los tribunales arbitrales, pues ni las legislaciones ni los reglamentos arbitrales indican generalmente qué régimen se ha de aplicar para analizar esta cuestión. Este silencio ha dado lugar a una amplia variedad de posturas.

La jurisprudencia mayoritaria opta por recurrir a la concepción de arbitrabilidad de la sede del arbitraje. En general, esta decisión está basada en una de estas dos argumentaciones: o se entiende que las reglas de arbitrabilidad de la *lex loci arbitri* son de aplicación obligatoria para todos los procedimientos arbitrales que se celebren en ese territorio¹⁰², o se alega que el respeto a las mismas forma parte de las precauciones que ha de adoptar el tribunal para evitar que el laudo pueda ser anulado por las autoridades de la sede (art. 34.2.b.i)

100. Siempre que exista alguno que pueda asumir competencia de acuerdo con su régimen de Derecho Internacional Privado.

101. Similar riesgo apunta Bouza Vidal, N., *op.cit.*, p. 389.

102. Gaillard, E., y Savage, J., *op. cit.*, pár. 655; Kaufmann-Kohler, G., y Lévy, L., *op. cit.*, p. 260. Esta posición, sin embargo, también cuenta con relevantes detractores: Hanotiau, B., (1996), *op. cit.*, p. 395.

LMA). Así lo demuestra alguna doctrina¹⁰³ y abundante jurisprudencia tanto nacional¹⁰⁴ como arbitral CCI¹⁰⁵.

Frente a esta posición mayoritaria, también existen algunos sectores que defienden el recurso a normas conflictuales distintas. Por ejemplo, varios autores abogan por la aplicación de una concepción deslocalizada del concepto de arbitrabilidad. Según ellos, los árbitros deberían guiarse por principios y reglas de carácter trasnacional, de modo que adoptaran su decisión de acuerdo con el consenso internacional en la materia o, al menos, según las nociones comunes a los Estados relacionados con la disputa¹⁰⁶. Si bien minoritaria, esta interpretación ha encontrado reflejo en laudos como los dictados en los Asuntos CCI 15298 (2009)¹⁰⁷ y 8594 (1996)¹⁰⁸. Otra posición defiende que la arbitrabilidad de la disputa ha de regirse por la ley que regula el convenio arbitral, en tanto que aquella es un requisito para la validez de este y, por extensión, para la competencia del tribunal¹⁰⁹. Por último, podría entenderse que en aquellos Estados en los que la arbitrabilidad esté unida a la idea de la

103. Lew, J., Mistelis, L. y Kröll, S., *op. cit.*, 9-29 y Grigera Naón, H., *op. cit.*, p. 81.

104. Ejemplos paradigmáticos son las Sentencias del Tribunal Federal suizo 4A_244/2019 y 4A_246/2019, de 12 diciembre 2019, y DFT 118 II 353, de 23 junio 1992.

105. Entre otros, Laudo parcial en el Asunto 17249 (2011), pár. 36, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *op. cit.*, p. 65; Laudo final en el Asunto 15826 (2011), pár. 289, inédito, citado en *id.*, p. 106; Laudo final en el Asunto 15027 (2011), pár. 12.3, inédito, citado en *id.*, p. 90; Laudo final en el Asunto 14667 (2011), pár. 227, inédito, citado en *id.*, p. 106; Laudo parcial en el Asunto 15972 (2010), párs. 95-97, inédito, citado en *id.*, p. 106; Laudo parcial en el Asunto 14431 (2008), inédito, citado en *id.*, p. 107; Laudo parcial en el Asunto 14430 (2008), pár. 200.2, inédito, citado en *id.*, p. 48; Laudo final en el Asunto 14046 (2006), disponible en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, p. 250; Laudo final en el Asunto 12131 (2005), pár. 522, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *op. cit.*, p. 106; Laudo parcial en el Asunto 11502 (2002), pár. 66, inédito, citado en *id.*, p. 45; Laudo final en el Asunto 11294 (2002), pár. II.5, inédito, citado en *id.*, p. 106; Laudo parcial en el Asunto 8910 (1998), en *Journal du Droit International*, vol. 127, 2000, p. 1085; Laudo final en el Asunto 8594, inédito, citado en Grigera Naón, H., *op. cit.*, p. 80; Laudo parcial en el Asunto 8420 (2000), en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXV, 2000, p. 331; y Laudo final en el Asunto 4604 (1984), en *Journal du Droit International (Clunet)*, vol. 112, 1985, p. 973.

106. Gandía Sellens, M. A., *op. cit.*, p. 110; Kovacs, R., *op. cit.*, pp. 92-94; Jagusch, S., «Issues of substantive international public policy», *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 2, 2008, p. 133; Lew, J., «Achieving the dream: Autonomous arbitration?», *Arbitration International*, vol. 22, 2006, p. 202; Lehmann, M., «A plea for a transnational approach to arbitrability in arbitral practice», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, p. 765; Gaillard, E., y Savage, J., *op. cit.*, p. 329, pár. 559; Kirry, A., «Arbitrability: Current trends in Europe», *Arbitration International*, vol. 12/4, 1996, p. 385.

107. Laudo parcial, pár. 67, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 111.

108. Laudo parcial, inédito, citado en Gandía Sellens, M. A., *El arbitraje...*, cit., 87.

109. Merino Merchán, J. F., y Chillón Medina, J. M., *Tratado de Derecho Arbitral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 1247; Hanotiau (1996), B., *op. cit.*, pp. 393-394; y Requejo Isidro, M., «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. 11, 1995, p. 67.

disponibilidad del objeto, una alternativa razonable podría ser regir esta cuestión por la *lex causae*.

En definitiva, lo que estas líneas pretenden demostrar es que el tratamiento conflictual de la arbitrabilidad por tribunales arbitrales, al igual que ocurre con las autoridades estatales, no cuenta con una regla unívoca y uniforme, sino que también se caracteriza por la incertidumbre y la pluralidad de interpretaciones.

Por último, resulta interesante, por su peculiaridad, reseñar el régimen conflictual pro-arbitral que existe en el Derecho español en materia de arbitrabilidad. En efecto, sin perjuicio de la incertidumbre que se ha expuesto con carácter general, la Ley española de Arbitraje sí contiene una norma de conflicto específica para la arbitrabilidad. Además, no es una norma referida exclusivamente a la fase post-laudo, sino que se proclama sin ningún tipo de acotación temporal y sin limitaciones respecto a la esfera judicial o arbitral. En concreto, el art. 9.6 LA establece que «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

Como se deriva del tenor del precepto, esta norma equipara el tratamiento conflictual de la arbitrabilidad al de los convenios arbitrales. Para ambas cuestiones, el legislador español se ha apartado conscientemente del régimen propuesto por la Ley Modelo UNCITRAL y ha optado por proporcionar puntos de conexión alternativos inspirados en el principio *favor validitatis*¹¹⁰. Es decir, se pretende ofrecer a jueces y árbitros un abanico de normas a las que pueden recurrir con el fin de concluir que la disputa sí es arbitrable. Aunque es posible encontrar una solución similar en el art. 177(1) LSDIPr Suiza, ésta solo se refiere a la validez del convenio arbitral y no a la arbitrabilidad, por lo que parece que el precepto español es una *rara avis* en el panorama comparado.

4. ANÁLISIS EX OFFICIO DE LA ARBITRABILIDAD DE LA DISPUTA

Otro aspecto relevante alrededor de la arbitrabilidad es la facultad que tienen jueces y árbitros de evaluar esta cuestión de propia iniciativa o *sua sponte*. El análisis, como se expone, dependerá del foro del que se trate. Con respecto a las autoridades judiciales, los regímenes de acciones de anulación

110. Esplugues Mota, C., y Verdura Server, R., «Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 361-415, p. 401.

de laudos y de reconocimiento y ejecución prevén con carácter general que el juez competente para decidir puede evaluar la arbitrabilidad de la disputa *ex officio*. A título de ejemplo, así lo disponen el art. V.2 CNY y los arts. 34.2.b y 36.1.b LMU.

La lógica de esta facultad deriva de la vinculación entre el concepto de arbitrabilidad y el deber judicial de tutelar los intereses públicos que puedan resultar afectados por la decisión arbitral. Todo ello sin perjuicio de que, tal y como ha quedado expuesto en anteriores Secciones, una proporción significativa de Estados entienda que la existencia de cuestiones de orden público y normas imperativas no excluye a una materia de la esfera arbitral.

Esta misma lógica invita a sugerir que la cuestión de la arbitrabilidad es evaluable de oficio también en la fase pre-arbitral, cuando una autoridad judicial se plantea la ejecución de un convenio arbitral al amparo del art. II.3 CNY o de normas nacionales inspiradas en el art. 8.1 LMU. Si bien corresponde a la parte que intente beneficiarse del convenio arbitral la carga de invocar y probar la existencia y validez de tal convenio (con distintos estándares de prueba según el Estado)¹¹¹, el juez podrá analizar de propia iniciativa la arbitrabilidad de la disputa (o al menos requerir a las partes para que así lo hagan). Esta posibilidad, sin embargo, reposa sobre la asunción de que el juez aplicará en esa fase su propio Derecho (la *lex fori*) para evaluar las cuestiones de arbitrabilidad, posición que, si bien mayoritaria, no es la única tal y como ha quedado expuesto en la Sección anterior.

Más controvertida es la posibilidad de que los tribunales arbitrales planteen de oficio interrogantes acerca de la arbitrabilidad de la cuestión. Y ello porque en el arbitraje comercial internacional, como en la litigación privada en general, la actuación del árbitro está generalmente regida por el principio dispositivo o de no-inquisición, esto es, de justicia rogada. Bajo este paradigma, corresponderá a las partes y no a los árbitros la labor de identificar las cuestiones sobre las que haya de pronunciarse en colegio arbitral.

No parece, sin embargo, que esta postura esté exenta de toda duda, y así lo han expresado incluso autores con un marcado posicionamiento pro-arbitral¹¹². En efecto, si bien el principio dispositivo y la autonomía de la voluntad son fundamentales para regir la actuación arbitral y definir su mandato, uno de los elementos rectores en el desarrollo de tal mandato es la resolución de la disputa de acuerdo con las normas escogidas por las partes o, en su defecto, por las que el tribunal arbitral entienda apropiado aplicar. Estas normas son siempre portadoras de nociones de orden público y disposiciones imperativas que, en ocasiones, restringirán la competencia arbitral. En esos casos, parece

111. *Vid.* Penadés Fons, M. y Tent Alonso, P., *op. cit.*

112. El ejemplo más claro es Born, G. B., *op. cit.*, pp. 1043-1044.

razonable que los árbitros entiendan que está en su facultad, incluso en su deber, examinar la arbitrabilidad de la disputa. Solo así cumple el tribunal con el deber de dictar con un laudo que sea válido ante los tribunales de la sede y que, por tanto, tenga más visos de ejecutabilidad. Todo ello, por supuesto, sujeto a los imperativos de que cualquier pronunciamiento arbitral al respecto venga precedido del cauce procesal oportuno para que las partes puedan posicionarse sobre la cuestión y presenten sus argumentos de forma adecuada y en igualdad de condiciones¹¹³.

IV. LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA

La inarbitrabilidad subjetiva o *ratione personae* concierne los límites o prohibiciones legales que impiden que determinadas categorías de personas físicas o jurídicas empleen el arbitraje para resolver sus disputas. Es decir, se trata de un tipo de imposibilidad que, a diferencia de la arbitrabilidad objetiva, no está vinculada a la pretensión sometida a arbitraje, sino que está motivada por la identidad de la parte que persigue emplear el mecanismo arbitral, independientemente del contenido de la controversia. Ello explica que en estos casos también se empleen las expresiones 'incapacidad arbitral' o 'incapacidad para arbitrar' para referirse a estos casos.

Desde un punto de vista operativo, conviene precisar que el efecto de la inarbitrabilidad subjetiva no es coincidente con el efecto desplegado por la inarbitrabilidad objetiva. En casos de inarbitrabilidad objetiva el convenio arbitral no viene *per se* afectado, sino que continúa produciendo efectos en relación con otras materias sí arbitrales cubiertas dentro de su ámbito de aplicación. En contra, con la inarbitrabilidad subjetiva la sumisión a arbitraje deviene inválida e ineficaz *in totum* por mor de la identidad de la parte involucrada. Esto es, la primera inarbitrabilidad es acotada y opera caso por caso, mientras que la segunda es frecuentemente genérica y opera en bloque. La inarbitrabilidad subjetiva es, por tanto, un elemento que, sujeto al análisis de Derecho aplicable pertinente, afecta de forma nuclear a uno de los requisitos constitutivos del negocio jurídico, como también lo son el consentimiento o la forma (cuando sea requerida)¹¹⁴.

113. Esta lectura del mandato arbitral resulta especialmente apropiada cuando los hechos y la documentación del caso generan dudas significativas acerca de la legalidad de la conducta de las partes. Ejemplo paradigmático de ello es el pasaje del Juez Gunnar Lagergren actuando en calidad de árbitro en el Laudo final del Asunto CCI 1110 (1963), en *Arbitration International*, vol. 10, 1994, pp. 282-295, p. 291: «[B]oth parties affirmed the binding effect of their contractual undertakings and my competence to consider and decide their case in accordance with the terms of reference. However, in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public policy, decency and morality, I cannot in the interest of the administration of justice avoid examining the question of jurisdiction on my own motion».

114. Por esa razón, Born, G. B., *op.cit.*, p. 949 lo relaciona con la validez del convenio arbitral.

Las consecuencias generalizadas de este tipo de prohibiciones explican que únicamente se den en casos excepcionales. Principalmente son dos: arbitrajes que involucren a sujetos de Derecho público y arbitrajes con partes concursadas. Estos supuestos se analizan en el primer apartado de esta Sección. Precisamente por el alcance tan amplio de las consecuencias de la inarbitrabilidad objetiva, no todos los Estados la regulan de igual forma. Ello explica que el segundo apartado de este Sección aborde la cuestión de ley aplicable.

1. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS DE INARBITRABILIDAD SUBJETIVA

Sin perjuicio de las peculiaridades de la legislación arbitral de cada Estado, la inarbitrabilidad subjetiva se ha vinculado tradicionalmente a grupos de personas vulnerables (menores, personas insolventes, empleados y consumidores) o que no formen parte del tejido ordinario de la actividad comercial (sujetos de Derecho público). En algunos de estos casos, la progresiva ampliación de la arbitrabilidad objetiva también ha supuesto la reducción de los impedimentos generales de arbitrar. Ejemplos de ello son el arbitraje laboral y el de consumo, muy comunes actualmente tanto en el territorio de la Unión Europea como de América. Dos casos, sin embargo, continúan siendo fuente de importante recelo arbitral.

1.1. Sujetos de Derecho público

De acuerdo con algunos ordenamientos jurídicos, los entes públicos y las sociedades controladas por capital público no están autorizados para someter la resolución de sus disputas a mecanismos arbitrales¹¹⁵. Aun así, se dan casos en los que los contratos que estas entidades concluyen con partes extranjeras acaban incluyendo, por falta de alternativas válidas para ambas partes, un convenio arbitral, muy frecuentemente con sede fuera del territorio del ente público. Surgida una disputa, pueden darse situaciones en las que el ente público invoque la prohibición de arbitrar impuesta por su Derecho nacional para impedir que la contraparte pueda interponer una demanda arbitral en su contra.

Con el fin de evitar este tipo de conductas, el art. II.1 CG prevé con carácter general que las «personas morales de derecho público» estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos y compromisos arbitrables. Asimismo, y con el mismo objetivo de que se respeten los compromisos arbitrales adquiridos por los entes públicos, la legislación arbitral de muchos Estados prevé

115. Ejemplos de ello son el art. 1.3 LA Angola; art. 10.2 LA Arabia Saudí; art. 42 LA Ecuador; art. 315.2 CPC Etiopía; arts. 310 y 311 CPC Marruecos. En contra, el art. 1.1 LA Brasil ofrece un ejemplo de ordenamiento que expresamente permite la inclusión de convenios arbitrales en contratos con el Estado o entidades de Derecho público, aunque el desarrollo legislativo por varios Estados brasileños impone varias restricciones.

que las entidades públicas que han suscrito un convenio arbitral internacional no podrán recurrir posteriormente a la prohibición de arbitrar prevista en su Derecho nacional con el propósito de eludir sus obligaciones arbitrales. Así lo manifiestan, por ejemplo, el art. 2.II Acta Uniforme OHADA, el art. 177.2 LFDIP Suiza y el art. 2.2 LA España. Según este último, «Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

Con este régimen se pretende que, al menos a efectos de arbitrabilidad y validez de sus convenios arbitrales, los entes de Derecho público sean tratados exactamente igual que un particular (apartado II del Preámbulo de la LA España).

1.2. Partes sujetas a procedimientos de insolvencia

Son varias las legislaciones concursales que prevén prohibiciones generales hacia el arbitraje cuando una de sus partes está sometida a un procedimiento concursal¹¹⁶. Estas reglas no parecen estar motivadas por la falta de recursos del concursado o por las complejidades procedimentales que puedan surgir durante la tramitación del arbitraje. Por el contrario, el único motivo que las justifica parece ser el estado concursal del deudor, cuya «capacidad continuada»¹¹⁷ para ser parte arbitral se extingue *ex lege* con la declaración de insolvencia. Es decir, desde ese momento la persona concursada deviene un sujeto inapto para ser titular del derecho y del deber de acudir al arbitraje y por ello parece razonable aproximarse a estas normas empleando la categoría de la arbitrabilidad subjetiva¹¹⁸.

En efecto, la problemática que generan las normas concursales que restringen la opción de arbitrar es similar a la que motiva la regulación referente a entes públicos arriba mencionada. Al fin y al cabo, lo que una autoridad nacional o tribunal arbitral ha de decidir es si resulta apropiado recurrir a la ley personal de la parte concursada para impedir el comienzo o continuación del arbitraje. A diferencia de lo que ocurre con entes públicos (véanse los arts. 177.2 LFDIP Suiza y 2.2 LA España), no existen obstáculos normativos

116. Ejemplos de ello son el art. 87 LC Portugal, art. 56 LC Uruguay, art. 52 LC España (antes de su modificación de 2011) o el art. 142 LC Polonia (antes de su reforma de 2015).

117. Esta es la expresión que empleó el Tribunal Federal Suizo en su sent. de 31 marzo 2009, núm. 4A_428/2008I, en el asunto *Elektrim v Vivendi*.

118. En el mismo sentido, Lazić, V., «Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings should be given Effect in Arbitration», *Liber Amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas y C. Rogers, eds.), Kluwer Law International, Londres, 2011, p. 341.

que impidan esta posibilidad. De hecho, esta fue la decisión adoptada por un tribunal CCI con sede en Ginebra en el asunto *Vivendi (Francia) v Elektrim (Polonia)*. Los árbitros accedieron a aplicar la ley concursal polaca, que regía el procedimiento de insolvencia abierto contra Elektrim, y se declararon incompetentes para continuar con el arbitraje. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Federal Suizo en su sentencia 4A_428/20081, de 31 marzo 2009.

Este caso, sin embargo, constituye una *rara avis* en el panorama comparado y el propio Tribunal Federal suizo ha declarado en posteriores decisiones que la posibilidad de recurrir a la *lex fori concursus* solo ha de permitirse cuando su efecto sea la desaparición de la capacidad jurídica de la concursada y no una mera prohibición a arbitrar, por muy genérica que pretenda ser¹¹⁹. En esos casos, tal prohibición solo será relevante si la *lex fori concursus* es también la ley aplicable al convenio arbitral. En la misma línea se ha pronunciado varia doctrina¹²⁰ y jurisprudencia arbitral CCI¹²¹, que ha negado la idoneidad del empleo de la arbitrabilidad subjetiva para calificar este tipo de prohibiciones.

2. LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA

Existen dos principales posturas relativas a la ley aplicable a la arbitrabilidad subjetiva. Por una parte, un grupo de autores entiende que la arbitrabilidad subjetiva no es sino una faceta de la categoría general de arbitrabilidad, es decir, una forma de regular cuándo permite un Estado la existencia de arbitraje¹²². En ocasiones, el legislador delimitará las restricciones mediante la referencia a las materias que no pueden someterse al arbitraje (arbitrabilidad *ratione materiae*), mientras que en otros supuestos la forma más apropiada de determinar esa prohibición será a través de la identificación de los sujetos que no pueden arbitrar (arbitrabilidad *ratione personae*).

119. Sent. Tribunal Federal suizo de 16 octubre 2012, núm. 4A_50/2012, en *ASA Bulletin*, vol. 31/2, 2013, p. 354.

120. En el mismo sentido se pronuncian D. Baizeau, *op. cit.*, p. 97; Poudret, J. F., y Besson, S., *op. cit.*, p. 305; Fouchard, P., *op. cit.*, p. 489; y Mantilla Serrano, F., *op. cit.*, p. 53.

121. Laudo parcial en el Asunto CCI 7563 (1993), *Belgian bank v International pool of insurance companies* (en *Journal du Droit International*, vol. 121, 1994, p. 1054, con «Annotation» de Derains, Y.); Laudo parcial en el Asunto CCI 7205 (1993), *French company v Owner of Saudi company* (en *Journal du Droit International*, vol. 122, 1995, p. 1031, con «Annotation» de Arnaldez, J. J.); Laudo final en el Asunto CCI 6632 (1993), inédito, citado en Gaillard, E., y Savage, J., *op. cit.*, p. 355, pár. 587; Laudo parcial en el Asunto CCI 6057 (1991), *Syrian company v French company* (en Arnaldez, J. J., Derains, Y., y Hascher, D., *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, vol. III, 1997, p. 487 y en *Journal du Droit International*, vol. 120, 1993, p. 1016, con «Annotation» de Derains, Y.); y Laudo parcial en el Asunto CCI 6697 (1990), *Casa v Cambior* (en *Revue de l'Arbitrage* 1992, p. 142, con «Annotation» de Ancel, P.).

122. *Vid.*, in extenso, böckstiegel, K.-H., «Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement», *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue, The New York Convention – 50 Years, 2008, p. 128.

Sobre esta base, estos autores defienden que la norma de conflicto más adecuada para gobernar la arbitrabilidad subjetiva es aquella que también rige la arbitrabilidad objetiva. Como ha quedado expuesto en anteriores Secciones, ésta, a su vez, tampoco es una cuestión pacífica. Independientemente de la solución que se adopte, lo más importante para el presente estudio es que ninguna de ellas dirige directamente a la ley personal de la parte y, por tanto, generalmente impide la aplicación de la prohibición de arbitrar que esa parte pretende invocar.

En contra, otro grupo de autores se aproxima a la arbitrabilidad subjetiva como un concepto estrechamente relacionado con la capacidad arbitral¹²³. Aunque estas dos categorías no puedan entenderse como equivalentes¹²⁴, estos autores entienden que la limitación impuesta por la inarbitrabilidad subjetiva es, en esencia, una privación de la capacidad de arbitrar. Por ese motivo, este sector defiende que la ausencia de una norma de conflicto expresa para este tipo de arbitrabilidad debería suplirse mediante el recurso al régimen conflictual de la capacidad, esto es, la ley rectora del estatuto personal. Salvo aproximaciones materiales como la francesa, ello requerirá distinguir según se trate de personas físicas y jurídicas, y dependerá del criterio de nacionalidad o domicilio (personas físicas) y sede o administración real (personas jurídicas) que adopte la autoridad judicial o tribunal arbitral competente para resolver la cuestión.

Es posible que el régimen previsto en arts. como el 2.2 LA España o el 177 LFDIP Suiza para entidades públicas confirmen el acierto de aplicar la ley personal también a la arbitrabilidad subjetiva de las personas y entidades privadas. Si, como ya se expuso, el objetivo de esos preceptos es impedir que un tipo concreto de personas jurídicas (las de Derecho público) pueda invocar su propio Derecho para justificar la imposibilidad de arbitrar, es posible defender que las personas no cubiertas por esa limitación sí deberían quedar autorizadas para recurrir a ese Derecho. Es decir, una interpretación *a sensu contrario* que distingue entre el régimen excepcional (previsto para entes públicos) y la regla general.

V. CONCLUSIONES

La arbitrabilidad constituye uno de los requisitos fundamentales para el éxito del arbitraje. Es necesario que, de acuerdo con la ley aplicable, tanto la

123. Lazic, V., (2011), *op. cit.*, p. 342; Kröll, S., «Arbitration and Insolvency – Selected conflict of laws problems», *Conflict of Laws in International Arbitration* (F. Ferrari y S. Kröll, eds.), Sellier, Munich, 2011, p. 246; Sutcliffe, J., y Rogers, J., *op. cit.*, p. 279; Mantilla Serrano, F., *op. cit.*, p. 68.

124. Nater-Bass, G. y Mosimann, O., «Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2011, p. 174.

disputa como las partes que la protagonizan puedan ser objeto y sujetos en el arbitraje. Este art. ha defendido que la satisfacción de este requisito se extiende durante todo el tracto arbitral e incluye también la intervención judicial que pueda tener lugar en las fases previas y posteriores al arbitraje. Asimismo, se ha expuesto que ni los convenios internacionales ni la legislación modelo UNCITRAL proporcionan parámetros concretos acerca del contenido de la excepción de inarbitrabilidad. Tal ausencia de criterio internacional armonizado es reconocimiento implícito de la vinculación existente entre el concepto de inarbitrabilidad y la determinación de los criterios de interés público y política legislativa que, en cada Estado, definen la posibilidad de acudir al arbitraje. La regla general, por tanto, es que corresponde al Derecho nacional la concreción del contenido de la excepción de inarbitrabilidad.

La necesidad de acudir al Derecho interno en la mayoría de los casos convierte la cuestión de la ley aplicable a la arbitrabilidad en una materia clave para que prospere el arbitraje. A pesar de esta relevancia, las anteriores secciones exponen la falta de claridad que existe al respecto, tanto en materia de arbitrabilidad objetiva como subjetiva, y tanto en la esfera arbitral como en la judicial.

Más allá de eso, el alcance de la inarbitrabilidad se ha reducido de forma drástica conforme el arbitraje comercial internacional se ha impuesto como mecanismo predilecto para la resolución de disputas mercantiles transfronterizas. Actualmente, el criterio de la patrimonialidad de la pretensión goza de amplia aceptación en materia de arbitrabilidad objetiva, y la posibilidad de que entes públicos sometan sus controversias a arbitraje internacional es comúnmente aceptada.