



El acuerdo arbitral

Dr. Gonzalo Stampa

STAMPA ABOGADOS

Stampa Abogados cuenta con un equipo de profesionales con amplia experiencia en arbitraje nacional e internacional.

Nuestra práctica en la materia abarca tanto la función de abogado, como la de árbitro. Nos avala la participación, hasta la fecha, en más de 160 procedimientos arbitrales, tanto ad hoc, como administrados bajo los reglamentos de las principales instituciones arbitrales nacionales e internacionales, en sedes europeas, americanas y asiáticas.

Como abogados representamos habitualmente sociedades privadas y empresas estatales, diseñando y aplicando estrategias coordinadas de defensa de sus intereses en controversias nacionales y transnacionales relacionadas, principalmente, con el asesoramiento en proyectos internacionales de construcción a largo plazo, en proyectos complejos de ingeniería y construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales, en proyectos de ingeniería civil, en contratos de construcción llave en mano, en compraventa de activos societarios, en compraventa internacional de mercaderías y en controversias sobre la protección de la inversión extranjera.

El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional, ni asesoramiento jurídico alguno

© Stampa Consult S.L 2022, Madrid
Todos los derechos reservados

Los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual de esta obra son propiedad exclusiva de Stampa Consult S.L.
Ninguna parte de este trabajo puede reproducirse, distribuirse, comunicarse, traducirse o adaptarse en forma alguna o por medio alguno, salvo en los casos permitidos por la ley, sin un permiso previo por escrito de Stampa Consult, S.L..

Puede solicitar el permiso enviando un mensaje a a.sauvageot@stampaabogados.com

Stampa
abogados

ÍNDICE

I.	Su concepto	4
II.	La determinación de su validez; sus efectos	7
III.	Cláusulas de referencia en contratos complejos: requisitos para apreciar la extensión subjetiva del acuerdo arbitral a terceros	11
IV.	Su redacción: recomendaciones	14
V.	La importancia de la determinación de la sede, de la ley aplicable al procedimiento, y del idioma del arbitraje	16
VI.	Las cláusulas arbitrales escalonadas	20
VII.	Bibliografía	31

I. SU CONCEPTO

1. El acuerdo arbitral constituye simultáneamente el fundamento y el límite del procedimiento arbitral.¹

2. El acuerdo arbitral conforma la base del arbitraje, al articular la voluntad escrita e inequívoca de las partes de una determinada relación jurídica –contractual o no- de someter la resolución de sus eventuales diferencias a este mecanismo de solución controversias,² con renuncia a cualquier otro fuero judicial que pudiese corresponderles y –salvo excepciones- sin la participación de terceros ajenos a esa controversia. Las partes pueden instrumentar su contenido como una cláusula de un contrato (*cláusula arbitral*) o como convenio anexo a un contrato (*convenio arbitral*).

3. La suscripción del acuerdo arbitral genera dos efectos inmediatos. Las partes habrán optado voluntariamente por solucionar sus futuras diferencias sobre una relación jurídica concreta mediante un procedimiento compuesto por unas actuaciones adaptadas a sus necesidades y generador de unas decisiones de alcance limitado: el arbitraje. Y, simultáneamente, las partes habrán declinado la aplicación de las eventuales ventajas del proceso judicial; es decir, que un juez predeterminado resuelva su discrepancia y que su fallo pueda ser objeto de una eventual y completa revisión por instancias judiciales superiores, por lo general, de composición colegiada. Esta selección supondrá la renuncia de las partes a servirse de los cuatro poderes procesales del juez (documentación, decisión, ejecución y coerción) durante la tramitación de sus actuaciones forenses.

Al suscribir el acuerdo arbitral, las partes habrán formalizado una selección excluyente y definitiva³ sobre una materia legal y disponible⁴, objeto de su negocio jurídico. Las partes

¹ El convenio arbitral puede, además, referirse a controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales.

² Ley Modelo, Artículo 7; Convenio de Nueva York, Artículo II; Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a).

³ Las denominadas cláusulas de exclusividad de foro (*Fork in the Road* Clauses), que obligan al inversionista a escoger –con carácter excluyente y definitivo- entre la justicia del Estado receptor de la inversión y el arbitraje internacional para el planteamiento de sus controversias. SCHREUER, C.H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. & SINCLAIR, A., *The ICSID Convention: A Commentary*. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge. 2009, pp. 365 – 370; WEILER, T. (Ed.), *International Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May. London. 2005, pp. 301 – 314.

⁴ Laudo de 1963, dictado en el asunto ICC 1110, *ICCA Yearbook XXI* (1996), p. 47; Laudo final de 1988, dictado en el asunto ICC 5622, *Hilmarton Ltd v. Omnium de Traitement et de Valorisation*, *ICCA Yearbook XIX* (1994), p. 105; *Cass. Req.*; 5 Feb. 1902, D.P. 1902-1-158, *Cass. Civ.* 3 April 1912, D.P 1915, I, 71; ALBANESI, C. & JOLIVET, E., «Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Special Supplement: Tackling Corruption in Arbitration*. ICC Publications. Paris. 2013, p. 27; CRIVELLARO, A., «Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence», en INTERNATIONAL

habrán optado por conferir la jurisdicción exclusiva para resolver sus diferencias sobre una relación negocial específica a un tercero privado de su elección, un árbitro, y habrán asumido así el compromiso recíproco de respetar su opinión especializada, limitada y vinculante.

Esta preferencia conllevará la renuncia de las partes a obtener una decisión generalista del juez ordinario predeterminado por la ley sobre esta misma controversia. Con su opción, las partes habrán primado, en definitiva, el respeto a la autoridad reputacional (*auctoritas*) de un decisor voluntariamente elegido por ellas sobre la coerción de un representante de un poder judicial (*imperium*).

Por lo tanto, ausente el acuerdo arbitral, el arbitraje deviene imposible en su concepción y, por tanto, en su realización.

4. Surgida la controversia y necesitada su solución por las partes contendientes, el acuerdo arbitral debe erigirse entonces en una herramienta eficaz para canalizar ordenadamente el planteamiento de la disputa ante el árbitro. Dos principios básicos protegen esta decisión voluntaria de las partes: (i) el principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral y (ii) el principio de conservación del acuerdo arbitral (*in favorem validitatis*).

5. El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral le reconoce su carácter autónomo y separable de la relación principal al que el mismo se refiere o del contrato principal en cuyo clausulado está integrado. Su aplicación –entre otros efectos que posteriormente analizaremos- permite que, en caso de controversia, la validez de la cláusula arbitral sobreviva *a priori* a la resolución del contrato principal, de forma que la pretensión de un parte acerca del incumplimiento grave o resolución contractual no determine, asimismo, la terminación del acuerdo arbitral y, por ende, la imposibilidad de activar el mecanismo de resolución de controversias acordado.⁵

CHAMBER OF COMMERCE, *Dossier of the Icc Institute of World Business Law: Arbitration - Money Laundering, Corruption and Fraud*. ICC Publications. Paris. 2003, p. 109; EL-KOSHERI, A. & LEBOULANGER, PH., «L'arbitrage face a la corruption et aux trafics d'influence», *Rev. Arb.*, 1984, p. 3; GILLIS WETTER, J., «Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110», *Arbitration International*, 1994, p. 227.

⁵ El principio de supervivencia del acuerdo arbitral fue establecido en una decisión del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 1940, rendida en el asunto *Heyman v. Darwing Ltd.*, [1942] A.C. 356. Posteriormente, el Artículo 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional instrumentó su enunciado. En Francia, el principio fue recogido por primera vez en la decisión dictada en el asunto *Gosset* (1^{er} Ch. Civ., 7 Mayo 1963, RC, 1963, 615). En Estados Unidos, el asunto de referencia es *Prima Paint Corp. v. Inundación & Conklin Mfg. Co.* (388 U.S. 395 (1967)). FRANCESCAKIS, PH., «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation», *Revue de l'arbitrage* (1974), pp. 67 – 87. LEBOULANGER, P., «The Arbitration Agreement: Still Autonomous?», en VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series 2006. Kluwer Law International. 2007, pp. 3-31. GAILLARD, E. & SALVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman en Arbitraje Comercial Internacional*. Dordrech.

6. En aquellos supuestos en los que la validez o la eficacia del acuerdo arbitral sean cuestionadas, el principio de conservación del acuerdo arbitral (*in favorem validitatis*) permite presuponer su validez siempre que sea posible, bien porque (i) se infiera así de las normas procedimentales elegidas como aplicables por las partes contendientes, bien porque así (ii) se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia, bien porque (iii) tal sea la voluntad de las partes contenida en el documento que articule el acuerdo arbitral.

Las partes esperan del árbitro que valore su contenido objetivamente, para preservar, en lo posible, la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un árbitro.⁶ Este análisis estará basado (i) en las alegaciones y en las pruebas que las partes del hayan proporcionado durante el procedimiento arbitral y (ii) en la buena fe.

Como ocurre con cualquier otra cláusula contractual, la literalidad de los términos del acuerdo arbitral prevalecerá para determinar la verdadera intención de las partes,⁷ de forma que, salvo que concurren ciertas pruebas en contra, no se deberá atribuir a las partes intenciones mutuamente irreconciliables, que produzcan una interpretación haga inútil o absurda del acuerdo arbitral.

La primera expresión legislativa de este principio es la posibilidad de considerar válido cualquier acuerdo arbitral, siempre que así se infiera de las normas procedimentales elegidas como aplicables por las partes o se determine por las normas aplicables al fondo de la controversia.

La segunda expresión legislativa de este principio es la regulación del acuerdo arbitral por referencia, de forma que la remisión contenida en un contrato a un documento que, a su vez, contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo arbitral válido, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula compromisoria forma parte del contrato principal sobre el que se plantea la controversia.⁸

Kluwer Law International. 1999, ¶389. Laudo de 1998, dictado en el asunto Icc 9480. Convenio de Nueva York, Artículo V.I. a); Convenio de Ginebra, Artículo VI .2. c); Laudo de 23 de septiembre de 1982 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dictado en el asunto 4131/1982 (caso *Dow Chemical et. al. v. Isover-Saint Gobain*). Ley Modelo, Artículo 16.1; Convenio de Ginebra, Artículo V.3; Reglamento UNCITRAL, Artículo 23.1; Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículo 1447; Ley Escocesa de Arbitraje (2010), Sección 5; Ley Holandesa de Arbitraje (1986) Artículo 1903.

⁶ *Kaplan v. First Options of Chicago, Inc.*, 19 F.3d 1503, 1512 (3rd Cir. 1994): «...[D]oubts about the intended scope of an agreement to arbitrate are [to be] resolved in favour of arbitration...». *SAS ADB c. REO Inductive Components AG*, Cour d'appel de Paris, Chambre Civile, Section 1, no. 10/23578 (20 de marzo de 2012). Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Cataluña de 9 de septiembre de 2013. Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 25 de octubre de 2011.

⁷ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944, 115 S.Ct. 1920, 131 L.Ed.2d 985 (1995): «...When deciding whether the parties agreed to arbitrate a certain matter ..., courts generally ... should apply ordinary state-law principles that govern the formation of contracts...».

⁸ Epígrafe III *infra*. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention*. Paris. ICCA Publishing. 2011, pp. 42-47; Decisión dictada por la Corte Europea de

7. Resulta, por tanto, recomendable que el árbitro contemple, conjuntamente, los términos del acuerdo arbitral y los del clausulado del contrato al que se refiera o donde aquél esté incorporado, dando a las palabras utilizadas por las partes su sentido natural y corriente en el contexto de la relación analizada, de la acción ejercitada y de su intención primordial de acudir al arbitraje como mecanismo de solución acordado para la determinación de esa diferencia.

II. LA DETERMINACIÓN DE SU VALIDEZ; SUS EFECTOS

8. El principio de relatividad contractual implica que los efectos positivos y negativo del acuerdo arbitral –así como la decisión del árbitro- queden siempre circunscritos a la esfera de las partes contratantes (*non potest arbiter inter alios iudicando alterius ius mutare*).⁹

9. La determinación de la existencia de acuerdo arbitral y la delimitación de su alcance conforman, ambas, competencias exclusivas del árbitro. Su ejercicio está basado en el resultado de la aplicación de determinadas normas materiales y procedimentales, necesarias para que el acuerdo arbitral despliegue plenamente su eficacia:

- A. Generando efectos obligatorios entre las partes firmantes;
- B. Apartando a los tribunales ordinarios de justicia del conocimiento y resolución de las controversias sometidas a arbitraje, hasta la rendición del laudo;

Justicia de Luxemburgo en el asunto *Powell Duffryn Plc. v. Petereit* ([1992] I ECR 1745); *Compañía Minera Condesa SA v. Compañía de Minas Buenaventura SA gegen BRGM-Pérou S.A.S.*, en *Bundesgericht*, BGE 124 III 83: el acuerdo de jurisdicción contenido en los estatutos de una sociedad vincula a sus accionistas con independencia del momento o la forma en que éstos hayan adquirido sus acciones. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial se ha extendido a la determinación de la validez de acuerdos arbitrales contenidos en estatutos sociales, siempre y cuando el accionista haya tenido oportunidad de conocer de buena fe su contenido con anterioridad a la adquisición de las acciones (en la misma línea, *Society of Maritime Arbitrators in MAP Tankers Inc. v MOBIL Tankers Ltd.*, Laudo parcial de 28 de Noviembre de 1980 [Society of Maritime Arbitrators, Inc., New York; Award Service, Fourth Distribution, Fiscal Year 6/1/80-5/31/81, Awards 1486-1514]). BERTI, S.v., «Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law», *The Arbitration Agreement-Its Multifold Critical Aspects*. ASA (Association Suisse de l'arbitrage). Special Series 8 (1994): 120.

⁹ D.33, 2, 31. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 y de 23 de junio de 2010. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de mayo de 2015 (asunto C-352/13) y 28 de junio de 2017 (asunto C-436/16). Código Civil, Artículo 1257: «... *Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley...*».

- C. Confiriendo a los árbitros jurisdicción suficiente como para dirimir el fondo de las controversias voluntariamente sometidas por las partes a su criterio; y
- D. Permitiendo el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral hasta la rendición del laudo.

10. El principio de conservación del acuerdo arbitral preserva sus efectos positivos y negativo.

Su aplicación garantiza la autonomía del acuerdo arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato principal en cuyo cuerpo se incardina; autonomía plasmada tanto en su posible regulación separada e independiente del resto de la relación jurídica, como en su inmunidad frente a una eventual invalidez de las disposiciones que compongan el contrato principal, impidiendo que la misma comporte necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral. La elección legítima de las partes queda protegida, así como la actuación forense del árbitro, una vez haya aceptado su designación.

El principio de intervención judicial mínima actuará, además, como un mecanismo complementario de contención frente a intromisiones intempestivas del poder judicial tanto durante la tramitación del procedimiento, como en la eventual revisión del laudo que se dicte.

La combinación de estos efectos con la aplicación de ese principio asegurará el respeto a la libre decisión excluyente de las partes de someter sus diferencias a arbitraje y explicará la concepción del ocasional control judicial del laudo como un juicio externo, basado en causas formales y tasadas.¹⁰

11. El efecto positivo del acuerdo arbitral se compone, a su vez, de dos vertientes: (i) la material y (ii) la procedimental.

Las normas materiales –incluidas en el derecho de obligaciones y determinadas por las normas aplicables al procedimiento (*lex arbitrii*), por lo general, correspondientes a la ley

¹⁰ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico Quinto; Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero; Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de junio de 2007; Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de junio de 2007; y Sentencia de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 noviembre 2010. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* (8537), 2015, pp. 1 – 9.

de la sede del arbitraje- establecen los elementos configuradores básicos del acuerdo arbitral requeridos para determinar su existencia y su eficacia jurídica; a saber:¹¹

- A. La arbitrabilidad objetiva de la controversia, referida a cuestiones disponibles en derecho para las partes, susceptibles de remisión a arbitraje y que no contravengan el orden público;¹²
- B. La forma escrita de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje;¹³ y
- C. La plena capacidad de obrar de las partes, determinada por sus respectivas leyes nacionales (efecto positivo material).¹⁴

Los efectos positivos, de carácter contractual, obligan a las partes suscribientes a estar y pasar por el contenido del contrato. Por ese motivo, el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.¹⁵ Su formalización acredita la existencia de una expresión suficiente de la voluntad inequívoca de las partes firmantes para asumir recíprocamente la obligación contractual de someter sus discrepancias al arbitraje acordado, sea éste *ad hoc* o institucional. De esta obligación material deriva el compromiso de las partes de cooperar en el nombramiento de los árbitros, de colaborar en el desarrollo responsable del procedimiento arbitral y de aceptar –de antemano- el carácter vinculante del laudo arbitral que en su día se dicte (efecto positivo procedimental). Esta exigencia deviene esencial en aquellos supuestos en los que alguna de las partes contendientes impugne la eficacia del acuerdo arbitral invocando su eventual nulidad¹⁶ o su ineficacia¹⁷ para intentar impedir el pleno despliegue de sus efectos.

¹¹ Convenio de Nueva York, Artículo II.3. y V.

¹² Convenio de Nueva York, Artículo II.1.

¹³ Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a; Convenio de Nueva York, Artículos II.1 y II.2. Ley Francesa de Arbitraje (2011): Su Artículo 1507 establece una excepción a esta regla, al disponer que, en los arbitrajes internacionales, «...el convenio arbitral no se encuentra sometido a ningún requisito de forma...».

¹⁴ Convenio de Ginebra, Artículo VI; Convenio de Nueva York, Artículos V.1.a. y IX.1.a.

¹⁵ Convenio de Ginebra, Artículo I.2.a; Convenio de Nueva York, Artículos II.1 y II.2. Criterio de flexibilidad: Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas o por cualesquiera otros métodos reconocidos de nuevas tecnologías o medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Ley Francesa de Arbitraje (2011), Artículo 1507. Ley Española de Arbitraje (2003), Artículo 9.1. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2017. En el mismo sentido, Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete de 1 de febrero de 2005 y Auto de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de julio de 2011: «...La posibilidad de acudir al procedimiento arbitral requiere la concorde voluntad de las partes para que sea válido el sometimiento a esta forma de solucionar los conflictos...».

¹⁶ Inexistencia o nulidad *ab initio* del acuerdo arbitral, motivada por la concurrencia de fraude, error o falta de consentimiento de sus otorgantes.

¹⁷ Convenio de Nueva York, Artículo II.3.

12. El efecto negativo del acuerdo arbitral alcanza la órbita procesal de la controversia planteada y está muy relacionado con el efecto positivo procedimental del acuerdo arbitral, antes analizado, en tanto que sustrae del conocimiento de los jueces ordinarios la controversia libremente remitida a la decisión de un tribunal arbitral. Es decir, siempre que estén válidamente suscrito, el acuerdo arbitral confiere jurisdicción al tribunal arbitral que eventualmente se constituya a su amparo para conocer y enjuiciar tanto su propia jurisdicción, como el fondo de la controversia que le haya sido sometida por las partes.

El planteamiento de la controversia dota de relevancia a la conducta procesal de las partes que hayan suscrito un acuerdo arbitral. En ese momento inicial, alguna de las partes contendientes, aunque vinculada por el acuerdo arbitral, puede optar por renunciar unilateralmente a su efecto positivo procedimental e instar el ejercicio de su acción ante los tribunales ordinarios de justicia, en contravención de los términos y obligaciones del acuerdo arbitral. Esta situación procesal –no infrecuente- ofrece dos posibles soluciones.

La primera posibilidad –remota, pero factible- consistirá en que ambas partes destruyan de común acuerdo el acuerdo arbitral previamente suscrito, decidiendo continuar sus desavenencias por vía judicial. Las partes habrán renunciado así libremente a ejercitar su facultad de exclusión a favor del arbitraje.¹⁸

La segunda posibilidad –más frecuente- es que la parte que aprecie un incumplimiento del acuerdo arbitral en la actitud procesal de la parte instante de la acción denuncie ante el órgano judicial afectado tal desprecio a los efectos positivos materiales y procedimentales del acuerdo arbitral y, por ende, la falta de competencia del órgano judicial afectado para decidir el fondo del asunto, en tanto que dicha controversia está sometida a arbitraje (declinatoria).¹⁹

Aplicando esta premisa junto con el principio de mínima intervención judicial, el juez al que se le someta un litigio sobre el que gravite un acuerdo arbitral deberá remitir a las partes al procedimiento arbitral, siempre que medie la previa solicitud –en tiempo y forma procesales- de cualquiera de ellas y una vez sea comprobada la validez material del acuerdo arbitral. De cumplirse afirmativamente ambas condiciones, el juez ordinario no impedirá el normal desarrollo del procedimiento arbitral.²⁰

De esta forma, la invocación puntual de la existencia del acuerdo arbitral ante la instancia judicial impide y limita su intervención durante el desarrollo del procedimiento arbitral a

¹⁸ *In dubio pro iurisdictione*: La renuncia de derechos debe ser inequívoca. Sentencias de la Sección Primera de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de enero de 2015 y de 13 de diciembre de 2016. Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de septiembre de 2015.

¹⁹ Convenio de Ginebra, Artículo VI.

²⁰ Convenio de Nueva York, Artículo II; Convenio de Ginebra, Artículo VI.

aquellos supuestos legalmente tasados, en los que se prevea la posibilidad de obtener dicha asistencia judicial.

III. CLÁUSULAS DE REFERENCIA EN CONTRATOS COMPLEJOS: REQUISITOS PARA APRECIAR LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL ACUERDO ARBITRAL A TERCEROS

13. Decíamos anteriormente que una de las dos expresiones legales del principio de conservación del acuerdo arbitral es la regulación del acuerdo arbitral por referencia. La recomendación principal para afrontar –con garantías- este tipo de situaciones sería la de aprovechar la novación para redactar, de nuevo, un acuerdo arbitral completo, que subsanase todas las deficiencias precedentes de coordinación detectadas, con la finalidad de delimitar adecuadamente su alcance objetivo y subjetivo entre las partes realmente contratantes y los contratos al que el mismo pretende referirse.²¹

14. La extensión subjetiva del acuerdo arbitral implica la extensión de sus efectos positivos y negativo a terceros que no fueron firmantes originales del mismo. La complejidad técnica de esta extensión se acrecienta en supuestos en los que el acuerdo arbitral está inserto en varios contratos, vinculados entre sí, o en el que su suscripción afecta a grupos societarios, donde la doctrina del levantamiento del velo societario puede, incluso, ser aplicada. El factor común denominador de ambos supuestos es determinar, con claridad, cuáles son las partes firmantes del acuerdo arbitral y evitar así que los miembros directamente involucrados en la consecución de un negocio jurídico puedan evadir sus responsabilidades sirviéndose de técnicas de elisión o de elusión de ley.

Pero esta situación no siempre es posible, motivo por el cual existe un significativo conjunto de laudos sobre la materia, del que podemos extraer algunas pautas aplicables para justificar las decisiones ampliatorias del alcance objetivo y subjetivo del acuerdo arbitral en tales supuestos.

15. En el supuesto de la extensión subjetiva y objetiva del alcance del acuerdo arbitral en grupos de empresas, donde cada entidad tenga su propia personalidad jurídica, la prueba practicada en el arbitraje debe demostrar la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la pertenencia de la entidad no suscriptora del contrato, ni del acuerdo arbitral a un grupo de sociedades; y (ii) la participación activa de esa entidad en la gerencia o en

²¹ *Trygg Hansa Insurance Co. Ltd. V. Equitas Ltd. And Others Equitas Ltd. And Others V. Trygg Hansa Insurance Co. Ltd.* [1998] 2 Lloyd's Rep. 439. *The Annefield* [1971] CLY 10839

el cumplimiento del contrato discutido, de la que se derive su aceptación expresa del acuerdo arbitral.²²

Los Laudos dictados en los asuntos Cci 4972²³, 5721²⁴ y 5103²⁵ identificaron como condición básica para reconocer la unidad de grupo económico que todas las sociedades que lo componen tengan la misma participación –aparente y real- en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas.

El Laudo dictado en el asunto Cci 6519 admitió la demanda contra la única sociedad que había sido parte en el acuerdo arbitral, excluyendo a las restantes demandadas una vez demostrada su ausencia de participación efectiva en el negocio instrumentado, donde se contenía la cláusula arbitral sobre la que se instó el arbitraje. El laudo aclaró que los efectos subjetivos del acuerdo arbitral podrían haberse extendido a las otras entidades si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que desempeñaron un papel activo en las negociaciones que precedieron la instrumentación del negocio jurídico o que estuvieron implicadas directamente en la elaboración del contrato que contiene la cláusula arbitral.

En el laudo Parcial de 23 de septiembre de 1982 dictado en el asunto Cci 4131²⁶ (*Dow Chemical v. Isover-Saint Gobain*), el tribunal arbitral aceptó extender al alcance subjetivo y objetivo del acuerdo arbitral a dos sociedades del Grupo Dow Chemical –que no habían sido signatarias del mismo- para actuar como demandantes en el procedimiento, basado en la existencia acreditada de una identidad de órganos decisorios comunes dentro del conglomerado empresarial a la que pertenecían y, sobre esta base, considerar demostrado que sus componentes habían participado activamente en la adopción de decisiones sobre las materias discutidas en el arbitraje.

²² Laudo de 1974 dictado en el asunto Cci 2138, *Journal du droit international* (Clunet) 1975, p. 934. Laudo de 1975 dictado en el asunto Cci 1434, *Journal du droit international* (Clunet) 176, p. 978. Laudo Parcial de 23 de septiembre de 1982 dictado en el asunto Cci 4131 (*Dow Chemical v. Isover-Saint Gobain*), *Yearbook of Commercial Arbitration* 1984, pp. 13 *et seq.* En contra, *Peterson Farms v C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121.

²³ *Journal du droit international* (Clunet) 1989, p. 1100 *et seq.*

²⁴ *Journal du droit international* (Clunet) 1990, p. 1019 *et seq.*

²⁵ Laudo Final de 1988, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 20.

²⁶ Laudo Parcial de 23 de septiembre de 1982 dictado en el asunto Cci 4131 (*Dow Chemical v. Isover-Saint Gobain*), *Yearbook of Commercial Arbitration* 1984, pp. 13 *et seq.*

16. Los laudos CCI dictados en los asuntos 6519²⁷, 10758²⁸, 11160²⁹ y 14208³⁰ y la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París en el asunto SMATB³¹ establecen la pertinencia de la extensión del alcance subjetivo del acuerdo arbitral a aquellos terceros no signatarios sobre los que el resultado de la prueba acredite su participación directa en la negociación, ejecución y eventual terminación del contrato objeto de controversia, con la voluntad común de considerar a ese tercero como parte en el contrato que contiene el acuerdo arbitral. 16. Los laudos CCI dictados en los asuntos 5730³², 5891³³, 5894³⁴, 5920³⁵, 6000³⁶, 6519³⁷, 7604³⁸ y 7610³⁹ y las sentencias dictada por la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2014 y de 5 de mayo de 2015 establecen la pertinencia de la extensión del alcance subjetivo del acuerdo arbitral a aquellos terceros no signatarios sobre los que el resultado de la prueba, atendiendo a las circunstancias del negocio en cuestión, permita presumir su conocimiento de la existencia del acuerdo arbitral objeto de controversia, sin expresar reserva alguna en cuanto a su alcance.

-
- ²⁷ Laudo Final de 1991, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 34.
- ²⁸ Laudo Final de octubre de 2000, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 16 – 2. 2005, p. 87.
- ²⁹ Laudo Final de marzo de 2002, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 16 – 2. 2005, p. 99.
- ³⁰ Laudo Final de junio de 2008, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 24 – 2. 2013, p. 62.
- ³¹ Sentencia de la Cour d'Appel de París de 22 de marzo de 1995 (*SMABTP et autres v. Société Statinor et autres*) [1997 *Rev. Arb.* 500].
- ³² Laudo Final de 1988, en JARVIN, S., DERAIS, Y. & ARNALDEZ, J.J., *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1991*.The Hague. Kluwer Law & Taxation. 1994, p. 410.
- ³³ Laudo Final de 1988, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 23.
- ³⁴ Laudo Final de 1989, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 24.
- ³⁵ Laudo Final de 1989, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 27.
- ³⁶ Laudo Parcial de 1988, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 31.
- ³⁷ Laudo Parcial de 1991, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 2 – 2. 1991, p. 34.
- ³⁸ Laudo, en JARVIN, S., DERAIS, Y. & ARNALDEZ, J.J., *Collection of ICC Arbitral Awards 1996 – 2000*.The Hague. Kluwer Law International. 2003, p. 510.
- ³⁹ Laudo, en JARVIN, S., DERAIS, Y. & ARNALDEZ, J.J., *Collection of ICC Arbitral Awards 1996 – 2000*.The Hague. Kluwer Law International. 2003, p. 510.

IV. SU REDACCIÓN: RECOMENDACIONES

17. El acuerdo arbitral requiere una redacción acertada, basada en la precisión de su texto, en la simplicidad de su estilo y –siempre que sea posible- en la utilización de cláusulas modelo.⁴⁰

Además de identificar correctamente las partes y la relación jurídica concernida, resulta recomendable que el contenido mínimo de cualquier acuerdo arbitral identifique correctamente el tipo de arbitraje que se desea (en el caso de arbitraje institucional, con indicación expresa del Reglamento a cuyas disposiciones se someten y con utilización de su cláusula modelo o, por el contrario, su expreso sometimiento a un arbitraje *ad hoc*, siguiendo el modelo de cláusula UNCITRAL), la composición del tribunal, el idioma del arbitraje, la *lex arbitrii* y la sede del arbitraje.

El objetivo de estas recomendaciones de redacción es minimizar, en lo posible, los riesgos inherentes a una redacción insuficiente del acuerdo arbitral, cercenadora involuntaria del verdadero alcance deseado por las partes contratantes.

18. Sin embargo, la práctica forense diaria nos demuestra que tales recomendaciones, pese a su simplicidad y sentido común, no siempre se cumplen, por lo que la redacción de los acuerdos arbitrales puede adolecer, en ocasiones, de algunos defectos que comprometan su viabilidad práctica.

19. El acuerdo arbitral suele disponerse entre las cláusulas finales de los contratos, donde confluye una significativa mezcla de recelo, hartazgo y desidia de sus negociadores. Recelo hacia la mención de la cláusula arbitral, derivado del cerval e infundado miedo de los intervinientes al fracaso comercial, como si de una suerte de invocación al desastre se tratara. Hartazgo de los negociadores, porque es una cuestión que –siguiendo intuitivamente los principios de la ambigüedad constructiva- suele abordarse por las partes al final de intensas reuniones negociadoras; es decir, justo en el momento en el que el cansancio de los profesionales involucrados merma sus respectivos estados de ánimo. Desidia en sus responsables, centrando sus objetivos en la consecución de otros aspectos más crematísticos que los meramente jurídicos.

⁴⁰ LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitral*. The Hague. Kluwer Law International. 2003, pp. 165-185; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration*. Paris. ICC Publishing. 2012, p. 6.

20. La conjunción de estos tres factores actúa en detrimento de la fiabilidad del acuerdo arbitral, en tanto implica que su redacción se deje ocasionalmente al albur de profesionales con un bagaje arbitral práctico mejorable, con el resultado de un contenido y el contenido final que apenas recoja la voluntad verdadera de las partes –ya entonces inmersas en burbujas celebrantes del éxito- o que, de recogerla, fallen sin embargo en la referencia arbitral.⁴¹

21. En el primer supuesto, nos encontraremos ante acuerdos arbitrales válidos, pero sustancialmente inútiles, al obviar la verdadera voluntad de las partes contratantes. Planteada la controversia, la ejecución del acuerdo arbitral será inoperativa o su interpretación devendrá imposible.⁴²

22. En el segundo supuesto, afrontaremos la complejidad de los acuerdos arbitrales patológicos, según la denominación acuñada por Frédéric Eisemann para referirse a aquellos acuerdos arbitrales susceptibles de generar numerosos problemas en el desarrollo de cualquier procedimiento arbitral.⁴³

Su aportación –*perlas*, como prefirió denominar los ejemplos en los que basó su abstracción teórica- ha permitido definir doctrinalmente el acuerdo arbitral patológico como aquel que resulta ineficaz para establecer el procedimiento arbitral en plenitud de efectos.⁴⁴

Las causas de su ineficacia pueden obedecer a defectos graves en su redacción, a la insuficiencia de su contenido o a la comisión de errores esenciales en la determinación de

⁴¹ De ahí su habitual denominación despectiva, no lo negaremos- como cláusulas de medianoche (*midnight clauses*) o cláusulas *champagne*. Para una completa galería de los horrores arbitrales, recomendamos visitar <https://www.patorikku.net/midnight-clause-international-arbitration>.

⁴² Convenio de Nueva York, Artículo II.3.

⁴³ EISEMANN F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*. Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974, pp. 129-161.

⁴⁴ CRAIG, W.L., PARK, W.W. & PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*. Third Edition. New York. Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry. 2000, pp. 127-137; GAILLARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 19991, §§484-485; DAVIS, B.G., «Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria», *Arbitration International* 7, p. 365; DERAIS, Y. & SCHWARTZ E., *A Guide to the New Icc Rules of Arbitration*. The Hague. Kluwer Law International. 1998, p. 356; FRIEDLAND, P., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts», VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXII. The Hague: Kluwer Law International, p. 1095; FRIGNANI, A., «Libertà delle parti e clausole patologiche nell'arbitrato internazionale», *Arbitraje* (2008), p. 769; HOCHBAUM, J., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts. German Courts Interpret Arbitration Clauses Wrong Designation of the Seat of an Arbitral Institution», *International Arbitration Report* 11, p. 20; XIAOHONG, L., «Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses», *Us-China Law Review* (2006), p. 33; ROBINE, E., «What Companies Expect of International Commercial Arbitration», *Journal of International Arbitration* (1992), p. 31.

sus elementos constitutivos,⁴⁵ con el denominador común de que su concurrencia –por causas de gravedad variable- impide desplegar total o parcialmente las funciones primordiales de todo acuerdo arbitral eficaz,⁴⁶ anteriormente apuntadas.

23. Tan pronto alguna de las partes cuestione este aspecto del acuerdo arbitral en el momento procedimental adecuado, el árbitro debe analizar la cláusula patológica con aplicación del principio de conservación del acuerdo arbitral en dos fases sucesivas. En la primera, el árbitro debe determinar la voluntad de las partes involucradas de someter sus controversias al arbitraje, de conformidad con las indicaciones interpretativas anteriormente apuntadas. Si el resultado de esa determinación es afirmativo, el árbitro afrontará la segunda fase, con la finalidad de analizar los términos del contrato principal, en relación con el acuerdo arbitral afectado por la patología detectada. Sólo una vez determinadas favorablemente estas premisas, el árbitro podrá depurar entonces el contenido del acuerdo arbitral, para discernir si tales defectos son superables o, por el contrario, críticos.

De proceder, el árbitro afrontará esta subsanación respetando el principio de conservación del acuerdo arbitral y analizando las actuaciones de las partes, coetáneas con la negociación del documento en el cual se articule el acuerdo arbitral.

V. LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE, DE LA LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO, Y DEL IDIOMA DEL ARBITRAJE

24. La selección de la sede arbitral es relevante, dadas las profundas consecuencias legales y prácticas que pueden derivarse, incluyendo cuestiones de conveniencia y control de costes. Su determinación resulta de la consideración conjunta de criterios jurídicos, estratégicos –neutralidad y eficacia- y prácticos.⁴⁷

⁴⁵ BARONA VILLAR, S. (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid. Thomson-Civitas. 2005, pp. 389-390.

⁴⁶ EISEMANN, F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essays in Memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Turin. Unione Tipografico-Editrice Turinese. 1974, p. 129.

⁴⁷ AHMED, M., «The Influence of the Delocalization and Seat Theories upon Judicial Attitudes Towards International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2011), p. 407. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral», *Lima Arbitration* (2007), pp. 25 – 62. GAILLARD, E., *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. México. Limusa. 2012. OLIVENCIA RUIZ, M., «El lugar del arbitraje», *Arbitraje* (2005), pp. 335 – 361, p. 342. Alrededor del Artículo 20 de la Ley Modelo se desarrolla una corriente doctrinal preocupada por diferenciar los conceptos de lugar físico –en cuanto a ubicación o a lugar de celebración de audiencias- y de lugar jurídico –sede- del arbitraje. Por el momento, la tendencia mayoritaria se inclina por establecer que este último –el lugar jurídico o sede- determine tanto la aplicabilidad subsidiaria de la *lex arbitrii* como el fuero judicial.

El efecto del alcance territorial de la legislación arbitral de la sede arbitral rige una amplia gama de cuestiones procedimentales internas y externas que concurren en el procedimiento arbitral. Las cuestiones internas pueden incluir, entre otros aspectos, la autonomía de las partes para acordar cuestiones sustantivas y procesales, la interpretación y aplicabilidad del acuerdo arbitral, la determinación del calendario de actuaciones procedimentales o la celebración de las audiencias, con respeto a los derechos procedimentales fundamentales de las partes.

Las cuestiones externas abarcan aspectos sobre las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje, la determinación de la competencia de los árbitros y su selección o cuestiones relativas a los motivos de anulación del laudo.⁴⁸ El árbitro es un tercero privado, libremente elegido por las partes para conocer y decidir –de forma vinculante- una determinada controversia sometida a arbitraje. Mediante la suscripción del acuerdo arbitral, las partes confieren al árbitro una competencia decisoria exclusiva, otorgándole voluntariamente una autoridad suficiente para desempeñar frente a ellas esta función limitada, concreta y temporal. Sin embargo y comoquiera que el arbitraje está sometido a las limitaciones inherentes al principio de relatividad contractual, el árbitro carece de *imperium*; es decir, de todo poder que suponga compulsión, coerción o simple mando sobre terceros ajenos al procedimiento arbitral.⁴⁹ Esa ausencia de *imperium* debe ser completada por los tribunales ordinarios de justicia, a través de la articulación de una necesaria convivencia entre jueces ordinarios e institución arbitral, regulada con el equilibrio suficiente como para garantizar el ejercicio de las funciones de apoyo y control del juez ordinario legalmente establecidas, con la reconocida independencia y autonomía del árbitro. En definitiva, mediante la regulación adecuada de la colaboración judicial ocasional para suplir las comprensibles carencias del árbitro frente a terceros ajenos al procedimiento arbitral.

25. La eficacia de esta regulación dependerá de una exacta delimitación de las respectivas funciones de árbitros y de jueces de auxilio.

Su existencia obliga al legislador a deslindar simultáneamente tanto las competencias de árbitros y jueces en sus atribuciones, como los mecanismos de cooperación disponibles entre ambas instituciones jurídicas para garantizar su eficaz funcionamiento.⁵⁰ Regulación

⁴⁸ *Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corporation (the «Star Texas»)*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 445. *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA*, [2012] EWCA Civ. 638. Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de abril de 2013. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 19 de febrero de 2003.

⁴⁹ REDFERN, A. & HUNTER, M., *Law & Practice of International Commercial Arbitration*. Second Ed. London. Sweet & Maxwell. 1991, pp. 333 – 334; VERDERA Y TUJELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, entre la tradición y la innovación*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2005, p. 109.

⁵⁰ Delimitación sobre la base de cuyo desarrollo se viene consolidando una tendencia por virtud de la cual se concibe al juez como un apoyo indispensable para dotar el funcionamiento del arbitraje de la necesaria seguridad jurídica. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Vol. 290. Year 2001. The Hague/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers. 2002, pp. 38 – 41; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La colaboración entre jueces y árbitros

que exige compaginar los principios de disponibilidad de la materia y de relatividad contractual del arbitraje, con el principio de intervención judicial mínima de todo juez ordinario que –a instancia de las partes o del tribunal arbitral- deba desempeñar funciones de apoyo al desarrollo del arbitraje en cualquiera de las diversas etapas en las que –como posteriormente veremos- se estructura.⁵¹

De esta forma, el juez de auxilio adquiere una progresiva relevancia tanto en el desarrollo del procedimiento arbitral, como en la consolidación de cualquier sede que aspire a detentar una posición relevante en este complejo mercado jurídico. La elección de la sede arbitral puede resultar del acuerdo de las partes contendientes o de la designación de las instituciones arbitrales al amparo de cuyo reglamento los litigantes pretendan desarrollar el procedimiento. Pero, con independencia del mecanismo elegido para tal determinación, partes e instituciones concernidas analizan –entre otros factores, como veremos posteriormente- la dotación real de medios ofrecidos por el ordenamiento jurídico identificado para proporcionar un eficaz y puntual auxilio judicial⁵² al procedimiento arbitral, sin invadir innecesariamente competencias exclusivas de los árbitros; entre otros, la regulación y distribución de fueros convencionales y de fueros legales fijados por el legislador para atender las diferentes asistencias judiciales posibles.

El análisis de la neutralidad de la sede arbitral y la eficacia de su legislación arbitral implica la consideración, entre otros, de los siguientes factores: (i) la idoneidad de la legislación arbitral vigente; (ii) la existencia de un tratado multilateral o bilateral sobre la ejecución de laudos arbitrales entre el Estado sede del arbitraje y el Estado o Estados donde el laudo puede ser ejecutado; (iii) la conveniencia de las partes y los árbitros, incluidas las distancias de viaje; (iv) la disponibilidad y costo de los servicios de apoyo necesarios para la tramitación del procedimiento; (v) la ubicación del objeto litigioso; (vi) la proximidad de las

como presupuesto de una cultura arbitral», en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La nueva Ley de Arbitraje*. Colección Estudios de Derecho Judicial, número 102. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2006, pp. 96 – 104; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho Privado y Constitución* (2005), pp. 55 – 91.

⁵¹ MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid. Iustel. 2005, p. 29: La calidad de toda regulación arbitral se determina por la existencia de cinco elementos fundamentales en su articulado: (i) la definición de los requisitos sobre la validez y eficacia del acuerdo arbitral; (ii) el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; (iii) la concesión de amplios poderes procedimentales a los árbitros en el desarrollo de sus funciones; (iv) la delimitación precisa de la intervención judicial del arbitraje; y (v) la garantía de la intangibilidad del laudo arbitral.

⁵² SANDERS, P., *International Encyclopædia of Comparative Law. Chapter 12: Arbitration*. Martinus Nijhoff. 1996, p. 48.

fuentes de prueba; y (vii) la regulación adecuada de la privacidad de las actuaciones arbitrales⁵³ y de la confidencialidad de sus contenidos.⁵⁴

Los criterios prácticos atienden a aspectos relativos a la conveniencia, la seguridad y la eficacia en la gestión del procedimiento y se componen de elementos relativos, entre otros, a la cercanía al domicilio de las partes o a la ubicación de la mayoría de las pruebas a practicar, la disponibilidad de servicios logísticos de apoyo (salas adecuadas de audiencias, comunicaciones, traducciones...), costes generales de alojamiento y traslado o las condiciones de seguridad de árbitros y partes.

Con independencia de la delimitación de la sede y salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para deliberar entre sus miembros, practicar pruebas o examinar mercancías o bienes litigiosos de difícil o imposible traslado a la sede arbitral. Estas excepciones no alteran la designación de la sede del arbitraje.

26. Jan Paulsson distingue las normas aplicables al arbitraje (*lex arbitrii*)⁵⁵ de aquellas normas jurídicas aplicables en el arbitraje, es decir, las normas sustantivas aplicables o *lex causæ*. Las normas aplicables al procedimiento regulan cuestiones relativas a las arbitrabilidad de la controversia, a la competencia del árbitro, a la delimitación

⁵³ La privacidad significa que en las audiencias –salvo algunas excepciones– sólo puedan asistir las partes, los árbitros y sus abogados, así como peritos y testigos convocados. Sentencia del Tribunal Supremo de Australia de 7 de abril de 1995 *Esso Australia Resources/BHP v. Plowman*, en 11 *Arbitration International* 235. Este asunto derivaba de dos arbitrajes paralelos, planteados entre la multinacional petrolera ESSO/BP y PLOWMAN, empresa australiana suministradora de gas. Los contratos suscritos entre ambas partes contenían cláusulas de revisión de precios y preveían el arbitraje como mecanismo para solventar sus diferencias. Iniciados los arbitrajes entre ambas partes, el Ministerio Australiano de Energía y Minerales tuvo conocimiento de los mismos, requiriendo información a los contendientes. Las partes se negaron a proporcionar la información requerida, fundándose en la supuesta confidencialidad de su contenido y en la privacidad del arbitraje. Ante esta situación, el Ministerio requirió el auxilio judicial de los tribunales ordinarios australianos, basado en la aplicación de la excepción de interés general o público, justificada por la repercusión que dichas decisiones podrían tener en el eventual incremento del precio del gas natural suministrado a los consumidores finales. El Ministerio obtuvo de los Tribunales australianos una autorización para solicitar la publicación de todos los datos económicos de aquellos contratos y de las diferencias que se estaban discutiendo en vía arbitral (*Hassneh Insurance Co. Of Israel & Others v. Stewart J. Mew* en [1993] 2 Lloyd's Rep. 243; *United States of America v. Panhandle Eastern Corp. et al.*, 118 F.R.D. 346; FESLER, M., «The Extent of Confidentiality in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2012), p. 48; PAULSSON, J. & RAWDING, N., «The Trouble with Confidentiality», *ICC Court of Arbitration Bulletin* (1994), p. 48; STOJCEVSKI, M. & ZELLER, B., «Confidentiality and Privacy Revisited», *Arbitration* (2012), p. 332.

⁵⁴ Su adecuada preservación impone al árbitro la observancia de diversos deberes de reserva y protección de información y deliberaciones, inherentes a la misión decisoria encomendada por las partes; obligación que puede derivar de la profesión del árbitro (i.e., abogado en ejercicio) o, simplemente, de la aceptación por el árbitro de su nombramiento. Partiendo de esta base, baste con apuntar la existencia de tres categorías diferentes de regulaciones arbitrales sobre esta materia: (i) aquellas regulaciones que omiten toda mención a la privacidad del arbitraje; (ii) aquellas regulaciones que formulan un principio general de privacidad, carente de desarrollo y (iii) aquellas regulaciones que abarcan la reglamentación de los supuestos más frecuentes.

⁵⁵ PAULSSON, J., *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010, London School of Economics and Political Science, Law Department. London, in <http://ssrn.com/abstract=1536093>.

de las funciones de apoyo y control judicial del procedimiento arbitral. Por lo tanto, la actuación procedimental responsable de las partes recomienda alcanzar un acuerdo sobre este conjunto esencial de normas, bien en el acuerdo arbitral, bien en cualquier momento inmediatamente posterior al inicio del procedimiento arbitral. En ausencia de este acuerdo, el árbitro estará facultado para su selección, que, en la práctica, coincidirá con la que determine la legislación arbitral de la sede del arbitraje.

27. El procedimiento arbitral se desarrollará, preferiblemente, en el idioma acordado por las partes en el acuerdo arbitral o, en su defecto, en el determinado por la institución arbitral concernida, acorde a su Reglamento, o por el tribunal arbitral.⁵⁶ Esta delimitación se efectúa –como regla general- mediante dos aproximaciones: una, objetiva, consistente en identificar el idioma utilizado por las partes en sus negociaciones, en el contrato del que deriva la controversia y en la correspondencia cruzada entre ellas en tal sentido; otra, subjetiva, atendiendo a los idiomas de las partes, de sus representantes o de los testigos que deban comparecer. En ocasiones y especialmente en arbitrajes internacionales, es factible la utilización simultánea de dos idiomas. El idioma que se determine será utilizado por las partes y por el tribunal arbitral para efectuar sus alegaciones, practicar las pruebas y dictar laudos y cualesquiera órdenes procedimentales necesarias para la correcta tramitación del procedimiento. Por lo tanto, su correcta selección es estratégicamente importante para garantizar la eficacia del procedimiento arbitral.

VI. LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS

28. A finales de la década de 1990, diversos bancos multilaterales de desarrollo adoptaron un documento armonizado de licitación y contratación de aquellos proyectos internacionales de ingeniería y construcción de obras e infraestructuras cuya ejecución financiaban, basado en la experiencia práctica acumulada durante la negociación de las modificaciones de las condiciones generales del Libro Rojo de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (en lo sucesivo, en su acrónimo francés FIDIC)⁵⁷ con las partes contratantes. La primera versión del resultado de esta armonización –conocido por su acrónimo inglés MDB⁵⁸ o Libro Rosa- data de mayo de 2005, con posteriores modificaciones

⁵⁶ Ley Modelo, Artículo 22; Reglamento UNCITRAL, Artículo 19.

⁵⁷ La Federación Internacional de Ingenieros Consultores, fundada en 1913 por tres asociaciones europeas de ingenieros consultores, representa a más de 40.000 empresas de consultoría con más de 2.000.000 de profesionales, en más de 97 países.

⁵⁸ BAKER, E., MELLORS, B., CHALMERS, S. & LAVERS, A., *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Fifth Ed. Informa Law. Routledge. 2009, ¶¶ 1.48 a 1.55 y 2.17; GLOVER, J. & HUGHES, S., *Understanding the FIDIC Red Book: A Clause by Clause Commentary*. Second Ed. Sweet & Maxwell. London. 2011, Introduction, ¶¶ 38 a 42, pp. xx a xxii.

introducidas en marzo de 2006 y en junio de 2010. La apreciable seguridad jurídica que el MDB proporciona a las partes involucradas en este tipo de proyectos ha consolidado su aceptación generalizada.

29. Las Cláusulas 1 a 19 de sus Condiciones Generales regulan los derechos y obligaciones de las partes en la ejecución de este tipo de proyectos complejos. Su desarrollo conlleva el inevitable planteamiento de discusiones, reclamos y discrepancias entre las partes, que no debieran implicar necesariamente su frustración. Es por este motivo por el cual la Cláusula 20 de las Condiciones Generales del MDB instrumenta un mecanismo aceptable de resolución de estas eventuales diferencias, basado en la preservación del equilibrio jurídico y económico del contrato durante la ejecución del proyecto y no a su conclusión.

30. El título de la Cláusula 20 de las Condiciones Generales del MDB distingue tres conceptos independientes: *reclamaciones*, *controversias* y *arbitraje*. La utilización de la conjunción copulativa y cumple una función gramatical de enlace, que permite la calificación jurídica de esta Cláusula como un acuerdo arbitral escalonado o de doble paso (*multi – tier* o *escalating*), cuyo contenido obliga, por igual, a partes contendientes y a árbitros. En su planteamiento, las partes deben acreditar ante los árbitros el puntual y previo agotamiento de los siguientes requisitos imperativos:⁵⁹

- A. La formulación de reclamaciones ante el ingeniero del contrato durante la ejecución de las obras y dentro del plazo de 28 días convenido en la Cláusula 20 de las Condiciones Generales del MDB;
- B. La conversión de las reclamaciones en controversias, mediante la impugnación de la decisión del ingeniero sobre la reclamación previa ante una Comisión de Resolución de Controversias para decidir las controversias planteadas;
- C. La existencia de una notificación de inconformidad a la parte contraria contra las decisiones de la Comisión para la Resolución de Controversias sobre la controversia planteada;
- D. El mantenimiento de conversaciones amistosas; y
- E. El planteamiento del arbitraje.

⁵⁹ BAKER, E., MELLORS, B, CHALMERS, S. & LAVERS, A., *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Fifth Ed. Informa Law. Routledge. 2009, ¶¶ 9.2, 9.161 y 9.207; GLOVER, J., & Hughes, S., *Understanding the FIDIC Red Book*. Sweet & Maxwell. London. 2011, ¶¶ 20-068; KANTOR, E. & PARROTT, P., «Gaps Can End In Tears», en *Construction Law*, (August, 2016), pp. 26 – 28; KONDEV, D. H., «Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?», en *Arbitration International Construction Law Review*, (2014), pp. 256 – 268. Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 7 de julio de 2014 (4A_124/2014).

Los árbitros deben velar por el cumplimiento de estas etapas durante el procedimiento arbitral.

31. La Cláusula 20.1 de las Condiciones Generales del MDB regula la formulación de *reclamaciones* por el contratista al contratante. Su texto define las *reclamaciones* como aquellas diferencias –surgidas entre las partes durante la ejecución de las obras- sobre las que el contratista se considera legitimado para obtener del contratante cualquier prórroga del plazo de terminación de las obras contratadas o cualquier pago adicional en virtud de cualquier Cláusula de esas Condiciones Generales.

Su articulación exige al contratista identificar la circunstancia justificativa de la reclamación, por escrito y con una precisión razonable, pero sin profusión de detalles. El contratista deberá remitir la reclamación al ingeniero, con copia al contratante, de conformidad, al menos, con la Cláusula 1.3 de las Condiciones Generales del MDB. En este sentido, la redacción de esta Cláusula utiliza verbos como *enviar, mantener, permitir, considerar o deber*, conjugados en futuro imperfecto, con modo imperativo, lo cual revela la voluntad inequívoca de las partes de establecer una obligación de necesario cumplimiento.

El plazo máximo de su articulación es de 28 días desde que el contratista conozca la circunstancia causante de la reclamación o su existencia. Su brevedad está justificada por la necesidad de permitir al ingeniero y al contratante conocer inmediatamente el contenido de la divergencia, con la finalidad de que pueda verificar su realidad, analizar sus posibles consecuencias en el cronograma y en el programa de ejecución de los trabajos dentro del alcance del contrato, resolver –de ser posible- el problema detectado y minimizar su impacto en el cronograma total de la obra. En definitiva, la Cláusula 20.1 de las Condiciones Generales de MDB pretende disuadir al contratista de la tentación de ocultar los eventuales problemas que puedan surgir durante la ejecución de los trabajos hasta un momento en que su solución resulte compleja o imposible. Para tal fin, esta Cláusula dispone la necesidad de mantener una documentación soporte adecuada de las circunstancias justificativas de la reclamación y la sanción de preclusión para aquellos supuestos en los que una reclamación fuese ejercida fuera de ese plazo de 28 días.⁶⁰

Tras el anuncio o articulación de la reclamación, el contratista dispone de un plazo adicional de 42 días para fundamentar pormenorizadamente su contenido, que incluirá toda la información justificativa de su pretensión de ampliar el plazo de ejecución o de su legitimación para exigir al contratante un pago adicional por los trabajos ejecutados. En aquellos supuestos en los que la reclamación esté basada en un evento con un efecto

⁶⁰ MDB, Condiciones Generales, Cláusula 20.1, segundo párrafo «...si el Contratista no notifica una reclamación dentro de dicho plazo de 28 días, no se prorrogará el Plazo de Terminación, el Contratista no tendrá derecho a recibir pagos adicionales y el Contratante quedará liberado de cualquier responsabilidad vinculada con la reclamación...».

continuado, el contratista podrá presentar reclamaciones a cuenta hasta que cesen tales efectos y se puedan determinar las consecuencias sobre plazo o sobre coste. La presentación de estos detalles fuera del plazo de 42 días puede, al menos, generar eventuales consecuencias negativas en la pretensión del contratista, ya que podría considerarse que, con ese retraso, habría impedido al ingeniero y al contratante efectuar sus comprobaciones y habría contribuido a magnificar innecesariamente el impacto de la reclamación. En este punto, por tanto, la duda opera como una presunción en contra de la legitimidad de la reclamación articulada por el contratista al ampro de esta Cláusula.

En definitiva:

- A. Si el contratista no presenta al ingeniero y al contratista la notificación de la reclamación requerida dentro de los 28 días siguientes a haber tenido conocimiento de su existencia, perderá su derecho a formular tal reclamación y el contratante quedará liberado, entonces, de cualquier responsabilidad sobre la misma; y
- B. Si el contratista no detalla su reclamación en el plazo de los 42 días siguientes al anuncio de la reclamación, podrá ver perjudicado su derecho a la prórroga o coste adicional pretendido si se demuestra por el ingeniero que ese retraso ha impedido la adecuada investigación del fundamento de la reclamación y ha magnificado innecesariamente su impacto en el proyecto, al no haber podido adoptar medidas de mitigación, de control o de defensa a tiempo.

La reclamación articulada en tiempo y forma contempla dos posibles soluciones: (i) que el ingeniero aprecie su procedencia y las partes acuerden los extremos necesarios para regularizar la situación planteada a la satisfacción de ambas –generalmente, mediante la suscripción de una orden de cambio- o (ii) que el ingeniero desestime, total o parcialmente, la reclamación. En el primer supuesto, la reclamación quedará solucionada. En el segundo supuesto, el contratista tendrá la facultad de convertir su reclamación en una controversia.

32. Como indicábamos anteriormente, el título y el texto de la Cláusula 20 de las Condiciones Generales del MDB Contrato diferencia los conceptos de *reclamación* y *controversia*, de forma que no pueden ser considerados como términos sinónimos.

La *controversia* comprende aquella *reclamación* sobre la que contratista y contratante mantienen un desacuerdo de imposible resolución amistosa, provocado por la decisión denegatoria de la reclamación por el ingeniero.

Contratista y contratante tienen la facultad decisoria para aceptar o para impugnar la decisión del ingeniero sobre la reclamación, con cuyo contenido discrepen. Pero, una vez adoptada esta decisión, el planteamiento de la controversia debe realizarse

necesariamente ante la Comisión de Resolución de Controversias⁶¹, como único organismo competente para su evaluación definitiva.⁶² Esta exigencia contractual obliga a contratista y a contratante a constituir la citada Comisión, de conformidad con los términos acordados en esta Cláusula de las Condiciones Generales del MDB.⁶³

Una vez constituida, la Comisión de Resolución de Controversias deberá emitir su recomendación sobre la controversia planteada en el plazo de 84 días desde la fecha de su planteamiento. En este supuesto se plantean dos posibles opciones:

- A. Si la Comisión de Resolución de Controversias ha emitido su recomendación, la parte que esté en desacuerdo con su contenido deberá remitir su notificación de inconformidad a la parte contraria en un plazo de 28 días, en la que manifieste su intención de comenzar el arbitraje; o
- B. Si la Comisión de Resolución de Controversias se abstiene de pronunciar cualquier recomendación sobre la controversia dentro del plazo de 84 días, cualquiera de las partes contendientes podrá plantear a la otra su notificación de inconformidad –con la comunicación de su intención de iniciar el arbitraje– en los 28 días siguientes a la fecha de finalización del plazo de 84 días

⁶¹ CHERN, C., *Chern on Dispute Boards*. Third Ed. Informa Law. Routledge. 2015, p. 11. Las primeras referencias a la utilización de una Comisión de Resolución de Controversias se contienen en la ejecución del proyecto de la Presa Boundary, en el río Pend Oreille, en el Estado de Washington, finalizado en 1967, con la denominación Joint Consulting Board. Entre 1972 y 1974, el Comité Nacional de los Estados Unidos sobre Tecnología de Túneles, dependiente del Ministerio de Transportes, elaboró un estudio para mejorar las buenas prácticas en la ejecución de este tipo de proyectos de subsuelo (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, «Better Contracting for Underground Construction», en *Report of the Committee on Tunneling Technology*. National Academy of Sciences. Washington, D.C. 1974). Sus recomendaciones se aplicaron, por primera vez, en la construcción del Túnel Eisenhower –túnel vehicular de doble perforación y cuatro carriles, sito en Denver, Colorado y finalizado en 1979– donde se estableció la primera Comisión de Resolución de Controversias (Dispute Board) oficialmente reconocida, con gran éxito. En 1980, el proyecto internacional de construcción de la represa de la Central Hidroeléctrica Francisco Morazán, en Honduras (también conocida como la presa de El Cajón) –financiado por el Banco Mundial– fue pionero en la utilización de una Comisión de Resolución de Controversias, con una gran aceptación que motivó que, desde entonces, el Banco Mundial promocionase su uso en este tipo de contratos internacionales como un instrumento de prevención y solución de discrepancias durante la ejecución de estos proyectos complejos de ingeniería, tal y como recoge la versión de los Contratos FIDIC de 2017 (The FIDIC Golden Principles number 5).

⁶² MDB, Condiciones Generales, Cláusula 20.2, primer párrafo: «...Las controversias serán referidas a una Comisión para la Resolución de Controversias para su decisión de conformidad con la Subcláusula 20.4...». Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 7 de julio de 2014 (4A_124/2014), ¶ 3.4.3.1.

⁶³ MDB, Condiciones Generales, Cláusula 20.2, primer párrafo, *in fine*, donde se establece la obligación de las partes de nombrar la Comisión de Resolución de Controversias, sin que dicho nombramiento deba hacerse de forma conjunta. La Cláusula 20.2, tercer párrafo y la Cláusula 20.3 de las Condiciones Generales del MDB prevén el mecanismo para solventar un desacuerdo de esa importancia.

BAKER, E., MELLORS, B., CHALMERS, S. & LAVERS, A., *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Fifth Ed. Informa Law. Routledge. 2009, ¶¶ 9.52. Laudo Parcial, dictado en el asunto ICC 15956, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 44, referido a un Libro Rojo. Laudo Parcial, dictado en el asunto ICC 16262, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 75. Laudo Parcial, dictado en el asunto ICC 16570, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 92, referido a un Libro Amarillo.

anteriormente indicado y con la manifestación de su intención de iniciar el arbitraje.

Si ninguna de las partes ejerce ninguna de ambas opciones, la recomendación de la Comisión de Resolución de Controversias sobre la controversia planteada devendrá firme, por lo que su contenido y alcance será vinculante para las partes contratantes.

33. La Cláusula 20.4 de las Condiciones Generales del MDB es clara al determinar que, ausente la notificación de inconformidad, el inicio del arbitraje devendrá imposible para las partes. No obstante, la Cláusula 20.5 aún prevé que, comunicada la notificación de inconformidad a la otra parte, ambas inicien conversaciones amistosas por un plazo de 60 días, desde la fecha de la referida notificación. Si las conversaciones no se iniciasen por causa imputable a la parte contraria o, si mantenidas, las mismas resultasen infructuosas, sólo a partir de ese momento podrá interponerse la correspondiente solicitud de arbitraje⁶⁴.

34. La Cláusula 20.8 de las Condiciones Generales del MDB contempla causas como el vencimiento del mandato de la Comisión de Resolución de Controversias o la intransigencia de una de las partes en su constitución como condiciones de excepcionalidad, exigidas para justificar su decisión de instar directamente al arbitraje.⁶⁵

La Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 7 de julio de 2014 (4A_124/2014) es una de las decisiones judiciales de referencia en la materia, al analizar la aplicación de la Cláusula 20.8 de las Condiciones Generales del MDB desde la concurrencia acreditada de la buena fe procedimental de las partes contendientes⁶⁶.

⁶⁴ The FIDIC Golden Principles number 5. BAKER, E., MELLORS, B., CHALMERS, S. & LAVERS, A., *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Fifth Ed. Informa Law. Routledge. 2009, ¶¶ 9.161, 9.207 y 9.222; GLOVER, J., & HUGHES, S., *Understanding the FIDIC Red Book*. Sweet & Maxwell. London. 2011, ¶¶ 20-068. KONDEV, D. H., «Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?», en *Arbitration International Construction Law Review*, (2014), pp. 256 – 268.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 7 de julio de 2014 (4A_124/2014). KONDEV, D. H., «Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?», en *Arbitration International Construction Law Review*, (2014), pp. 260 y 261.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 7 de julio de 2014 (4A_124/2014), ¶ 3.4.3.4.: «...the rule permits some exceptions is clear from the text of Sub-Clause 20.8. Special circumstances, whether objective or not, must be reserved in which resorting to the pre-arbitration DAB procedure could not be imposed upon the party wishing to submit the dispute with its contractual counterpart to arbitration. Considered from the opposite perspective, the exception is a case in point of the principle of good faith, which governs the procedural behaviour of the parties as well. Depending upon the circumstances, the principle will therefore prevent one of them from objecting on the basis of the absence of a DAB decision. Yet, saying in advance and once and for all when it may be applied is impossible because the answer to the question depends upon the facts germane to the case at hand....».

Sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 6 de junio de 2007 (4A_18/2007), ¶ 4.3.3.1: «...En vertu de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Ce principe vaut également dans le domaine de la procédure (ATF 123 III 220 consid. 4d p. 238; 111 II 62 consid. 3, 429 consid. 2d p. 438; 107 Ia 206 consid. 3a). Il peut y avoir abus de droit, notamment, lorsque l'exercice d'un droit ne répond à aucun intérêt (ATF 123 III 200 consid. 2b p. 203). En outre, le principe de la bonne foi s'oppose à ce qu'une partie qui constate un prétendu vice

La Sentencia de 10 de octubre de 2014, dictada en el asunto *Peterborough City Council*⁶⁷, interpretó el alcance y los requisitos para la aplicación de la Cláusula 20.8 de las Condiciones Generales de los Contratos Libro Plata FIDIC, extensible igualmente al MDB⁶⁸. En opinión del Juez Edwards-Stuart, esta Cláusula sólo se aplica en aquellos supuestos en los que exista una Comisión de Resolución de Controversias permanente, sin que su contenido otorgue una facultad unilateral de exclusión del sistema de resolución de controversias previo al arbitraje a cualquiera de las partes del contrato. Su aplicación es, por tanto, excepcional; está prevista sólo para aquellos supuestos los que la Comisión de Resolución de Controversias permanente hubiese sido nombrada por las partes y, en el momento del planteamiento de la reclamación, hubiese cesado en sus funciones⁶⁹.

La conclusión, por lo tanto, es clara. La remisión de las controversias al procedimiento contemplado en la Cláusula 20.2 de las Condiciones Generales del Contrato FIDIC – aplicable asimismo al MDB- es imperativa y su Cláusula 20.8 no debe ser interpretada como una facultad de una de las partes para apartarse unilateralmente y a su conveniencia del sistema de resolución escalonado acordado en este tipo de contratos⁷⁰.

de procédure ne le signale pas immédiatement, à un moment où il pourrait encore être le cas échéant corrigé, mais attende l'issue de la procédure pour l'invoquer ultérieurement si celle-ci lui a été défavorable (ATF 126 III 249 consid. 3c p. 253/254; 124 I 121 consid. 2 p. 122/123; 119 Ia 221 consid. 5a p. 228/229; 119 II 386 consid. 1a p. 388 et les arrêts cités).

Agit, dès lors, de manière abusive, la partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage (consid. 4, non publié, de l'ATF 129 III 675, cité par Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., n.32)...».

⁶⁷ *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd.* [2014] EWHC 3193.

⁶⁸ *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd.* [2014] EWHC 3193, ¶¶ 33 y 34: «...It seems to me that sub-clause 20.8, which is in the same form in all three of the FIDIC Books, probably applies only in cases where the contract provides for a standing DAB...In addition, I do not accept Ms. Sinclair's submissions about what is meant by the phrase «no DAB in place». The right to refer a dispute to adjudication arises under sub-clause 20.4.1 as soon as a DAB has been appointed, whether under sub-clause 20.2 or 20.3. It is quite clear from the words «final and conclusive» in sub-clause 20.3 that the process of appointment is complete once the nominating body has «appointed» the adjudicator. That must mean the identification of a particular person as the adjudicator because the appointing body cannot make the Dispute Adjudication Agreement for the parties. In my judgment, therefore, a DAB is «in place» once its member or members have been duly appointed in this way because from that moment onwards a dispute can be referred to it. Not even Humpty Dumpty would suggest that a dispute could be referred to a DAB that was not in place...».

⁶⁹ *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd.* [2014] EWHC 3193, ¶¶ 35: «...For all these reasons, therefore, I reject the Council's submissions that sub-clause 20.8 gives it a unilateral right to opt out of the adjudication process, save in a case where at the outset the parties have agreed to appoint a standing DAB and that, by the time when the dispute arose, that DAB had ceased to be in place, for whatever reason...»; Laudo Final, dictado en el asunto ICC 6535, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Bulletin*, vol.9.2, p. 60; Laudo Parcial, dictado en los asuntos ICC 6276 y 6277, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Bulletin*, vol.9.2, p. 58; CAULFIELD, C. & UNNI, K., «When is Referral to a Dispute Adjudication Board a Precondition for Court or Arbitration Proceedings?», en *International Arbitration Law Review Dispute*, 2016.1, pp. 6 – 9.

⁷⁰ Laudo Parcial de 26 de junio de 1985, dictado en el asunto ICC 4229, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14. 1, January 2003, p. 74; Laudo parcial de diciembre de 2000, dictado en el asunto ICC 10256, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14. 1, January 2003, p. 87; JIMÉNEZ FIGUERES, D., «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration: Introduction and Commentary», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14. 1, January 2003, p. 71.

35. El incumplimiento de estas fases y la remisión directa de una controversia al arbitraje puede afectar a la competencia del tribunal arbitral y, sobre todo, a la arbitrabilidad de la controversia

La distinción de Sir Gerald Fitzmaurice sobre ambos conceptos es relevante. La objeción sobre la arbitrabilidad de la controversia afecta a la admisibilidad de los argumentos sustantivos en los que la misma se sustente⁷¹, mientras que la objeción relativa a la jurisdicción del tribunal arbitral implica cuestionar su competencia para decidir el sustrato de la controversia planteada⁷². El Dr. Michael Waibel aún precisaría esta distinción al afirmar que la objeción sobre la jurisdicción se centra en el tribunal arbitral, mientras que el cuestionamiento de la admisibilidad afecta a la propia controversia⁷³.

36. El Juez Edwards-Stuart decidió en su Sentencia de 10 de octubre de 2014, dictada en el asunto *Peterborough City Council*, paralizar la tramitación del juicio planteada hasta tanto las partes no hubiesen resuelto sus diferencias, de conformidad con el mecanismo contractualmente acordado para tal fin⁷⁴.

⁷¹ GOUÏFFÈS, L. and ORDONEZ, M., «Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer to a Line in the Sand?», in (2015) 31 (1) *Arbitration International*, pp. 109 – 110; HEISKANEN, V., «Ménage a trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration», in *ICSID Review*, (2013), pp. 1 – 16; PAULSSON, J., «Jurisdiction and Admissibility», in AKSEN, G. & BRINER, R. (Ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. International Chamber of Commerce Publications (693). 2005, pp. 601 – 617; SCHLAEPFER, A.V., «Jurisdiction and Admissibility: A Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration», in (2013) 2 *Cahiers de l'arbitrage/Paris Journal of International Arbitration*, pp. 333 – 334. *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, (ICSID Case No ARB /07/5). Decision on Jurisdiction and Admissibility, dated August 4, 2011; Dissenting Opinion of Prof. Georges Abi-Saab, dated October 28, 2011, ¶ 18. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, (ICSID Case No ARB (AF)/98/2). Award, dated June 2, 2000. Dissenting Opinion of Keith Highet, dated June 2, 2000, ¶¶ 57 – 58: «...lack of jurisdiction refers to the jurisdiction of the Tribunal and inadmissibility refers to the admissibility of the case. Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case; admissibility is whether the case itself is defective – whether it is appropriate for the tribunal to hear it. If there is no title of jurisdiction, then the tribunal cannot act...». *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, (PCA Case 2009-23). Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, dated 27 February 2012, ¶ 4.91: «...An objection to the admissibility of a claim does not, of course, impugn the jurisdiction of a tribunal over the disputing parties and their dispute; on the contrary, it necessarily assumes the existence of such jurisdiction; and it only objects to the tribunal's exercise of such jurisdiction in deciding the merits of a claim beyond a preliminary objection. Under the UNCITRAL Arbitration Rules, that is an exercise belonging to the merits phase of the arbitration, to be decided by one or more awards on the merits...». Laudo Final dictado en Agosto de 2014 en el asunto ICC 19581, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 147. 2015.

⁷² FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of International Court of Justice*. Cambridge University Press. Cambridge. 1986, pp. 434 – 440, at p. 438 – 439: «...An objection to the substantive admissibility of the claim is a plea that the tribunal should rule the claim inadmissible on some ground other than its ultimate merit; an objection to the jurisdiction of the tribunal is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim...».

⁷³ WAIBEL, M., *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*. University of Cambridge. Faculty of Law. Paper no. 9/2014. 2014, p. 65.

⁷⁴ *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd.* [2014] EWHC 3193, ¶ 35: «...the action must be stayed and the parties left to resolve their dispute in accordance with the contractual machinery in the light of the matters discussed in this judgment...». KANTOR, E. & PARROTT, P., «Gaps can end in tears», en *Construction Law*, (August, 2016), pp. 26 – 28, especialmente en pp. 26 y 27: «...in *Peterborough City Council* [2014] EWHC

En el procedimiento arbitral, los arbitrajes tramitados al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional proporcionan las aproximaciones más fundamentadas a la cuestión, partiendo de la base calificar como prematuras aquellas solicitudes de arbitrajes que hayan sido interpuestas sin la recomendación de la Comisión de Resolución de Controversias, para concluir en la ausencia de jurisdicción del tribunal arbitral para enjuiciar el fondo de la controversia planteada⁷⁵.

El Laudo Parcial dictado en el Asunto CCI 16083⁷⁶ declara, con precisión, que

«...66. Compliance with the different pre-arbitral procedures in the Contract, if applicable, is...a condition precedent to the admissibility of the [Claimant]'s claims in the Request for Arbitration...».

El Laudo Final dictado en el Asunto CCI 16765⁷⁷, recoge la postura del tribunal arbitral:

«...128...The Tribunal is of the view that the Respondent failed to comply with certain mandatory and exclusive provisions of the Contract regarding its claim for delay damages. By failing to comply, and in the circumstances of this matter, the Respondent is contractually barred from bringing its Counterclaim for delay damages in this arbitration...».

171 ...In view of the clear wording of Sub-Clause 20.1 of the GCC, had the Claimant considered, or had reasons to consider that the Engineer's delay in the approval of the Process Design was a cause of delay to the Works, notice under Sub-Clause 20.1 should have at least been given within 28 days from such approval. Although the Claimant alleges that it did not receive a response by the Engineer within the 21 days stipulated by Sub-Clause 5.2 of the GCC, the Claimant waited until September 2006

3193 court proceedings were stayed pending determination of the dispute by an adjudicator. In the context of arbitration, failure to comply with a mandatory step can be used as an effective means of challenging the jurisdiction of the tribunal on the basis that compliance is a prerequisite to arbitration...».

⁷⁵ KONDEV, D. H., «Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?», en *Arbitration International Construction Law Review*, (2014), pp. 260 y 261: «...A further argument supporting the mandatory character of the DAB stage of the dispute settlement process is contained in sub-clause 20.6...As Christopher Seppälä has noted...only a dispute that has been referred to the DAB for a decision and which has not become the subject of DAB's final and decision may be submitted to arbitration. Accordingly, a dispute which has not been referred to the DAB is premature and cannot proceed to arbitration. The arbitral tribunal will lack jurisdiction to review such a dispute. If it does so, it risk its award being set aside in the country where the arbitration took place and/or its recognition and enforcement being denied in third countries...».

⁷⁶ Laudo Parcial dictado en el Asunto CCI 16083, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 57.

⁷⁷ Laudo Final dictado en el Asunto CCI 16765, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 101.

to actually submit a notice referring to Sub-Clause 20.1, clearly exceeding the 28 days stipulated in Sub-Clause 20.1 of the GCC.

172. *Based on the above, the majority of the Tribunal considers that the Claimant did not comply with Sub-Clause 20.1 of the GCC since its notice was time-barred...».*

Por último, el Laudo Parcial de 2010, dictado en el asunto CCI 16083⁷⁸ es relevante:

«...65. the French Cour de Cassation has held that mandatory alternative dispute resolution procedures, such as conciliation or similar procedures, give rise to an objection preventing a judge from entering into the merits of the case («fin de non-recevoir») and consequently have an effect on the admissibility («recevabilité») of the claim. This analysis is equally applicable in an international arbitration seated in France...».

Sobre la base de estas decisiones, Christopher Seppälä⁷⁹ identifica las dos aproximaciones disponibles para aquellos tribunales arbitrales que deban afrontar una cuestión como esta: (i) la desestimación de las pretensiones de la parte demandante, por falta de jurisdicción⁸⁰ o (ii) la suspensión de las actuaciones por un tiempo limitado, para permitir a las partes que cumplan con el mecanismo de resolución de controversias acordado. La Comisión de Arbitraje y Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha ratificado la corrección de esta aproximación, al indicar que

«...An arbitral tribunal faced with a dispute, before the initial steps set out in a mandatory multi-tiered resolution clause have been exhausted, may, at the request of a party, dismiss the claim or suspend the arbitration until the mandatory pre-arbitral steps have been completed...»⁸¹.

⁷⁸ Laudo Parcial, dictado en el asunto ICC 16083, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 57.

⁷⁹ SEPPÄLÄ, C., «Recent Case Law on Dispute Boards», en DE LY, F. & GÉLINAS, P.-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, ICC Publishing. Paris, 2017, pp. 114 – 122, especialmente en p. 116; MITROVIC, M., «Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. The Swiss Approach and Look Across the Border», en *Asa Bulletin*, Volume 37, 3.2019, pp. 559 a 579.

⁸⁰ Laudo Final, dictado en el asunto ICC 6535, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 9.2, p. 60. ; Laudo Parcial, dictado en el asunto ICC 16262, en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015.1, p. 75.

⁸¹ ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, *Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management*, January 2019, ¶1.8.

37. En definitiva, la Cláusula 20 de las Condiciones Generales del MDB proporciona un mecanismo solvente a las partes para resolver sus diferencias, preferiblemente, durante la ejecución de este tipo de proyectos. No obstante, la tendencia en la utilización de este tipo de cláusulas arbitrales escalonadas está centrada en la prevención de la controversia, más que en su administración, una vez planteada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AKSEN, G. & BRINER, R. (Ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. International Chamber of Commerce Publications (693). 2005
- ALBANESI, C. & JOLIVET, E., «Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Special Supplement: Tackling Corruption in Arbitration*. ICC Publications. Paris. 2013, p. 27
- ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*. Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974
- BAKER, E., MELLORS, B., CHALMERS, S. & LAVERS, A., *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Fifth Ed. Informa Law. Routledge. 2009
- BARONA VILLAR, S. (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid. Thomson-Civitas. 2005
- CAULFIELD, C. & UNNI, K., «When is Referral to a Dispute Adjudication Board a Precondition for Court or Arbitration Proceedings?», en *International Arbitration Law Review Dispute*, 2016.1, pp. 6 – 9
- CHERN, C., *Chern on Dispute Boards*. Third Ed. Informa Law. Routledge. 2015
- CRAIG, W.L., PARK, W.W. & PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*. Third Edition. New York. Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry. 2000
- CRIVELLARO, A., «Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Dossier of the Icc Institute of World Business Law: Arbitration - Money Laundering, Corruption and Fraud*. ICC Publications. Paris. 2003, p. 109
- DE LY, F. & GÉLINAS, P.-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, ICC Publishing. Paris, 2017
- DERAINS, Y. & SCHWARTZ E., *A Guide to the New Icc Rules of Arbitration*. The Hague. Kluwer Law International. 1998
- EISEMANN F., «La clause d'arbitrage pathologique», ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, (ed.), *Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli / Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*. Turin. Unione Tipografico-Editise Turinese. 1974, pp. 129-161
- EL-KOSHERI, A. & LÉBOULANGER, PH., «L'arbitrage face a la corruption et aux trafics d'influence», *Rev. Arb.*, 1984, p. 3
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* (8537), 2015, pp. 1 – 9
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho Privado y Constitución* (2005)
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral», en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La nueva Ley de Arbitraje*. Colección Estudios de Derecho Judicial, número 102. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2006

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral», *Lima Arbitration* (2007), pp. 25 – 62
- FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Vol. 290. Year 2001. The Hague/Boston/London. Martinus Nijhoff Publishers. 2002
- FESLER, M., «The Extent of Confidentiality in International Commercial Arbitration», *Arbitration* (2012)
- FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of International Court of Justice*. Cambridge University Press. Cambridge. 1986, pp. 434 – 440
- FRIEDLAND, P., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts», en VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXII. The Hague: Kluwer Law International
- GAILLARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999
- GAILLARD, E., *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. México. Limusa. 2012
- GILLIS WETTER, J., «Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in Icc Case No. 1110», *Arbitration International*, 1994, p. 227
- GLOVER, J. & HUGHES, S., *Understanding the FIDIC Red Book: A Clause by Clause Commentary*. Second Ed. Sweet & Maxwell. London. 2011
- GOUIFFÈS, L. and ORDONEZ, M., «Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer to a Line in the Sand?», in (2015) 31 (1) *Arbitration International*, pp. 109 – 110
- HEISKANEN, V., «Ménage a trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Invetsment Treaty Arbitration», in *ICSID Review*, (2013), pp. 1 – 16
- HOCHBAUM, J., «Pathological Arbitration Clauses in German Courts. German Courts Interpret Arbitration Clauses Wrong Designation of the Seat of an Arbitral Institution», *International Arbitration Report* 11
- ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, *Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management*, January 2019
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Dossier of the Icc Institute of World Business Law: Arbitration - Money Laundering, Corruption and Fraud*. ICC Publications. Paris. 2003
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration*. Paris. ICC Publishing. 2012
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14. 1, January 2003
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Special Supplement: Tackling Corruption in Arbitration*. Icc Publications. Paris. 2013
- JARVIN, S., DERAINS, Y. & ARNALDEZ, J.J., *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1991*. The Hague. Kluwer Law & Taxation. 1994
- JIMÉNEZ FIGUERES, D., «Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration: Introduction and Commentary», en INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Icc International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14. 1, January 2003, p. 71

- KANTOR, E. & PARROTT, P., «Gaps Can End In Tears», en *Construction Law*, (August, 2016), pp. 26 – 28
- KONDEV, D. H., «Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration?», en *Arbitration International Construction Law Review*, (2014), pp. 256 – 268
- LEBOULANGER, P., «The Arbitration Agreement: Still Autonomous?», en VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series 2006. Kluwer Law International. 2007, pp. 3-31
- LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M., *Comparative International Arbitral*. The Hague. Kluwer Law International. 2003
- MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid. Iustel. 2005
- MITROVIC, M., «Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. The Swiss Approach and Look Across the Border», en *Asa Bulletin*, Volume 37, 3.2019, pp. 559 a 579
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL, «Better Contracting for Underground Construction», en *Report of the Committee on Tunneling Technology*. National Academy of Sciences. Washington, D.C. 1974
- OLIVENCIA RUIZ, M., «El lugar del arbitraje» en *Arbitraje*, vol. I, número 2, 2005, pp.335-361
- PAULSSON, J. & RAWDING, N., «The Trouble with Confidentiality», *Icc Court of Arbitration Bulletin* (1994)
- PAULSSON, J., «Jurisdiction and Admissibility», in AKSEN, G. & BRINER, R. (Ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. International Chamber of Commerce Publications (693). 2005, pp. 601 – 617
- PAULSSON, J., *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010, London School of Economics and Political Science, Law Department. London, in <http://ssrn.com/abstract=1536093>
- REDFERN, A. & HUNTER, M., *Law & Practice of International Commercial Arbitration*. Second Ed. London. Sweet & Maxwell. 1991
- ROBINE, E., «What Companies Expect of International Commercial Arbitration», *Journal of International Arbitration* (1992), p. 31
- SANDERS, P., *International Encyclopædia of Comparative Law. Chapter 12: Arbitration*. Martinus Nijhoff. 1996 ...
- SCHLAEPFER, A.V., «Jurisdiction and Admissibility: A Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration», in (2013) 2 *Cahiers de l'arbitrage/Paris Journal of International Arbitration*, pp. 333 – 334
- SCHREUER, C.H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. & SINCLAIR, A., *The ICSID Convention: A Commentary*. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge. 2009
- SEPPÄLÄ, C., «Recent Case Law on Dispute Boards», en DE LY, F. & GÉLINAS, P.-A., *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, ICC Publishing. Paris, 2017, pp. 114 – 122 43
- STOJCEVSKI, M. & ZELLER, B., "Confidentiality and Privacy Revisited", *Arbitration* (2012)
- VAN DEN BERG, A.J. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICCA Congress Series 2006. Kluwer Law International. 2007
- VERDERA Y TUELLS, E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, entre la tradición y la innovación*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2005

WAIBEL, M, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*. University of Cambridge. Faculty of Law. Paper no. 9/2014. 2014, p. 65

WEILER, T. (Ed.), *International Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May. London. 2005

XIAOHONG, L., «Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses», *Us-China Law Review* (2006)