

Comité Editorial

Dr. L. Pereznieto Castro
Dr. A. Mendoza
Dr. P. Mayer
Dr. G. Kaufmann-Kohler
† Dr. Ph. Fouchard
Dr. J. Bosco
Lic. Wayne Fagan
Dr. J.A. Graham
Lic. R. Lobo Niembro
Dr. F. Gorjón Gómez

Directores

Dr. J.A. Graham
Lic. R. Lobo Niembro

Secretario General

Dr. F. Gorjón Gómez

Partenario institucional

Facultad de Derecho y de
Criminología de la
Universidad Autónoma de
Nuevo León

2004



FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY

Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje



Latin American Journal for Mediation and Arbitration

Vol. IV – Número 1

ISSN-1665-1805

Comité Editorial

- Prof. Dr. Leonel Pereznieto Castro, Universidad Nacional Autónoma de México
(Presidente)
- Prof. Dr. Antonio Mendoza, Universidad Pepperdine, E.U.
- Prof. Dr. Pierre Mayer, Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne, Francia
- Prof. Dr. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universidad de Ginebra, Suiza
- † Prof. Dr. Philippe Fouchard, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia
- Prof. Dr. James A. Graham, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México
- Prof. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, Universidad Autónoma de Nuevo León,
México
- Prof. Dr. João Bosco Lee, Universidad de Curitiba, Brasil
- Lic. Wayne Fagan, Centro para la Conciliación y el Arbitraje, Facultad de Derecho St.
Mary, E.U.
- Lic. Rafael Lobo Niembro, Centro de Resolución de Controversias, Facultad Libre de
Derecho de Monterrey, México

Comité de Redacción

- Dr. Markus Junker, PriceWaterCoopers, Alemania
- Lic. Zdenko Seligo, Abogado, Venezuela
- Lic. Armando Castanedo Abay, Universidad de la Habana, Cuba
- Lic. Oliver Muñoz Esquivel, Abogado, Panamá
- Lic. Todd Weiler, LLM, Abogado y Consultor para el Derecho de inversiones y del
Comercio internacional, Canadá

Colaboración

- Lic. Minerva Siller, *JAG Advocate – Lobo, Graham y Asociados S.C.*, México
- Lic. Mauricio Garza, *JAG Advocate – Lobo, Graham y Asociados S.C.*, México

INDICE

DE LA DOCTRINA.....	5
<i>Los niños en la Mediación Familiar.....</i>	<i>6</i>
Macarena Vargas Pavez, Chile	
<i>El Introducción propedeutica al tratamiento del convenio arbitral en derecho peruano</i>	<i>35</i>
Lic.Carlos Alberto Matheus López , Perú	
<i>La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia</i>	<i>50</i>
Lic. Fabricio Vismara, Italia	
LEGISLACION	64
<i>Ley 60/2003 sobre Arbitraje</i>	<i>65</i>
España	
RESEÑA	90
EVENTOS	92

DE LA DOCTRINA

Los niños en la Mediación Familiar

Macarena Vargas Pavez, Chile

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

Cuando Pedro demandó a Viviana, su ex cónyuge, alegando su derecho a mantener una relación directa y personal con sus hijas de 14 y 17 años, el tribunal los citó a un comparendo, en el que no se llegó a acuerdo.

Cuando Pedro y Viviana iniciaron un proceso de mediación familiar, la madre señaló que no era ella quien se negaba a las visitas, sino que eran las niñas las que no querían ver al padre. Al cabo de un par de reuniones, la mediadora- con el acuerdo de ambos padres - incorporó a las hijas, sosteniendo reuniones entre ellas y el padre. Luego de varias sesiones, se alcanzó un acuerdo que recogió los intereses y deseos de cada una de las niñas: la mayor mantuvo su postura de no ver al padre, mientras que la menor optó reunirse con él forma regular, fuera de la casa materna y sin la presencia de la nueva pareja del padre.

Presentado el acuerdo ante el tribunal para su aprobación, el juez autorizó que éste fuera firmado por Pedro y sus 2 hijas.¹

I. INTRODUCCIÓN.

Situaciones como la descrita más arriba es de aquellas que llevan a plantearnos la relación entre los niños y la mediación en conflictos de familia. En estricto rigor, cuando nos preguntamos por esta relación, tendríamos que analizar todos aquellos procesos de mediación - cualquiera sea su naturaleza - en que el conflicto tratado involucra, afecta o roce los intereses y/o derechos de un niño.

Sin embargo, donde tal vez donde se manifiesta con mayor nitidez esta relación "*niños-mediación*", es principalmente en dos ámbitos muy específicos. Se trata de aquellos ámbitos en que la mediación se acerca a los niños y se pone a su altura en función de su edad. Uno de ellos lo constituye el ámbito escolar - de gran avance en la experiencia comparada - donde se desarrollan iniciativas destinadas a promover una mejor convivencia escolar, a través de lo que se ha denominado la mediación inter-pares. En

¹ Caso real tomado de la experiencia del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales. Fue ingresado en el año 2000 bajo el rótulo de régimen de visitas derivado por un tribunal de menores de Santiago. Por razones de confidencialidad los nombres de los participantes han sido cambiados.

este ámbito, los niños son los protagonistas indiscutidos de un proceso de mediación, por una parte, las partes son niños y, por otro, los mediadores también son niños.

El otro ámbito de acción - y que constituye objeto de este trabajo - se refiere al de los conflictos familiares. En este tipo de conflictos - a diferencia de los escolares - los niños se encuentran en una situación distinta. Ya no son las partes en discordia, ni los mediadores, sin embargo, son los destinatarios directos de ese conflicto y de sus consecuencias futuras. Cada una de las decisiones que se tome dentro del contexto de la mediación afectará sus vidas en sus distintas dimensiones.

A pesar de eso, sabemos muy bien que - en general - frente a este tipo de conflictos son los padres de los niños los que inician el proceso de mediación, son ellos las partes directas del asunto y son ellos finalmente los que deciden.

Es en este punto donde cabe preguntarse entonces acerca de la participación que le cabe a los niños - en su calidad de hijos - en la mediación iniciada por sus padres.

¿Qué grado de participación tienen en el proceso?

¿Qué grado de autonomía tienen respecto de las decisiones que tomen sus padres?

¿Cómo pueden ellos ejercer sus derechos en estos procesos?

¿Cómo se materializan los derechos contenidos en la Convención de Derechos del Niño en un proceso de mediación familiar?

Este trabajo persigue responder a estas interrogantes que rondan - cada vez con más fuerza - entre quienes estamos abocados al estudio y práctica de la mediación familiar. No es más que una excusa para comenzar a debatir al respecto. Para ello, he intentado abordar esta temática haciendo converger tres teorías que considero confluyen en el tratamiento del tema: la teoría sistémica, la teoría de la mediación y la teoría de los derechos del niño.

Para ello, en una primera parte se ofrecen algunas consideraciones teóricas acerca de la familia, el conflicto y la separación de pareja; en segundo lugar, se aborda brevemente los efectos de la separación en los hijos; en tercer término se analiza el proceso de mediación familiar, sus objetivos y participantes; en cuarto lugar se revisa la teoría de los derechos del niño y su relación con la mediación; para finalizar, en quinto lugar, con algunas conclusiones.

II. FAMILIA Y CONFLICTO.

1. Familia y ciclo vital.

Desde una perspectiva sistémica la familia puede entenderse como aquel grupo de personas - hombres, mujeres / niños, adultos- que unidos por el propósito de procrear y

cuidar de sus miembros, se dan ciertas reglas de funcionamiento y comparten un conjunto de creencias y actividades que les permiten desarrollar una vida emocional, física, intelectual, social y espiritual, de modo de mantener la energía y hacer que el sistema funcione.²

De esta definición se desprende que la familia posee una estructura que no puede ser entendida sino como una estructura en movimiento, que se transforma a lo largo del tiempo, adaptándose y reestructurándose para poder seguir funcionando.³

El movimiento y cambio que va produciéndose en la dinámica familiar hace que ella - como cualquier interacción entre dos o más personas - no esté exenta de conflictos. En la medida que sus miembros van creciendo y desarrollándose, la familia atraviesa por distintas etapas que importan cambios y ajustes, generándose temores y angustia a sus miembros, pues cada una de ellas constituye un nuevo desafío para el sistema familiar. En este sentido, la familia está llamada a responder a las nuevas exigencias proveyendo de mecanismos flexibles de adaptación capaz de recoger y cubrir las necesidades e intereses de todos sus integrantes.

La literatura especializada ha identificado las siguientes etapas dentro del ciclo vital: (a) pareja sin hijos; (b) familias con hijos en edad pre-escolar (0-5 años); (c) familias con hijos en edad escolar (6 a 12 años); (d) familias con hijos adolescentes (13 a 18 años); (e) familias con hijos en proceso de emancipación; (f) familias con el nido vacío, en que todos los hijos se han ido y (g) parejas retiradas (marido mayor de 65 años).⁴⁻⁵

En el tránsito de la familia por este ciclo, puede ocurrir que la pareja que dio origen a la familia se separe, lo que constituye un cambio tal que implica la re-definición del escenario familiar, en términos de modificar su organización y estructura.

2. La separación de pareja.⁶

La separación de una pareja, cualquiera que sea su origen, el número de hijos o la data de la relación, constituye – sin lugar a dudas – un hecho que marca en forma indeleble a cada uno de sus miembros.

Tradicionalmente se asocia a la separación de una pareja con la idea de la disolución de la familia como grupo. Es común escuchar que cuando una pareja se separa que se hable de una “familia rota”, lo que es consecuencia de una mirada de la familia centrada exclusivamente en la relación de pareja, es decir, se confunden – y se hacen análogas – dos distintas dimensiones del sistema familiar: el subsistema conyugal y el subsistema

² Satir, Virginia. *Relaciones Humanas en el núcleo familiar*. Editorial Pax – México. México. 1978.

³ Minuchin, Salvador. *Familias y Terapia Familiar*. Ediciones Gedisa. Barcelona, 1979.

⁴ Falicov, Celia Jaes. *Transiciones de la Familia. Continuidad en el ciclo de vida*. Amorrortu Editores, Buenos Aires.

⁵ Satir, Virginia, *Relaciones*, op.cit.

⁶ Se entiende por separación de pareja el cese de la convivencia entre un hombre y una mujer, ya sea que se encontraran unidas por un vínculo matrimonial o no.

parental, como veremos a continuación.

a) Los subsistemas familiares.

Dentro del sistema familiar co-existen en paralelo otros subsistemas que están constituidos por los distintos tipos de relaciones que se dan entre los miembros de la familia.

Existe una primera dimensión denominada *subsistema conyugal* que comprende la relación de un hombre y mujer adultos unidos por lazos afectivos, que deciden vivir juntos con la “intención expresa de constituir una familia”⁷.

Una segunda dimensión de la familia está constituida por el *subsistema parental* que surge cuando nace el primer hijo. Los padres asumen las tareas de crianza y socialización de los hijos (alimentación, control, orientación, entre otras) y permiten el acceso de los hijos a ambos.

Finalmente se identifica el *subsistema fraterno* formado por las relaciones entre hermanos. Se suele decir que este es el primer laboratorio donde los niños comienzan a socializar con otros, en este caso, con sus iguales. Aquí aprenden, por ejemplo, a colaborar y a competir.

En este cuadro de relaciones múltiples la separación de una pareja afecta el subsistema conyugal. Son los adultos los que se separan, la ruptura se produce en la relación hombre-mujer. Esta ruptura que no tiene relación con el subsistema parental, debiendo mantenerse intactas las relaciones entre padres e hijos. Sin embargo, la literatura refiere –avalado por la experiencia –que es frecuente que en la práctica estos subsistemas se confundan, que los padres no logren distinguir estas dimensiones y traspasen de un subsistema a otro sus diferencias.

b) Hacia una tipología de la separación.

En este contexto, los especialistas distinguen dos formas en que puede llevarse a cabo la separación de una pareja.

Una de ellas denominada *separación no destructiva* se produce cuando los adultos pueden continuar ejerciendo en forma eficiente su rol de padres, pues comparten las tareas de educación y crianza, los hijos no se ven involucrados en sus disputas y tienen acceso a ambos padres. Los adultos alcanzan acuerdos económicos respecto a la mantención de los hijos como a la distribución de los bienes.

Los padres están unidos en la función de proteger a los hijos frente a los cambios originados por la separación. La familia puede entonces continuar funcionando y reorganizarse. Los padres son capaces de asumir la separación como una “etapa posible

⁷ Minuchin, Salvador. *Familias y Terapia Familiar*. Ediciones Gedisa. Barcelona, 1979.

dentro del ciclo evolutivo familiar, caracterizado por un desequilibrio profundo asociado a cambios, interrupciones y pérdidas”.⁸

Como contrapartida a lo anterior, existe la llamada *separación destructiva*, en la cual el conflicto de pareja se extiende inapropiadamente a los hijos. Los padres no son competentes en su rol de cuidadores de los hijos, los involucran en sus disputas, transformándolos en armas emocionales, mensajeros, objetos de negociación en el fuego cruzado que existe entre ellos. Los niños son manipulados de manera de crear coaliciones de un padre en contra del otro, poniéndolos en la difícil situación de tomar partido. La tensión está presente en forma permanente y en ocasiones, en escaladas que pueden culminar con episodios violentos.

En este escenario, no es poco frecuente que las desaveniencias conyugales lleguen a los tribunales de justicia, lo que contribuye a la mantención y cronificación del conflicto. Como es posible imaginar, en este tipo de separación, los padres no logran distinguir los límites entre el subsistema conyugal y subsistema parental.

Esta distinción teórica es relevante a la hora de analizar los efectos de la separación en los niños. Tanto en una separación destructiva como en una no destructiva, los adultos y los niños sufren sus efectos, pero los especialistas sostienen que si la conducción del proceso de separación se realiza de forma no destructiva, se contribuye – de algún modo - a proteger emocionalmente a los niños, a bajar los niveles de tensión y conflicto y a evitar que la ruptura de la pareja devenga en la ruptura de la familia.

Reafirmando esta tesis, se señala que no es la separación en sí lo que provoca daño a los hijos, sino que es la forma en los padres conducen este proceso. Distintos estudios indican que las patologías que pueden surgir después de la separación se deben “a la organización disfuncional que se establece posteriormente”⁹⁻¹⁰, o que incluso éstas ya existían con anterioridad a la separación como consecuencias de un deteriorada relación de pareja perpetuada en el tiempo¹¹.

Por ello “es fundamental que las fronteras del subsistema parental y que los padres sostengan su jerarquía para poder continuar cumpliendo funciones nutricias y normativas”¹², es decir, que los padres sean capaces de sobrepasar – no sin esfuerzo - sus propios temores, angustias y resentimientos para generar entre ellos acuerdos – de la más diversa índole: económicos, de disciplina, de valores, entre otros - que protejan a sus

⁸ Hamel, Patricia et. al; *Separación Matrimonial ¿Litigar o consensuar?, Antecedentes y consecuencias*. Revista “De Familias y Terapias”. Instituto Chileno de Terapia Familia, año 3, n° 6, Santiago, 1995.

⁹ Vargas, Macarena et al. *Mediación familiar. Sistematización de una experiencia. Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales*. Ministerio de Justicia. Santiago, 2001.

¹⁰ Tal vez si la siguiente frase resume la clave de un proceso de separación no destructivo: “el lema de un divorcio exitoso sería los cónyuges se separan, los padres siguen unidos. Gazmuri, Verónica. En “Divorcio: Cuánto les cuesta a los hijos”. Artículo diario El Mercurio, Suplemento Revista Ya, Santiago, Octubre 2001.

¹¹ Montenegro, Hernán. *Separación matrimonial y conflicto conyugal. Sus efectos en los hijos*. Editorial Mediterráneo, Santiago, 2002.

¹² Gianella, Carolina y Curi, Sara.

hijos y a ellos mismos.

III. LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN EN LOS NIÑOS.

La separación trae consigo una serie de consecuencias que afectan a todos los integrantes de la familia. Sentimientos de pérdida, abandono o frustración están presentes unidos a la rabia, la pena y el resentimiento. De una u otra forma, padres e hijos resienten la ruptura.

En el caso de los niños la separación es una experiencia difícil. Genera emociones confusas en ellos: miedo, inseguridad y culpa son los sentimientos predominantes. No es poco frecuente que muchos niños creen son que ellos los causantes o responsables de la separación de sus padres, que algo hicieron o dejaron de hacer que provocó la ruptura. Ese sentimiento de culpabilidad los atemoriza y paraliza si es que los padres no son hábiles en la tarea de protegerlos en esos momentos. “Desde el día en que los padres se separan, el mundo del niño se desploma. Es la conducta de los padres lo que habrá de influir en que las repercusiones de todo ello sean transitorias ... o permanentes”¹³

La respuesta emocional de los niños ha sido estudiada en función de sus edades, pues se ha demostrado que existen reacciones comunes entre niños que se encuentran dentro de un determinado rango de edad.¹⁴ Sin embargo, los especialistas coinciden - tal como lo señala Hernán Montenegro - en que los primeros 2 años después de la separación son los que concentran el impacto emocional negativo más fuerte. Los niños presentan "un aumento de trastornos emocionales y conductuales y una disminución de sus competencias sociales y académicas"¹⁵

En los *preescolares* (0 a 5 años) las sensaciones predominantes son el miedo y la ansiedad. Las reacciones frente a la separación se vinculan con la pérdida de ciertas conductas que ya habían adquirido, como por ejemplo el control de esfínteres, hábitos de alimentación, horarios del sueño. Se da también un aumento en la agresividad hacia otros niños, hermanos e incluso los adultos.

Los niños que se encuentran en la *primera edad escolar* (6 a 8 años) también experimentan con fuerza sentimientos de temor y ansiedad, siendo la tristeza la sensación predominante, aumenta el llanto y echan de menos al padre no custodio. Surgen dificultades escolares, comienzan los conflictos con el padre que vive con ellos, magnifican los hechos en forma desproporcionada. “Se suele exhibir agresiones contra el padre ausente, pero se manifiestan contra el padre conviviente”. Comienzan los conflictos de lealtades.

Entre los niños que se encuentran en la *escolaridad primaria* (9 y 12 años) el grupo de pares viene a constituir el referente más importante. Experimentan grandes dificultades para expresar sus sentimientos frente a la separación. Por lo general, se idealiza al padre

¹³ Beal, W. Edward y Hochman, Gloria. *Los hijos del divorcio en la adultez*. Centro de Estudios Públicos.

¹⁴ Bernal, Trinidad. *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Editorial COLEX, Madrid. 1998.

¹⁵ Montenegro, Hernán. *Separación matrimonial*. Op.cit.

no custodio y aumentan los conflictos con el padre custodio, a quien responsabilizan de la ruptura. En ocasiones comienzan a somatizar estos sentimientos a través de distintas enfermedades (cefaleas, problemas estomacales, aumento de alergias).

En los *adolescentes* (13 a 18 años) los sentimientos predominantes son el desconcierto por la separación y la ambivalencia. Surgen con fuerza los conflictos de lealtades con sus padres, se enojan y discuten con ellos. Empieza una lucha por la autonomía y la búsqueda de la opinión del grupo, junto con el despertar sexual que puede tener mayores dificultades, si uno de los padres inicia otra relación de pareja. Comienzan a tener preocupaciones respecto a los recursos económicos familiares y la distribución de ellos luego de la separación.

Ahora bien, es común que los niños cualquiera sea la edad que tengan se sientan en medio de un conflicto de lealtades con sus padres. El niño se encuentra “triangulado” o dividido entre los dos progenitores (si vivo con uno significa que ya no quiero al otro; si me hago eco de las quejas de uno significa que descalifico al otro), en circunstancias que la eterna fantasía del niño es que sus padres vuelvan a juntarse. ¿Cómo es que las personas que más quiero, ya no se quieren?

Estos conflictos se intensifican cuando los hijos son adolescentes y comienzan a mirar a sus padres con otros ojos, a juzgarlos por sus acciones y a responsabilizarlos por la ruptura. Estos sentimientos son ambivalentes, en un momento se tienen con un padre, más tarde se pueden tener con el otro y son distintos para cada hijo. No es poco frecuente que en algunas familias, unos hijos estén aliados con la madre (generalmente los hijos mayores) y los más pequeños tiendan a aliarse con el padre.

En relación al sexo de los niños, existen estudios que indican distintas respuestas entre niños y niñas. Montenegro señala, entre otros, que las niñas preadolescentes cuando viven con la madre se adaptan más rápido que sus pares hombres a los cambios producto de la separación de sus padres. Los niños, en cambio, mantienen conductas impulsivas, agresivas, de desobediencia e incluso antisociales. Este autor entrega además interesantes datos de un estudio de seguimiento realizado en EEUU, desde la fecha de la separación hasta 10 después, acerca de los efectos del divorcio en los hijos. En general se puede decir que el período inmediatamente posterior a la separación los niños cualquiera sea su edad – pre-escolares, escolares, preadolescentes o adolescentes - presentan reacciones negativas: angustia, perturbación, irritabilidad, temores, problemas conductuales.

Vale la pena reafirmar nuevamente que las reacciones emocionales de los niños no se deben al hecho de la separación en sí, sino que a todo el proceso previo y posterior de ese suceso. Es necesario entender la separación como un *continuum* en el tiempo: las desavenencias y la tensión anterior a la decisión, el hecho que gatilla la decisión de separarse, el momento de informar a los hijos de esta decisión, las relaciones y comunicación entre los padres luego de la separación, el contacto que tienen padres e hijos después de la separación, todo ello va generando una atmósfera que determinará las reacciones emocionales y conductas de los niños.

IV. LA MEDIACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE PAREJA.

1. Algunas consideraciones generales.

La teoría de la mediación familiar desarrollada en estos últimos años ha situado su campo de acción en forma preferente - sino casi exclusiva – en aquellos conflictos que surgen luego de la separación de una pareja.

Habitualmente se la conoce como *mediación post-divorcio* y trata todos aquellos aspectos que es necesario definir para la re-organización de la vida futura de cada uno de los miembros de la familia, en especial, de aquellos que por su edad y madurez son más vulnerables: los hijos.

La mediación post-divorcio se inscribe en la línea de ayudar a los adultos a llevar a cabo su proceso de divorcio de una manera menos destructiva y menos dolorosa. A través de este proceso se brinda a la ex pareja un espacio para que las decisiones que se tomen tengan en consideración las necesidades e intereses de todos los miembros de la familia y se llegue a un acuerdo mutuamente aceptable.

En la mediación familiar generalmente se tratan los asuntos relativos a la custodia, la mantención económica y acceso a los hijos y la distribución de los bienes comunes. De estos asuntos es recurrente la definición de los padres de cuál de ellos queda a cargo del cuidado personal y crianza de los hijos (tuición) y qué contacto mantiene el otro padre o madre (visitas). En estos casos, la mediación busca ayudar a los padres a tomar decisiones que permitan que los niños puedan tener acceso y contacto directo con ambos padres, de modo que éstos contribuyan a las funciones de crianza y educación, ejerciendo en conjunto sus roles parentales.

2. ¿Quiénes participan en un proceso de mediación familiar?

La terminología procesal de “partes” nos permite delimitar el campo de acción de las personas que intervienen en un proceso de mediación familiar. En términos generales, entendemos aquellos sujetos que intervienen en un proceso judicial, en el cual una de ellas interpone una acción (demandante) en contra de otra (demandado), quien se reacciona a ella.

Se distinguen las partes directas o indirectas, según si han dado origen al proceso. Las partes indirectas, si bien no han iniciado dicho proceso, participan en él pues tienen intereses en sus resultados.

En ese contexto, los padres son - a mi juicio y sin mayores dudas – las partes directas de este proceso, da vez que son ellos los que han decidido terminar su relación y desean intentar re-organizar el sistema familiar a través de una mediación.

¿Y qué pasa con los hijos?

¿También actúan en calidad de partes directas? o ¿participan como partes indirectas, pues tienen interés en los resultados del proceso? o ¿definitivamente quedan fuera del proceso?

¿Qué rol debieran tener los niños? Esa es la pregunta.

En la teoría y en la práctica de la mediación familiar se comparte la idea de que son los adultos – los miembros de la ex pareja - los que participan de un proceso de mediación familiar y toman las decisiones. Ellos son las partes directas, tal como lo afirman categóricamente algunos autores, entre ellos Trinidad Bernal: “Tomar la decisión de separarse como todos los pormenores de cómo hacerlo, incluyendo las decisiones respecto a la residencia y cuidado de los menores, corresponden únicamente a la pareja”¹⁶, y Marínés Suares, quien en su último libro sostiene que las decisiones que se tomen en un proceso de mediación “son de absoluta responsabilidad de los adultos”¹⁷.

Ahora bien, si desde la teoría de la mediación habría consenso en que los niños no participan en calidad de partes directas del proceso, eso no significa que ellos no pueden participar de otras formas. Respecto de cómo y cuándo participar existen distintas aproximaciones en cuanto a los objetivos, la metodología y la oportunidad.

a) ¿Para qué incluir a los niños en la mediación? Objetivos.

Quien fuera por muchos años juez de familia en Argentina, Eduardo José Cárdenas sostiene que la incorporación de los hijos en la mediación “debe respetar e inclusive reforzar el objetivo de la mediación familiar, que es poner a los padres en situación de conducir acordadamente la familia, en el momento de su separación de pareja”.¹⁸

Este autor sostiene que pese a los riesgos que la incorporación de los niños puede tener el proceso de mediación - como el de involucrar inadecuadamente a los hijos en el conflicto o que tomen partido por uno de los padres – en general, la participación reporta mayores ventajas que desventajas.

Entre las ventajas que Cárdenas menciona - incluso en el primer lugar de un largo listado - el hecho que esta participación cumple con el mandato constitucional de informar a los niños y escuchar su opinión cada vez que se trata un asunto que lo concierne, en razón de la ratificación que Argentina hiciera de la Convención de Derechos del Niño.

Luego, agrega otros beneficios congruentes con los postulados de la teoría de la mediación, como por ejemplo, que dicha participación permite visualizar las necesidades de los hijos y también con los postulados del enfoque sistémico de la familia en el sentido que “permite completar el circuito del sistema familiar”.¹⁹

¹⁶ Bernal, Trinidad. *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Editorial COLEX, Madrid, 1998.

¹⁷ Suares, Marínés. *Mediando en sistemas familiares*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2002.

¹⁸ Cárdenas, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Ediciones Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1998.

¹⁹ *Ob.Cit.*VER

En esta misma línea, Suares sostiene que entre las razones de incluir a los niños está además de cumplir con la Convención, genera un espacio de confianza en que los niños pueden expresar todos sus sentimientos, dudas, confusiones y que los padres conozcan luego esa información y tomarla en cuenta al momento de decidir. A su juicio, en este tipo de conflictos, los adolescentes debieran participar siempre. Su presencia es "imprescindible", incluso es recomendable que ellos firmen los acuerdos.

Por su parte - y siempre en esta línea - Carolina Gianella y Sara Curi sostienen que habrían dos objetivos básicos en la inclusión de los niños en proceso de mediación: (a) la participación debe ayudar a potenciar los recursos de los padres para la toma de decisiones y (b) la participación debe realizarse dentro de un encuadre capaz de evitar intervenciones iatrógenas, es decir, que no obstaculice el desarrollo de las funciones parentales en forma adecuada.²⁰

En Inglaterra algunos servicios de mediación incluyen a los niños en procesos de mediación, pero aparentemente no es una práctica generalizada, sino que es algo "relativamente raro".²¹ Los objetivos de esta participación serían los de ofrecer a los niños un espacio para expresar sus pensamientos y sentimientos en forma libre y transmitirles tranquilidad en el sentido de que sus sentimientos son normales frente a la situación que están viviendo.²²

b) ¿Cómo escucharlos? Metodología.

Siguiendo esta línea la experiencia comparada da cuenta de distintas aproximaciones en la incorporación de los niños a la mediación de sus padres.

Un enfoque pone el acento - como factor predominante - en la cultura existente al interior de la familia (Haynes, Gianella y Curi). De acuerdo a esta postura, habría que identificar - por medio de un diagnóstico - frente a qué tipo de familia se encuentra el mediador en función a la estructura, roles y jerarquía que posee, para luego determinar si es o no conveniente escuchar a los niños y cómo hacerlo.

Cada familia tiene sus ritos, sus formas de comunicarse, sus estilos en la toma de decisiones, estilo que no se modifica al momento del divorcio, lo que constituiría razón suficiente para ser considerado durante un proceso de mediación.

En este sentido, la literatura distingue tres tipos de "ser familia" en función de cómo se combina el orden y la flexibilidad en ellas: (a) democráticas o abiertas; (b) autocráticas o cerradas y (c) aleatorias o anárquicas.

²⁰ Gianella, Carolina y Curi, Sara. *Participación de los hijos en la mediación en divorcio*. Documento inédito.

²¹ Liebmann, Marian (editora). *Mediation in context*. Jessica Kingsley Publishers. United Kingdom. 2000.

Las familias democráticas son aquellas que consiguen un equilibrio entre el ejercicio del poder y la flexibilidad en la toma de decisiones, de modo que existiendo reglas y jerarquías que son respetadas por todos los miembros de la familia, existe también una consideración de las necesidades de cada uno de sus miembros. En este tipo de organización familiar – como es de imaginar - los hijos tienen algún grado de participación en la toma de decisiones que afectan al grupo.

Por otra parte, las familias autocráticas son aquellas que poseen una estructura rígida y las reglas están claramente definidas. Las decisiones son tomadas por los padres sin ningún tipo de consulta a los hijos acerca de sus intereses y deseos.

Finalmente, hay un tercer tipo de familia, las denominadas aleatorias o anárquicas, las que se caracterizan por una suerte de “laissez faire”: no existen mayores reglas y pautas de convivencia familiar y las decisiones son tomadas libremente por cada uno de los miembros de la familia, sin mediar consulta - o de haberla, probablemente ocasional - respecto de los demás.

Como es dable suponer, ninguna de estas tipologías se da en la realidad en forma pura, la mayoría de las familias se encuentra en un punto intermedio en el cruce entre una y otra de estas categorías.

De acuerdo a este enfoque si bien los niños están legitimados para intervenir de alguna manera en los temas que afectarán su vida futura, la manera en que ha de producirse esa intervención dependerá de la forma en que esa familia tome sus decisiones.²³

Este enfoque - a mi juicio – puede ser cuestionado desde dos puntos de vistas distintos. Por una parte, deja la decisión de traer o no a los niños a mediación en manos del mediador, lo que de alguna manera se aleja del espíritu de la mediación, en tanto es un proceso voluntario, en que los participantes – en este caso, los padres – deciden por sí mismos. Por otro lado, en el caso de las familias autocráticas podría producir el efecto de legitimar la cultura existente, repitiendo los patrones de conducta que – probablemente – han sido fuente del conflicto familiar. La mediación en este sentido no cumpliría con el mandato ético de empoderar a los participantes, toda vez que se haría eco de las pautas rígidas y autoritarias existentes.

Otra mirada del tema - en que coinciden varios autores (entre ellos Cárdenas y Bernal) - apunta a dejar la decisión de incluir o no a los niños en manos de los padres, esto es, que traer a los hijos a la mediación sea una opción de los adultos y no una imposición del mediador.

En este sentido, Cárdenas acuña la expresión de una “participación opcional y ordenada”. Son los padres los que deciden escuchar a sus hijos y deciden la forma de hacerlo: la participarán ellos en las entrevistas, el lugar donde se realizarán y la ponderación que darán a esas opiniones, entre otros. Este autor es de la opinión que el entrevistador debe

²³ Haynes, John. *Fundamentos de la Mediación Familiar*. Ediciones GAIA.

ser un profesional experto en el trabajo con niños.²⁴

De esta misma línea es Trinidad Bernal - directora de un Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio en España – quien sostiene que los niños serán escuchados sólo si los padres así lo desean. En tal caso, se realizarán reuniones informativas con los hijos dirigidas por un mediador-psicólogo, cuyos objetivos serán dar a conocer a los niños en qué consiste el programa, resolver dudas y apoyar a los padres en los problemas emocionales que puedan tener sus hijos.²⁵

Marinés Suares, quien parte de la base que es imprescindible incluir a los adolescentes propone que quien entreviste a los niños sea preferentemente un profesional distinto del mediador - con formación en psicología o trabajo social - y luego realice una devolución de la información en una nueva reunión, preferentemente con ambos padres en conjunto y el mediador.

V. ¿Y EL DERECHO QUE DICE? UNA MIRADA DESDE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.

1. Algunas consideraciones generales.

La promulgación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 vino a concretar la aspiración de la comunidad internacional de congregar en un sólo cuerpo legal, el conjunto de principios y derechos del niño universalmente reconocidos. Hasta esa fecha, más de 80 tratados y declaraciones internacionales recogían - de distintas forma y matices – múltiples iniciativas y proyectos de derechos sobre infancia, entre los que destacan la Declaración de Ginebra de 1924 y por otra, la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959.

La Declaración de 1959 recoge principios la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los orienta hacia la particular situación de los niños, enunciando una serie de derechos, tales como el derecho a disfrutar de protección especial y disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse de forma sana normal, en condiciones de libertad y dignidad y el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, siempre que sea posible, al amparo y bajo la protección de sus padres.²⁶

La Convención de Derechos del Niño (en adelante, la Convención) - fruto de 10 años de trabajo y deliberaciones de distintos gobiernos, de la ONU y de otras agencias no gubernamentales - tiene como objetivos “reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de los niños; establecer derechos

²⁴ Cárdenas, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. op.cit.

²⁵ Bernal, Trinidad. *La mediación*. op.cit.

²⁶ Tal vez sea la expresión – tan simbólica como evocativa - con que se inicia el preámbulo de esta Declaración la que grafica el espíritu que inspiró esta Declaración “*la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle*”.

propios de los niños; regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia y, limitar las actuaciones de las autoridades”.²⁷

Recoge el preámbulo de la Declaración de Ginebra agregando nuevos principios y recoge también muchos artículos ya existentes de otros tratados internacionales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) o de la misma Declaración de 1959.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el 20 de Noviembre de 1989 la Convención de Derechos del Niño la que comenzó a aplicarse a partir de septiembre de 1990, al ser ratificada por 20 Estados. Chile ratifica la Convención el 27 de septiembre de 1990.

La regulación allí contenida comprende no sólo las principales normas sobre derechos humanos ya existentes en otros instrumentos internacionales - como el derecho a la vida o la libertad de expresión- sino que establece derechos que vienen a cubrir las necesidades propias de los niños como personas, en sus distintas etapas de desarrollo y crecimiento, los que se han sistematizado por la literatura especializada en tres categorías: (a) derechos de sobrevivencia, (b) derechos de desarrollo, (c) derechos de protección y (d) derechos de participación.

La Convención aparece entonces como un puente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, de modo tal, que toda decisión que haya de afectar a un niño debe comprender sus derechos desde todas estas perspectivas.

2. La Convención de los Derechos del Niño en la mediación familiar.

Hasta ahora el análisis acerca de la participación de los niños en un proceso de mediación se ha centrado - casi exclusivamente – en torno al artículo 12 de la Convención y sus alcances. En efecto, dicho artículo establece el derecho del niño a emitir su opinión en todos los asuntos que lo afecten, lo que en la práctica se ha traducido - también casi exclusivamente - en “escuchar” al niño, citarlo a una sesión de mediación y conversar con él acerca de sus sentimientos y pensamientos relativos a la ruptura de sus padres.

En este capítulo intentaré demostrar, en primer lugar, que hay otros derechos y principios de la Convención que se aplican en la mediación, y en segundo lugar, y a propósito de uno de estos principios (artículo 5), intentaré poner sobre la mesa los argumentos que se han esgrimido para considerar que el mandato del artículo 12 va mucho más allá que simplemente “escuchar” al niño cuando la decisión a tomar afecte su vida futura.

²⁷ Cillero, Miguel. *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios*, en Derecho a Tener Derechos, Tomo IV. Montevideo, UNICEF-IIN, 1999.

En efecto, la Convención ofrece un amplio espectro de derechos y principios. A mi juicio, algunos de ellos juegan un rol principal en la mediación familiar y constituyen supuestos básicos de su proceso, aún cuando - todavía - no tengan una expresión explícita en la literatura especializada. Ellos son el principio del interés superior del niño, el principio a una convivencia familiar y el principio de la participación. Todos ellos con los respectivos derechos a que dan pie configuran una suerte de entramado o de red que se encuentra a la base de la práctica de la mediación familiar, al menos de la que yo conozco.

2.1. Principio del interés superior del niño (artículos 3, 9 y 18).

La Convención en su artículo tercero establece esta expresión, cuya finalidad es establecer un límite a la acción del Estado, a las autoridades, de modo que frente a la adopción de una decisión que afecte el desarrollo y bienestar futuro de un niño, se consideren, se respeten y se proteja el ejercicio de sus derechos.

Artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Pero, ¿qué debemos entender por interés superior del niño? Muchos autores han sostenido que esta expresión es vaga y ambigua, que no da pistas clara acerca de que debe entender por el interés del niño. Sin embargo, otros autores entre ellos Miguel Cillero han sostenido que el interés superior del niño no es otra cosa que “la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican”.²⁸

En ese mismo sentido Francisco Rivero sostiene que la noción de “interés del niño”, consagrada la legislación de familia española (Código Civil y LO 1/1996 de Protección Jurídica al Menor) constituye un criterio, una idea rectora a tener en cuenta frente a cualquier situación que involucre los derechos del niño. Este interés consiste en términos jurídicos en “salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad”.²⁹ El interés del niño busca asegurarle el desarrollo óptimo de su personalidad, en todas sus dimensiones: afectiva, intelectual, corporal, social, espiritual.

Por su parte, el derecho inglés – de larga tradición en esta materia – ofrece también algunas directrices para comprender el sentido y alcance de este concepto. Si bien, la *Children Act* de 1989 no define legalmente que debe entenderse por “*child welfare*” (bienestar del niño) entrega un conjunto de criterios a utilizar para la correcta aplicación de este principio. Algunos de estos criterios son ilustrativos para comprender la idea en comento: (a) deseo y sentimientos de niño de acuerdo a su edad; (b) necesidades físicas,

²⁸ Cillero, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño*. En Revista “Justicia y Derechos del Niño”, n° 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

²⁹ Rivero Hernández, Francisco. *El derecho de visita*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

educativas y emocionales, (c) efecto probable de cualquier cambio de situación; (d) edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el tribunal u otro operador del sistema – funcionarios, abogados, entre otros - considere como relevante.³⁰

La mediación familiar no escapa de esa visión holística y comprensiva del interés superior del niño como la realización de sus derechos, en este caso, vinculados a la familia. Es más, uno de los mandatos de la mediación como proceso es precisamente buscar la satisfacción recíproca de los intereses de todos los participantes de un modo mutuamente aceptable.

De este modo, una solución que se ajusta al interés superior del niño será aquella que mejor proteja o satisfaga sus derechos como niño.

2.2. Principio de la convivencia familiar (artículos 5, 9, 16, 18, 20 y 27).

De la lectura de la Convención se desprende que el derecho del niño de la convivencia familiar es otra de las piedras angulares de este catálogo de derechos. Este principio enunciando en forma general comprende el derecho del niño a tener una familia, a vivir en ella, a ser cuidado por sus padres, a mantener relaciones con sus padres si estos se separan y a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.³¹

Preámbulo de la Convención: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Este derecho a la convivencia familiar comprende a su vez otra serie de derechos que a continuación se mencionan.

a) Derecho a vivir en una familia (artículos 7 y 9).

Artículo 7.1:” El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, exceptuando cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior

³⁰ Rivero Hernández, Francisco. *El derecho de visita*. op. cit.

³¹ Parafraseando a algunos autores no se trata aquí de “que los padres tengan derechos “a” sus hijos, sino que los niños tengan derecho “a” sus padres.” Ver en Cillero, Miguel et al. *Niños y Adolescentes. Sus derechos en nuestro Derecho*. Servicio Nacional de Menores. SENAME. Santiago, 1995.

del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

- b) *El derecho a ser cuidado por sus padres y a vivir preferentemente con ellos (artículos 8 y 9).*

Artículo 8.1: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluido la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Artículo 9.3: “Los Estados partes se respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

- c) *El derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño (artículos 5, 18 y 27).*

Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Artículo 18.1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”

Artículo 27.2: “A los padres u otras personas les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”.

Como es posible apreciar la Convención entiende a la familia como el entorno que debe proveer al niño un ambiente de felicidad, comprensión y amor (preámbulo), como la primera responsable de la crianza y cuidado de los niños, debiendo para ello considerar siempre el interés superior de éstos (art. 18); como proveedora de las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (artículo 27) y como el núcleo que debe brindar al

niño la dirección y orientación apropiada para que pueda ejercer sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades (artículo 5).

Como contrapartida a estas exigencias la Convención establece la obligación del Estado de colaborar con las familias en estas tareas y promover el ejercicio de los roles parentales, por ejemplo, es deber del Estado prestar asistencia y protección apropiadas con miras a establecer la identidad de un niño (art. 8.2); ofrecer a la familia la asistencia necesarias para desempeñar las labores de crianza del niño (artículo 18.2) y adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a los derechos del niño, que sean necesarias (artículo 27.3).

Artículo 18.2: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”

Artículo 27.3:” Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho (derecho a desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social), y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

La separación de una pareja trae como consecuencia que uno de los padres quede al cuidado de los hijos comunes y el otro, abandone el hogar común. Cuando hay acuerdo entre los padres respecto de quien ejercerá en forma preferente este rol y cual será la relación de los hijos con el padre o madre no custodio con los hijos, no hay mayores dificultades. El problema surge cuando los padres no están de acuerdo en este punto. Una alternativa será la de participar en un proceso de mediación familiar, caso en el cual uno de los objetivos principales es precisamente el de ayudar a los padres a continuar ejerciendo la co-parentalidad en forma conjunta, es decir, que éstos sean capaces de mantener intacto el subsistema parental para cumplir con sus funciones de guía, apoyo, control y protección de sus hijos comunes.

En la mediación familiar se estimula a los padres – principalmente al padre o madre no custodio - a preservar las relaciones familiares, a mantener una relación directa y personal con sus hijos. Cada familia construye su propio sistema en consideración a la edad de los niños, horarios y cargas laborales de los padres, horarios y cargas escolares de los niños, distancia entre el domicilio del padre o madre no custodio y el de los hijos, relación y comunicación existente entre los padres luego de la separación, entre otros aspectos a tomar en cuenta.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora puede resumirse en el siguiente párrafo extraído del libro “Mediación Familiar. Sistematización de una experiencia” recientemente publicado por el programa donde trabajo: “En la práctica de la mediación familiar se afirma – desde

el punto de la dinámica psicosocial – ciertos aspectos que en las últimas décadas se han traducido como los derechos del niño. Así, en la mediación se ponen de relieve la responsabilidad primordial de ambos padres en la crianza de los niños y, consecuentemente, el aseguramiento de los elementos materiales necesarios para el bienestar y desarrollo del niño. Asimismo, se fomenta el respeto por las responsabilidades y los derechos de los padres de impartir al niño la orientación que estimen apropiada a la evolución de sus capacidades y la preservación del contacto directo con ambos padres si el niño estuviere separado de uno de ellos o de los dos, se valora el derecho de no discriminación entre los hijos entre otros”.³²

2.3. Principio de participación (artículos 5, 9, 12 y 14). Hacia el principio de la autonomía progresiva.

Este principio actualiza la concepción de que los niños dejan de ser objeto de derechos para pasar a ser sujetos de derechos. La cultura paternalista y proteccionista que está a la base de la legislación especial de menores - de nuestro país y de prácticamente toda América Latina - nos ha ofrecido por largo tiempo una visión del niño como un “algo” (persona, cosa, objeto) sobre el cual recaen derechos que otros ejercen, como un objeto respecto de la cual hay que ejercer funciones de representación, control y protección y no propiamente como un sujeto de derechos como cualquier persona humana.

Esta nueva mirada ha llevado, por ejemplo, a la importante modificación del lenguaje que utiliza la Convención, desde el momento que deja de hablar de “menores” para empezar a hablar de “niños”. La Convención rompe la distinción de niño v/s persona adulta para dar paso a una comprensión del niño como una persona con los mismos derechos de un adulto y con una batería adicional de derechos (Constitución, Tratados Internacionales, Convención de Derechos del Niño) propios de su condición de niño. Esto es congruente con la doctrina de los Derechos Humanos que establece que los derechos de las personas le deben ser reconocidos por el sólo hecho de existir, independiente de su edad, sexo u otra condición.

De esa perspectiva los niños – personas menores de 18 años, de acuerdo a la Convención³³ - son titulares de derechos y pueden ejercerlos autónomamente.

El punto a dilucidar aquí es cómo este sujeto de derechos puede llegar a ejercerlos autónomamente, en circunstancias que por su especial situación vital, podrían no estar en condiciones de hacerlo y en circunstancias que el “propio ordenamiento jurídico no le adjudica autonomía plena, debido a consideraciones de hecho – que tienen que ver con su madurez – y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres”.

Este dilema entre la titularidad de los derechos y la forma de ejercerlos en forma

³² Vargas, Macarena et al. *Mediación Familiar*. Op. cit.

³³ Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”.

autónoma y plena ha sido tratado por Miguel Cillero – de una manera, a mi juicio, sugerente - quien sostiene que el artículo quinto ofrece una puerta de salida al establecer que los padres deben orientar y guiar al niño en “*consonancia con la evolución de sus facultades*”.

Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

A juicio de Cillero esta afirmación final del artículo quinto de la Convención facultaría al niño a un ejercicio paulatino y gradual de los derechos de que es titular, en la medida que su edad y su madurez cognitiva e intelectual se lo permitan. De ahí la expresión de *autonomía progresiva* que propone y que considera como un principio para la interpretación y aplicación de todas las normas contenidas en la Convención.

En función entonces del principio de autonomía progresiva, se obliga a los padres, a los miembros de la familia o a quienes corresponda el cuidado del niño, a calibrar caso a caso si un niño está en condiciones de ejercer autónomamente alguno de los derechos establecidos en la Convención, en función de a su edad, madurez, estado emocional, compromiso afectivo con los padres, entorno familiar, relaciones con la familia extensa, etc.

En este sentido, derechos como los establecidos en los artículos 9.2, 12 y 14 (llamados de participación) debieran entenderse y aplicarse bajo el principio de la autonomía progresiva de los niños.

Artículo 9.2.: “En cualquier procedimiento entablado en conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

Artículo 12: ”Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo, que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Artículo 14: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

Desde esta nueva perspectiva creo necesario entonces hacerse cargo de varios puntos que conciernen la aplicación del principio de la autonomía progresiva, que en tanto criterios de participación de los niños en los asuntos que les afecte son comunes a un proceso judicial y a un proceso de mediación.

Conforme a la bibliografía que he podido revisar, la participación de los niños en ambos procesos ha sido entendida como el derecho del niño a “ser escuchado”. Es decir, el niño es considerado – en la ficción que usé anteriormente – como un actor de reparto que aparece en escena en forma esporádica.

Y si esto fuera así, ¿qué valor tienen esas opiniones? ¿desde qué edad en adelante se escucha a los niños? ¿cuándo se puede decir que se han formado un juicio propio?

En el artículo 12 la Convención dispone que deberá ser escuchado en todos los procedimientos en que se tomen decisiones que afectan su vida futura, según su edad y madurez y siempre que estén en condiciones de formarse un juicio propio.

El español Francisco Rivera ha sostenido que – al menos en los procesos judiciales sobre visitas – oír al niño “es imprescindible cuando pueda aportar algún dato, cuando su opinión pueda ser relevante, en atención a la edad y madurez de juicio del menor”.³⁴

En nuestra legislación desde la ley n° 19.711 de 18 de enero de 2001 (que reforma la ley de menores) se establece que en los juicios de visitas el juez deberá oír al niño. En efecto, en el numeral 2 del artículo único de la nueva ley, al referirse al artículo 48 bis de la ley de menores, letra c), se dispone que

“ Si al evacuar el traslado el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante o no contradice en forma substancial y pertinente los hechos sobre los que versa el juicio, o vence el plazo sin que hubiera sido contestada la demanda, el tribunal resolverá de plano, con el mérito de los antecedentes, la petición del interesado. Si por el contrario, la parte demandada se opone a las pretensiones del demandante con argumentos que controvierten el asunto, el juez fijará la oportunidad en la cual oír al menor y citará a las partes a una audiencia de conciliación y prueba para un día no anterior al”

Respecto a esta norma me surgen algunas dudas. En primer lugar se establece la obligación del juez de oír al menor sólo en los casos en que exista controversia entre las partes, es decir, no será necesario esta gestión cuando los padres acuerden un sistema de visitas, en forma extrajudicial o en el mismo comparendo. En segundo lugar, no queda claro quien o quienes entrevistarán al menor (el juez, un asistente social judicial, un funcionario del tribunal), pues la norma sólo se limita a decir que el juez fijará “la oportunidad” para escuchar al niño. Tampoco queda claro, si esta audiencia o entrevista se hará en presencia de los padres o no y si es más de un niño, si se escuchará a todos los hermanos juntos o a cada uno por separado, entre otros aspectos.

³⁴ Rivero Hernández, Francisco. *El derecho de visita*. op. cit.

Si la intención del legislador al incorporar esta norma en el procedimiento de visitas fue dar cumplimiento al mandato del artículo 12 de la Convención, parece ser una visión más bien restringida y limitada del derecho de participación. Además no toma en consideración, un aspecto fundamental, cual es determinar si el niño por su edad y madurez, está en condiciones de formarse un juicio propio – tal como sostiene la Convención. De este modo, habría que interpretar que deben concurrir a la audiencia todos los niños cuyos padres litigan un régimen de visitas, sin excepción (pre-escolares, adolescentes, niños sanos, niños enfermos, etc).³⁵

En relación con la interpretación del artículo 5 de la Convención, de incorporar al niño como una parte en el proceso judicial en consonancia con sus facultades - en razón de su edad y madurez - esto parece no estar contemplado en la reforma de 2001.

Respecto al valor jurídico de las opiniones de los niños, tampoco hay norma expresa ni en la legislación chilena ni en la Convención, lo que hace necesario pasar revista – aunque sea en forma breve – de alguna jurisprudencia nacional y extranjera sobre la materia.

La jurisprudencia uruguaya nos aporta algunas luces. En efecto, varios fallos del Tribunal de Apelaciones de Familia, habiendo escuchado a los niños en virtud de lo dispuesto en la Convención, han optado por fallar en contra de esas opiniones, en consideración a otros factores que restan validez a lo expresado por los niños. Las razones esgrimidas establecen que si bien la Convención establece que los niños deben ser oídos, no obliga a que esta opinión excluya otras consideraciones, como por ejemplo, la edad del niño, la autenticidad de su opinión, las distorsiones que los adultos pueden provocar en la opinión del niño.³⁶

Como contrapartida existen fallos en la justicia uruguaya que sí recogen la opinión del niño y fallan de acuerdo a ella basándose precisamente en una interpretación amplia del principio del interés superior del niño, argumentando que “el interés del menor es un concepto multifacético para cuya correcta actuación se debe tener en cuenta, primordialmente, que con él estamos apuntando a futuro ya que el secreto del mismo radica en predecir, en base a los hechos, cuál va a ser la solución más adecuada para el futuro del niño con el único fin de protegerlo y lograr su desarrollo físico, psíquico, moral y material, procurando una estabilidad que resulte apta para la formación equilibrada de su personalidad”.³⁷

En tanto, en EEUU la tendencia jurisprudencial se dirige hacia una creciente aplicación de la Convención principalmente en el área del derecho de familia y del derecho de

³⁵ Cabe señalar que hasta la fecha no se ha realizado estudios acerca de la aplicación de esta norma y sus efectos en el proceso, cosa que sería de extrema utilidad para analizar el alcance de la Convención.

³⁶ Couso, Jaime. *Documento de trabajo para los talleres de análisis de casos. Material docente*. Academia Judicial de Chile. Mimeo.

³⁷ Couso, Jaime. *Documento de trabajo para los talleres de análisis de casos. Material docente*. Op.cit.

inmigración. Paulatinamente los tribunales americanos han comenzado a tomar al niño como sujeto de derechos, y por ende, sus intereses y deseos han comenzado a tenerse en cuenta.

La opinión de los niños ha sido considerada en varios fallos, tal como se señala en un documento traducido por Laura Martínez-Mora, uno de los cuales transcribo a modo de ejemplo.³⁸

En un caso sobre custodia de una niña de 15 años, cuya madre rechazaba una orden que le impedía el acceso a ella, la niña fue escuchada por el juez y expresó su interés de no volver con su madre por varios motivos (drogadicción y comportamiento inadecuado de la madre). EL juez dio la custodia temporal al padre y basándose en el artículo 12 de la Convención y expuso en uno de sus considerandos: *“En este momento, lo que está claro es que tenemos una niña de quince años que desea ser escuchada... Ella también tiene un interés sobre lo que ocurre en su vida. Es una vida que no pertenece a los adultos que se casaron y la trajeron al mundo. Ellos no tienen derecho exclusivo a discutir entre ellos acerca de ella como si fuera un objeto de propiedad personal”*³⁹.

En nuestro país existe escasa jurisprudencia al respecto. En los materiales docentes preparados por Jaime Couso se encuentra un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1996 que recoge expresamente el artículo 12 de la Convención, sin embargo no profundiza en el alcance y sentido de este derecho de participación del niño en relación al caso en comento. En efecto, la apelación del fallo de primera instancia en un juicio de tuición, el cual niega lugar a la petición de la madre de que su hija vuelva a vivir con ella, la Corte en uno de sus considerandos sostiene lo siguiente:

“Tercero: Que, la indicada Convención en su artículo 12 N° 1 dispone: “Los Estados Partes”. En consecuencia, éstas son las normas que regulan la opinión del menor y no las de inmadurez que supone el apelante en el numeral 11 de su recurso y que se reiteraron en estrados. Además esta medida como puede verse, al tenor de las normas legales transcritas, no tiene por objeto mejorar la prueba de la demanda ni suplir la negligencia de la parte, sino que el imperativo a que se encuentra obligado el juez de menores, no sólo por la Convención sino que por el claro texto del artículo 36 de la ley 16.618 “... si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros de que estimaren necesarios”.

Otros fallos nacionales - anteriores a la promulgación de la Convención - dan cuenta de la declaración de los niños involucrados y que éstas hayan formado parte de los

³⁸ UNICEF - Nueva York, *Traduciendo a la realidad el Derecho*, documento de trabajo, traducción de Laura Martínez-Mora, en Justicia y Derechos del Niño, n° 3, Buenos Aires, diciembre, 2001.

³⁹UNICEF - Nueva York, *Traduciendo a la realidad el Derecho*. op. cit.

fundamentos de la decisión final.⁴⁰

Si bien como dice Couso podría considerarse un avance el reconocimiento explícito de la necesidad de escuchara las opiniones del niño, y su relación con la normativa vigente, no se resuelve en este fallo los criterios para determinar cuando un niño está en condiciones de formarse un juicio propio como lo prescribe la Convención en su artículo 12.1.⁴¹

De esta forma se puede decir, que al menos hasta la fecha, la interpretación de la Convención ha ido por la línea de escuchar al niño, es decir, conocer su opinión, pero al menos no se desprende del tenor de las normas antes citadas ni de la jurisprudencia transcrita, la intención de incorporar al niño como una parte más al proceso judicial.

En este mismo sentido, la experta en derechos del niño, Mary Ann Mason⁴² en un libro sobre custodia de niños sostiene que tanto si el proceso es una mediación o uno judicial, el foco está puesto frecuentemente en los derechos de los adultos más que en los de los niños. A su juicio aún estamos lejos de reconocer en los niños – aunque principalmente en los adolescentes - un derecho que ella ha acuñado como el derecho de los niños a consentir (*right to consent*)⁴³, pues si bien se les ha dado el derecho a expresar su opinión, no se les ha dado el derecho, por ejemplo, de elegir cual de los padres ejercerá la custodia o el derecho a solicitar cambios en el sistema de contactos con el padre no custodio acordado por los padres o fijado por el tribunal. Incluso más propone la redacción de una norma legal que consagrara el derecho de consentimiento y de iniciar acciones legales.⁴⁴

En este sentido, Mary Ann Mason critica la práctica de mediación familiar que se lleva a cabo en EEUU al señalar que salvo, excepciones, en que existe la posibilidad de que un curador ad litem represente a lo niños, en general los niños no son bienvenidos al proceso de mediación de sus padres (*children were not welcome in mediation*) y sostiene que entonces la mediación deja de ser (o definitivamente no es) un proceso familiar democrático, sino que se trata de un proceso de negociación entre los padres.⁴⁵

El punto es como damos cumplimiento al mandato de la Convención: ¿sólo escuchando al niño? ¿o habría que situar al niño en calidad de parte directa del proceso de mediación junto a sus padres?

⁴⁰ Ver en Gaceta Jurídica n° 29, año 1979 (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de septiembre de 1979. Tuición concedida al padre de las menores) y Gaceta Jurídica N° 108, año 1989 (Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 14 de junio de 1989. Cuidado de hijos menores. Inhabilidad física o moral de los padres).

⁴¹ Couso, Jaime. *Documento de trabajo para los talleres de análisis de casos. Material docente*. op.cit.

⁴² Mason, Mary Ann. *The custody wars. Why children are losing the legal battle and what we can do about it*. Basic Books. New York, 1999.

⁴³ Se refiere también a este derecho cuando se trata las decisiones de jóvenes adolescentes de abortar sin la autorización o en contra de la opinión de sus padres.

⁴⁴ Una traducción de la norma propuesta por la autora en comentario sería la siguiente: “En todas las disputas, a los deseos y sentimientos de los niños se les deberá dar preferencia en consideración con la edad y madurez del niño. Un niño maduro tiene el derecho a consentir y a iniciar acciones”.

⁴⁵ Mason, Mary Ann. *From father's property to children rights. The history of Child Custody in the United States*. Columbia University Press. New York. 1994.

Las alternativas entonces de la participación de los niños en la mediación parecen ampliarse. Cuando comencé este documento aparentemente sólo se visualizaban dos opciones:

- a) No hacerlos participar de ningún modo, pues el conflicto es de los padres;
- b) Hacerlos participar expresando su opinión, siendo informados de los objetivos del proceso de mediación que viven sus padres.

Y ahora, a la luz de lo expuesto, se agrega una tercera, y

- c) Hacer participar a los niños como partes directas del proceso.

Si optamos por la alternativa c) y traemos a los niños a la mediación, hay varios aspectos que habría que considerar, entre ellos – y tal vez uno el más importante – es definir los criterios a partir de los cuales el niño pueda actuar en esa calidad: edad, madurez, capacidad de formarse un juicio propio.

Respecto a la *edad de los niños*, ¿desde qué edad en adelante podrían los niños actuar como partes directas?

Muchos criterios podrían ser utilizados. Por ejemplo, de acuerdo a los expertos la adolescencia comienza a los 13 años; en EEUU los jóvenes obtienen su licencia de conducir a los 16 años; el proyecto de ley sobre infracciones juveniles a ley penal fija la edad de imputabilidad en los 14 años; la legislación española establece que el juez deberá oír al menor “si tuviere suficiente juicio, y siempre a los mayores de 12 años”⁴⁶.

Respecto de la *madurez de los niños*, ¿desde qué momento, edad, etapa evolutiva de los niños, se puede asegurar que un niño es maduro intelectual y cognitivamente?

Numerosos estudios se han realizado relativos a la competencia, capacidad de comprensión o madurez de los niños, principalmente en el área de la delincuencia juvenil. A modo de ejemplo, Mary Ann Mason indica que la teoría de desarrollo cognitivo sugiere que los niños de 14 años en adelante poseen capacidades cognitivas e intelectuales suficientes para prestar su consentimiento, sin perjuicio que la mayoría de los científicos está de acuerdo en que la gran parte de los niños alcanza un nivel de desarrollo a los 12 años de edad.⁴⁷

Finalmente, el aspecto – a mi juicio - más delicado es definir cuando un niño está en *condiciones de formase un juicio “propio”*, y pongo comillas en la palabra propio, porque es precisamente ese aspecto el que hace más difícil visualizar la participación de

⁴⁶ Artículo 92 del Código Civil Español. Rivera, Francisco.

⁴⁷ Mason, Mary Ann. *The custody wars. Why children are losing the legal battle and what we can do about it*. op.cit.

los niños como protagonistas, tanto en un proceso de mediación como un proceso judicial.

Durante la crisis de la separación de sus padres ¿podrán los niños tener una visión propia de lo que ocurre? ¿Qué sucede con los conflictos de lealtades que surgen como reacción emocional a la ruptura? Si el niño manifiesta su intención de no ver al padre o a la madre, ¿qué consecuencias futuras se pueden derivar de esa opción?

Sin ser especialista veo con dificultad que el niño pueda abstraerse completamente de las presiones a la que pueda estar sometido, a los prejuicios, mitos, historias que ya rondan, a sus propios temores y dudas. Me cuesta imaginar que la sensibilidad de un niño no absorba la pesada carga emocional que conlleva la separación de sus padres, sin sentirse en algún momento triangulado por uno de ellos.

En este sentido, Mary Ann Mason enumera – sin hacerse cargo – de los posibles argumentos contrarios al derecho a consentir, y entre ellos incluye precisamente que el hecho de dejar al niño la decisión de optar con cual de sus padres desea vivir invita a los padres a competir uno contra el otro para ganar la tuición, poniendo de ese modo al niño bajo presión.⁴⁸

Si esta presión – digamos que inapropiada - se suma el conflicto de lealtades propio de la separación de los padres, es bastante probable que el niño no esté en condiciones de formarse un juicio libre y propio distinto del de sus padres, es decir, la capacidad de escindir sus opiniones, deseos y temores de los que sus padres – con buena o mala intención – les hayan hecho partícipes, es relativamente baja.

El tema de los conflictos de lealtades es a mi juicio el punto dentro de toda esta discusión que pudiera poner en discusión los beneficios - y a la luz de la Convención, el derecho - de la incorporación y participación de los niños en la mediación familiar. ¿Cómo evitar que el niño repita - incluso a veces hasta con las mismas palabras - los deseos de uno de sus progenitores? ¿cómo cuidar su "objetividad" frente al conflicto de sus padres?

Sin embargo, este obstáculo está presente tanto si se "escucha al niño" (alternativa b), como si el niño participa en igualdad de condiciones con sus padres en la mediación, como lo propone Mason (alternativa c). No es posible soslayar los conflictos de lealtades que pudieran existir en ninguna de las dos hipótesis.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

No cabe duda que poco a poco la Convención de Derechos del Niño ha comenzado a tener una creciente aplicación en el derecho de familia - tanto en nuevas iniciativas legales, como en fallos de tribunales y más recientemente en la práctica de la mediación familiar - principalmente con respecto al principio del interés superior del niño (artículo

⁴⁸ Ob. Cit.

3), al derecho del niño de no ser separado de sus padres (artículo 9) y al derecho del niño de ser escuchado y emitir su opinión en los asuntos que le afecten (artículo 12).

Respecto a este último derecho de participación, la tendencia dominante tanto en la jurisprudencia como en la mediación familiar ha sido el de escuchar al niño, darle una oportunidad para que exprese sus deseos e intereses, siendo el juez – en el caso de un proceso judicial – o los padres en conjunto con el mediador – en un proceso de mediación – quienes reciben y toman consideración estas opiniones al momento del acuerdo.

La doctrina de la autonomía progresiva (artículo 5) en relación con la aplicación del artículo 12 nos plantea nuevos desafíos sobre cómo concretar este mandato en la práctica de la mediación familiar.

Dada la naturaleza de este proceso – colaborativo, multidimensional y de intervención directa de los afectados – la participación de los niños a la luz del concepto de autonomía progresiva parece congruente, y con mayor fuerza cuando se trata de hijos adolescentes. Desde luego, mucho más que con la lógica adversarial de un litigio judicial.

Me atrevería a decir - y en esto creo coincidir con mis colegas mediadores – que la tendencia se encamina por la alternativa (b) a que se hace mención en el punto anterior, esto es, escuchar a los hijos en un ambiente de confianza y pedirles que cuenten cómo se sienten, cuáles son sus temores y aprehensiones frente al futuro, que esperarían que sus padres hicieran en esta situación, qué necesitan saber para luego “devolver” esta información a los adultos, es decir, transmitir a los padres las opiniones, intereses, dudas e inquietudes de sus hijos.

El objetivo que está detrás de esta propuesta es permitir a los padres conocer los intereses y necesidades de sus hijos de modo tomarlas en consideración al momento de decidir. Lo que se persigue es que estos padres decidan en forma informada, así como deben estar informados acerca de los derechos y obligaciones que ambos tienen (derecho de alimentos, derechos a mantener un contacto directo, entre otros), los padres también debieran estar en conocimiento de las opiniones de sus hijos.

Cabe señalar que en el caso de los adolescentes las entrevistas han de constituir la regla general. Si bien los adolescentes no escapan en un cien por ciento del influjo de los conflictos de lealtades entre sus padres, por su edad y madurez, estarían en mejores condiciones que un niño menor de 12 años, por ejemplo, para formarse un juicio propio. Los adolescentes tienen sus preferencias, su visión de los hechos, sus propias expectativas, es decir, poseen más elementos de análisis como para tener una opinión acerca de lo que está ocurriendo al interior de su familia y de las consecuencias de una u otra decisión acerca de la vida familiar futura.

En esta línea Marinés Suares sostiene que "la presencia de éstos (los adolescentes) en el proceso no sólo es necesaria, sino que es imprescindible", incluso más ella considera que ellos deben concurrir a la firma de los acuerdos junto con sus padres.

La metodología a utilizar para entrevistar a los niños y adolescentes puede variar de acuerdo al modelo de mediación que se utilice o al contexto cultural donde se inserte el servicio, como ha quedado medianamente ilustrado en los capítulos anteriores. Sin embargo, parece indispensable que las reuniones con los hijos estén en manos de profesionales con formación y experiencia en trabajo con niños, ya sea que se trate de un profesional que se encargue específicamente de esta labor o del mismo mediador que conduce el proceso.

Los esfuerzos de los mediadores familiares deben abocarse entonces a propiciar una mayor participación de los niños - y sin excepción, en el caso de los adolescentes - y a definir objetivos, estrategias y metodologías, con el fin de dar vida a la Convención en nuestra práctica profesional.

Considero que los derechos de los niños que comprende este cuerpo legal internacional - en especial, el principio del interés superior del niño - deben dejar de ser sólo declaraciones de principios compartidas y no discutidas en la comunidad política y académica para transformarse en manifestaciones concretas, deben dejar de ser elucubraciones abstractas para encarnarse en casos reales, de familias con nombre y apellido, deben dejar de ser derechos contemplados en normas legales para constituirse en una experiencia procesal del derecho.

Tal vez, si casos como aquel con el que comencé este documento - en que el padre y sus hijas adolescentes convienen los términos de un acuerdo y éste es firmado por los tres - nos dé nuevos elementos, pistas y argumentos para definir la manera apropiada de actualizar los derechos del niño en la mediación familiar.

BIBLIOGRAFIA.

1. Beal, W. Edward y Hochman, Gloria. Los hijos del divorcio en la adultez. Centro de Estudios Públicos.
2. Bernal, Trinidad. La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Editorial COLEX, Madrid. 1998.
3. Bustello Elicabe-Urriol, Daniel. La Mediación Familiar Interdisciplinaria. BMS Ediciones S.L., Madrid, 1995.
4. Cárdenas, Eduardo José. La mediación en conflictos familiares. Ediciones Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1998.

5. Cillero, Miguel. "Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios", en Derecho a Tener Derechos, Tomo IV. Montevideo, UNICEF-IIN, 199.
6. Cillero, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niños. En Revista "Justicia y Derechos del Niño", n° 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.
7. Falicov, Celia Jaes. Transiciones de la Familia. Continuidad en el ciclo de vida. Amorrortu Editores, Buenos Aires.
8. Gianella, Carolina y Curi, Sara. Participación de los hijos en la mediación en divorcio. Documento inédito.
9. Gianella, Carolina. Efectos psicosociales del divorcio en los hijos. Conferencia dictada en la Facultad de Psicología, U.D.A. Mendoza. 1998.
10. Hamel, Patricia et. Al; "Separación Matrimonial ¿Litigar o consensuar?, Antecedentes y consecuencias. Revista "De Familias y Terapias". Instituto Chileno de Terapia Familiar, año 3, n° 6, Santiago, 1995.
11. Haynes, John. Fundamentos de la Mediación Familiar. Ediciones GAIA. 1993.
12. Kaslow, Florence. La mediación el divorcio y su impacto emocional en la pareja y los hijos.
13. Liebmann, Marian (editora). Mediation in context. Jessica Kingsley Publishers. United Kingdom. 2000.
14. Mason, Mary Ann. From father's property to children rights. The history of Child Custody in the United States. Columbia University Press. New York. 1994.
15. Mason, Mary Ann. The custody wars. Why children are losing the legal battle and what we can do about it. Basic Books. New York, 1999.
16. Minuchin, Salvador. Familias y Terapia Familiar. Ediciones Gedisa. Barcelona, 1979.
17. Montenegro, Hernán. "Separación matrimonial y conflicto conyugal. Sus efectos en los hijos". Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, 2002.
18. Rivero Hernández, Francisco. El derecho de visita. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
19. Satir, Virginia. Relaciones Humanas en el núcleo familiar. Editorial Pax – México. México. 1978.

20. Suares, Marinés. Mediando en sistemas familiares. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2002.
21. UNICEF - Nueva York, "Traduciendo a la realidad el Derecho", documento de trabajo, traducción de Laura Martínez-Mora, en Justicia y Derechos del Niño, n° 3, Buenos Aires, diciembre, 2001.
22. Vargas, Macarena et. al. Mediación familiar. Sistematización de una experiencia. Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales. Ministerio de Justicia. Santiago. 2001.

El Introducción propedeutica al tratamiento del convenio arbitral en derecho peruano *

Lic. Carlos Alberto Matheus López, Perú

Pontificia Universidad Católica de Perú

"Ya se oyen palabras viejas. Pues aguzad las orejas"

I. INTRODUCCIÓN

A efectos de observar la importancia de la figura en estudio dentro del campo del Derecho de Arbitraje¹, cabe señalar inicialmente y sin lugar a dudas que el origen del arbitraje se encuentra en el convenio arbitral -justificado en la autonomía de la voluntad- sin cuya presencia no será posible reconocer virtualidad alguna al arbitraje², o lo que es lo mismo, sin convenio arbitral no puede existir arbitraje³.

II. CONCEPTO

Si bien existen -en doctrina- diversas definiciones sobre el convenio arbitral⁴, podemos conceptualizarlo como un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la "controversia"⁵. Siendo por ello un negocio jurídico impropio

* Catedrático Ordinario de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático del Diploma de Especialización en Arbitraje de Consumo de la Universidad del País Vasco. Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lima y Academia Nacional de la Magistratura. Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Colegio de Abogados de Lima. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje.

¹ Para una mayor comprensión del tema ver Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto "Tratado de Derecho de Arbitraje", Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003, pág. 69 y sgtes.

² Matheus López, Carlos Alberto "Tratamiento del Arbitraje en el Sistema Jurídico Peruano" en "Diritto e Giustizia", Número 31, Giuffrè editore, Milano, 2003; con igual parecer Gaspar Lera, Silvia "El Ámbito de Aplicación del Arbitraje", Aranzadi editorial, Pamplona, 1998, pág. 61.

³ Matheus López, Carlos Alberto "Consideraciones Fundamentales sobre el Arbitraje" en "Revista Peruana de Derecho Procesal", Número 5, Lima, 2003, pág. 385.

⁴ Así para algunos, no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje (Ramos Méndez, Francisco "Enjuiciamiento Civil", Vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 1122). Otros lo entienden como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto (Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J. L. "Derecho jurisdiccional", Vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 846). Mientras que para algunos es el acuerdo creador del arbitraje, esto es, el contrato de derecho privado que constituye la base de la institución (Gaspar, ob. cit., pág. 54).

⁵ Nuestra Ley General de Arbitraje utiliza el término "controversia" para referirse a la patología jurídica disponible, empleando también -en menor medida- la expresión "cuestión controvertida".

que no origina las consecuencias propias del contrato sino más bien aquellas impropias de la resolución procesal de la “controversia” que constituye su objeto⁶.

En nuestra actual Ley General de Arbitraje⁷ es posible hallar una definición de convenio arbitral⁸, la cual nos evidencia la indudable vocación negocial -no contractualista⁹- de este¹⁰. Así mismo, resulta loable su propuesta de asumir al convenio arbitral como categoría conceptual autosuficiente técnicamente, para que la “controversia” pueda ser sometida a la resolución procesal del arbitraje¹¹.

III. FORMALIDAD

El convenio arbitral recogido en nuestra vigente Ley General de Arbitraje viene caracterizado por su libertad formal, la cual supone la autonomía en la forma de dejar constancia por escrito de este¹², pretiriendo la exigencia de escritura pública¹³.

⁶ Con distinto parecer Reglero Campos, L. Fernando “El Arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1998)”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 71. Define al convenio arbitral como “el contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales”; con similar parecer Cordón Moreno, Faustino “El Arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional”, Aranzadi editorial, Pamplona, 1995, pág. 57. Nos señala que “es preciso distinguir el convenio arbitral, que es un contrato, y el arbitraje como institución...”

⁷ Cabe señalar que una incipiente definición ya existía en el artículo 4 de la derogada Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley 25935), norma la cual sin embargo no aludía a la naturaleza negocial del convenio arbitral.

⁸ En tal forma, el artículo 9 de nuestra LGA señala que “*El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hallan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial...*”.

Este artículo, al parecer resulta tributario del artículo 7 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, el cual nos señala que “*el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...*”.

⁹ Para una comprensión de las diversas concepciones sobre el convenio arbitral, las cuales inciden en la naturaleza del arbitraje, ver Matheus López, Carlos Alberto “Compulsión Crítica entre el Proceso Jurisdiccional y Arbitral en el Sistema Jurídico Peruano” en “Revista de Derecho Internacional y del Mercosur”, Número 4, Buenos Aires, 2003, pág. 39.

¹⁰ En tal sentido, se observa claramente que el artículo 9 LGA no alude al **contrato** sino más bien al “**acuerdo por el que las partes...**” (las negritas son nuestras).

¹¹ Habiéndose superado ya -a partir de la Ley General de Arbitraje de 1992- la vieja y problemática dualidad conceptual entre “Cláusula compromisoria” y “Compromiso arbitral” recogida en el Código Civil de 1984, la cual generaba muchas veces la inoperatividad del arbitraje, dada la eficacia mediática que poseía la *cláusula compromisoria* para originar a este último, resultando sólo el *compromiso arbitral* idóneo para iniciar el proceso arbitral.

Cabe además indicar que esta doble realidad conceptual ya existía -de modo similar- en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual diferenciaba el “Pacto de arbitraje” del “Compromiso arbitral”.

¹² Libertad que ya venía de algún modo recogida por el Código Civil de 1984 -cuyo artículo 1910 nos señalaba que “*El compromiso arbitral debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad...*” - y posteriormente por la Ley General de Arbitraje de 1992, cuyo artículo 5 prescribía -igual que la LGA vigente- que “*El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...*”

Así mismo, la libertad formal que adopta el convenio arbitral en la Ley General de Arbitraje, supone no sólo la autonomía en la forma de suscripción de éste, sino que además permite tipificar las distintas formas de arbitraje aceptadas legalmente¹⁴.

Cabe además precisar que nuestra Ley General de Arbitraje establece como regla general que la forma que ha de revestir el convenio arbitral sea la escrita¹⁵, forma la cual viene requerida *ad solemnitatem*, pues su falta haría el convenio nulo¹⁶.

Obsérvese que la formulación respecto a la formalización del convenio arbitral, prevista en la Ley General de Arbitraje, es sumamente estática -en tanto escrita- pero a su vez extraordinariamente laxa y espiritualista, puesto que resuelve cualquier tipo de cuestión relativa a la forma escrita dentro del contexto de los nuevos medios de comunicación¹⁷. Surgiendo así un nuevo modo de entender y aplicar la libertad formal del convenio arbitral *ad probationem*¹⁸, mas no *ad solemnitatem*¹⁹.

¹³ Exigencia que si existía durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo artículo 552 -referido al compromiso arbitral- señalaba que “*El compromiso ha de formalizarse, bajo pena de nulidad, en escritura pública...*”.

¹⁴ Resulta evidente que las partes podrán libremente determinar -en el convenio arbitral- la tipología del arbitraje que desean utilizar. Decidiendo si aquel será de derecho o de conciencia, y a su vez, si éste será institucional o *ad hoc*.

¹⁵ Como lo prescribe el primer párrafo del artículo 10 LGA al señalarnos que “*El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...*”.

¹⁶ Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 184; de modo similar, Cordón, ob. cit., pág. 69.

¹⁷ Como puede observarse del tenor del segundo párrafo del artículo 10 LGA, al prescribir éste que “*...Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...*”.

¹⁸ Esta gran flexibilidad del requisito formal puede observarse en el Derecho Comparado, en normas tales como la Ley de Arbitraje Alemana del 22 de diciembre de 1997 -que modifica el Libro X del Código Procesal Civil alemán- cuya disposición §1031 nos señala que “*1. El convenio arbitral debe ser indicado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de telex, de telegramas, o de cualquier otro medio de telecomunicación susceptible de acreditar su existencia. 2. La forma prevista en el apartado anterior se considera cumplida si el convenio arbitral está consignado en un documento que ha sido transmitido por una parte a otra o por un tercero a las dos partes, y que, conforme a los usos admitidos en las relaciones comerciales, tiene el valor de acuerdo aplicable al caso si no se le plantea oposición en tiempo útil. 3. La referencia en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria se considera convenio arbitral, siempre que dicho contrato se haya llevado a cabo en la forma prevista en el par. 1 o 2 y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...)* 6. La ausencia de forma se garantiza con la defensa sobre el fondo”. De modo similar, la Ley Griega sobre Arbitraje Comercial Internacional -Nº 2735/1999- del 18 de agosto de 1999, nos señala en su artículo 7 que “*...3. El convenio de arbitraje debe realizarse por escrito y puede consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de comunicaciones por telex, de telegramas o de cualquier otro medio de telecomunicaciones que confirme su existencia. El convenio tendrá igualmente forma escrita, cuando en el intercambio de una conclusión de la demanda y de una conclusión de réplica, se alegue por una parte la existencia de un convenio y no sea replicado por la otra. 4. Se considerará respetada la forma del convenio arbitral, cuando se consigne un convenio de arbitraje oral en un documento transmitido por una de las partes a la otra o por un tercero a todas las partes y cuando el contenido de este documento, contra el que no se haya elevado ninguna objeción en un plazo razonable, pueda considerarse, según los usos mercantiles, como un elemento del contrato. 5. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria equivale a un convenio de*

IV. TIPOS DE FORMALIZACIÓN

Podemos afirmar que no existe respecto a los tipos de formalización -siempre escrita- del convenio arbitral una concepción modal unívoca en nuestra Ley General de Arbitraje, pudiéndose más bien observar las siguientes modalidades:

1. *Convenio arbitral por referencia*: es aquel que viene formalizado como cláusula -general de contratación o no- incorporada a un contrato de adhesión²⁰.
2. *Convenio arbitral unidocumental*: es aquel formalizado en un único documento, sea como acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal²¹.
3. *Convenio arbitral pluridocumental*: resulta aquel formalizado a consecuencia de un intercambio de cartas o cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, el cual supone romper con la unidad del acto²².

arbitraje, a condición de que dicho contrato sea escrito y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...) 7. La falta de forma se suplirá si las partes participan sin reserva en el procedimiento arbitral”. Con similar sentido el Anteproyecto de la Nueva Ley de Arbitraje Española cuyo Artículo 9 nos señala que “...3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra...”.

¹⁹ Con similar parecer Reglero, ob. cit., pág. 184. Nos señala que “Aunque se ha dicho que lo que se persigue con el requisito de forma del convenio arbitral es asegurarse de que las partes sean concientes de que se han sometido a un arbitraje, en mi opinión, el papel fundamental de la forma escrita no deja de ser sino el medio de prueba de que se ha otorgado el convenio arbitral”; de modo similar Gete-Alonso y Calera, María del Carmen “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje”, La Ley, 2 de mayo de 1990, pág. 1041. Nos señala que “En relación a la manera en que se considera cumplimentada la exigencia de forma escrita, (...) se ha producido una liberalización de la misma (...) La Ley se coloca en la línea de admitir los medios de comunicación que se utilizan en la sociedad actual en el mundo de los negocios. Lo que importa es, sólo, que la constancia de la voluntad contractual de sometimiento a arbitraje se produzca en un tipo de soporte documental, pero no elimina la necesidad de forma”.

²⁰ Modalidad regulada por el artículo 11 LGA, cuyo tenor nos señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria...”.

²¹ Recogido en el primer párrafo del artículo 10 LGA al señalar éste que el convenio arbitral “...Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente...”.

²² Modalidad regulada por el segundo y tercer párrafo del artículo 10 LGA, cuyo tenor nos señala que “...Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento...”.

Sobre la base de lo ya expuesto, cabe precisar que en los tres tipos de formalización regulados, el documento -o documentos- en que aparezca suscrito un convenio arbitral posee una función *ad probationem* -mas no *ad solemnitatem*-, lo cual supone que en el caso de la cesión del contrato originario, el cesionario no se hallaría vinculado por la sucesión en el convenio arbitral, cuando falte su voluntad inequívoca de aceptarlo.

De otro lado, si bien la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible, sin embargo la Ley General de Arbitraje acoge plenamente el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que su formalización por escrito no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto²³. Y como se ha observado, cabe la posibilidad de formalizar el convenio arbitral sin que se lleve a cabo la materialidad de suscribirlo en un único documento escrito y siempre que se deje constancia, por cualquier otro medio de comunicación o intercambio de las partes, de la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

V. ELEMENTOS NEGOCIALES DE CAPACIDAD

Dado que la Ley General de Arbitraje no realiza ninguna mención sobre la capacidad para formalizar un convenio arbitral, y teniendo en cuenta el carácter negocial de este²⁴, podemos tipificar sus elementos de capacidad en la exigencia de la *capacidad de goce*²⁵ y *de ejercicio*²⁶ del Código Civil²⁷.

Así mismo, la capacidad -de ejercicio- para suscribir un convenio arbitral posee una indiscutible funcionalidad justificante -someter a procedibilidad negocial la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas disponibles- que permite aludir a la legitimación de quien lo suscribe²⁸. Entendiéndose a esta última como la idoneidad de la persona capaz de suscribir un convenio arbitral en orden a obtener una solución procesal respecto de la relación jurídica y objeto litigioso del que afirma ser titular.

²³ Como si venía dada -como ya vimos- durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual, en su artículo 552, exigía la formalización del “compromiso arbitral” -ante notario- por escritura pública.

²⁴ El cual como negocio jurídico -bilateral- requiere para su validez, acorde al artículo 140 inciso 1 del Código Civil, ser celebrado por *agente capaz*.

²⁵ Regulada en el artículo 3 del Código Civil, el cual nos señala que “**Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley**” (las negritas son nuestras)

²⁶ Prevista en el artículo 42 del Código Civil, cuyo tenor nos prescribe que “*Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 (incapacidad absoluta) y 44 (incapacidad relativa)*” (lo señalado entre paréntesis es nuestro).

²⁷ Con similar criterio Gaspar, ob. cit., pág. 89.

²⁸ Pudiéndose concluir de ello que el convenio arbitral es un negocio jurídico en el que el ámbito de capacidad del sujeto para suscribirlo se halla legitimado por la resolución de “*cuestiones controvertidas*” con un alcance sustantivo similar a los negocios jurídicos civiles pero con la particularidad que, el negocio jurídico que tipifica, se encuentra enderezado a la resolución de “*controversias*” que justifica la procedibilidad negocial del mismo.

Obsérvese pues que la capacidad de ejercicio del sujeto para suscribir un convenio arbitral le legitima, por tanto, para poder acceder a la resolución procesal de la “controversia”.

Por otra parte, la proyección negocial -del convenio arbitral- no ha rehuído su ubicación en el ámbito de la negociación privada, insertándose normalmente como una cláusula contractual más al interior del contrato. La cual sin embargo no será una cláusula negocial accesoria, dado que posee autonomía²⁹ conceptual y negocial distinta del contrato en que se contiene³⁰. Siendo esto lo que justifica que el convenio arbitral no sea afectado por las causales de invalidez contractual y que, inclusive, se incorporen en su esfera de operatividad las “cuestiones controvertidas” que surjan tras la cesación del contrato³¹.

De otro lado, respecto a la posibilidad de que el representante pueda celebrar un convenio arbitral, debe distinguirse entre la representación legal y voluntaria, pues en la primera se requerirá de la autorización judicial correspondiente³², en tanto en la segunda, se necesitará de un poder expreso, o bien de una posterior ratificación³³ por parte del representado³⁴.

Finalmente, en relación a los sujetos que pueden suscribir el convenio arbitral, cabe señalar que son la persona natural y la persona jurídica³⁵, no pudiendo tampoco descartarse a los entes que no posean personalidad³⁶.

²⁹ Con tal parecer Córdón, ob. cit., págs. 59-60.

³⁰ Como bien lo prescribe el artículo 14 LGA, al señalarnos que “*La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste...*”.

³¹ Regla también recogida por el artículo 14 LGA, al indicarnos este que “*...En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral...*”.

³² Como lo señala el artículo 167 del Código Civil al prescribir que “*Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...) 3. Celebrar compromiso arbitral*”. De igual forma, el artículo 448 al señalarnos que “*Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: (...) 3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje*”. Con idéntico criterio, el artículo 532 al señalarnos que “*El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para: 1. Practicar los actos indicados en el artículo 448*”. Y del mismo modo, nos indica el artículo 568 que “*Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo*”.

³³ De conformidad a lo prescrito por los artículos 155 y 162 del Código Civil.

³⁴ Con tal parecer Córdón, ob. cit., págs. 131-132.

³⁵ Si bien el tenor del artículo 9 LGA no se refiere directamente a “personas naturales o jurídicas”, sino más bien -de modo general- a “las partes”.

³⁶ Con tal parecer Córdón, ob. cit., págs. 63-64. Nos señala que, a su parecer, “no deben existir obstáculos para admitir que estos entes puedan acudir al arbitraje, por lo menos cuando actúen a través de una persona a la que se confirió representación expresa...”.

VI. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA INEQUÍVOCA VOLUNTAD DE SOMETERSE A ARBITRAJE

El convenio arbitral debe contener -además de las previsiones vistas- la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas³⁷.

Se trata de una voluntad inequívoca³⁸ de indudable proyección *ad probationem* que excluye de su ámbito los supuestos de subrogación. Siendo evidente que ese carácter personalísimo también afecta a las obligaciones solidarias.

La expresión de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje es una cuestión que atañe a la existencia misma de la voluntad de someterse a arbitraje y a su extensión, lo que supone conectarla con su real y positiva existencia y dimensionarla extensivamente respecto del resto de cláusulas en las que se incardina la suscripción del convenio arbitral, surgiendo así una apreciación más fáctica que jurídica acerca de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje. Pero al propio tiempo la expresión de la inequívoca voluntad posee una indudable relevancia jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos reveladora de la actitud de quien desea -a través de esa voluntad- suscribir un convenio arbitral, surgiendo así la vinculación de la doctrina de los actos propios con la prestación del consentimiento con el fin de que quede expresada en el convenio arbitral la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje³⁹.

Se observa que la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva⁴⁰. Por lo que en el caso de mandatario y de quienes actúen con representación, la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje exige un mandato expreso y específico. Si bien puede subsanarse su falta con una posterior ratificación del mandante. Respecto a la subrogación -en casos de cesión de posición contractual- el cesionario no se halla vinculado por el convenio arbitral incluido en las condiciones del contrato, mientras no exista constancia en el subrogado de la inequívoca aceptación del convenio arbitral.

³⁷ Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 83; de igual forma Córdón, ob. cit., págs. 61-62.

³⁸ Requisito el cual se puede observar de lo prescrito por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje. (Artículo 10) *“Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”* (las negritas son nuestras).

³⁹ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., págs. 85-86.

⁴⁰ Dado que como bien señala Córdón, ob. cit., pág. 62. “...no me parece que sea posible una manifestación tácita del consentimiento en un ordenamiento como el nuestro que exige, como requisito de validez, la forma escrita para el convenio arbitral”.

VII. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA CONTROVERSIA

El objeto del convenio arbitral lo constituye una controversia presente o futura que pueda surgir entre las partes en materias de su libre disposición⁴¹, la cual viene caracterizada⁴² por su naturaleza abierta⁴³, ser determinada o determinable⁴⁴, la libre disponibilidad, el carácter contractual o extra contractual⁴⁵ y su ubicación extra o intra procesal.

El convenio arbitral posee una indudable vocación objetiva -no de universalidad⁴⁶-, dado que sólo se comprenden en el mismo las controversias que determinen la expresa voluntad de las partes. Concurriendo por tanto dos elementos: el elemento volitivo del convenio arbitral que supone que es la expresa voluntad de las partes la que va a determinar las cuestiones litigiosas que se han de comprender en el convenio arbitral; y el elemento objetivo del convenio arbitral que supone que no todas las cuestiones litigiosas

⁴¹ Con tal parecer Córdón, ob. cit., pág. 66.

⁴² Requisitos que se observan de lo prescrito por los artículos 1 y 9 de la Ley General de Arbitraje.

(Artículo 1) *“Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...) pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse...”* (las negritas son nuestras).

(Artículo 9) *“Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hallan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de una proceso judicial...”* (las negritas son nuestras).

⁴³ Puesto que el término “controversia” nos permite indicar que la vocación objetiva del convenio arbitral no es sólo jurídica, siendo por ello -al poder ser también extra jurídica- posible el recurso a los árbitros para que resuelvan una controversia material o económica, interpreten unas determinadas lagunas o adapten un contrato las nuevas circunstancias; en contra Córdón, ob. cit., pág. 67. Nos señala que la “controversia” entre las partes “debe entenderse en sentido técnico jurídico como discrepancia que debe ser resuelta a favor de una de ellas (...) y ha de ser una controversia jurídica -no meramente material o económica- y real, no ficticia”.

⁴⁴ No es preciso que la controversia esté concreta y específicamente determinada, basta que sea determinable. Contemplándose así tanto a las controversias ya surgidas (que están determinadas *per se*) como aquellas pendientes de surgir, que sólo son determinables por la exigencia que se establece de fijar en el convenio arbitral -de modo expreso o mediante la aportación de datos que permitan inducirla- la relación jurídica de la que surgen (Con igual criterio Córdón, ob. cit., pág. 67).

Queda evidenciada así la total factibilidad de un convenio arbitral sobre controversias futuras (Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 87) como también la consecuente imposibilidad de un convenio por el que las partes decidan someter todas las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas futuras entre ellas (Con igual parecer Córdón, ob. cit., pág. 67). Sin embargo, hay que excepcionar de esta última regla el supuesto en que la totalidad de las controversias se refieran a una relación jurídica singular y aquellas situaciones bastante frecuentes en el tráfico comercial, de relaciones periódicas y continuadas, sometidas muchas veces a las reglas del uso comercial o a una disciplina contractual uniforme (Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 88).

⁴⁵ Como ya vimos es indiferente que las relaciones jurídicas a incluir en el convenio arbitral sean o no contractuales. Lo cual significa que la controversia no ha de poseer, necesariamente, carácter jurídico.

⁴⁶ Puesto que la obligación de que las partes delimiten la relación jurídica de la cual haya surgido o pueda surgir la controversia, tiene como uno de sus objetivos el evitar la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial (Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 87; de igual modo Córdón, ob. cit., pág. 67).

se van a poder comprender en el convenio arbitral, sino tan sólo las que, de un lado, determinen la expresa voluntad de las partes y, además, las que sean de la libre disposición de las partes conforme a derecho, descartándose la total y absoluta indeterminación, aunque una cierta laxitud en este punto no debe suponer obstáculo alguno, pues la Ley General de Arbitraje sólo parece exigir que la relación jurídica, expuesta a arbitraje, pueda ser determinada partiendo de lo que se exprese en el propio convenio arbitral, aunque no sea necesaria una concreción absoluta, bastando que se pueda inferir razonablemente o complementariamente.

Cabe afirmar que es posible una hermenéutica espiritualista en la vocación objetiva del convenio arbitral, dado que los árbitros no se hallan vinculados por una exégesis literal y restrictiva, que les aparte de la misión que se les confía, resolviendo no sólo las cuestiones consignadas en el convenio arbitral, sino también las que deben considerarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado. La ausencia de formalidades en la Ley General de Arbitraje para el momento de redactar el convenio arbitral es proclive en la práctica a que, en el convenio arbitral si bien se parte de la necesaria fijación en el mismo de una relación jurídica determinada, su concreción en cambio no tiene porque realizarse de modo absoluto en el mismo dada la ausencia de formalismo que preside su redacción, por lo que la concreción puede venir dada posteriormente con ocasión de la proyección procesal del ámbito negocial del convenio arbitral⁴⁷.

VIII. EL CONVENIO ARBITRAL PATOLÓGICO

Se denominan convenios arbitrales patológicos -clauses pathologiques⁴⁸- a aquellos que por defectuosos, imperfectos o incompletos impiden un normal desarrollo del arbitraje. Estos se dividen a su vez en convenios arbitrales inválidos y convenios arbitrales susceptibles de validación. Entre los primeros se hallan aquellos que no serían tales por cuanto no se encontrarían dirigidos a iniciar un arbitraje. En cambio los segundos serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo de arbitraje o indican erróneamente una institución arbitral o aluden equivocadamente y, a la vez, al arbitraje y al proceso judicial (convenios arbitrales contradictorios) o son convenios que tienen por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje (convenios arbitrales ambiguos). En consecuencia, el convenio arbitral patológico sería el redactado de modo ambiguo, contradictorio, deficiente, omisivamente o de manera imperfecta.

⁴⁷ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., págs. 91-92.

⁴⁸ La expresión corresponde originalmente a Frédéric Eismann "La clause d'arbitrage pathologique" dans Association Italienne pour L'arbitrage, Arbitrage Commercial - Essais in memoriam Eugenio Minoli, Turin, UTEC, 1974, p. 129.

Cabe señalar que la doctrina francófona sigue utilizando mayoritariamente el término (Ver, Eric Loquin "De la pathologie des clauses compromissoires", Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, Paris, 1993, p. 301; "Des dangers des clauses d'arbitrage pathologiques", Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, Paris, 1995, p. 398; "Clauses compromissoires pathologiques (...) degré zéro.com", Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique, Paris, 2001, p. 57).

Cabe además señalar que la propuesta de la Ley General de Arbitraje no es listada ni cerrada, permitiendo mas bien el paso a otras hipótesis diferentes de patologías. Pudiendo observarse dentro de aquellos supuestos expresamente regulados a los siguientes:

1. Convenio arbitral inexistente

Es -en su acepción semántica más inequívoca- el convenio arbitral que no existe, es decir, que no se celebró⁴⁹. Más en una acepción amplia se supone que el convenio arbitral no existe porque no posee algunos de los elementos que haría que existiera como realidad jurídica negocial, como por ejemplo, la inexistencia de voluntad inequívoca haría que el convenio sea inexistente. También es inexistente el convenio arbitral cuando -en una cesión contractual- no es asumido por el cesionario de modo inequívoco y formalmente por escrito. E igualmente es inexistente aquel convenio arbitral que debe ubicarse en las cláusulas generales de contratación, mas no posee esa concreta ubicación⁵⁰.

2. Convenio arbitral nulo

Este convenio arbitral -a diferencia del inexistente- si existe, pero concurren en él ciertas infracciones que en la Ley General de Arbitraje o fuera de ella originan que carezca de eficacia⁵¹.

La nulidad implica invalidez negocial que puede provenir de la falta de capacidad de quienes han suscrito el convenio arbitral, de la indisponibilidad del objeto sobre el cual recae el convenio⁵², de la no suscripción del convenio en la forma que prevé la Ley General de Arbitraje -por escrito⁵³- o cuando su contenido sea tan exiguo o insuficiente

⁴⁹ Recogido en el artículo 39, segundo párrafo, de nuestra Ley General de Arbitraje, el cual nos señala que “*La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales...*” (las negritas son nuestras).

Obsérvese además que se desprende claramente del tenor de la norma, que no es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral ineficaz, ni tampoco es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral inválido.

⁵⁰ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., págs. 99-100.

⁵¹ Con similar parecer Reglero, ob. cit., págs. 235-236. Nos señala que “*Las causas que pueden dar lugar a la nulidad del convenio arbitral son, en sustancia, las mismas que hacen nulo cualquier contrato (falta de capacidad de obrar de alguna de las partes, existencia de algún vicio del consentimiento, convenio celebrado por persona que carece de poder expreso para ello, etc.), a las que se añaden determinadas especificidades, tales como que el convenio tenga por objeto una materia que no sea de la libre disposición de las partes (...), que no conste de manera inequívoca la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje (...), que no se exprese la relación jurídica determinada sobre la que gravita el convenio arbitral (...), que el convenio no se haya otorgado bajo la forma legalmente exigida (...), que una de las partes se halle en situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros...*” (las negritas son nuestras).

⁵² De conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “*Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición...*”.

⁵³ De conformidad a lo prescrito por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “*El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...*”.

que no facilite la realización del arbitraje, de la no composición impar del colegio arbitral⁵⁴, o cuando el convenio coloque en situación de privilegio a una de las partes⁵⁵.

Por otra parte, junto al convenio arbitral nulo esta el anulable⁵⁶, en el cual concurren también ciertas infracciones que originan una apariencia de validez que sólo se denuncia cuando se solicita su anulación, por lo que el convenio arbitral será válido siempre y cuando no se anule.

Obsérvese que tanto el convenio arbitral nulo como anulable crean una apariencia de validez negocial *ex origine*, lo único que sucede es que la invalidación en el anulable es opuesta por quien la anulabilidad le favorece y, en cambio, en el acto nulo, la invalidación es establecida por la propia Ley General de Arbitraje, por lo que el convenio arbitral nulo es un caso de invalidez negocial y el anulable una hipótesis de amenaza de invalidación negocial. Por ello, el laudo que admita la anulabilidad del convenio arbitral es constitutivo mientras que el que admite la nulidad es declarativo⁵⁷.

3. Convenio arbitral caducado

La caducidad implica un ámbito temporal de aplicación objetiva del convenio arbitral, el cual posee como regla general el plazo de veinte días de vencida la etapa de pruebas⁵⁸, mas ello obviamente no descarta otro cómputo *ad hoc* o institucional.

La caducidad, así entendida, no es técnicamente una caducidad adjetiva de la instancia arbitral sino de los efectos del convenio arbitral -negocial- en el que se ha de expresar la voluntad inequívoca de que el arbitraje se tramite en un determinado plazo. Tornándose, a la vez, el convenio arbitral caducado en ineficaz dado que el ámbito negocial que lo justificaba ha dejado de tener vigencia temporal⁵⁹.

⁵⁴ De conformidad a lo prescrito por el artículo 24 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “*Los árbitros son designados en número impar...*”.

⁵⁵ De conformidad a lo prescrito por el artículo 14, tercer párrafo, de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “*Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento*”.

⁵⁶ Con similar parecer Córdón, ob. cit., pág. 127. Nos señala que “*La ley no distingue entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, por lo que entiendo que tanto unas como otras son denunciabiles (...)* La nulidad se producirá cuando falte alguno de los requisitos esenciales que determinan el nacimiento del convenio y la anulabilidad cuando se dé un vicio que sólo determinará la anulación cuando sea alegado por la parte interesada (por ejemplo, cuando el consentimiento prestado por alguno de los contratantes esté viciado o sea insuficiente)”.

⁵⁷ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., pág. 102.

⁵⁸ De conformidad a lo prescrito por el Artículo 48 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “*Salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio, en las reglas del proceso, o que las partes autoricen una extensión, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del Artículo 34o, si no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días*” (las negritas son nuestras).

⁵⁹ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., pág. 105.

IX. CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

En el contenido del convenio arbitral, se establece una extensión facultativa⁶⁰ y que afecta a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento⁶¹. La posibilidad de designar a los árbitros y determinar las reglas de procedimiento en el convenio arbitral se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual gobierna en la Ley General de Arbitraje, así como en el principio de libertad formal en que se apoya la suscripción del convenio arbitral por las partes interesadas en acudir al arbitraje. En base a la ausencia de formalismo que preside la redacción del convenio arbitral, lo normal será que tanto la designación de los árbitros como la determinación de las reglas de procedimiento no sean aludidas en este y que, incluso, esa determinación quede supeditada al tipo de arbitraje que se utiliza. Esto es, si se está ante un arbitraje *ad hoc*, lo normal será que sean las propias partes quienes, inicialmente en el propio convenio arbitral o después, determinen ambos extremos mediante acuerdos complementarios. En cambio, si el arbitraje es institucional, ambos extremos referidos a la designación de los árbitros y a la fijación de las reglas de procedimiento, no se incluirán normalmente en el convenio arbitral, quedando, en cambio, su fijación a lo que se establezca sobre ellos en los Reglamentos de arbitraje de esas instituciones. Por su parte, en el arbitraje deferido lo normal será que el tercero proceda a la designación de los árbitros y que éstos establezcan las reglas de procedimiento. Por tanto ambos extremos no se van a hallar en el convenio arbitral⁶².

X. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de

⁶⁰ Con similar parecer Reglero, ob. cit., págs. 95 y sgtes.

⁶¹ Como se desprende del tenor -principalmente- de los Artículos 8, 9, 14 y 33 de la Ley General de Arbitraje. En ese sentido, el Artículo 8 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...Serán válidas las notificaciones por cable, telex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral...” (las negritas son nuestras). De igual modo, el Artículo 9 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada...” (las negritas son nuestras). Así mismo, el Artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento” (las negritas son nuestras). E igualmente, el Artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización” (las negritas son nuestras).

⁶² Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., pág. 113.

cumplir la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones⁶³.

Según nuestra Ley General de Arbitraje el contenido del convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado (efecto positivo) y al mismo tiempo impide a Juzgados y Salas conocer de las controversias sometidas a arbitraje⁶⁴ siempre que la parte a quien interese invoque la existencia del convenio arbitral mediante excepción (efecto negativo)⁶⁵.

Con la invocación del convenio arbitral como excepción se reafirma la competencia de los árbitros y se acoge el “principio de competencia de la competencia” -Kompetenz Kompetenz- dirigido a evitar que las controversias sometidas a su “competencia” -la del árbitro se entiende- puedan ser sustanciadas a través de la competencia que pueda atribuirse a la jurisdicción estática en base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad y caducidad del convenio arbitral. El resultado final que se logra es el propio de un efecto puramente cronológico, positivo y no jerárquico en orden a evitar que Juzgados y Salas asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales tramitados ante los órganos jurisdiccionales la nulidad de todos ellos⁶⁶.

⁶³ Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 207; de igual modo Cordón, ob. cit., pág. 71. Nos señala que “Distingue la Ley una doble eficacia del convenio arbitral: la eficacia positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y la eficacia negativa, consecuencia de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales”.

⁶⁴ Con igual parecer González Montes, José Luis “La Excepción de Arbitraje”, La Ley, 2 de mayo de 1990, pág. 1160. Nos señala que “En términos generales puede decirse que el efecto negativo que se sigue del convenio arbitral supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo y, desde ese punto de vista, he de convenir con un sector doctrinal, que se trata de una excepción que se relaciona con el objeto del proceso”.

⁶⁵ Como se observa de lo dispuesto en los Artículos 9 y 16 de la Ley General de Arbitraje. En tal forma, el artículo 9 nos señala que “...**El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral...**” (las negritas son nuestras). Por su parte, prescribe el artículo 9 que “**Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso...**” (las negritas son nuestras).

Así mismo, debemos concordar estas normas con los artículos 446 inciso 13 y 451 inciso 5 del Código Procesal Civil. Los cuales nos señalan, respectivamente, que “*El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...) 13. Convenio arbitral...*” y que “*Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446°, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes: (...) 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso si se trata de las excepciones de (...) convenio arbitral*”.

⁶⁶ Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., págs. 114-115.

XI. LA RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL

Podemos observar que la renuncia al convenio arbitral es posible conceptuarla de modo diverso, tanto negocial como procesal, distinguiéndose consecuentemente de ello una renuncia expresa de otra denominada tácita⁶⁷.

Cabe primero llevar a cabo un tratamiento exclusivamente negocial de la renuncia, dado que la Ley General de Arbitraje señala que mediante “convenio” las partes pueden dejar sin efecto el convenio arbitral suscrito o, lo que es lo mismo, renunciar al convenio arbitral⁶⁸. Observándose que el legislador no oculta su intención de equiparar convenio arbitral con negocio jurídico, pues lo que indica a fin de cuentas es que las partes podrán renunciar “por negocio” de modo que la equiparación convenio-negocio resulta evidente⁶⁹.

Así mismo, la renuncia al convenio arbitral es posible conceptuarla como una sumisión tácita a la jurisdicción estatal de indudable proyección procesal⁷⁰, en la medida en que a través de ella se puede acceder al “debido proceso sustantivo” de la función jurisdiccional civil, siendo el resultado final básicamente procesal a través de la conexión arbitraje-proceso, y más concretamente con una institución esencialmente procesal como es la sumisión tácita regulada en el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley General de Arbitraje⁷¹.

No es posible acceder a la conceptualización procesal de la renuncia al convenio arbitral tal y como la regula la Ley General de Arbitraje, si no se parte de la premisa según la cual el convenio arbitral ha de ser conceptualizado como negocio jurídico bilateral. Mas, a diferencia de este último, la renuncia al convenio arbitral se hace depender de la sola voluntad de una de las partes que encuentra a su paso la respuesta bilateral -no sustantiva,

⁶⁷ Como se puede observar del tenor del artículo 15 de la Ley General de Arbitraje, el cual nos señala que “*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso*” (las negritas son nuestras).

⁶⁸ Si bien señalan algunos autores que en este caso el término “renuncia” es técnicamente incorrecto, puesto que “técnicamente, cuando las partes, mediante convenio, deciden dejar sin efecto lo acordado, no están renunciando a nada, ya que la renuncia es, siempre, un acto jurídico unilateral. En verdad a lo que se está refiriendo aquí es al mutuo disenso (...) mediante el que se extingue, por voluntad de las partes, el contrato anterior” (Gete-Alonso y Calera, ob. cit., pág. 1037).

⁶⁹ Como se observa del artículo 15, primer párrafo, de la Ley General de Arbitraje, al señalarnos que “*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...*” (las negritas son nuestras).

⁷⁰ En tal sentido el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley General de Arbitraje nos señala que “*...Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso*” (las negritas son nuestras).

⁷¹ Resulta loable el tenor del artículo 15, segundo párrafo, de nuestra Ley General de Arbitraje, al señalar como requisito -de tipo negativo- de la renuncia tácita, la no invocación, por el demandado, de la excepción de convenio arbitral, puesto que en otras regulaciones (como la actual Ley de Arbitraje Española -Ley 36/1988-) se solicita como requisito -de tipo positivo- que el demandado realice otra actividad procesal que no sea la de proponer la excepción, con lo cual surge la discusión -inexistente en nuestro ordenamiento- sobre si la acumulación por el demandado a la excepción de convenio arbitral de otros medios de defensa -procesales o de fondo- supone la sumisión a los tribunales (Con similar parecer Cordón, ob. cit., pág. 75).

sino procesal- del demandado. Por lo tanto, la vertiente procesal de la renuncia implica que uno de los sujetos que suscribieron el convenio arbitral actúa como actor al llevar a cabo una actividad consistente en el mero hecho de acudir a los órganos de la jurisdicción estática interponiendo demanda⁷².

Finalmente, debe entenderse que la renuncia expresa al convenio arbitral -al igual que el desistimiento y la suspensión- es posible de llevarse a cabo en cualquier momento del proceso arbitral, si bien ha de hacerse antes que se notifique el laudo⁷³.

⁷² Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, Tratado de..., ob. cit., pág. 123.

⁷³ Con tal parecer Reglero, ob. cit., pág. 221; así mismo, cabe señalar que tal interpretación -dado que la norma que regula la renuncia no establece plazo- se desprende, principalmente, del tenor de los artículos 15 y 43 de la Ley General de Arbitraje, los cuales no señalan, respectivamente, que "*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...*" y que "*En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje. Pueden también suspender el proceso por el plazo que de común acuerdo establezcan...*" (las negritas son nuestras).

La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia*

Fabrizio Vismara², Italia

Università degli Studi dell'Insubria - Facoltà di Giurisprudenza

1. Introducción

La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia se caracteriza por un amplio grado de discrecionalidad y autonomía respecto de ideas preconcebidas. En el ejercicio de tal discrecionalidad es frecuente la atención en la búsqueda de los mejores resultados con los que más correspondan a las expectativas de las partes.³ El requerimiento es reflejado, por lo tanto, para asegurar condiciones que favorecen una espontánea de las partes a la decisión arbitral. Un ejemplo de la importancia atribuida a la expectativa prevista es la actividad de la jurisprudencia arbitral que se inclina a excluir, entre varias leyes aplicables, a la relación controvertida, aquella que pueda perjudicar los derechos de acción de las partes.⁴ El hecho de que si las partes se abstienen de elegir la norma aplicable, no implica, sin embargo, en cada caso, la necesidad de que participe el árbitro. Eso parece posible excluir el caso en el cual, siendo evidente (*self evident*) el contenido y la capacidad del contrato así como los derechos y obligaciones que derivan de alguno de los contratantes, la solución de la controversia puede resolverse, esencialmente, por la verificación de la correspondencia o al menos por el comportamiento de las partes a las disposiciones en el contenidas y no sobrevenga algún obstáculo relacionado con la cuestión de las normas aplicables.⁵

* Texto de una conferencia impartida en el XXII Seminario nacional de derecho internacional privado y comparado, FLDM, Monterrey, octubre 2003; el carácter oral de la presentación se ha conservado. El presente texto fue traducido del italiano al español por el Maestro Jorge Alberto Silva Silva.

² Profesor de derecho internacional privado. E-mail: fabrizio.vismara@uninsubria.it.

³ Sobre la importancia de lo que esperan las partes el auxilio puede localizarse en Leurent, Reflections on the International Effectiveness of Arbitral Awards, in *Arb. Int.*, 1996, 3, p. 271.

⁴ En la resolución de ICC de 1993, en la causa núm. 7154, frente al hecho que "certains indices (lieu d'exécution du contrat, lieu du paiement, résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique) font pencher la balance pour le droit français, tandis que d'autres (contenu de l'article premier des contrats, lieu de la conclusion des contrats) feraient donner la préférence au droit algérien", se ha opinado que "dans la recherche du droit le plus approprié en l'espèce, il convient de tenir compte du fait que la soumission des contrats litigieux au droit français soulèverait de délicats problèmes en ce qui concerne la prescription". Cfr. *Jour. droit int.*, 1994, p. 1061.

⁵ En tal sentido puede recordarse la resolución de ICC de 1989, en la causa núm. 5650, que ha traído a la luz que "during the arbitration, neither party dealt with the question of the law applicable to the agreement. The reason of that attitude is quite clear. As a matter of fact, the litigation involves on one side art. 12 of the agreement (the meaning of which is self evident and was not discussed by the parties) and, on the other side, art. 8,5 of the ICC Rules of Arbitration (the meaning of which is the heart of the matter)". Como consecuencia de esta premisa los árbitros han sostenido que "obviously that clause cannot be construed in the light of any national legislation, as it was adopted by the ICC. Consequently, it is useless to deepen the

El examen de las prácticas arbitrales más recientes evidencia la búsqueda de criterios de conexión no anclados a parámetros típicos, sino caracterizados por el margen de flexibilidad en la valoración de la conexión entre el hecho controvertido y la norma aplicable. En el ámbito de esa valoración adquieren relevante consideración de justicia material, modelada sobre la particular exigencia de las relaciones comerciales transnacionales. El recurso a métodos conflictuales clásicos y, en particular, a las normas de conflicto nacionales en vigor en el estado sede del arbitraje, resulta el menos utilizado en la práctica arbitral reciente. No obstante, en las soluciones pasadas se vinieron adoptando, en algunas hipótesis, aunque no siempre presuponiendo la obligatoriedad de la *lex fori* (y de la relativa norma de conflicto) a que se enfrenta el árbitro, sino a razones concretas de oportunidad y justicia substancial. El recurso a la norma de la sede del arbitraje resultaba motivada también por consideraciones que reflejaban una perspectiva transnacional, que estaba en la razón de la correspondencia de tales normas con los principios generales del derecho internacional privado, o sea una regla conflictual de matriz no estatal.⁶

Una ojeada a las disposiciones que se enfocan a la determinación de la norma aplicable al mérito de la controversia trae a la luz que los métodos para ello utilizados son esencialmente dos. El primero tiene una naturaleza propiamente conflictual: la determinación de la norma aplicable al mérito de la controversia opera por el llamado de la regla de conflicto aplicable por los árbitros, sin que la individualización de tal regla constituya el presupuesto necesario para la aplicación de la norma sustantiva aplicada por los árbitros, idónea para resolver el hecho controvertido; el segundo método prescinde de la individualización preliminar de una norma de conflicto, esto es, por la enunciación del procedimiento adoptado para la determinación de la norma aplicable. El árbitro opera en tal caso, sobre la base de una valoración de conjunto con las características y el modo de ser de la relación controvertida, localizando la conexión (o la conexión prevaleciente) con la norma sustantiva aplicable sin el paso preliminar por una regla de conflicto. Este último resulta, en un cierto sentido, sobre el fondo y resulta más reconstruible *ex post*, en base a la solución adoptada por el árbitro.

2. La Convención de Ginebra de 1961

El art. VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre el arbitraje comercial internacional establece que los árbitros “appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l’espèce”. La regla así enunciada se resuelve en una “fórmula abierta”, excluyendo de delinear los criterios precisos,

question of the applicable law, as the final result would be the same, in the instant case, whatever law would be applicable to the agreement between the parties”. Cfr. Year. Comm. Arb., 1991, p. 86.

⁶ En la resolución de ICC de 1971, en la causa núm. 1598, por ejemplo, se evidencia que “the arbitral tribunal has to apply the general principles of law in the field of international private law. If a concrete rule of conflict rules has to be applied, the law in force at the seat of the arbitral tribunal must be followed”. Cfr. Year. Comm. Arb., 1978, p. 216. Significativa es aún más la práctica de algunas cortes arbitrales del este europeo relativo a la aplicación de la norma de conflicto del foro para la controversia relacionadas con las controversias entre empresas pertenecientes a países con economía planeada. Se ve, en particular, la praxis de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Industria de Checoslovaquia. Cfr. la resolución del 10 de junio de 1977, en Year. Comm. Arb., 1979, p. 195 s.; la resolución del 19 marzo 1978, en Year. Comm. Arb., 1981, p. 125 s. y la resuelta el 4 de octubre de 1979, en Year. Comm. Arb., 1986, p. 11 ss.

vinculantes para el árbitro, admitiendo, por un lado, una consecuencia negativa, que excluye los esquemas predeterminados impuestos al árbitro (y, en particular, que impongan las normas del conflicto de la sede del arbitraje) y postular, por el otro, el empleo de un mecanismo propiamente conflictual (*règle de conflit*). Tal previsión va coordinada con la disposición, de cuya última parte del párrafo 1 del mismo artículo VII, que de cualquier forma evita la aplicación de los usos del comercio internacional y, además, con la ulterior disposición, de la cual el párrafo 2 del mismo artículo, que admite que las partes puedan atribuirle a los árbitros el poder de decidir la controversia como un amigable componedor, por consiguiente, habilitándolos para aplicar, en lugar de una ley nacional, normas transnacionales. El árbitro puede hacer, por lo tanto, aplicación cumulativa de las reglas de conflicto, aunque pertenezca a ordenamientos diversos, con el correspondiente resultado de sujetar a la parte separable del mismo contrato o de la misma relación controvertida a reglas de sustancia diferentes (*dépeçage*). El árbitro puede, por otra parte, prever el resultado de la aplicación de una única ley nacional, pero no sobre la base de una regla de conflicto, sino en razón de la convergencia de los resultados obtenidos mediante el recurso contextual a varias normas de conflicto, o sea que de ese resultado se obtenga el recurso –por medio de la abstracción de la norma contenida en los ordenamientos que presentan perfiles de conexión con la relación controvertida-- a los principios comunes del derecho internacional privado.

3. La disciplina de origen interno

El art. 834 del código de procedimiento civil italiano prevé que a falta de elección de las partes, los árbitros aplicarán la ley con la cual la relación está más estrechamente conectada. La disposición confiere al árbitro un margen amplio de discrecionalidad en relación a la ley reguladora de la controversia. El árbitro, por lo tanto, está autorizado a proceder tomando en consideración, mediante un análisis de las características de la relación controvertida, los perfiles de la conexión que caracterizan en concreto a la misma relación y que justifican la conexión con otro ordenamiento.⁷ Si se mueve con esta idea, por otra parte coherente con la *ratio legis* de la norma, que el art. 834 c.p.c. contiene una prescripción amplia, no es de excluir que los árbitros puedan recurrir entre otros, a los principios contenidos en la Convención de Roma de 1980 relativa a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.⁸

La discrecionalidad del árbitro se demuestra aún más acentuada con relación al art. 1496 del nuevo código de procedimiento civil francés, en una norma en la que “l’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies: à défaut d’un tel choix, conformément à celles qu’il estime appropriées”.⁹ Aunque en esta

⁷ Evidencia al cuidado Fumagalli, (art. 834 c.p.c.) – Norma aplicable al mérito en Tarzia, Luzzatto, Ricci, Ley del 5 de enero de 1994 n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale, Padova, 1995, p. 223, que mediante tales disposiciones “no se individualiza la norma de conflicto, sino inmediatamente el derecho aplicable”.

⁸ Sobre el punto cfr. Gaja, Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell’arbitrato internazionale, en Riv. arb., 1994, p. 440.

⁹ Sobre el alcance de tal disposición cfr. Robert, De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d’arbitrage international (especialmente en derecho internacional privado francés), en The Art of Arbitration, Deventer, 1982, p. 273 ss.

hipótesis aparece con toda evidencia, que los árbitros deben cumplir la obligación de justificar la determinación de las normas aplicables sobre la base de reglas de conflicto específicas, pueden proceder a la aplicación directa de las normas de sustancia que operan en relación al contrato o a la relación controvertida (*voie directe*), a la luz de las características que la misma presenta en concreto, esta con el auxilio de reglas o criterios conflictuales transnacionales o no estatales.

Consideraciones análogas se pueden realizar pero tomando en cuenta la diversa perspectiva de referencia a la luz del art. 187, párrafo 1, de la Ley federal suiza, de 1987. Tales disposiciones prevén enfáticamente que la controversia, a falta de elección de las partes, se decida en base al derecho con la que el dato fáctico está más estrechamente conectado.¹⁰ Particularmente se resalta, en tal hipótesis, el margen de discrecionalidad reconocido al árbitro en la solución de los problemas de normas aplicables. No cabe excluir que en la valoración reclamada al árbitro, se puedan evitar consideraciones de justicia material.¹¹

4. El Reglamento de arbitraje de la ICC

El art. 17, parr 1 de las reglas de arbitraje de la ICC, en la versión en vigor de 1 de enero de 1998, establece que “a défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l’arbitre appliquera les règles de droit qu’il juge appropriées”. Que la fórmula así utilizada resulta una expresión de una nueva y más moderna expresión al cuidado el Reglamento de ICC advirtiéndose con toda evidencia si se efectúa una comparación entre la misma y el art. 13, párr 3, parte segunda, de la versión anterior del Reglamento. Esta última disposición se orienta a una solución preferentemente conflictual (aunque dotado de un acentuado margen de flexibilidad, convergiendo consideraciones de oportunidad y de justicia material al fin de la determinación de la norma aplicable), previendo fácticamente que “a défaut d’indication par les parties du droit applicable l’arbitre appliquera la loi désigné par la règle de conflit qu’il jugera approprié en l’espèce”.¹² Se trataba, por tanto, según esas disposiciones previas, de proceder a la determinación de la

¹⁰ Se pueden localizar en Lombardini, Il diritto dell’arbitrato internazionale in Svizzera, en Dir. comm. int., 1994, p. 595.

¹¹ Vale para todos la resolución del ICC de 1993, en la causa núm. 7154, en la cual, debiendo determinar, a la luz del art. 187, par 1, de la ley federal suiza, el derecho del estado con el cual el objeto del contrato presenta mayor conexión, los árbitros, cambiando de la consideración de que “certains indices (lieu d’exécution du contrat, lieu de paiement, résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique) font pencher la balance pour le droit français, tandis que d’autres (contenu de l’article 1° des contrats, lieu de conclusion des contrats) feraient donner la préférence au droit algérien”, han encontrado que “dans la recherche du droit le plus approprié en l’espèce, il convient de tenir compte du fait que la soumission des contrats litigieux au droit français soulèverait de délicats problèmes en ce qui concerne la prescription. Manifestement, une telle incertitude serait préjudiciable tant au demandeur qu’à la défenderesse, qui a formulé elle-même une demande reconventionnelle”, concluyendo en el sentido de que “dans ces conditions, le droit le plus approprié, au sens de l’article 187, alinéa 1 LDIP, se trouve être en l’espèce le droit algérien, au motif qu’il sauve, sans aucune doute possible, l’existence (sinon le bien-fondé) des prétentions des deux parties. Il faut admettre par ailleurs qu’une cause a des liens plus étroits avec le droit qui sauve son existence qu’avec celui qui la lui dénie”. Cfr. Jour. droit int., 1994, p. 1061.

¹² Sobre la diversas formulaciones adoptadas en el tema de la norma aplicada al merítode la controversia en la nueva version del Reglamento de ICC cfr. Giardina, Le norme di diritto sostanziale applicabili alla controversia, in AA.VV., Nuovo Regolamento di Arbitrato CCI 1998, Milano, 1998, p. 45 ss.

norma aplicable a falta de elección de las partes por medio de un mecanismo caracterizado por un “doble grado” de funcionamiento.¹³ En particular, los árbitros debían, previamente individualizar el sistema de conflicto por el medio apropiado, a la luz de una valoración total de la relación controvertida, a los fines de resolución de la litis; realizada esa individualización y en consideración de la norma de conflicto, por así operar, los árbitros deberían, por consiguiente, proceder a la determinación de la norma a aplicar en relación al caso concreto. Es cierto que en la práctica tal duplicidad de momento tendía de hecho a escaparse, especialmente en los casos en que los árbitros habían sido habilitados por la norma aplicable admitiendo la aplicación directa de la norma de sustantiva (*voie directe*), pero sin excluir que esta duplicidad valía siempre a condición, aunque solo el perfil de la motivación adoptada al fundamento de la solución acorde al tema de la norma aplicable, la obra de los árbitros. Por medio de la previsión contenida en el art. 17, párrafo 1, del Reglamento, a la vez, los árbitros están habilitados para proceder a la determinación del derecho aplicable sin pasar por la individualización de una norma de conflicto, sino simplemente a la luz de la conexión relevante que caracteriza la relación controvertida.

5. El recurso cumulativo a la norma de conflicto

La búsqueda del criterio para privilegiar los fines de la determinación de la norma aplicable lleva a los árbitros a operar, en ciertos casos, mediante el recurso cumulativo por medio de la regla de conflicto, siendo estos de origen nacional o de origen no estatutario, esto es, el producto de la encuesta de principios comunes de los ordenamientos nacionales en materia de conflictos de leyes. El árbitro se encuentra en esas hipótesis con tener que verificar la convergencia sustancial de los resultados a los que les aplica la regla de conflicto cumulativamente aplicada: procediendo en estos términos, el árbitro deja, de hecho, sin resolver la cuestión relativa a la individualización de la específica regla de conflicto en el caso aplicable, esto es, se abstiene de asumir la determinación en orden a la eventual prevalencia de uno u otro de los índices de conexión relevantes relacionados con el dato controvertido.¹⁴

La convergencia de los resultados que caracterizan al método cumulativo en palabra pueden, por otra parte, ser puestos a la luz por los árbitros adoptando una perspectiva más amplia respecto de aquella resultante de una comparación circunscrita a la norma contenida en aquellos ordenamientos que presentan elementos de conexión, más o menos relevantes, con la relación controvertida.¹⁵ Tal extensión de la perspectiva puede

¹³ Sobre el punto Giardina, op. ult. cit., p. 46.

¹⁴ Sobre el particular en Sanders, Trends in the field of International Commercial Arbitration, en Recueil des cours, 1975, II, p. 254, que "it is understandable that where the application of different connecting factors all lead to the same applicable law, arbitrators may prefer to leave undecided which connecting factor they deem conclusive", haciendo referencia específica a la resolución arbitral de ICC de 1972, en la causa num. 2096, donde los árbitros han pensado que "il apparaît ainsi que les trois systèmes de droit international privé avec lesquels le contrat ou la procédure d'arbitrage ont des contacts convergent pour soumettre le contrat au droit français". In argomento si vedano anche i rilievi di Derains, L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, en Rev. arb., 1972, p. 99 ss.

¹⁵ En el sentido, no obstante, de que los árbitros procedieron a la determinación de las normas aplicables "with full awareness of the need to reach a decision compatible with or satisfactory to the view of the

resolverse en una valoración completa de los *most major rules* operantes en la materia, esto es, en una valoración dirigida, a los límites de lo posible, hacia la generalidad de los sistemas jurídicos nacionales (hacia los sistemas jurídicos nacionales mayormente representativos en el panorama jurídico global). Al respecto puede citarse la resolución de ICC de 1985, en la causa núm. 465¹⁶ en la que afirma que “the arbitral tribunal does not deem necessary in this case to decide on a specific rule of conflict to designate the proper law of the contract in view of the fact that most major rules in some form or other point to the place of the characteristic or dominant work and that in the opinion of the arbitral tribunal there can be no doubt that the dominant or characteristic work performed under the agreement was performed in Georgia, USA”.

En la base del criterio de la convergencia estará el requerimiento de asegurar la coherencia completa en la solución adoptada por los árbitros en el tema de la norma aplicable. Tal solución adquiere un grado de coherencia, de carácter transnacional, propio en cuanto escapa a una lógica conflictual particular, anclada a un determinado ordenamiento nacional.

6. El recurso a la norma de conflicto de origen transnacional

El examen de la praxis arbitral trae a la luz como instrumento ulterior por la determinación de la norma aplicable al mérito de la controversia a falta de la elegida por las partes, el recurso a la regla de conflicto de origen no estatutario o transnacional. Se trata, en particular de reglas que operan en la realidad del comercio internacional en cuanto expresiones de valores generales debidamente reconocidos, esto es, valores comúnmente recibidos —y como tales, configurables a sus principios generales— de parte de los diversos sistemas jurídicos de los estados.¹⁷ Que el árbitro puede valerse de reglas de conflicto de naturaleza no estatal, en el sentido implicado, no parece excluido del art. VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre el arbitraje comercial internacional, acorde a la cual la individualización de la norma aplicable, a falta de elegida por las partes, debe ser la conducta prevista por la regla de conflicto estimada *appropriée en l'espèce*.¹⁸ Al gran margen de discrecionalidad que resulta prácticamente reconocido al

national legal orders related to the dispute” se puede ver Grigera Naón, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen, 1992, p. 59.

¹⁶ Cfr. *Year. Comm. Arb.*, 1987, p. 111.

¹⁷ En tal sentido, en la resolución pronunciada por ICC de 1992, en la causa núm. 6500, se ha observado que “il est largement reconnu que la loi du lieu d'exécution par le représentant devrait être la loi du contrat si le contrat ne contient pas de clause de choix de loi”, enfatizando aun más que “on pourrait dire qu'une telle règle est une règle du système de conflit de la lex mercatoria elle-même ou un principe général du commerce international”. Cfr. *Jour. droit int.*, 1992, p. 1017.

¹⁸ De contenido análogo es la disposición de la cual el art. 28,2 de la Ley Modelo de UNCITRAL, de la cual, a falta de elección por las partes, el tribunal arbitral debe aplicar las normas determinadas “by the conflict of laws rules which it considers applicable”. En tal disposición, aun más, el margen de discrecionalidad reconocida al árbitro en torno a la individualización de la norma aplicable aparece, en cierta medida, más amplia de cuanto lo previsto por la Convención de Ginebra de 1961 sobre el arbitraje comercial internacional. mientras de hecho es la última en referirse a al contenido de la voluntad operada por el árbitro, evidenciando como esta debe ser “appropriata” e introduciendo ahí el criterio-guía relacionado a (que debe ser revelada en la motivación aducida por el árbitro en la resolución de la cuestión relativa a la norma aplicable al mérito), ninguna referencia en tal sentido en lugar de estar contenida en la disposición de la Ley Modelo.

árbitro, parece corresponder la posibilidad de recurrir a una regla de conflicto o criterio conflictual no directamente encausado por el ordenamiento del estado, esto es, fruto de una comparación entre los mismos ordenamientos.¹⁹ Análoga conclusión debe mantenerse con relación al anterior artículo 13,5 del Reglamento de arbitraje de ICC –relativo al que se ha enfatizado en la resolución de ICC de 1994, relacionado con la causa núm. 6719,²⁰ que el tribunal arbitral ejerce “sa liberté de déterminer le droit qu'il doit appliquer au fond du litige en appliquant la loi désignée par la règle de conflit qu'il juge appropriée en l'espèce” –dejando solo, en términos aun más acentuados, con referencia al vigente art. 17.1 del Reglamento de arbitraje de ICC (que se abstiene de imponer al árbitro el pasaje preliminar mediante una regla natural de conflicto). En el trabajo de localizar los principios generales del derecho internacional privado el árbitro procede por medio de una comparación de los ordenamientos nacionales a que pertenecen las partes o de los ordenamientos que presentan elementos de conexión con la relación controvertida. Eso en la perspectiva para alcanzar una solución que refleje concepciones jurídicas que respondan lo más posible a lo esperado por las partes y, por consiguiente, la posibilidad más susceptible de una espontánea adhesión de parte de los mismos. En la búsqueda *delle règles* fundamentales de derecho internacional privado el rol de la jurisprudencia arbitral toma una importancia significativa, sobre todo con relación a la actividad realizada por parte de la institución arbitral permanente, en la que más viva está la atención a la consolidación de una orientada jurisprudencial uniforme.²¹

7. La aplicación directa de las normas sustantivas (*voie directe*)

El mecanismo de aplicación directa de la norma material (*voie directe, direct approach*) constituye un criterio ulterior que se encuentra en la práctica arbitral para la solución de cuestiones del derecho aplicable al mérito de la controversia.²² Eso se sustancia en la aplicación de la norma material sin la individualización previa de la regla o reglas de conflicto que conduzcan a tal resultado. El vínculo entre la norma y la relación controvertida está en la opinión de los árbitros sobre la base de los elementos de la conexión en concreto relevantes, prescindiendo de la reconducción preliminar de tales

19 Sobre el particular puede verse Luzzatto, *International Commercial Arbitration in a World of States*, en *Recueil des cours*, 1977, IV, p. 63, que evidencia como, en apoyo de la disposición de cuyo art. VII,1 de la Convención de Ginebra de 1961, los árbitros pueden determinar el derecho aplicable "through the application of some rule indicating factors connecting the factual situation with the law to be applied, but possibly different from any positive choice-of-law rule contained in municipal law".

20 Cfr. *Jour. droit int.*, 1994, p. 1077

21 La peculiaridad de la regla de conflicto trasnacional de traducir la regla de conflicto trasnacional de traducir el corazón común de la regla conflictual nacional o de origen convencional es exhibida a la luz en la resolución del ICC de 1990, en la causa núm. 6149, donde se advierte que “the different national rules of conflict of laws all have one common core: the application of the proper law of contract to all matters directly or indirectly related to the contract, exception being made for the mode of performance which is subject to the local law of the place where performance has to be rendered, The purpose of this common core of rules is clear: in the last resort, those rules serve the ends of the international legal and business community”. Cfr. *Year. Comm. Arb.*, 1995, p. 49.

22 Sobre la aplicación de la vía directa se puede ver Lalive (P.), *Le règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, en *Rev. arb.*, 1976, p. 155 ss.

elementos en el cauce de una específica regla de conflicto.²³ Admitir que el árbitro pueda indicar directamente la norma aplicable sin justificar tal solución por medio de la previa individualización de una determinada norma de conflicto significa valorar la discrecionalidad aunque en el sentido de admitir tener en cuenta consideraciones de justicia material.

El criterio de la *voie directe* se resuelve en la búsqueda del ordenamiento en el ámbito en el que, con mayor frecuencia, se realiza la función económico-social del contrato o la relación. Por otra parte, esa búsqueda resulta concretarse en el mecanismo que adopta, cuando menos implícitamente, términos conflictuales.²⁴ Lo que efectivamente caracteriza el citado criterio es el hecho de que el árbitro no es tenido para indicar la regla de conflicto en el caso aplicada, siendo para ello suficiente que opere en una valoración total "of the circumstances of the contract and of the dispute".²⁵

La expresión *voie directe* no viene por consecuencia a calificar un verdadero y método propio de determinación de la norma aplicable al mérito de la controversia, en grado de admitir una autonomía efectiva respecto a los criterios anteriormente examinados relativos a la práctica arbitral, sino que viene a traducir, concretamente, el hecho de que el árbitro, a la luz de ese amplio margen de discrecionalidad con el que viene conociendo, no es acogido en la primera indicación -- esto es, la relativa justificación en la motivación del laudo-- de la regla de conflicto en concreto empleada, pues sería posible que esta última sea reconstruida a posteriori, esto es, a la luz de los elementos idóneos que rebela la vinculación entre la relación controvertida y la norma aplicable. A este propósito puede citarse la resolución de ICC de 1991, en la causa num. 6840,²⁶ en la que, con relación a una controversia entre un adquirente senegalés y un vendedor egipcio, si se admitiera que la ley aplicable al mérito fuese la senegalesa, sin hacerse una individualización preliminar de una norma de conflicto, se encontraría que "c'est, en effet, au Sénégal que le contrat a été négocié puis conclu, c'est là que l'acheteur a son siège social, et là que le vendeur a l'établissement par l'intermédiaire duquel il a traité, enfin c'est là que la livraison et le paiement ont été prévus. C'est à la loi du Sénégal donc qu'il convient de soumettre ce contrat, à défaut de toute indication, sur ce point, des contractants."²⁷

El recurso a la *voie directe*, significa en su significado más intrínseco abstenerse de indicar de la regla conflictual utilizada, resulta acogida en la práctica conflictual cuando la conexión entre la relación controvertida y el ordenamiento competente que regula la sustancia resulta de evidencia incontestable. En la aplicación directa de la norma sustantiva, los árbitros se mueven en medio de la idea de la superflua de la

23 La norma de conflicto adquiere relevancia no por el efecto de ser reclamada por la norma de conflicto, sino en cuanto que está conectada directamente con la relación controvertida.

24 Sobre el particular puede verse Fumagalli, La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale, en Riv. dir. int. priv. proc., 1985, p. 482.

25 Cfr. la resolución pronunciada por ICC en 3 de octubre de 1980, en la causa núm. 3540, en Jarvin, Derains, Collection of ICC Arbitral Awards, 1974 – 1985, Paris – New York, 1994, p. 109.

26 Cfr. Arnaldez, Derains, Hascher, Collection of ICC Arbitral Awards, 1991 – 1995, Paris – New York, p. 469.

27 La ley en el comentario relativo a Derains, in Jarvin, Derains, Collection of ICC Arbitral Awards, cit., p. 471, que "la méthode par laquelle l'arbitre décide d'appliquer le droit sénégalais est l'une des plus fréquentes en matière d'arbitrage. L'arbitre ne passe pas par l'intermédiaire d'un système de conflit de loi national, mais recourt à ce que l'on appelé la "voie directe" .

individualización de la regla de conflicto, a la luz de la conexión inmediata de la relación litigiosa con el ordenamiento que lo regula. Tal conexión viene a representarse al árbitro en términos evidentes, sin tener que resolver cuestiones relativas a valoración y ponderación de los elementos de la relación, lo que se verifica, en particular, cuando todos los elementos principalmente caracterizando la relación controvertida aparecen ligados al mismísimo ordenamiento. ejemplificativa es la resolución que pronunció ICC en 1983, en la causa núm. 3880,²⁸ en la que el árbitro encontró “qu’il convient d’appliquer le droit belge au contrat des parties; qu’en effet, sans qu’il soit nécessaire d’établir quel droit international privé serait applicable pour désigner la loi applicable au contrat de vente à défaut d’une désignation de celle-ci par les parties, il suffit de constater que tous les éléments généralement discutés en matière de vente se situent en espèce en Belgique: les sièges du vendeur et de l’acheteur, le lieu de l’exécution du contrat et le lieu de la conclusion du contrat”.²⁹

8. La importancia del criterio de la relación más estrecha

Al final de la determinación de la norma con la que la relación controvertida está más estrechamente vinculada, los árbitros procederán a un examen completo de los elementos característicos de la voluntad de las partes, así como una ponderación de los mismos elementos en el caso de que la complejidad de la relación lo requiera.³⁰ Si la importancia

28 Cfr. Jour. droit int., 1983, p. 897.

29 Análogamente se puede ver la resolución de ICC de 1983, en la causa núm. 4132, ibidem, 1983, p. 891, donde se concluye por la aplicación del derecho coreano sobre la base de la consideración que el contrato objeto de la controversia debería ser seguido en Corea “pour sa plus grande partie”. Merece enfatizar que el criterio de la vía directa parece autorizar en todos los casos en que no se prevea el recurso a una regla de conflicto, pudiendo el árbitro recurrir a la regla jurídica apropiada (cfr. l’art. 1496, primer par., del nuevo código de procedimientos civiles francés en el art. 1054, par. 2, del código de procedimientos civiles holandés). Por otra parte, el mismo criterio no parece incompatible con el art. VII,1 de la Convención de Ginebra de 1961, que prevé el recurso a la regla de conflicto pensado en el caso apropiado por parte del árbitro. Aunque tal norma hace expresa relación a la norma conflictual, su finalidad es la que consiente en la determinación de la norma aplicable en base a criterios no rígidos, aunque a la luz de la característica de la relación controvertida de frase en frase detectada. En consecuencia no puede sostenerse exclusivamente que, en apoyo de tal disposición, determinada norma sea aplicada exclusivamente en razón de la directa conexión con la relación controvertida, sobre la base de que una determinación “appropriée en l’espèce”.

30 Sobre el criterio de la relación más estrecha, está la gran cantidad de literatura relacionada, que se limita a advertir, en la literatura italiana, Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991; Forlati Picchio, *La Convenzione di Roma nell’ordinamento italiano*, in Jayme e Picchio Forlati (a cura di), *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella C.E.E.*, Padova, 1990, p. 109 ss.; Id., *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1989, IV, pp. 196 – 234; Di Marco, *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, en *Dir. com. scambi int.*, 1981, p. 141 ss.; Orlando, *Il problema internazionalprivatistico dell’ordinamento comunitario. Le obbligazioni contrattuali*, Milano, 1981, p. 119 ss.; VILLANI, *L’azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 373 ss.; Vitta, *La Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 837 ss. En la literatura extranjera cfr. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993 p. 246 ss.; Lando, *The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, en *Com. Mar. Law Rev.*, 1987, p. 159 ss.; Gaudemet-Tallon, *Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention C.E.E. n. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1981, p. 215 ss. Sobre flexibilidad específica del criterio en examen cfr. Giuliano, Lagarde, *Relazione sulla*

marginal admite la residencia o la nacionalidad de la parte contratante en lugar de individualizar la relación más estrecha valor decisivo para ese fin importa en ciertos casos localizar la parte a la que corresponde efectuar la prestación que constituye el objeto principal del contrato, esto es, que representa el verdadero y propio *centre de gravité*.³¹

La relación más estrecha es determinada por los árbitros a la luz del lugar de convergencia, efectiva o potencial, de la prestación. Esto queda evidenciado en la resolución de ICC de 1987, en la causa núm. 5460,³² donde el árbitro encontró que “virtually all the obligations of both parties fell to be performed in South Africa. It was there that the claimant’s drawings and other documents were to be delivered; it was there that the defendants had to obtain the appropriate exchange control consent before dispatching the royalties to claimant; above all, it was there that the equipment was to be made and sold. On any commercial view, the principal place of performance of this contract, and the place with which it had its closest connection, was South Africa. Insofar as it may be necessary for the purposes of this award, I therefore hold that the proper law of the contract was South African Law.”³³

convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, cit., p. 20 y, además, Bennett, *The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, en *Com. Mar. Law Rev.*, 1980, p. 274; Pocar, *L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté Économique européenne*, en *Com. studi*, XV, 1978, p. 181 s.; Lando, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and non-Contractual Obligations*, in *Zeit. ausl. int. Privat.*, 1974, p. 28 s. En materia de arbitraje internacional se ha valido del criterio en palabras, en particular, el art. 834, par. 1, c.p.c., que individualiza como aplicable “la ley con la cual la relación está más estrechamente relacionada”, el 39, par. 2, de la ley egipcia de 1994, según la cual “if the two parties have not agreed on the legal rules applicable to the substance of the dispute, the arbitral panel shall apply the substantive rules of the law it considers most closely connected to the dispute”, el art. 187, par. 1, de la ley federal suiza de 1987, según la cual los árbitros aplicarán “el derecho con el que los hechos están conectados más estrechamente”, el art. 1051, par. 2, del código de procedimientos civiles alemán, según el cual, a falta de elección de la parte, “hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist” e l’art. 39, comma 2, de la ley de Oman de 1997, según la cual, faltando la elección de las partes, la corte arbitra que “shall apply the substantive rules of the law which it deems to have the closest link with the dispute”.

31 Esto está bien evidenciado en la resolución de ICC de 1992, en la causa núm. 6500, donde se advierte que “en premier lieu, le tribunal estime qu’il est clair que la loi suisse ne peut s’appliquer. Il n’y a aucun facteur de rattachement du contrat ou du litige avec cette loi, excepté la siège légal du défendeur (qui, soit dit en passant, fait partie d’une multinationale dont les organes de direction sont aux Etats-Unis) et le fait que diverses négociations ont eu lieu en Suisse. Il est généralement accepté que ni la siège social, ni la nationalité (en supposant que le second soit nécessairement la conséquence du premier, ce qui n’est pas universellement accepté) d’une des parties, ni le lieu des négociations, est un facteur de rattachement. De ce fait, la loi suisse ne peut être la loi applicable”. Formulando estas consideraciones, los árbitros han estimado que debe aplicarse la ley libanesa, sosteniendo que “il est vrai que ce n’est la loi que d’une seule des parties. Mais c’est la loi de la partie qui devait et a mené les activités, qui étaient l’objet du contrat. C’est, comme on le dit souvent en droit international privé, la loi du pays où le centre de gravité du contrat est situé. Quand un contrat implique l’exécution d’activités par l’une des parties qui résultent dans la réalisation du but et objet du contrat, la loi applicable est celle du pays où de telles activités sont effectuées. En conséquence, dans la mesure où le tribunal estimerait qu’une loi nationale devrait s’appliquer, il n’y a pas de doute que la loi libanaise devrait être choisie”. Cfr. *Jour. droit int.*, 1992, p. 1016.

32 Cfr. Jarvin, Derains, *Collection cit.*, p. 138.

33 Se advierte en la resolución de ICC de 1972, en la causa núm. 1717 (cfr. Jarvin, Derains, *op. ult. cit.*, p. 192), donde se advierte que “le contrat ... est en relation la plus étroite et effective avec l’Iran. Le contrat a été signé à Thérane, les marchandises devaient être livrées en Iran, le demandeur est établi à Thérane, tandis que le défendeur était représenté en Iran”. Análogamente se encuentra la pronunciada por ICC en 1992, en

Elementos de todas las consideraciones secundarias relacionadas --para tomarse del caso en consideración a la limitación para corroborar los resultados obtenidos mediante la aplicación de los criterios previamente enunciados y donde los prospectos convergen entre sí -- se considerarán un auxilio en lugar de la lengua adoptada por las partes en el contrato y la moneda convenida para la implementación de la prestación pecuniaria. En la resolución de ICC, de 1975, en la causa núm. 2637,³⁴ se precisa que “as concerns the language of the contract, this is a contingent (accidental) element which is not even related to the form of the contract; and it is no secret that even the form of the contract could well be governed by a law which is distinct from that applicable to the substance. As concerns the currency of account and payment, it might be said (if that currency were not indicated) that where there is no stipulation to the contrary, it should be the currency of the country in which the parties intend to localize the contract, but one cannot reverse this presumption so as to say that unless otherwise stipulated the contract is governed by the law of the country whose currency has been indicated as the currency of account and payment”.

9. Otros criterios utilizados en la práctica arbitral

Para los contrato de compraventa internacional la relación resulta atribuida al lugar de traslado del riesgo o al lugar del domicilio del vendedor. En la resolución de ICC de 1989, relativa a la causa núm. 5713,³⁵ el problema de la determinación de la norma aplicable a un contrato de compraventa subordinado a la cláusula F.O.B., celebrado entre sujetos de estados diferentes, viene a resolverse aplicando la ley del estado del vendedor, en cuanto lugar transfiere el riesgo. Esta solución resulta fundada por los árbitros también por el principio expreso del art. 3 de la Convención de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales, según la cual debe recurrirse a la ley del lugar de la residencia habitual del vendedor. Esto, aunque esa convención no fue aplicable al caso específico, sin ser parte contratante el Estado de la parte vendedora, y admitiendo que la convención constituye la expresión de un “general trend in conflicts of law.”

Análoga solución se localiza en la pronunciada por la ICC, en 1989, en la causa núm. 5885,³⁶ donde el arbitro evidenció que “the seller's domicile, under most national law and under the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to International Sales Art. 3,1, is a strong connecting factor to the law of the seller's country. Although the contracts were negotiated and signed in Dacca where defendant - without having an establishment there - was represented by Embassy and concluded re-sale contracts under

la causa núm. 7319, en Year. Comm. Arb., 1999, p. 146, relacionando una controversia relativa a dos contratos de distribución entre un productor francés y un distribuidor irlandés, en la cual se sostuvo que “the country with which Agreement II has the closest connection is Ireland, rather than France. Indeed, the sole arbitrator observes that more factors point to Ireland and not to France, such as the place of performance of the substantive obligations of the Agreement, and also the fact that the form of the Agreement ... and its terminology ... is that followed by the common law system rather than that followed by the French system, and the fact that the Agreement is in the English language”.

34 Cfr. Jarvin, Derains, op. ult. cit., p. 153.

35 Cfr. Jarvin, Derains, Arnaldez, Colleciton of ICC Arbitral Awards, 1986 – 1990, Paris, New York, 1994, p. 224.

36 Cfr. Year. Comm. Arb., 1991, p. 92.

barter arrangements with the government of Bangladesh and the goods were to be shipped to Bangladesh to be received by ultimate buyers in that Country, I do not think that these factors would outweigh the seller's domicile as connecting factor. I therefore rule that the dispute shall be solved according the English law”.

En los contratos de construcción internacionales la determinación de la norma aplicable debe ser frecuentemente confrontada con la complejidad de la relación controvertida. En la resolución de ICC de 1978, relativa a las causas números 2977, 2978 y 3033,³⁷ el lugar de la construcción de la embarcación, coincidente por otra parte con los lugares de entrega del bien y de pago correspondiente, ha sido el respeto prevaleciente a otros índices de conexión, los que "the payment of Libyan taxes, the Arabic version of the contract, the registration under Libyan flag, the clause that judgment of any award may be entered in any Court of Libya, the necessity of approval by the Libyan Government, the fact that one party was a State agency and the heading of the contract". Por otra parte, se evidencia, en la misma resolución, que "in shipbuilding contracts, it is a well admitted principle that in the absence of designated law, the law of the place of performance, place of delivery, place of payment, is largely overweighting the purely incidental and occasional element of the place of the signing".

Con relación a otras figuras contractuales, admite relevancia la prestación referida al centro de gravedad, sobre la "functional allocation" del contrato.³⁸ En relación a un contrato de cesión de *know-how* se ha opinado primordialmente por el lugar de explotación del bien inmaterial. En la resolución de ICC de 1983, en la causa 4132,³⁹ cambiando de la promesa que "en dépit de sa dénomination ("contrat de fourniture et d'achat"), ce contrat n'a pas la nature d'un simple contrat de fourniture et d'achat. La demanderesse a concédé à la défenderesse, sur une base d'exclusivité, le droit d'utiliser son savoir-faire technique en vue de la fabrication du produit en République de Corée. La demanderesse achetait à la défenderesse les matières premières nécessaires à la production du produit en Corée", se ha considerado que "tenant compte de ces aspects particuliers du contrat, le tribunal arbitral constate que le contrat devait être exécuté en Corée pour sa plus grande partie et que pour cette raison le droit privé coréen doit être retenu comme droit régissant le contrat".

10. Consideraciones de conjunto y conclusivas sobre la determinación de la norma aplicable

El examen de la práctica arbitral con relación a la determinación de la norma aplicable al mérito de la controversia deja en evidencia el perfil que unifica diferentes criterios para ello empleados. Un dato que surge a propósito y ante todo que tal determinación es realizada por los árbitros a la luz de una valoración total y de una ponderación de los índices de conexión relacionados con la relación controvertida.⁴⁰ Paradigmática de tal

37 Cfr. *ibidem*, 1981, p. 133 ss.

38 Sobre el concepto de prestación característica como expresamente la "functional allocation" del contrato se encuentra en DE BOER, *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective*, en *Zeit. aus. int. Priv.*, 1990, p. 46 ss.

39 Cfr. Jarvin, Derains, *Collection*, cit., p. 457.

40 La determinación de la norma aplicable por parte de los árbitros, por otro lado la selección de índices mayormente significativos, relaciona la figura ontractual típica del comercio internacional. Como sugiere

modo de proceder es la resolución de ICC de 1980, en la causa núm. 3130,⁴¹ en la cual, encontró una pluralidad de leyes en el caso conectadas con la relación controvertida, esto es, “la loi suisse, loi nationale des parties contractantes or éventuellement lieu où sera demandé l’exequatur de la sentence; la loi turque, loi du lieu de la fourniture des marchandises et de l’embarquement”, se ha opinado por la conexión predominante de la misma relación con la ley francesa, la que ha traído a la luz que “cependant la loi française est concernée par le lieu de la signature du contrat, le lieu de la livraison à destination des marchandises et également le lieu dont émane la réglementation régissant l’importation; que la monnaie de paiement est le franc français; que de surcroît l’arbitre choisi d’un commun accord par les parties est de nationalité français et avocat inscrit à un barreau français et c’est la siége en France de la CCI qui a été choisi pour procéder à l’arbitrage; que si l’on se réfère à la clause attributive de juridiction ou clause d’arbitrage on peut en déduire que le désir implicite des parties a été de soumettre le contrat au système juridique de l’arbitre, car il est normal que le juge applique son propre droit; qu’il s’agit là d’un indice particulier; que les indices généraux tels le lieu de conclusion e le lieu d’exécution sont tous deux situés sur le territoire français; qu’il n’est pas indifférent également de faire référence à la monnaie de paiement qui se trouve être exprimée en franc français; qu’il est également utile de relever que la loi suisse ne saurait s’imposer comme une loi applicable en l’absence de toute autre référence que la nationalité suisse des deux sociétés en cause”.

Un dato ulterior que emerge de la práctica arbitral es la búsqueda de soluciones en grado de asegurar, lo más posible, la validez de la relación controvertida. En la búsqueda del contenido real de esto último al de la calificación jurídica evocada por las partes,⁴² opera de hecho el criterio del *favor negotii*, que encuentra una aceptación común de parte de los ordenamientos nacionales. En apoyo de tal criterio, los árbitros tienden a excluir, enfrente de una pluralidad de los elementos de conexión evocados, la operatividad de aquellos elementos que conducen a la aplicación de la norma implicada, en todo o en parte, la invalidez del contrato.⁴³ La importancia del principio *favor negotii*, como un

ejemplificativamente la nota de cuto artículo. 1,1 de la ley modelo UNCITRAL, se trata por lo más, de contratos relativos a “supply or exchange of goods or services; distributions agreement; commercial representation or agency, factoring; leasing, construction of works; consulting; engineering; licensing, investment; financing; banking; insurance, exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road”.

41 Cfr. Jarvin, Derains, Collection of ICC Arbitral Awards, cit., p. 418.

42 En relación al hecho de que los árbitros puedan considerar la calificación jurídica del contrato al de la denominación formal adoptada por las partes va la recordada resolución preliminar de ICC del 22 de septiembre de 1983, en la causa núm. 4132 (cfr. Jour. droit int., 1983, p. 891, con nota Derains), en la cual se está delineando que “notwithstanding the name of the agreement (Supply and Purchase Agreement) this contract is not just of nature of a mere supply and purchase contract. Claimant has granted to defendant the right to use their technical know-how relating to the manufacture of (the product), on an exclusive basis in the required for the production of (the product) in Korea”.

43 En tal sentido se ve la resolución pronunciada por ICC en 1985, en la causa núm. 4996, ibidem., 1986, p. 1132 s. Sobre el punto se advierten a pesar de las consideraciones de Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l’arbitrage commercial international, Deventer, 1999, p. 890. Por otra parte, no deben olvidarse el principio de conservación del contrato debe estar de acuerdo con los principios de UNIDROIT sobre los contratos de comercio internacional. El art. 4,5 de tales principios prevén de hecho que “contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect”. Sobre

criterio guía en el que los árbitros se apoyan en los casos en que ellos deben operar una elección entre los diversos criterios de conexión relacionados con la relación controvertida, son claramente traídos a la luz en una resolución parcial de ICC, de 1983, en la causa núm. 4145,⁴⁴ sobre el doble perfil de la correspondencia de tales criterios a la expectativa de las partes (asumiendo que, en la eventual elección de la norma aplicable, las mismas podrían orientarse hacia ordenamientos no implicando la validez del contrato) y su reconocimiento general de parte del ordenamientos de los estados. En tales resoluciones se ha encontrado, en particular, que “the principle of autonomy - widely recognized - allows the parties to choose any law to rule their contract, even if not obviously related with. This is what the parties have done in mentioning Swiss law, although at first sight less related with the agreement than the law of the country X. Such mention of Swiss law in first place is in this respect an important indication. Moreover, Swiss law constitutes a highly sophisticated system of law, which answers all the questions that may arise from the interpretation of fulfillment of an agreement of the kind of the one entered into. On the other hand, the law of the country X, might partially or totally affect the validity of the agreement”. Establecidas estas premisas, los árbitros han concluido en el sentido de que “it is then reasonable to assume that from two possible laws, the parties would choose the law which would uphold the validity of the agreement. It is also a general and widely recognized principle that from two legal solution, the judge will choose the one which favors the validity of an agreement (*favor negotii*)”.

la capacidad de tales reglas a los fines de la interpretación del contrato internacional consultense las consideraciones de Gorriiz Lopez.

44 Cfr. Year. Comm. Arb., 1987, p. 101.

LEGISLACION

Ley 60/2003 sobre Arbitraje

España

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que "el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común".

Esta ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional". El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

La Ley Modelo responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidado estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero

facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales. Los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje. La Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos.

La nueva ley se dicta con conciencia de los innegables avances que su precedente, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país ; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales ; se ha asentado el arbitraje institucional ; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales ; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje.

Sin embargo, las consideraciones hechas anteriormente revelan que, partiendo del acervo descrito, resulta necesario impulsar otro nuevo e importante avance en la regulación de la institución mediante la señalada incorporación de nuestro país al elenco creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo. Además, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 36/1988 ha permitido detectar en ella lagunas e imperfecciones.

El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas. Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta ley.

II

La nueva regulación se sistematiza en nueve títulos.

El título I contiene las disposiciones generales sobre arbitraje.

El artículo 1 determina el ámbito de aplicación de la ley sobre la base de los siguientes criterios: En primer lugar, se dejan a salvo, como no podía ser de otro modo, las disposiciones contenidas en convenios internacionales de los que España sea parte.

En segundo lugar, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial ; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.

En tercer lugar, en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos.

Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base -corroborada por la tendencia actual en la materia- de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional ; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.

En cuarto lugar, la delimitación del ámbito de aplicación de la ley es territorial. No obstante, hay determinados preceptos, relativos a ciertos casos de intervención judicial, que deben aplicarse también a aquellos arbitrajes que se desarrollen o se hayan desarrollado en el extranjero. El criterio, en todo caso, es también territorial, puesto que se trata de normas procesales que han de ser aplicadas por nuestros tribunales.

El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

El artículo 3 regula la determinación del carácter internacional del arbitraje, que resulta relevante para la aplicación de aquellos artículos que contienen reglas especiales para los arbitrajes internacionales que se desarrollen en nuestro territorio. Así, se establece por primera vez en nuestro ordenamiento en qué casos un arbitraje es internacional ; lo que debe facilitar la interpretación y aplicación de esta ley en el contexto del tráfico jurídico internacional. Además, debe tenerse en cuenta que existen convenios internacionales cuya aplicación exige una definición previa del arbitraje internacional. La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue sustancialmente los criterios de la Ley Modelo. A éstos resulta conveniente añadir otro: que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional. Se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso. Por otra parte, la ley evita la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona,

admitida en otros ordenamientos, podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no.

El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes.

El artículo 5 establece las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, que se aplican tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación. Se regulan la forma, el lugar y el tiempo de las notificaciones y comunicaciones. Respecto del cómputo de los plazos por días, se dispone que se trata de días naturales. Esta regla no es aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control del arbitraje, en que rigen las normas procesales, pero sí a los plazos establecidos, en su caso, para la iniciación de dichos procedimientos, como, por ejemplo, el ejercicio de la acción de anulación del laudo.

El artículo 6 contiene una disposición sobre renuncia tácita a las facultades de impugnación, directamente inspirada -como tantas otras- en la Ley Modelo, que obliga a las partes en el arbitraje a la denuncia tempestiva e inmediata de las violaciones de normas dispositivas, esto es, aplicables en defecto de voluntad de las partes.

El artículo 7, sobre intervención judicial en el arbitraje, es un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.

El artículo 8 contiene, directamente o por remisión, las normas de competencia objetiva y territorial para el conocimiento de todos los procedimientos de apoyo y control del arbitraje, incluso de aquellos que no se encuentran regulados en esta ley, sino en la de Enjuiciamiento Civil. Para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de -como hasta ahora- a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad.

III

El título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley. En líneas generales, la ley trata de perfeccionar la legislación anterior, precisando algunos puntos que se habían revelado problemáticos.

Han de destacarse algunas novedades introducidas respecto de los requisitos de forma del convenio arbitral.

La ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma. En lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español.

La ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga ; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje ; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.

IV

El título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único.

La ley opta por establecer que a falta de acuerdo de las partes se designará un solo árbitro. Es ésta una opción guiada por razones de economía. En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena. Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones -no adecuadas a la realidad del arbitraje- designen a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje. En estos casos es necesaria la actuación judicial, si bien se pretende, de un lado, que el procedimiento judicial pueda ser rápido y, de otro, dar criterios al Juez de Primera Instancia para realizar la designación. Muestras de lo primero son la remisión al juicio verbal y la

no recurribilidad separada de las resoluciones interlocutorias que el Juzgado dicte en este procedimiento, así como de la que proceda a la designación. Muestra de lo segundo es la regla acerca de la conveniencia de que en los arbitrajes internacionales el árbitro único o el tercer árbitro sea de nacionalidad diferente a la de las partes. Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral ; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.

Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.

Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad.

Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento.

La ley se ocupa igualmente de otros supuestos que pueden conducir al cese de alguno de los árbitros en sus funciones y al nombramiento de sustituto. Se prevé la posibilidad de que en tales casos haya que repetir actuaciones ya practicadas, pero no se obliga a ello.

V

El título IV se dedica a la importante cuestión de la competencia de los árbitros.

El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral. Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio). La ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la

competencia de los árbitros sean planteadas a limine. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz-Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia. La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo ; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral ; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar.

Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.

Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.

VI

El título V regula las actuaciones arbitrales. La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es.

Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral.

De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

En lo que respecta al lugar del arbitraje, hay que destacar que se permite la celebración de audiencias y de deliberaciones en sede distinta de la del arbitraje. La determinación del lugar o

sede del arbitraje es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento.

El inicio del arbitraje se fija en el momento en que una parte recibe el requerimiento de la otra de someter la controversia a decisión arbitral. Parece lógico que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia. Las soluciones alternativas permitirían actuaciones tendentes a dificultar el procedimiento.

La determinación del idioma o idiomas del arbitraje corresponde lógicamente a las partes y, en su defecto, a los árbitros. No obstante, salvo que alguna de las partes se oponga, se permite que se aporten documentos o se practiquen actuaciones en idioma no oficial del arbitraje sin necesidad de traducción. Con ello se consagra una regla práctica muy extendida, que admite la aportación de documentos o declaraciones en otro idioma.

En el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial ; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. Sin embargo, la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor ; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de la libertad de las partes, el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado. Esta conveniencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de las partes en defensa de sus respectivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución.

Esa flexibilidad se da también en el desarrollo ulterior del procedimiento. Cabe que el procedimiento sea en ciertos casos predominantemente escrito, si las circunstancias del caso no exigen la celebración de audiencias.

Sin embargo, la regla es la celebración de audiencias para la práctica de pruebas. La ley trata de evitar, además, que la inactividad de las partes pueda paralizar el arbitraje o comprometer la validez del laudo.

La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad. La ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de voluntad de las partes.

Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes como los emitidos por peritos designados, de oficio o a instancia de parte, por los árbitros, y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia.

Se regula igualmente la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las tradicionales funciones de apoyo judicial al arbitraje. La asistencia no tiene que consistir

necesariamente en que el tribunal practique determinadas pruebas ; en ciertos casos, bastará con otras medidas que permitan a los árbitros practicarlas por sí mismos, como, por ejemplo, medidas de aseguramiento o requerimientos de exhibición de documentos.

VII

El título VI se dedica al laudo y a otras posibles formas de terminación del procedimiento arbitral. El artículo 34 regula la importante cuestión de qué normas han de aplicarse a la resolución del fondo de la controversia, sobre la base de los siguientes criterios: 1.o) La premisa es, una vez más, como en la Ley de 1988, la libertad de las partes. 2.o) Se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor". No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación. 3.o) Siguiendo la orientación de los ordenamientos más avanzados, se suprime la exigencia de que el derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia, ya que se trata de un requisito de difusos contornos y difícil control. 4.o) La ley prefiere la expresión "normas jurídicas aplicables" a la de "derecho aplicable", en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional. 5.o) La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto.

En la adopción de decisiones, cuando se trata de un colegio arbitral, y sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes, se mantiene la lógica regla de la mayoría y la de que a falta de decisión mayoritaria decide el presidente. Se introduce la norma que permite habilitar al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, a estos efectos, no cualesquiera cuestiones distintas al fondo de la controversia, sino, más limitadamente, las relativas a la mera tramitación o impulso procesales.

Se prevé la posibilidad de que los árbitros dicten un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes. Esta previsión, que podría reputarse innecesaria -dado que las partes tienen poder de disposición sobre el objeto de la controversia-, no lo es, porque a través de su incorporación a un laudo el contenido del acuerdo adquiere la eficacia jurídica de aquél. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada.

La ley no hace sino dar cobertura legal a algo ya frecuente en la práctica y que no merece objeción alguna.

En cuanto al contenido del laudo, ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares.

La ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral. Así, por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el caso, la cuantía de la condena.

El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable.

Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que -análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral- la ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo la ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.

La ley introduce la novedad de que el plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se compute desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla. Esta novedad responde a la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas. Un plazo de seis meses desde la aceptación de los árbitros se ha revelado en no pocos casos de imposible cumplimiento y obliga en ocasiones a una tramitación excesivamente rápida o a la omisión de ciertos actos de alegación o, sobre todo, de prueba, por la exigencia de cumplir el plazo para dictar el laudo. La ley considera que es igualmente razonable que la prórroga del plazo pueda ser acordada por los árbitros directamente y que no necesite el acuerdo de todas las partes.

El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros.

En materia de condena en costas se introducen ciertas precisiones sobre su contenido posible.

Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional.

La ley contempla determinadas formas de terminación anormal del procedimiento arbitral y da respuesta al problema de la extensión del deber de los árbitros de custodia de las actuaciones.

En la regulación de la corrección y aclaración del laudo se modifican los plazos, para hacerlos más adecuados a la realidad, y se distingue en función de que el arbitraje sea interno o internacional, dado que en este último caso puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores. Se introduce además la figura del complemento del laudo para suplir omisiones.

VIII

El título VII regula la anulación y revisión del laudo.

Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal.

IX

El título VIII se dedica a la ejecución forzosa del laudo.

En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. Esta ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendency del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación.

La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado.

X

El título IX regula el exequátur de laudos extranjeros, compuesto por un único precepto en el que, además de mantenerse la definición de laudo extranjero como aquel que no ha sido dictado en España, se hace un reenvío a los convenios internacionales en los que España sea parte y, sobre todo, al Convenio de Nueva York de 1958. Dado que España no ha formulado reserva alguna a este convenio, resulta aplicable con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el convenio. Esto significa que el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York en España hace innecesario un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios internacionales más favorables.

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

2. Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.

3. Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.

4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales.

Artículo 2. Materias objeto de arbitraje.

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

Artículo 3. Arbitraje internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral ; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Artículo 4. Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de esta ley:

a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34.

b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

c) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el párrafo a) del artículo 31 y en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 38.

Artículo 5. Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

b) Los plazos establecidos en esta ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.

Artículo 6. Renuncia tácita a las facultades de impugnación.

Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.

Artículo 7. Intervención judicial.

En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje ; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados ; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado.

6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

TÍTULO II

Del convenio arbitral y sus efectos

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

Artículo 10. Arbitraje testamentario.

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.

1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

TÍTULO III

De los árbitros

Artículo 12. Número de árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.

Artículo 13. Capacidad para ser árbitro.

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Artículo 14. Arbitraje institucional.

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

- Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

1. En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les

corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.

5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.

7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno, salvo aquellas que rechacen la petición formulada de conformidad con lo establecido en el apartado 5.

Artículo 16. Aceptación de los árbitros.

Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Artículo 17. Motivos de abstención y recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Artículo 18. Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.

3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

Artículo 19. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas.

Artículo 20. Nombramiento de árbitro sustituto.

1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido.

2. Una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas.

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

TÍTULO IV

De la competencia de los árbitros

Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.

1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

TÍTULO V

De la sustanciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción.

1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Artículo 25. Determinación del procedimiento.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de

decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

Artículo 26. Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado.

Artículo 27. Inicio del arbitraje.

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.

Artículo 28. Idioma del arbitraje.

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, decidirán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión de los árbitros se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros.

2. Los árbitros, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto al del arbitraje.

Artículo 29. Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

Artículo 30. Forma de las actuaciones arbitrales.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.

3. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión.

Artículo 31. Falta de comparecencia de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.

Artículo 32. Nombramiento de peritos por los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle.

3. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

Artículo 33. Asistencia judicial para la práctica de pruebas.

1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

2. Si así se le solicitare, el tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el tribunal entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

TÍTULO VI

Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones

Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes.

Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.

Artículo 35. Adopción de decisiones colegiadas.

1. Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

2. Salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.

Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.

2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.

5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

7. Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2.

8. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente.

Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.

Artículo 38. Terminación de las actuaciones.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo.

2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando:

- a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.
- b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
- c) Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

3. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su caso.

Artículo 39. Corrección, aclaración y complemento del laudo.

1. Dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

- a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
- b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
- c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.

2. Previa audiencia de las demás partes, los árbitros resolverán sobre las solicitudes de corrección de errores y de aclaración en el plazo de 10 días, y sobre la solicitud de complemento en el plazo de 20 días.

3. Dentro de los 10 días siguientes a la fecha del laudo, los árbitros podrán proceder de oficio a la corrección de errores a que se refiere el párrafo a) del apartado 1.

4. Lo dispuesto en el artículo 37 se aplicará a las resoluciones arbitrales sobre corrección, aclaración y complemento del laudo.

5. Cuando el arbitraje sea internacional, los plazos de 10 y 20 días establecidos en los apartados anteriores serán plazos de uno y dos meses, respectivamente.

TÍTULO VII

De la anulación y de la revisión del laudo

Artículo 40. Acción de anulación del laudo.

Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
 - e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f) Que el laudo es contrario al orden público.
2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.
3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.
4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Artículo 42. Procedimiento.

1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal. No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. De la demanda se dará traslado al demandado, para que conteste en el plazo de 20 días. En la contestación deberá el demandado proponer los medios de prueba de que intente valerse. Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, se citará a las partes a la vista, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación.
2. Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno.

Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes.

El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

TÍTULO VIII

De la ejecución forzosa del laudo

Artículo 44. Normas aplicables.

La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.

Artículo 45. Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo.

1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

2. Se alzará la suspensión y se ordenará que continúe la ejecución cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Se alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al tribunal que ha sido estimada la acción de anulación. Si la anulación afectase sólo a las cuestiones a que se refiere el apartado 3 del artículo 41 y subsistiesen otros pronunciamientos del laudo, se considerará estimación parcial, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TÍTULO IX

Del exequátur de laudos extranjeros

Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables.

1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.

2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Disposición adicional única. Arbitrajes de consumo.

Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

Disposición transitoria única. Régimen transitorio.

1. En los casos en que con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley el demandado hubiere recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje o se hubiere iniciado el procedimiento arbitral, éste se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. No obstante, se aplicarán en todo caso las normas de esta ley relativas al convenio arbitral y a sus efectos.

2. A los laudos dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley les serán de aplicación las normas de ésta relativas a anulación y revisión.

3. Los procedimientos de ejecución forzosa de laudos y de exequátur de laudos extranjeros que se encontraren pendientes a la entrada en vigor de esta ley se seguirán sustanciando por lo dispuesto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Disposición derogatoria única. Derogaciones.

Queda derogada la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

1. El número 2.º del apartado 2 del artículo 517, queda redactado en los siguientes términos:

"2.º Los laudos o resoluciones arbitrales."

2. Se añade un nuevo párrafo al número 1.º del apartado 1 del artículo 550 con la siguiente redacción:

"Cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes."

3. Se adiciona un número 4.º al apartado 1 del artículo 559 con esta redacción:

"4.º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste."

Disposición final segunda. Habilitación competencial.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.a y 8.a de la Constitución.

Disposición final tercera. Entrada en vigor. La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 23 de diciembre de 2003.
JUAN CARLOS R.
El Presidente del Gobierno,
JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

Reseña

RODRIGUEZ VILLA (Bertha) & PADILLA DE TRAINER (María Teresa). **Mediación en el divorcio**, UNAM, Mexico, 2001 (159 p.). Aunque la presente obra no es la más reciente, su calidad merece un recuerdo. Su pedagogía y su utilidad práctica hacen que se trate de un libro para todos aquellos que son concernidos por divorcios y su resolución pacífica. Después la definición de las reglas del juego y el marco socio-jurídico del divorcio, los autores describen paso a paso como organizar una mediación entre los futuros cónyuges divorciados, insistiendo sobre “pequeños trucos” para salirse de los diversos problemas que el mediador puede confrontar. No se olvida tampoco mencionar la problemática particular de los niños, que de una cierta manera son las primeras víctimas del fracaso matrimonial de sus padres. Ambos autores comparten su experiencia profesional de trabajadores sociales, con el lector de una manera fácil de digerir, de tal manera que el presente libro se dirige a todo público, cualquiera que sea su educación o su profesión.

Revista Brasileira de Arbitragem, Comité Brasileira de Arbitragem, 2004. No es una sorpresa que nuestro estimado colega Joao Bosco Lee, después de haber fundado el Comité brasileño de arbitraje, edite ahora la revista brasileña de arbitraje que por su calidad llamara mucho la atención de todos aquellos académicos y abogados que estén operando en el mundo del arbitraje internacional. Desafortunadamente, este número provoca también dolor y tristeza ya que contiene el último artículo de nuestro fallecido amigo Phillipe Fouchard, el cual no alcanzo a ver el nacimiento de esta revista. Sin embargo, eso no nos impide felicitar a los directores de la revista y desearles mucho éxito en el futuro.

JAG

GARZA GARZA, (RAUL), *et al.* **Justicia Alternativa Médica**, UANL, Monterrey, MEXICO, 2004 (291 p.). Esta obra es parte de una serie realizada por la Universidad Autónoma de Nuevo León sobre Métodos Alternos para la Solución de Controversias. Intenta proporcionar los elementos que rodean a los métodos alternos en su vínculo con la medicina desde tres ámbitos específicos. Es esencialmente un libro para médicos y quienes están relacionados con los servicios de salud.

En primer lugar menciona el aspecto legal en donde se destaca la explicación de los procesos de los métodos alternos aplicados en la Comisión Estatal de Arbitraje Médico, así como la justificación del uso de éstos entre la familia médica. Proporciona además un detalle de las diversas responsabilidades que pueden recaer en un médico, pero se olvida de explicar simplídicamente y para el entender del médico

algunos de los términos legales, puesto que cita, continua y textualmente los artículos de las leyes referentes al caso.

Como segunda parte se menciona el aspecto bioético el cual además de brindar información ética y moral para el actuar médico, especifica algunos de los aspectos a tomar en cuenta por éstos para evitar problemas legales, como lo son el consentimiento informado, el expediente clínico de los pacientes así como también el buen trato y la intención de curarlos como una prioridad. Este apartado aunque un tanto repetitivo recuerda y revitaliza el tan olvidado objetivo de la ciencia médica, en otras palabras el “deber ser” de un médico.

La tercera parte refiere al aspecto médico. Abunda en diferentes ámbitos de la medicina que tienen que ver de alguna manera con el aspecto legal aunque algunos de ellos lejanos de los métodos alternos (podemos decir que de alguna u otra manera se relacionan pero no directamente). Destaca los informes periciales, la violencia intrafamiliar y llama a los médicos a ejercer su profesión comprometidos con la sociedad. Por último esta tercera parte brinda ideas para afrontar el uso de la medicina moderna en compañía de los valores y derechos esenciales del ser humano.

La obra presenta un gran cúmulo de precisiones filosóficas, éticas y morales así como también prácticas del acontecer legal en la medicina. Es diverso en su temática y en ocasiones disperso, aunque por otro lado, proporciona una documentación sobre el tema médico-legal y más aún invita al lector a ser partícipe del uso de los MASC.

Mauricio Garza

*Do you want your book reviewed ? Please send a copy to:
Quiere que se reseñe su obra? Mande una copia a:*

Prof. James A. Graham
1899-3, RAFAEL VERGER
64060 MONTERREY, NL
MEXICO

Eventos

Université Panthéon – Sorbonne (Paris 1) CNRS – UMR 8056
Institut André Tunc
Centre de Recherche sur la Justice et le Procès

Modes alternatifs de règlement des conflits/ *Alternative dispute resolution* : Alternative à la justice ou Justice alternative ? Perspectives comparatives

Paris/Dijon 21-24 septembre 2004
Contact provisoire : cadiet@univ-paris1.fr

1. *Objet du congrès*

La « crise de la justice civile » a favorisé, ces dernières années, le développement de modes de solution des litiges alternatifs aux procédures juridictionnelles de type étatique. ADR (*Alternative dispute resolution*) et MARC (*Modes alternatifs de règlement des conflits*), selon les acronymes consacrés en pays de *common law* et en France, désignent l'ensemble de ces divers procédés, reposant largement sur le recours au contrat comme procédé de règlement amiable des différends. Ces procédés sont très variés, d'un pays à l'autre, mais aussi à l'intérieur d'un même pays, portés par des cultures différentes. Le domaine de cette « justice alternative » est également variable selon que l'arbitrage y est compris ou non, la négociation directe entre les parties ou non. Les études et travaux relatifs à ces modes alternatifs se développent dans tous les pays, l'analyse l'emportant cependant encore sur la synthèse, la description sur la critique, les recherches nationales sur les perspectives réellement comparatives. Ce congrès devrait donc avoir pour ambition d'aborder les modes amiables de règlement des conflits dans une triple perspective synthétique, critique et comparative.

La question principale n'est plus tant de recenser les différentes formes que peut revêtir cette « justice alternative » ou de s'interroger sur les raisons de son succès contemporain, que de s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit bien d' « alternative » et de « justice », l'accent étant mis sur les deux principaux types que constituent la médiation, d'une part, l'arbitrage, de l'autre. L'hypothèse générale est que si les développements des modes alternatifs de règlement des conflits traduisent une contractualisation du règlement des différends, qui relève d'un phénomène plus large de contractualisation des modes de régulation sociale, cette contractualisation présente bien des risques et des inconvénients au regard de la nécessité, pour l'Etat, d'assurer une juste solution des litiges. L'articulation de ces modes de règlement amiable à l'institution judiciaire peut être alors analysée comme une garantie de leur équité. Mais si la procéduralisation (ou la judiciarisation) du contrat peut être

considérée comme un instrument de justice contractuelle, il ne faut cependant pas que cette restauration de l'emprise judiciaire paralyse les initiatives contractuelles dans le domaine du règlement des différends alors que les ADR/MARC ont été conçus comme les moyens d'échapper aux défauts supposés de la justice étatique (coût, lenteur, complexité, etc.). Quel est donc le bon équilibre entre les principes contractuels et les exigences processuelles ?

Cette trame générale, qui place les modes amiables de règlement des conflits, au carrefour du droit du contrat et du droit du procès, au centre des logiques propres qui les animent et qui peuvent parfois entrer en conflit, devrait inspirer l'ensemble des rapports qui, à l'exception des deux premiers, destinés à définir le cadre général de la problématique (Médiation et institution judiciaire, Médiation et droit des contrats), auront pour objet, soit des domaines dans lesquels le recours aux ADR/MARC soulève des difficultés particulières (contentieux familial, contentieux social, contentieux des affaires, contentieux de la consommation), soit des questions pouvant apparaître comme des enjeux actuels de débat ou des terrains d'observation privilégiés des rapports entre la dimension contractuelle et la dimension processuelle (circulation des conventions d'arbitrage, indépendance et impartialité de l'arbitre, juge d'appui, mesures provisoires).

Différents points de vue, rendant compte des aspects culturels du thème dans quatre régions du monde (Espace ibéro-américain, Etats-Unis d'Amérique, Europe, Japon), compléteront la comparaison ainsi effectuée.

2. *Comité d'organisation scientifique*

Responsable : Loïc Cadiet, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I, membre de l'Institut Universitaire de France ;

- M. Georges Bolard, professeur à l'Université de Bourgogne, membre de l'Association internationale de droit judiciaire ;
- M. Eric Loquin, professeur à l'Université de Bourgogne, doyen honoraire de la faculté de droit, directeur du CREDIMI ;
- M. Jacques Normand, professeur émérite de l'Université de Reims, doyen honoraire de la faculté de droit, membre de l'Association internationale de droit judiciaire.

3. *Langues de travail*

Anglais, allemand, espagnol, français et italien, avec traduction simultanée.

Paris
Grand amphithéâtre de La Sorbonne

Mardi 21 septembre 2004

- 16 heures : Enregistrement et accueil des participants
18 heures : Allocutions d'ouverture
19 heures : Cocktail inaugural
21 heures : Soirée libre

La médiation

Mercredi 22 septembre 2004

Matin

Sous la présidence de M. Guy Canivet
Premier président de la Cour de cassation (France)

- 9 heures : **Ouverture**
par M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation
- 9 heures 10 : **1^{er} rapport général : *Médiation et institution judiciaire***
par M. Giuseppe Tarzia, Professeur à l'Université de Milan (Italie)
- 9 heures 40 : **2^{ème} rapport général : *Médiation et droit des contrats***
par M. Charles Jarrosson, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, directeur du CEMARC (France)
- 10 heures 10 : **Pause café**
- 10 heures 30 : **Débat**
- 11 heures 30 : **3^{ème} rapport général : *Médiation et contentieux familial***
par M. Jacques van Compernelle, Professeur à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)
- 12 heures : **Débat**
- 12 heures 30 : **Déjeuner**

Après-midi – 14 heures

Sous la présidence de
M. Michel Franck
Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (France)

- 14 heures 30 : **4^{ème} rapport général : *Médiation et contentieux social***
par Mme Soizic Favennec, Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
Paris II (France)
- 15 heures : **5^{ème} rapport général : *Médiation et contentieux de la consommation***
par M. Burkhard Hess, Professeur à l'Université d'Heidelberg
(Allemagne)
- 15 heures 30 : **Débat**
- 16 heures 30 : **Pause café**
- 17 heures : **6^{ème} rapport général : *Médiation et contentieux des affaires***
par M. Yves Chapat, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne
Paris I (France)
- 17 heures 30 : **Débat**
- 18 heures 00 : **Fin des travaux de la journée**
- 19 heures : **Cocktail de bienvenue à l'Hôtel de Ville de Paris**
- 21 heures : **Soirée libre**

Jeudi 23 septembre 2004

Matin – 9 heures

Sous la présidence
de M. Jose Carlos Barbosa Moreira
Professeur à l'Université de Rio de Janeiro
Vice-président de l'Association internationale de droit judiciaire (Brésil)

- 9 heures 15 : **Point de vue : *MARC/ADR et culture de la conciliation : l'exemple du Japon***
par M. Ichiro Kitamura, Professeur à l'Université de Tokyo (Japon)
- 9 heures 35 : **Point de vue : *MARC/ADR et culture du procès : l'exemple des Etats-Unis d'Amérique***

par M. Oscar G. Chase, Professeur à New York University (Etats-Unis d'Amérique)

9 heures 55 : **Point de vue : *MARC/ADR et diversité des cultures : l'exemple de l'espace ibéroaméricain***

par M. Eduardo Oteiza, Professeur à l'Université nationale de La Plata (Argentine)

10 heures 15 : **Pause**

10 heures 35 : **Point de vue : *Les MARC/ADR dans l'Union européenne : bilan provisoire de recherches comparatives en cours***

par M. Rob Jagtenberg et Mme Annie de Roo, Professeurs à l'Université de Rotterdam (Pays-Bas)

10 heures 55 : **Point de vue : *Les MARC/ADR au sein du Conseil de l'Europe : état et esprit du règlement amiable des différends dans l'Europe des droits de l'homme***

par M. Guy de Vel, Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe

11 heures 15 : **Débat**

12 heures 15 : **Clôture des journées parisiennes**

par M. Jacques Normand, Professeur émérite de l'Université de Reims, doyen honoraire de la Faculté de droit (France)

12 heures 30 : **Déjeuner**

Après-midi

14 heures : **Transfert Paris/Dijon**

19 heures : **Cocktail de bienvenue à l'Hôtel de Ville de Dijon**

21 heures : **Soirée libre**

Dijon
Hôtel de Région

L'arbitrage

Vendredi 24 septembre 2004

Matin

Sous la présidence
de M. Pascal Ancel
Professeur à l'Université de Saint-Etienne
Directeur du CERCRID (France)

- 9 heures : **Accueil**
par M. le Président de l'Université de Bourgogne
- 9 heures 10 : **Ouverture**
par M. Eric Loquin, Professeur à l'Université de Bourgogne, doyen honoraire de la Faculté de droit, directeur du CREDIMI, vice-président de l'Université de Bourgogne (France)
- 9 heures 25 : **7^{ème} rapport général : *La circulation des conventions d'arbitrage***
par M. Pierre Mayer, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I (France)
- 9 heures 55 : **8^{ème} rapport général : *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre***
par M. Johnny. V. Veeder, Barrister QC (Royaume-Uni)
- 10 heures 25 : **Pause café**
- 10 heures 45 : **Débat**
- 11 heures 45 : **Point de vue : *L'apport de l'arbitrage à l'harmonisation internationale des règles de procédure civile***
par M. Konstantinos D. Kerameus, Professeur à l'Université d'Athènes (Grèce)
- 12 heures 05 : **Débat**
- 12 heures 35 : **Déjeuner**

Après-midi – 14 heures

Sous la présidence
de M. Federico Carpi
Professeur à l'Université de Bologne
Secrétaire général de l'Association internationale de droit judiciaire (Italie)

- 14 heures 15 : **9^{ème} rapport général : *Le juge d'appui***
par M. Dominique Hascher, Conseiller à la Cour de cassation (France)
- 14 heures 45 : **10^{ème} rapport général : *Les mesures provisoires et l'arbitrage***
par M. François Knoepfler, Professeur à l'Université de Neufchatel (Suisse)
- 15 heures 15 : **Débat**
- 16 heures 15 : **Pause café**
- 16 heures 45 : **Evocation du professeur Philippe Fouchard**
par M. Eric Loquin, Professeur à l'Université de Bourgogne, doyen honoraire de la Faculté de droit, directeur du CREDIMI, vice-président de l'Université de Bourgogne (France) et
Thomas Clay, Professeur à l'Université de Versailles – Saint-Quentin, vice-doyen de la Faculté de droit et de science politique, Membre du Centre de Recherche sur la Justice et le Procès
- 17 heures 15 : **Clôture de la journée dijonnaise**
par Georges Bolard, Professeur à l'Université de Bourgogne
- 17 heures 30 : **Allocutions de clôture du congrès**
par M. Marc Guillaume, Directeur des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice (France), M. Loïc Cadiet, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I, membre de l'Institut Universitaire de France, directeur du Centre de recherche sur la justice et le procès et M. Marcel Storme, Président de l'Association internationale de droit judiciaire
- 18 heures : **Fin du congrès**
20 heures : **Dîner de clôture**

**IV Congreso del CBAR
« En homenaje a Philippe Fouchard »**

El IV Congreso Internacional del “Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)” se hará en homenaje al profesor Phillippe Fouchard, fallecido en enero de 2004. Phillippe Fouchard fué seguramente uno de los principales incentivadores en la creación de este comité y trajo todo su soporte y prestigio en la realización de los Congresos de esta institución, habiendo incluso participado de todas sus ediciones. De esta forma, el tema elegido para este año no podría representar mejor las preocupaciones del profesor Fouchard con la evolución del arbitraje en Brasil: Arbitraje y Poder Judicial. La necesaria colaboración entre el Arbitro y el Juez es el principal desafío para el eficaz desarrollo del arbitraje en Brasil.

ARBITRAJE Y PODER JUDICIAL

Fecha : 15 y 16 de septiembre del 2004
Dirección : Hotel Blue Tree Towers
Av. Sete de Setembro, 5190
Curitiba, Brasil

Martes 14 de septiembre del 2004

16:00 – 19:00 Inscripción y entrega del material

Miércoles 15 de septiembre

7:30 – 8:00 Inscripción y entrega del material

8:00 – 8:30

Apertura del Congreso

João Bosco Lee (Presidente del Comitê Brasileiro de Arbitragem)
Manoel Antonio de Oliveira Franco (Presidente del OAB/PR –
Colegio de Abogados del Estado del Parana)

Eduardo Silva Romero (Secretario General Adjunto, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI)

Marcos Paulo de Almeida Salles (Presidente del Centro de Arbitraje y de Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canada)

Cássio Taniguchi (Alcade de la ciudad de Curitiba)

8:30 – 9:30

Conferencias de apertura

Presidencia: Juez Oto Luiz Sponholz (Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná)

El Tribunal Federal Supremo y el Arbitraje

Eros Grau (Ministro del Tribunal Federal Supremo- STF)

La Corte de Casación y el Arbitraje

Jean-Pierre Ancel (Presidente de la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa)

9:30 – 10:00

Receso

10 :00 – 11 :30

El Arbitraje y el Poder Judicial: Colaboración y Convergencias

Presidencia: Mauricio Gomm Ferreira Dos Santos (Socio, Gomm Santos Advogados Associados - Brasil)

Ponente : Fátima Nancy Andrighi (Ministra del Tribunal Superior de Justicia - STJ)

Ponente: Juez Sidney Benetti (Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo)

El Arbitraje frente al Poder Judicial: el punto de vista del árbitro

Ponente: Pedro Batista Martins (Abogado, consultante de Barbosa, Müssnich y Aragão, miembro de la Comisión sobre la Ley de Arbitraje - Brasil)

Interviniente: Jingzhou Tao (Socio, Coudert Brothers- China)

11 :30 – 12 :00

Debate

12 :00 - 14:00

Comida

14 :00-15:30

Poder Judicial y Acuerdo de Arbitraje

Presidente: Juez Munir Karam (Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná)

El control de la validez del acuerdo de arbitraje: el efecto negativo de la «competencia-competencia »

Ponente: Bertrand Ancel (Profesor en la Universidad París II)

Interviniente: Antonio Carlos Marcato (Profesor en la USP- Universidad de San Pablo, Juez jubilado del TJ/SP)

Intervenido: Donald Francis Donovan (Debevoise & Plimpton New York – Estados Unidos)

Anti-suit Injunctions

Ponente: José Astigarraga (Socio, Astigarraga Davis – Estados Unidos)

Interviniente: Clávio Valença Filho (Socio, Valença, Cordeiro y Accioly Advogados - Brasil)

15 :30 - 16:00

Debate

16 :00 - 16:30

Receso

16:30 – 17 :30

Mesa Redonda organizada por Young Arbitration Practitioners

El cuarto árbitro: ¿de secretario a árbitro?

Presidencia: Louis Degos (Socio, Moreau Avocats- Secretario General del Comité Francés de Arbitraje - Francia)

Eduardo Silva Romero (Secretario General Adjunto, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI - Colombia),

Eduardo Damião Gonçalves (Socio, Carvalho de Freitas e Ferreira Advogados - Brasil),

Philippe Pinsole (Socio, Shearman & Sterling Paris - Francia),

Robert Volterra (Herbert Smith Londres - Canada),

Anne-Véronique Schlaepfer (Socia Schellenberg Wittmer - Suiza),

Stefan Kröll (Profesor en la Universidad de Cologne - Alemania)

17:30 - 18:00

Debate

20 :30

Cena ofrecida por la Cámara de Comercio Brasil-Canada en conmemoración del 25º Cumpleaños de su Centro de Arbitraje y Mediación

Jueves 16 de septiembre del 2004

9:00 - 10:30

El árbitro y el juez

Presidente: José Geminiano Acioli Jurema (Vice-Presidente de la Confederación de las Asociaciones Comerciales de Brasil - CACB)

De la función jurisdiccional del árbitro y del juez

Ponente : Gilberto Giusti (Sócio, Pinheiro Neto Advogados - Brasil)

Interviniente: Fernando Aguilar (Socio, Marval, O'Farrel & Mairal – Argentina)

Del contrato del árbitro: el árbitro, un prestador de servicios

Ponente: Marc Henry (Socio, Lovells - Francia)

Interviniente: Selma Lemes (Socia, Selma Lemes Advogados, miembro de la Comisión sobre la Ley de Arbitraje - Brasil)

10:30 – 11:00

Debate

11:00 - 11:15

Receso

11:15 - 12:15

Del Procedimiento Arbitral y de la Asistencia del juez: el asunto de las medidas provisionales

Presidencia: Adriana Braghetta (Abogada, Trench, Rossi & Watanabe Advogados - Brasil)

Ponente: Carlos Alberto Carmona (Profesor en la USP, Presidente del Instituto Brasileño de derecho procesal - IBDP)

Interviniente: Laurent Jaeger (Socio, Latham & Watkins - Francia)
Interviniente: Felipe Ossa (Abogado, Freshfields Bruckhaus
Deringer Paris - Chile)

12:15 - 12:35

Debate

12:35 - 14:30

Comida

14:30 - 15:30

Control Judicial del Laudo Arbitral

Presidencia : Marcos Paulo de Almeida Salles (Presidente del
Centro de Arbitraje y de Mediación de la Cámara de Comercio
Brasil-Canada)

Ponente: Albert Jan van den Berg (Socio, Hanotiau & van den Berg
– Holanda)

Interviniente: Eduardo Grebler (Socio, Grebler, Pinheiro, Mourão e
Raso Advogados - Brasil)

Interviniente: Jacques Pellerin (*Avoué*, SCP Duboscq-Pellerin –
França)

15:30 - 15:50

Debate

15:50 - 16:20

Receso

16:20 - 17:00

Ética: un imperativo para los árbitros y los jueces

Presidencia: Roberto Parqualin (Demarest & Almeida Advogados)

Ponente: Roberto Portugal Bacellar (Juez de Derecho titular de los
Tribunales Especiales Civiles y Criminales de Curitiba)

Ponente: José Carlos de Magalhães (Socio, José Carlos de
Magalhães e Advogados Associados, Profesor al USP - Brasil)

17:00 - 17 :20

Debate

17:20 - 17:50

Conferencia de Clausura

Presidencia: Carlos Nehring Netto (Socio, Nehring Asociados -
Advocacia, miembro de la LCIA-*London Court of International
Arbitration* y del ICCA-*International Council of Commercial
Arbitration* - Brasil)

Ponente : Robert Briner (Presidente de la Corte Internacional de
Arbitraje de la CCI)

17:50 – 18:10

Síntesis

João Bosco Lee (Presidente del Comité Brasileño de Arbitraje)

III Encuentro de las Américas
para la
Resolución Pacífica de Conflictos

**CONVERSANDO ABRIMOS
NUEVOS MUNDOS**

22 al 24 de septiembre de 2004

Hotel O'Higgins, Viña del Mar, Chile

PROGRAMA

Miércoles 22 de septiembre	
9.00 a 14.00 Hrs.	Acreditación de participantes
16.00 a 17.00 Hrs.	Ceremonia de inauguración
17.00 a 17.30 Hrs.	Café
17.30 a 19.00 Hrs.	Clase Magistral
19.00 a 21.00 Hrs.	Cóctel de bienvenida
Jueves 23 de septiembre	
	Desarrollo simultáneo de los siguientes paneles de discusión:
9.00 a 11.00 Hrs.	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Familiar (1)• Justicia Restaurativa (Mediación Penal)
11.00 a 11.30 Hrs.	Café
	Presentación de ponencias en mesas de trabajo simultáneas sobre:
11.30 a 13.30 Hrs.	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Familiar (1)• Justicia Restaurativa (Mediación Penal)
13.00 a 15.00 Hrs.	Libre
15.00 a 17.00 Hrs.	Desarrollo simultáneo de los

	siguientes paneles de discusión:
	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Familiar (2)• Educación por la Paz.
17.00 a 17.30 Hrs.	Café
	Presentación de ponencias en mesas de trabajo simultáneas sobre:
17.30 a 19.30 Hrs.	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Familiar (2)• Educación por la Paz.
20.00 a 22.00 Hrs.	Cena de camaradería
Viernes 24 de septiembre	
	Desarrollo simultáneo de los siguientes paneles de discusión:
9.00 a 11.00 Hrs.	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Político-Social.• Formación de pacificadores.
11.00 a 11.30 Hrs.	Café
	Presentación de ponencias en mesas de trabajo simultáneas sobre:
11.30 a 13.00 Hrs.	<ul style="list-style-type: none">• Mediación Político-Social.• Formación de pacificadores.
13.00 a 15.00 Hrs.	Libre
15.00 a 16.30 Hrs.	Conferencia de Clausura
16.30 a 17.00 Hrs.	Café
17.00 a 18.30 Hrs.	Conclusiones y cierre de III Encuentro.

Objetivos

1. Difundir y dar a conocer los distintos ámbitos de aplicación de la mediación en Chile y otros países de las Américas, en sus variadas aproximaciones: legislación, proyectos, experiencias, entre otras.
2. Generar un espacio de encuentro para compartir experiencias sobre la práctica de la mediación en nuestros países, que permita potenciar y fortalecer las acciones ya emprendidas, como asimismo propiciar la realización de iniciativas conjuntas en el ámbito nacional e internacional.
3. Promover el diseño e implementación de políticas públicas, proyectos y programas en el ámbito nacional y/o local, destinados a instalar una forma pacífica y directa de resolución de conflictos a través de la mediación.
4. Promover la investigación académica de los paradigmas, valores y estrategias del proceso de mediación, así como el estudio y seguimiento de los resultados de experiencias de mediación en el ámbito nacional y/o local.

Destinatarios

El Encuentro está destinado a mediadores, profesionales, académicos, directivos de organizaciones públicas y privadas, estudiantes universitarios y, en general, a todo público interesado en mejorar nuestras formas de resolver los conflictos en pro de una convivencia social sana.

Ejes Temáticos

Mediación Familiar, Justicia Restaurativa (Mediación Penal), Educación para la Paz (Mediación Escolar), Mediación Política-social y Formación de Pacificadores.

REVISTA LATINOAMERICANA DE MEDIACION Y ARBITRJE

Formato de Publicación

- Lenguaje: Inglés, Francés, Español
- Fondo: Times New Roman 11
- Espacios: Espacio sencillo
- Notas a pie de página no notas finales
- No se usa el Bloq. Mayus
- Formato: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Párrafos: Todos los párrafos deben ser numerados continuamente
- Todos los manuscritos serán recibidos por el Comité Editorial.

correo a: graham@med-arb.net

Publication Format Guidelines

- Language: English, French, Spanish
- Font: Times New Roman 11
- Spacing: Single lined
- Footnotes and no endnotes
- No caps lock
- File format: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Paragraphs: All the paragraphs must be numbered continuously.
- All the manuscripts will be reviewed by the Editorial Board.

Contributions have to be sent to: graham@med-arb.net

www.med-arb.net