

El Convenio Arbitral: Su Eficacia Obligatoria

Autor: Marco de Benito Llopis-Llobart.

Editorial: Thomson Reuters, Madrid,
2010, 259 páginas.

En esta magnífica monografía sobre el convenio arbitral, el Dr. Marco DE BENITO consigue, en poco más de doscientas cincuenta páginas, delinear con claridad una de las instituciones jurídicas que más injustamente ve reconocidas su utilidad y su aportación al sistema de resolución de conflictos en nuestra sociedad. En palabras de Juan FERNÁNDEZ-ARRESTO, a cargo del prólogo de la obra, “el convenio arbitral es en el mundo del Derecho lo que más se acerca a la magia”. En efecto, resulta asombroso constatar, siquiera pararse a pensar, cómo un “sencillo” negocio jurídico, fruto del concurso de la voluntad de las partes, es capaz de sustraer parte del poder decisorio reconocido a los tribunales judiciales estatales. Una vez que las partes deciden incorporar dicho convenio mediante cláusula contractual o mediante acuerdo independiente, expresando así su voluntad “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”, surge una especial vinculación jurídica entre ellas, que se concreta en los llama-

dos efectos positivo y negativo del convenio arbitral, como veremos más adelante.

Pasando ahora a un ámbito más subjetivo, todo escrito, en mayor o menor medida, lleva inescindiblemente impresa la huella de su autor. La precisión de los términos jurídicos empleados, el rigor con que se aborda los distintos conflictos, la actualización de los temas y los argumentos esgrimidos, entre otros aspectos, acusan la trayectoria profesional del autor como abogado en ejercicio. Pero al mismo tiempo, el carácter ordenado, sistemático e investigador de su discurso revela su condición de Doctor en Derecho y profesor de Derecho Procesal. Por todo ello, esta tesis doctoral, defendida el 17 de marzo de 2010 en la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, y que alcanzó la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad del Tribunal, consigue aunar dos metas codiciadas al saber transmitir de forma efectiva y cercana un conocimiento minucioso y de alta calidad.

Con carácter general, destacan la claridad y precisión con que se abordan las dos cuestiones fundamentales de la obra: naturaleza jurídica y contenido (efectos positivo y negativo) del convenio arbitral. Concretamente, el contenido de la monografía se encuentra perfectamente estructurado, siguiendo el orden lógico de los temas recién indicados. En primer lugar, la introducción nos ilustra acerca del objeto, método y plan seguidos a lo

¹ Artículo 9.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961.

largo del escrito y nos ofrece ya las herramientas terminológicas necesarias para familiarizarnos con el ámbito del arbitraje y empezar a desenvolvernos con cierta comodidad. Siguiendo con la exposición, la primera parte cuenta con un único capítulo relativo al concepto y la naturaleza jurídica del convenio arbitral; la segunda parte, en los cuatro capítulos de que se compone, trata sobre el efecto positivo del convenio arbitral y desarrolla cuestiones como la eficacia obligatoria del convenio y el contenido y alcance de la obligación compromisoria; y la tercera parte, acerca del efecto negativo, profundiza en el instrumento de la declinatoria y en el alcance de la cognición judicial. Finalmente, es de elogiar y agradecer el esfuerzo de síntesis que realiza el autor al condensar el amplio estudio realizado en apenas dieciséis conclusiones que cierran de forma rotunda y magistral el razonamiento discursivo.

A continuación, comentaremos cada uno de los apartados en que se divide el escrito, resaltando los aspectos más importantes, para concluir finalmente con una apreciación global de la obra.

Introduce el Dr. DE BENITO su tesis rindiendo homenaje al objeto de la misma, confesándonos la convicción que sustenta todo su trabajo: “la de ser el convenio arbitral la piedra angular de todo el edificio del Derecho arbitral”. Además, acusa el escaso estudio monográfico actual, y la consiguiente ausencia de *communis opinio*, acerca de las dos cuestiones fundamentales planteadas: el contenido (efectos positivo y negativo) y la naturaleza jurídica (contractual o jurisdiccional) del convenio arbitral. Acierta el

autor al delimitar en primera instancia el tema de la monografía: el contenido exclusivamente obligacional (por tanto, no el alcance concursal) y los efectos inter partes (no los que afectan a terceros) del arbitraje comercial, tanto interno como internacional. El desarrollo de su explicación sigue el método inductivo-deductivo, basado en la observación y análisis, y se nutre, “en los límites de unas breves incursiones”, de la teoría general del Derecho, sobre todo en las vertientes procesal, civil, mercantil e internacional privada. En este sentido, merece aplauso la fundamentación y el apoyo en la teoría general del Derecho sin caer en la remisión abusiva que caracteriza a parte de la doctrina y que no ha ayudado, como señalábamos más arriba, a delimitar con claridad el contenido propio y la naturaleza del convenio arbitral. Finaliza este apartado con un estudio sobre las acepciones de “convenio arbitral”, “cláusula arbitral” y “compromiso” que, “sin ánimo de exhaustividad”, consigue ser profundo y enriquecedor.

Empezamos ahora la **primera parte** de la monografía, que lleva por título “Concepto y Naturaleza Jurídica” y cuyo contenido se concreta en un único capítulo. Comienza éste con una breve referencia al concepto de convenio arbitral, destacando la acepción propuesta por ALCALÁ-ZAMORA: “acuerdo para la heterocomposición privada de los conflictos jurídicos”. Ya lo aventuraba el profesor DE BENITO en un principio: la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del convenio arbitral es una de las más discutidas entre la doctrina, que se encuentra dividida entre aquel sector

que defiende el origen jurisdiccional del convenio arbitral y, por el contrario, aquellos que ponen el acento en el origen contractual. Por ello, consciente de lo delicado de dicho conflicto, el autor va construyendo ordenada y sistemáticamente los argumentos jurídicos que le permiten afirmar, de forma impecable, la naturaleza contractual, no formal, separable (presupuesto del principio de auto-competencia de los árbitros o *competence-competence*) y no sinalagmática (lo cual posibilita la existencia del pacto compromisorio asimétrico) del convenio arbitral. También destaca el autor la pertinencia de englobar el convenio arbitral dentro de la categoría de contratos procesales, a pesar de no existir una regulación estatal específica al respecto, pues es sin lugar a dudas productor de efectos procesales, si bien de forma indirecta o mediata (al estar supeditados al advenimiento de un evento incierto, como es la incoación del litigio). El punto y aparte de este primer acercamiento lo pone una idea bastante aproximada acerca de la verdadera esencia del arbitraje: “el arbitraje parece mantener siempre como un amago de impugnación sobre cada uno de esos tres monopolios estatales [funciones declarativa, normativa y ejecutiva]. En ello radica precisamente el gran reto que nos propone”.

Con la **segunda parte** iniciamos el recorrido por el contenido del convenio arbitral, centrándonos en el llamado “efecto positivo”. En primer lugar, el capítulo II (de la “eficacia obligatoria del convenio arbitral”) se consagra, posiblemente, como el código fuente del razonamiento del autor. Parte éste de la dico-

tomía doctrinal en materia de eficacia del convenio arbitral: por un lado, la sección tradicional o material, mayoritaria en la actualidad, según la cual del convenio arbitral se sucede una auténtica obligación *inter partes* de abstenerse de acudir a la jurisdicción estatal de los tribunales en caso de conflicto y una serie de obligaciones positivas derivadas, entre otros, del artículo 1258 del Código Civil (en adelante, Cc); por otro lado, la sección germánica o formal, partidaria de una eficacia dispositiva (y no obligatoria) derivada del convenio arbitral, pues las únicas obligaciones que surgen son las de los árbitros de dictar el laudo y la de las partes de pagar las costas, obligaciones por tanto entre árbitros y partes y no *inter partes*. Continúa el análisis con una muy acertada referencia a la STS de 12 enero 2009 o “Caso USA Sogo”: resulta inmensamente esclarecedora y pionera, recopila las tendencias doctrinales e inicia una línea jurisprudencial clave en cuanto a la naturaleza y alcance de los efectos del convenio. Tras ello, al afirmarse el profesor como seguidor de la sección tradicional o material, las “piezas” de toda su argumentación van encajando una tras otra, como va apreciando el lector a medida que avanza. Se siente así uno en presencia de un razonamiento sólido y bien fundado. En este sentido, algunas consecuencias importantes de la concepción material son: la distinción entre una relación jurídica material entre los compromitentes, en la fase estática, y una situación jurídica procesal entre las partes en litigio, tras la *notitia litis* o requerimiento que da comienzo a la fase dinámica; la existencia de dere-

chos y obligaciones en la primera fase, y cargas y facultades después; la posible subsistencia del compromiso arbitral incluso después de interpuesta una demanda arbitral... Finalmente, es menester destacar una valiosa doble apreciación del autor a raíz del Anteproyecto de Ley de Reforma, de 19 febrero 2010, de la LA: por un lado, censura la supresión en el Anteproyecto de la obligatoriedad de cumplir lo estipulado por las partes, en clara contradicción con la tesis material; por otro lado, augura un posible resurgir *praeter legem* de la figura del arbitraje impropio, irritual o informal, sobre la base de la libertad de pactos del artículo 1255 Cc, complementado mediante la brillante y muy significativa incorporación de la “encendida defensa de la libertad de pactos” de ALONSO MARTÍNEZ.

Por su parte, el capítulo III, relativo al contenido de la obligación compromisoria, tras recordar los conceptos de carga y facultad en nuestro Derecho Procesal, ofrece un pequeño adelanto de la figura de la declinatoria como facultad material en que se concreta el derecho a rehusar la vía de la jurisdicción estatal.

A continuación, el capítulo IV nos presenta la obligación compromisoria como un auténtico precepto jurídico. He aquí uno de los aspectos más increíbles del convenio arbitral: además de producir efectos procesales, el compromiso crea una auténtica regla de conducta, un deber cualificado de lealtad y buena fe, y surge así un tipo jurídico “consistente en la obligación de cada parte de conducirse de modo que el método elegido de resolución de conflictos (el arbitraje pactado)

sea observado del modo más exacto y efectivo posible”. Para terminar, el autor destaca cinco reglas básicas para la interpretación del convenio: la voluntad real de las partes, la interpretación efectiva o eficiente, la buena fe, el contexto o usos aplicables y el canon de la totalidad.

Cierra esta segunda parte el capítulo V con el tratamiento de la indemnización de daños por incumplimiento del convenio arbitral. Tras recordar que es patrimonial toda obligación susceptible de ser ejecutada forzosamente contra el patrimonio del deudor, independientemente de la naturaleza del programa prestacional, y tomando como base la concepción material del convenio arbitral, afirma el profesor DE BENITO que la obligación compromisoria es plenamente patrimonial (no así desde el punto de vista formal, donde sólo se aprecia una obligación imperfecta que no genera ningún tipo de responsabilidad). Por consiguiente, serían exigibles no sólo los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sino también las costas procesales y “todos los gastos legales necesarios para llegar a la exclusión de los tribunales estatales”, objeto de compensación mediante acción resarcitoria autónoma.

Para finalizar, la **tercera parte** de la obra aborda el efecto negativo del convenio arbitral, a modo de obligación de abstenerse de acudir a la jurisdicción estatal de los tribunales una vez suscrito el pacto compromisorio. El capítulo VI ofrece un tratamiento riguroso de la evolución histórica de la figura de la declinatoria en nuestra legislación procesal y arbitral, y la describe como previa y radicalmente separada del fondo del asunto,

cuya pretensión última es simplemente “situar un asunto litigioso ante el tribunal al que le corresponde conocer” (DE LA OLIVA). Sigue el Dr. DE BENITO con un hondo análisis del tribunal competente, plazo y sustanciación de la interposición de la declinatoria, así como de las costas, efectos, recursos y efectos de la falta de alegación del efecto negativo.

El séptimo y último capítulo se adentra en una de las cuestiones más controvertidas en la materia que nos ocupa: el alcance de la cognición judicial sobre el convenio arbitral. El principal problema que plantea el autor es el alcance de dicha cognición y, sobre todo, la colisión entre la competencia, directa o indirecta, del juez cuando se encuentra ante un convenio arbitral y la de los árbitros: “¿a quién corresponde la decisión, y qué criterios deben informarla?”. En este sentido, tras analizar en detalle la jurisprudencia española, ante el silencio de la LA, el autor reconoce que el Derecho español sigue en esencia el llamado modelo de cognición plena (o de interpretación restrictiva del principio de la autocompetencia de los árbitros para juzgar la validez del convenio que justifique su actuación), en contraposición al modelo de cognición limitada (o de interpretación extensiva), pues entiende el Tribunal Supremo que para poder estimar la declinatoria, necesariamente debe analizarse la validez o no del convenio arbitral, con independencia de una ulterior revisión en base a un recurso de anulación contra el laudo arbitral. Sin embargo, el profesor DE BENITO va un paso adelante y plantea la cuestión de si sería posible aplicar otro modelo en

nuestro Derecho, fundamentando la respuesta afirmativa sobre todo en el Convenio de Ginebra². Finaliza con la aserción de que debe tenerse en cuenta el sistema de recursos a la hora de limitar la cognición judicial y, respecto de los efectos de la revisión judicial, que “la decisión de la declinatoria pasa en autoridad de cosa juzgada cuando es desestimatoria, e *incidenter tantum* cuando es estimatoria”.

A la luz de lo ya expuesto, ¿sería posible reducir el espíritu de esta monografía a su mínima expresión, a su núcleo esencial? Intentémoslo, aventurémonos a decir que sí. La razón de ser de esta gran obra no es sino acotar la vida del convenio arbitral, esto es, el entorno vital en que nace, se desarrolla, despliega efectos y persiste esta singular institución.

Como puede fácilmente apreciarse, nos encontramos ante una figura, sorprendente e injustamente poco “explorada”. A pesar de sus orígenes, en íntima conexión con la propia naturaleza humana y las formas más primitivas de resolución de conflictos, lo cierto es que la institución del arbitraje todavía hoy despierta un verdadero recelo entre la sociedad. Una buena referencia al respecto corre por cuenta del ya parafraseado FERNÁNDEZ-ARMESTO, que en una entrevista concedida al Diario Expansión (25 abril 2007), afirmó que “uno de los pasatiempos favoritos de los españoles es poner en duda las decisiones de los árbitros, en todos los sentidos, hasta en el fútbol”. Sin embargo, pese a esta generalizada indiferencia, o incluso desconfianza, datos recientes indican que poco a poco aumenta la incorpora-

ción de cláusulas de arbitraje en diversos negocios jurídicos. En efecto, según la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE) entre 2006 y 2007 hubo un total de 70.000 contratos de alquiler sometidos a este método de mediación. Así, el arbitraje se presenta no sólo como una adecuada vía de resolución de conflictos, destacable por su franca orientación a la equidad, sino incluso como una vía de fomento de determinados negocios jurídicos (según Secretario General de AEADE, Javier Íscar de Hoyos, “el arbitraje de AEADE es una herramienta óptima para dinamizar el mercado del alquiler”, pues ofreciendo seguridad y garantía a los propietarios reduce la conflictividad del alquiler). Por su parte, la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación (ACAM) considera que “con el arbitraje se reduciría en un cincuenta por ciento el atasco de los juzgados”. Sin ir más

lejos, el Director General de ésta última nos ilustra afirmando, a modo de ejemplo, que “una disputa civil por un impago de 60.000 euros en vía judicial supondría un coste no inferior a los 10.000 euros, y al menos dos años de litigios, mientras que con el arbitraje no pasaría de los tres meses y supondría la mitad del coste para la parte incumplidora”.

En definitiva, y a modo de conclusión, con su tesis doctoral, el profesor DE BENITO ha sabido conjugar de manera sobresaliente claridad y rigor, desvelando la institución del arbitraje como lo que verdaderamente es: un recurso de enorme utilidad y valor, una realidad expectante y al alcance de todos.

María Megías Falcón
Alumna Colaboradora
Área de Derecho Procesal
Dpto. Disciplinas Comunes
Universidad Pontificia Comillas