

Coordinadores
Carlos Alberto Soto Coaguila
Delia Revoredo Marsano de Mur

ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a
Bernardo Cremades e Yves Derains

TOMO II



ARBITRAJE INTERNACIONAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a

BERNARDO CREMADES E YVES DERAÏNS

ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Libro Homenaje a
BERNARDO CREMADES E YVES DERAINS

Tomo II

Coordinadores

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DELIA REVOREDO MARSANO DE MUR

Asistentes

ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO
PABLO SEGUNDO ESTEBAN TELLO
VIKY LIZETH COBA MACEDO
MAGDA CASTILLO NUÑEZ

INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE
LIMA - 2013

ARBITRAJE INTERNACIONAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

LIBRO HOMENAJE A BERNARDO CREMADES E YVES DERAINS

Tomo II

Primera edición, marzo de 2013

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA EDITORIAL.

© Copyright 2013 : Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Av. San Felipe N° 540, Dpto. 1503
Jesús María - Lima - Perú
Telf. (511) 461-6533 / 461-6530
informes@peruarbitraje.org
www.peruarbitraje.org

© Copyright 2013 : Carlos Alberto Soto Coaguila
© Copyright 2013 : Delia Revoredo Marsano de Mur

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Telf. (511) 531-4658
grandez@grandezgraficos.com
www.grandezgraficos.com

DIAGRAMACIÓN Y PORTADA:
Alan Omar Bejarano Nóblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-04748

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

COLABORADORES

Alemania

Fabian von Schlabrendorff

Argentina

Diego Brian Gosis

Julio César Rivera

Bélgica

Bernard Hanotiau

Bolivia

Fernando Aguirre B.

Brasil

Arnoldo Wald

Gilberto Giusti

Ricardo Dalmaso Marques

Renato Stephan Grion

Canadá

Henri Álvarez

Mónica Jiménez González

Chile

Alejandro Romero Seguel

Colombia

Daniel Posse Velásquez

Pedro Miguel Álvarez Giraldo

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Costa Rica

Luis A. Guillen Downing

Cuba

Narciso A. Cobo Roura

Ecuador

Roberto Illingworth

EE. UU.

Andrés Rigo Sureda

Arif Hyder Ali

Henry Guy Burnett

Cristina Ferraro

Bernardo M. Cremades, Jr.

Alejandro I. Cremades

Daniel E. González

María Eugenia Ramírez

Daniel E. Vielleville

J. Eloy Anzola

William K. Slate II

Luis M. Martínez

Mauricio Gomm Santos

Quinn Smith

Silvia Marchili

El Salvador

Salvador E. Anaya Barraza

España

Álvaro López De Argumedo
Juliana De Ureña
Antonio María Lorca Navarrete
Domingo Bello Janeiro
Faustino Cordón Moreno
Javier Díez-Hochleitner
Iván Heredia Cervantes
Jesús Remón
Jose Fernando Merino Merchán
José María Alcántara González
Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor
Juan Carlos Calvo Corbella
Juan Fernández-Armesto
Julio González-Soria
María Marcos González
Montserrat Guzmán Peces
Pilar Perales Viscasillas
José Carlos Fernández Rozas

Francia

Alexis Mourre
Eliseo Castineira
Emmanuel Gaillard
Fernando Mantilla-Serrano
Philippe Pinsolle
Francisco Victoria-Andreu
José-Manuel García Represa
Ana Carolina Simões E Silva
José Rosell
María Beatriz Burghetto

Guatemala

Álvaro Castellanos Howell

Inglaterra

Martin Hunter
Javier García Olmedo

Italia

Antonio Crivellaro
Giorgio Bernini

México

Carlos Loperena Ruiz
Francisco González De Cossío
Fernando Estavillo Castro
Hernany Veytia
Leonel Pereznieto Castro
Claus von Wobeser

Panamá

Margie-Lys Jaime Ramírez
Tomás H. Herrera D.

Perú

Carlos Alberto Soto Coaguila
Cecilia O'Neill De La Fuente
Felipe Osterling Parodi
Alfonso Rebaza González
Fernando De Trazegnies Granda
Jaime Dupuy Ortiz De Zevallos
Julio César Guzmán Galindo
Natale Amprimo Plá
Delia Revoredo Marsano de Mur

Portugal

José Miguel Júdice

Suiza

Anne Véronique Schlaepfer
Anne-Carole Cremades
Xavier Favre-Bulle
Edgardo Muñoz

Ucrania

Olena S. Perepelynska

Uruguay

Ricardo Olivera García
Alejandro Santi Estefan
Paul F. Arrighi

Venezuela

Andrés A. Mezgravis
Yaritza Pérez Pacheco
Elizabeth Méndez Salom

La paradoja de la compensación en el arbitraje internacional

ALEXIS MOURRE (*) (**)

Los ilustres árbitros YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, que están siendo homenajeados en esta obra siempre han defendido la idea de que el arbitraje es un sistema de administración de justicia en el cual se aplican plenamente las garantías fundamentales del proceso equitativo, por tanto nos parece oportuno y acertado dedicar en su honor el presente estudio.

De la misma manera que el teorema de PIERRE DE FERMAT en matemáticas, el problema de las excepciones de compensación en el arbitraje ha resistido hasta ahora todas las tentativas de resolverlo de una vez por todas. Ciertos postulados se deben enunciar desde el principio para entender correctamente la problemática planteada. Primero, la compensación es una excepción estatutaria al conjunto o a una parte de una demanda por una suma de dinero. Segundo, esta excepción se basa en una demanda en dinero, que a su vez es formulada por el demandado contra el demandante, la cual puede estar vinculada o no a la misma relación contractual de la demanda principal. Tercero, la demanda en dinero puede ser líquida o no. En el último caso, para obtener

(*) Abogado en París, miembro de la Law Society (Foreign Lawyer) de Londres. Especialista internacionalmente reconocido en Derecho del Arbitraje Internacional y del contencioso internacional. Se ha desempeñado como asesor de las partes, presidente del tribunal arbitral, co-árbitro, árbitro único o experto en más de 150 procesos de arbitraje internacional, ad hoc o en el marco de las más importantes instituciones arbitrales. Es vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vicepresidente senior del Comité de Arbitraje de la IBA, es miembro del Consejo del Instituto de Derecho Internacional de los Negocios de la Cámara de Comercio Internacional, así como de un gran número de instituciones científicas y profesionales consagradas al arbitraje y al Derecho Internacional Privado. Socio de Castaldi Mourre & Partners, París.

(**) El autor agradece profundamente a M. MICHAEL SCHÖLL por sus valiosos comentarios sobre este artículo. Este artículo es una versión extendida de una ponencia del autor en un coloquio organizado el 26 de marzo de 2007 por la ICC y el *Queen Mary School of Arbitration*.

una compensación, el demandado deberá solicitar al juez o al árbitro que compruebe su existencia y su monto mediante una contrademanda (*cross-claim*) o una demanda reconvenzional¹. Cuarto, la compensación es una manera de extinguir mutuamente ambas obligaciones, enteramente o en parte.

¿Por qué las excepciones de compensación generan un problema especial en arbitraje? Porque el arbitraje se basa en el consentimiento, y la jurisdicción de los árbitros está limitada por el alcance del acuerdo de arbitraje. Evidentemente, si ambas demandas surgen del mismo acuerdo en el que está incluida la cláusula arbitral, no habrá ninguna duda en cuanto a la jurisdicción de los árbitros para ocuparse de la excepción de compensación, pero ¿qué ocurre si tal no es el caso? ¿Qué sucede si el demandado opone una demanda reconvenzional basada en responsabilidad extracontractual? ¿Qué pasa si opone una reconvencción basada en un distinto contrato entre las partes, el cual no contiene ninguna cláusula de arbitraje, o donde se ha insertado una cláusula que refiere el conflicto a un tribunal estatal? Entonces el asunto se convierte en un serio problema de jurisdicción, pues para poder resolver la excepción de compensación, el tribunal arbitral tiene que conocer sobre la contrademanda o la demanda reconvenzional, y en caso de admitir la compensación, extinguiría no solamente la obligación que deriva del contrato donde está incluido el acuerdo de arbitraje, sino también aquella que estaba sometida a otro mecanismo de resolución de conflictos. Es decir, que el tribunal arbitral decidiría, con fuerza de *res judicata*, respecto de una relación legal en la cual no tiene ningún poder de arbitrar, o por lo menos, en relación a la cual el demandante no ha aceptado el arbitraje.

El principio de autonomía de las partes, por tanto, ordena como una cuestión de principio no permitir tales excepciones de compensación cuando estas conducirían al tribunal arbitral a exceder su jurisdicción. Esta es la razón por la cual el artículo 21.3 de las reglas CNUDMI admite que el demandado pueda hacer valer una demanda a efectos de compensación, "*siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas*"². Éste es también el análisis del artículo 3-2 de las Reglas de Arbitraje Internacional del ICDR, que establece

¹ La compensación puede presentarse en el caso de una demanda reconvenzional o de una contrademanda *cross-claim* entre co-demandados. En este artículo, nosotros utilizaremos el término demanda reconvenzional para definir la demanda hecha por el demandado de que el tribunal establezca si el demandante le debe cierta cantidad de dinero. Las contrademandas *cross-claims* son opuestas por el demandado contra un co-demandado. Los problemas son sustancialmente similares en ambas situaciones.

² El Tribunal de Reclamaciones Irán-USA decidió, basándose en el artículo 19.3 de las reglas CNUDMI, antecesor del actual 21.3: "*as far as its jurisdiction is concerned, claims for set-off are generally governed by the same standards as counterclaims*" *Computer Sciences*, 10 Iran-US C.T.R. 269, p. 309.

que las compensaciones se pueden admitir respecto de “cualquier reclamación cubierta por el acuerdo de arbitraje”³. La autonomía de las partes finalmente explica porque el artículo 29 del Concordato Suizo (*Concordat Intercantonal*, que no se aplica para el arbitraje internacional), limita la jurisdicción del tribunal arbitral a las compensaciones basadas en demandas reconventionales que surjan de la misma relación legal, y fuera de estos casos ordena una suspensión del procedimiento⁴.

No obstante, ignorar las excepciones de compensación puede resultar igual de problemático que admitirlas. De hecho, en ciertas jurisdicciones como Francia⁵, la compensación funciona automática y retroactivamente (*ipso iure*), sin necesidad de notificar a la otra parte, y aun menos, de una decisión judicial declarando la extinción de las deudas recíprocas.⁶ Más precisamente, la decisión de la corte será únicamente declaratoria, comprobará y declarará que las dos obligaciones se han extinguido por compensación a una determinada fecha. Si un régimen legal semejante se aplica a ambas obligaciones, admitir la demanda principal sin tomar en cuenta la excepción de compensación pudiera equivaler a demandar el pago de un crédito dinerario que ha dejado legalmente de existir desde hace años. Significaría permitir una acción que de hecho es inadmisibile, al carecer el demandante de cualquier título para actuar.

Además, ignorar las excepciones de compensación es generalmente percibido como algo contrario a los requisitos de la eficiencia procesal y como una anomalía en la administración de justicia. El caso Sofidif demuestra cuan

³ Artículo 3.2 de las reglas ICDR, 2009: “At the time a respondent submits its statement of defense, a respondent may make counterclaims or assert setoffs as to any claim covered by the agreement to arbitrate”.

⁴ Artículo 29 del Concordato Suizo intercantonal: “1) Cuando una de las partes invoque la compensación basándose en una relación de derecho sobre la cual el tribunal arbitral no puede conocer según los términos de la cláusula de arbitraje, y si las partes no convienen en extender el arbitraje a esta relación de derecho, la instancia será suspendida y un plazo suficiente será otorgado a la parte que oponga la excepción, para que pueda hacer valer sus derechos frente a la jurisdicción competente. 2) después de la decisión de la jurisdicción competente, la instancia retomará su curso a petición de una de las partes. 3) Si el tribunal arbitral tiene establecido un plazo para cumplir su misión, este no correrá durante toda la suspensión de la instancia”.

⁵ Artículo 1290 del Código Civil Francés: “La compensación se operará de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, incluso al margen de los deudores; las dos deudas se extinguirán recíprocamente en el instante en que se encuentre que existen a la vez, hasta la concurrencia de sus cuotas respectivas”.

⁶ Otras jurisdicciones que admiten el principio de compensación automática sin necesidad de notificación: Argentina, Bélgica, Brasil, Luxemburgo y Portugal. Los principios Unidroit 2011, por el contrario, mantuvieron la necesidad de hacer una notificación (artículos 8.3 y 8.4); ver sobre el precepto en los Principios 2004, el artículo de KLAUS PETER BERGER “Compensation”, en *Principes Unidroit: Nouvelles évolutions et applications*, Boletín de la Corte de arbitraje internacional de la CCI, suplemento especial 2005, p.26.

inconveniente puede ser la exclusión de las excepciones de compensación: Irán había comenzado un arbitraje CCI en Suiza contra el *Comité Français de l'Energie Atomique* (CEA) para el pago de un préstamo de dos mil millones de US \$ (2.000.000.000). El CEA adquirió posteriormente de Sofidif un crédito de 400.000 US \$ contra Irán, basado en un contrato que preveía un arbitraje CCI en París. Cuando la excepción de compensación fue propuesta por el demandado francés, el tribunal arbitral aplicó el artículo 29 del *Concordat Intercantonal* Suizo, pidió una suspensión del procedimiento, y concedió al demandado un plazo de cinco meses para hacer una solicitud de arbitraje en París, en ausencia de la cual, la excepción de compensación sería desechada⁷. La decisión fue impugnada y anulada por la Corte Cantonal de Ginebra⁸, cuya decisión fue mantenida por el Tribunal Federal Suizo⁹. La anulación de la decisión se fundamentó en el hecho de que los árbitros no verificaron que los requisitos para compensar se encontraban satisfechos según la ley aplicable a la demanda principal (ley iraní), en que la suspensión se debió haber ordenado únicamente hasta la cantidad de la contrademanda, y finalmente, en que los árbitros debieron haber examinado si la demanda principal era conducente en cuanto al fondo, antes de ordenar la suspensión.¹⁰ Otro ejemplo de las dificultades enfrentadas por los árbitros que tienen que resolver excepciones de compensación viene dado por un caso en el cual el arbitraje estaba sometido a las reglas CNUDMI¹¹. Las partes habían entrado en dos acuerdos, el primero relacionado con el suministro de capacidad satelital, y el segundo con el suministro de servicios de telefonía. Solamente el segundo

⁷ CCI, Decisión provisional N° 2, CCI N° 5124 (sin publicar). Uno de los árbitros expresó una opinión disidente, porque la demanda principal y la contrademanda fueron planteadas en diferentes divisas; ver KLAUS PETER BERGER, "Set-Off in International Economic Arbitration", *Arbitration International*, 1999, p. 70.

⁸ 19 de diciembre 1989, *Boletín ASA* 1990, p. 63.

⁹ 17 de mayo 1990, BGE 116 la 154, *Boletín ASA* 1990, p. 286, nota de FRANÇOIS PERRET, p. 293.

¹⁰ El Tribunal Federal Suizo se refirió en su decisión a una suspensión de la sentencia más que a una paralización del procedimiento. Para otra decisión suiza donde la suspensión fue ordenada en razón de una excepción de compensación, ver Corte de Primera Instancia del Canton de Ginebra, 15 de junio de 2006, *Boletín ASA*, 2007, p. 387. La demanda principal quedó pendiente ante la Corte y el demandado opuso una excepción de compensación basada en una reclamación derivada de un contrato que preveía arbitraje en Ginebra. La corte ordenó al demandado iniciar el arbitraje antes de un mes, y decidió que el procedimiento sería suspendido hasta obtener la decisión arbitral. Para una decisión alemana excluyendo la posibilidad de compensación entre una demanda principal frente a una corte del Estado y una demanda reconvenicional sobre la cual se había pactado una cláusula arbitral, ver BGH, 60, 85, 89, citados por Michael Schöll, "Excepciones de compensación en arbitraje internacional". *Criteria for best practice - a Comparative Perspective*, ASA special series N° 26, p. 101.

¹¹ *Econet Satellite Services v. Vee Networks*, sentencia parcial del 20 de marzo de 2006, citada en la decisión de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, 13 de julio de 2006 [2006] EWHC 1664 (Comm).

contrato incluía una cláusula de arbitraje que se refería a las reglas CNUDMI. Una de las partes comenzó el arbitraje demandando el pago de cantidades de dinero debidas en base al segundo acuerdo, ante lo cual el demandado opuso una excepción de compensación basándose en una deuda de dinero que le era debida en razón del primer contrato. El tribunal arbitral decidió que no tenía jurisdicción para determinar la excepción de compensación, puesto que la misma se basaba en una demanda reconvenicional fundada en el primer contrato, y su jurisdicción se limitaba al segundo acuerdo. El tribunal arbitral también se refirió al antiguo artículo 19.3 de las Reglas CNUDMI como exclusión expresa del derecho a invocar la compensación a través de una demanda reconvenicional que surja de un contrato distinto.

Las dificultades legales que rodean la admisibilidad de las excepciones de compensación basadas en demandas que caen fuera del alcance del acuerdo de arbitraje se incrementan por el hecho de que las pocas leyes arbitrales que prevén reglas sobre la compensación no contienen indicaciones acerca de los límites de la jurisdicción del árbitro¹². Por ejemplo la sección 25(2) de la Ley de arbitraje Finlandesa de 1992 dispone solamente que cualquier parte puede, *“durante el curso de los procedimientos arbitrales”, “oponer una contrademanda o una demanda en compensación, a menos que de tal modo, el arbitraje se retrase indebidamente”*, y tal disposición no da ninguna orientación en cuanto a las circunstancias bajo las cuales la compensación sería admisible. La sección 29 de la Ley Sueca de Arbitraje de 1999 va un poco más lejos, al establecer que cuando se opone una excepción de compensación, tal excepción debe *“ser decidida en la misma sentencia que la demanda principal”*. No obstante, no se da ninguna instrucción en cuanto a la admisibilidad de la excepción cuando esta se base en una contrademanda que se encuentre fuera del alcance del acuerdo de arbitraje.

Es por lo tanto comprensible que la práctica arbitral haya buscado maneras de solucionar el difícil problema causado por las demandas de compensación, pues puede resultar absurdo e injusto forzar al demandado a pagar sumas que quizás ni siquiera son debidas. Además, en razón de la complejidad creciente de las relaciones comerciales internacionales, las excepciones de compensación son extremadamente frecuentes en el arbitraje internacional¹³, y suspender el proceso cada vez que se invoca esta excepción ciertamente no es una solución satisfactoria dado que ello favorecería las tácticas dilatorias e iría en contra de las expectativas de las partes que han pactado recurrir al arbitraje internacional.

¹² Ver Michael Schöll, Op. Cit., p. 104.

¹³ Berger considera que las excepciones de compensación son opuestas en aproximadamente el 20% de los arbitrajes internacionales, Op. Cit., p. 19.

Al observar la práctica del arbitraje, vemos que los árbitros generalmente han logrado eludir el problema, al decidir que tienen jurisdicción sobre la contrademanda, en base a los estrechos vínculos o la interrelación existente entre los diversos contratos relacionados con el pleito. Por ejemplo, en el caso 60/1980¹⁴ de la Cámara de Comercio de Sofía, los árbitros tuvieron que hacer frente a la siguiente situación: dos partes habían estipulado dos contratos vinculados: un acuerdo de venta estipulando arbitraje, y un acuerdo de préstamo (el préstamo con la finalidad de financiar la compra contemplada en el contrato de venta), el cual no contenía ninguna cláusula de resolución de conflictos. El prestatario/comprador incumplió el pago del préstamo, y el acreedor le demandó ante una corte alemana en base al acuerdo de préstamo. El deudor rechazó la jurisdicción de la corte en base a la cláusula de arbitraje contenida en el contrato de venta y en el nexo estrecho entre ambos contratos, y el prestamista tuvo entonces que iniciar un arbitraje en Bulgaria. Para operar la compensación de las obligaciones que se presentaban entre los contratos, el tribunal arbitral sostuvo que ambos contratos estaban intrínsecamente conectados. En el caso 5971 CCI, las partes habían entrado en tres diversos acuerdos, un acuerdo de joint-venture y un acuerdo de venta que preveían arbitraje CCI en París, y un acuerdo de *know-how* que preveía arbitraje CCI en Zurich. Para compensar las demandas que surgieron de estos contratos, el tribunal arbitral decidió que compartían un propósito común y estaban íntimamente relacionados: *“la interrelación cercana de los tres acuerdos hace que sea obvio y necesario que las demandas de compensación que surjan de cualquiera de estos tres acuerdos sean oídas y consideradas por este tribunal, en aplicación del antiguo principio ‘el juez de la acción es el juez de la excepción’. Cualquiera otra interpretación sería extremadamente formalista e implicaría denegación de justicia para las partes”*¹⁵.

Esta última decisión es particularmente interesante, pues combina dos aspectos que deberían ser cuidadosamente distinguidos. El primero es si el tribunal arbitral tiene o no jurisdicción respecto de la contrademanda o demanda reconventional sobre la cual se basa la excepción de compensación, por ejemplo en base a la teoría de grupos de contratos. En caso de respuesta afirmativa, no puede haber duda, exceptuando que las partes excluyan convencionalmente la posibilidad de una compensación, lo cual no es infrecuente, en cuanto a la admisibilidad de la excepción de compensación. El segundo aspecto es si, en la ausencia de jurisdicción sobre la contrademanda o la demanda reconventional, la excepción de compensación puede sin embargo ser admitida, y sobre qué base. Desde este punto de vista, la referencia hecha

¹⁴ Sentencia del 1 de octubre de 1980 en *Yearbook Commercial Arbitration* 1987, p. 84.

¹⁵ *Boletín ASA* 1995, p. 728.

por el tribunal arbitral, en el caso 5971 CCI, al principio “El juez de la acción es el juez de la excepción”, es mas bien confusa. De hecho, si el tribunal tiene jurisdicción para las dos, la acción principal y la reconvenicional, no hay ninguna necesidad de recurrir a tal principio, que ha sido configurado por la jurisprudencia francesa para permitir que las cortes del Estado puedan oír los posibles medios de defensa del demandado, cuando su jurisdicción dependa de la naturaleza de la demanda principal (e.g. una demanda contractual). Y si no tiene competencia, dicho principio difícilmente podría aplicarse en el contexto de un arbitraje, donde el poder de los árbitros no deriva directamente de la ley sino del consentimiento de las partes. Tampoco se podría utilizar el concepto de la conexión como base para atraer la demanda reconvenicional hacia la jurisdicción del árbitro para los propósitos de la compensación, tal extensión de la jurisdicción del tribunal arbitral, más allá de los límites del consentimiento de las partes - incluso si se presume - sería incompatible con la naturaleza contractual del arbitraje¹⁶.

Tampoco resulta convincente el intento, hecho por el tribunal CCI en el caso 3540¹⁷, de establecer la compensación como un principio general de la *lex mercatoria*. De hecho, es difícil de entender por qué una institución como la compensación, la cual es aplicada de diferentes maneras por diferentes jurisdicciones (basta con pensar en la diferencia entre la tesis francesa del *ipso iure* y el sistema de la notificación adoptado por los principios Unidroit), se deba considerar parte integrante de la *lex mercatoria*. Puede ser que tal caracterización derive del hecho de que el derecho de compensar ha sido considerado por el tribunal arbitral como una consecuencia del principio general de buena fe¹⁸. De todos modos, el incluir el derecho de compensar en la *lex mercatoria* no soluciona el problema de la jurisdicción de los árbitros para conocer las excepciones de compensación. En la cadena lógica del razonamiento, primero viene la demanda principal, después la contrademanda o la demanda reconvenicional opuesta por el demandado, y finalmente la compensación. No puede haber compensación si ambas demandas no han sido previamente admitidas. Así pues, aquí volvemos de nuevo al problema de origen: ¿puede un árbitro, que esta privado de jurisdicción en la contrademanda o en la demanda reconvenicional, admitir la excepción de compensación?

¹⁶ Vale la pena mencionar que el principio “*le juge de l'action est le juge de l'exception*” generalmente no es aplicado en las controversias internacionales. Por ejemplo, el artículo 6-3 del Reglamento CE 44/2001 limita la admisibilidad de las contrademandas a aquellas que deriven del mismo contrato o del mismo hecho que la demanda principal.

¹⁷ *Yearbook Commercial Arbitration* 1982, p. 124; *Journal du Droit International Clunet* 1981, p. 914, nota YVES DERAÏNS.

¹⁸ KLAUS PETER BERGER, “La compensation”, *Op. Cit.* p. 20.

Una forma fácil de resolver este problema es ciertamente expandir el consentimiento de las partes para permitir a los árbitros conocer sobre cualquier demanda reconvenional a los propósitos de compensación. Esta es la opción asumida por el artículo 21-5 de las reglas suizas de arbitraje internacional, que establecen que: “*el tribunal arbitral tiene jurisdicción para oír una excepción de compensación incluso cuando la relación en la cual se basa esta excepción no está dentro del alcance de la cláusula de arbitraje o es objeto de otro acuerdo de arbitraje o cláusula de elección de jurisdicción*”¹⁹. Como lo ha notado Schöll²⁰, esta previsión no significa que la excepción de compensación deberá ser aceptada sin tomar en cuenta la ley aplicable a ella (es decir, la ley sustantiva aplicable a la demanda y a la demanda reconvenional). Significa que si los requisitos de la ley sustantiva para la compensación se encuentran satisfechos, el tribunal arbitral puede conocer la excepción de compensación incluso si normalmente no tendría jurisdicción para conocer la pretensión del demandado e incluso si las partes convinieron, por lo que se refiere a dichas pretensiones, referirse a otro mecanismo de resolución de conflictos. La preocupación principal que esta disposición podría generar es la de procedimientos paralelos, en caso de que la contrademanda fuera ya el tema de un litigio entre las partes ante otro foro. En tal situación, es probable que las partes tengan que recurrir de nuevo a la vieja solución del *Concordat Intercantonal*, es decir a la suspensión del procedimiento.

Pero ¿qué pasa si no existe dicho consentimiento? que es la hipótesis más probable, pues la regla suiza es inusual y es extremadamente improbable que una disposición similar haya sido incluida en el contrato. La respuesta a tal pregunta se complica por el hecho de que el tratamiento de la institución de la compensación es más bien diverso en cuanto a sus requisitos y en cuanto a sus efectos. Además, puede haber diferentes tipos de compensación en el marco de un mismo sistema legal. La compensación tiene, sin embargo, un propósito similar en todos los sistemas legales, ella sirve para extinguir un crédito de dinero contra otro, sin necesidad de pago. En ambos sistemas, continental y de *common law*, su naturaleza es sustantiva más que procesal²¹. Y puede decirse

¹⁹ Como lo ha señalado Michael Schöll, Op. Cit. p. 108, algunas reglas de cámaras de comercio locales anteriores a las reglas suizas aplicaban normas similares, como las cámaras de comercio de ZÜRICH, BASEL Y TICINO.

²⁰ Op. Cit. p. 108.

²¹ *Conflicts of laws*, Dicey & Morris, 7-031: “*Set-off is of two kinds. It may be a claim of a certain kind which the defendant has against the claimant and which can conveniently be tried together with the claim against the defendant. The question whether a set-off of this kind can be raised in an action is one of procedure for the lex fori. A set-off may, on the other hand, amount to an equity directly attaching to the claim and operate in partial or total extinction thereof; an example is the compensation de plein droit of French law. The question whether a set-off of this kind exists is one of substance for the lex causae, i.e. the law governing the claim which the defendant asserts has been*

que todos los sistemas legales requieren que las dos deudas, para poderse extinguir por compensación, sean igualmente exigibles y cuantificadas, con la consecuencia de que cuando no lo son, la compensación operará desde la decisión de la corte que determine la existencia y la cantidad de ambas deudas (esta situación sería considerada en Francia como una compensación judicial, y en Inglaterra como una compensación de equidad). En otros términos, si la pretensión del demandado debe ser *constituída* por la sentencia (como en el caso de daños) la compensación funcionará desde la decisión del tribunal sobre la reconvencción. Si solamente tiene que ser *constatada* por la decisión (tal como el precio de venta), entonces la compensación funciona retroactivamente, si así lo determina la ley sustantiva aplicable a ambas demandas.

Cuando la demanda de compensación no es líquida, es bastante claro que el tribunal tendrá que cuestionarse sobre su propia competencia respecto de la demanda reconvenccional. Por lo que se refiere a procedimientos ante las cortes estatales, se trata de una pregunta cuya respuesta viene dada por la *lex fori*. Dentro de la Unión Europea, el artículo 6-3 del Reglamento 44/2001 limita la jurisdicción de las cortes a las demandas reconvenccionales que se basen en el mismo contrato o en los mismos hechos que la demanda principal. En los sistemas legales nacionales, la situación puede ser diferente; en Inglaterra por ejemplo, las cortes parecen haber permitido una compensación contractual a pesar de que se haya basado en un contrato que contenía un acuerdo de arbitraje²². En todo caso, el mismo principio no puede aplicarse al

discharged in whole or in part".

²² *Court of appeal, Aecta Refining and Manufacturing Inc. v. Exmar NV* [1994] 1 WLR 1634. Es particularmente interesante la opinión del Juez Hoffman: "For the reasons given by Hirst I.J, I agree that in principle the claims for hire and bunkers in the "Pacifica" arbitration where liquidated claims capable of being set off at common law. The fact that they were disputed on grounds which could not easily be resolved does not in my judgement affect their liquidated nature. But the plaintiff challenges the claim to set-off on another ground, which the judge did not find necessary to decide. It says that to be available as a set-off, a claim must be capable of being litigated in the court in which the set-off is pleaded. This claim, it is said, did not qualify for set-off because the parties had agreed that it should be submitted to the decision of an arbitrator. This is a difficult point on which there is no authority. The answer must be deduced from first principles. For this purpose it is necessary to distinguish between what Philip Wood, in his valuable book *English and International Set-Off* (1989) call "independent set-off" and "transaction set-off". Independent set-off, as its name suggests, does not require any relationship between the transactions out of which the cross-claims arise. In English law it is based upon s 13 of the Insolvent Debtors Relief Act 1729 (2 Geo II c 22) as amended by the Debtors Relief (Amendment) Act 1735 (8 Geo II c 24). The only requirements are that the cross-claims must both be due and payable and either liquidated or capable of being quantified by reference to ascertainable facts which do not in their nature require estimation or valuation. Transaction set-off, on the other hand, is a cross-claim arising out of the same transaction or one so closely related that it operates in law or in equity as a complete or partial defeasance of the plaintiffs claim. The category covers a common law abatement of the price of goods or services for breach of warranty, as explained by Parke B in *Mondel v Steel* (1841) 8M & W 858 at 870, [1835-42] AU ER Rep 511 at 515 and equitable set-off, as explained by

Morris LJ in Hanak v Green [1958] 2 All ER 141, [1958] 2 QB 9. At common law, as Parke B said ((1841) 8M & W 858 at 872, [1835-42] All ER Rep 511 at 516), the purchaser “defends himself by shewing how much less the subject-matter of the action was worth” and in equitable set-off the defendant asserts what Morris LJ called ([1958] 2 Ail ER 141 at 147, [1958] 2 QB 9 at 19) “an equity which went to impeach “the title to the legal demand””.

The question of actionability or jurisdiction can arise in different ways, of which the most common will be where, as in this case, the cross-claim is subject to an arbitration clause or where, by reason of a foreign jurisdiction clause, it is subject to the jurisdiction of the courts of another country. There is of course an important difference between, on the one hand, an arbitration clause or a foreign jurisdiction clause in a non-Convention case and a choice of jurisdiction under artículo 17 of the Brussels Convention. In a non-Convention case, the court is not deprived of jurisdiction. It has a discretion under its inherent jurisdiction or s 4 of the Arbitration Act 1950 or it is obliged by s 1 of the Arbitration Act 1975 to stay the proceedings. But the stay may be lifted and the court may exercise its supervisory jurisdiction. Under artículo 17, the court is bound to decline jurisdiction. In each case, however, the effect is that the court refuses to try the merits of the dispute. Procedurally, the claim cannot be litigated while the stay remains. To this extent there is in my view a strong analogy between arbitration clauses and foreign jurisdiction clauses, whether or not subject to artículo 17.

In the case of transaction set-off, the authorities are in favour of allowing the set-off to be pleaded, notwithstanding its submission to arbitration or a different jurisdiction. Gilbert-Ash (Northem) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd [1973] 3 All ER 195, [1974] AC 689 concerned the question of whether a Mondel v Steel abatement for defective work could be pleaded as a defence to a claim by a builder for payment under an architect’s certificate. The House of Lords decided that it could, notwithstanding that the contract provided for arbitration on the question of whether the work was defective. Lord Diplock ([1973] 3 All ER 195 at 217, [1974] AC 689 at 720) said that the contractor could apply for the stay of his own action pending arbitration but if he did not, “the court would have to decide on the evidence adduced before it whether the defence was made out”. Lord Salmon said ([1973] 3 Ail ER 195 at 223, [1974] AC 689 at 726) that it would “emasculate” the right of set-off if the courts were to say to the defendant “pay up now and ... arbitrate later”. Likewise in Meeth v Glacetal Sarl Case 23/78 [1978] ECR 2133 the European Court decided that a German buyer of glass, sued for the price in a German court by the French seller, could plead a set-off for delays and defaults by the seller notwithstanding a choice of jurisdiction clause valid under artículo 17 which said that each party could be sued only in his own jurisdiction.

In cases of transaction set-off, this obviously makes good sense. Mondel v Steel is, as Lord Diplock emphasised in the Gilbert-Ash case, ‘no mere procedural rule designed to avoid circuity of action but a substantive defence at common law (see [1973] 3 Ail ER 195 at 215, [1974] AC 689 at 717). The same is true of set-off in equity. The defendant is pleading a confession and avoidance to the plaintiff’s claim. He is saying that although the facts alleged by the plaintiff entitle him to judgment for the amount claimed, a wider examination of related facts would show that the claim is wholly or partly extinguished. It would be quite unreasonable for a plaintiff who has chosen to sue in one forum to rely upon an arbitration or jurisdiction clause to confine the court to the facts which he chooses to prove and prevent it from examining related facts as well.

This argument is not nearly so strong in the case of independent set-off, which is not a substantive defence to the claim but a procedure for taking an account of the balance due between the parties. It would not be entirely true to say that transaction set-off was substantive while independent set-off was procedural, because independent set-off does operate as a substantive reduction or extinction of the debt owed to the plaintiff. But it arrives at this result by procedural means. It entitles the defendant to require that the merits of an unrelated cross-claim be tried in the same action and converts the plaintiff’s original cause of action into the right to a balance due on the taking of an account.

The procedural basis of independent set-off is reflected in the rule that the mere existence of liquidated cross-claims does automatically extinguish the smaller debt. It operates only by express or implied agreement or through the judicial process by which the account is taken. As Jessel MR said

in *Talbot v Frere* (1878) 9 Ch D 568 at 573, “there could not be a set-off until action brought and set-off pleaded”. Section 13 of the 1729 Act is expressed in procedural terms: “... where there are mutual Debts between the Plaintiff and the Defendant ... one Debt may be set off against the other, and such Matter may be given in Evidence upon the General Issue, or pleaded in Bar, as the Nature of the Case shall require (...)”.

In my view it is of the essence of independent set-off in English law that the defendant should be entitled to have the merits of his cross-claim tried by the court in which he has been impleaded. The machinery of the 1729 Act simply cannot operate unless this is possible. This, I think, is the meaning of Lord Campbell CJ’s gnomic observation in *Walker v Clements* that “The set-off is substituted for a cross action” (see (1850) 15 QB 1046 at 1050, 117 ER 755 at 757). If, therefore, the defendant is faced with a procedural bar to having his claim determined; for example, because he has agreed to the jurisdiction of another tribunal, he cannot assert an independent set-off.

In this case the cross-claim was subject to a mandatory stay under s 1 of the Arbitration Act 1975 (If the arbitration had been domestic, the question would have depended upon the outcome of a summons for a stay under s 4 of the Arbitration Act 1950). The defendant says that the arbitration need cause no difficulty. It is quite willing for its cross-claim to proceed, as it has been proceeding, by arbitration. Unless the plaintiff insists, it does not propose to take any further steps in the action until the arbitration has been concluded. But what the defendant is seeking in this appeal is not a stay of the action or the execution of the plaintiff’s judgment but leave to defend. This must mean the right to have its cross-claim adjudicated by the court. But the defendant has no such right.

This conclusion seems to me to follow in principle from the nature of independent set-off in English law. Does it conflict with the policy of the statutes of set-off? Independent set-off enables the parties to have their various disputes tried in one action instead of two or more. But since they are ex hypothesis unrelated to each other, this is a modest advantage. It is not essential to a fair determination of the dispute, as it will usually be in a case of transaction set-off. As a policy it seems to me to be outweighed by the desirability of giving effect to an agreement to submit a particular dispute to arbitration or the jurisdiction of a foreign court. Suppose, for example, that parties enter into a contract which gives rise to a liquidated claim and is expressed pursuant to artículo 17 to be subject to the exclusive jurisdiction of the German courts. It would in my view be strange if a party had to submit to having a dispute about this claim adjudicated by an English court merely because he brought a wholly unrelated action for a liquidated sum against the other party in this country. In *Spitzley v Sommer Exploitation SA* Case 48/84 [1985] ECR 787 at 793 Sir Gordon Slynn Advocate General said that a plaintiff who was defendant to a counterclaim or set-off “can always challenge jurisdiction by relying on the agreement [under artículo 17]” and that “this protection in particular is available where the dispute raised by the counterclaim or set-off relates to facts other than those in issue in the claim”.

The effect of such a jurisdictional challenge would in my judgment be that in English domestic law the cross-claim would not be available as an independent set-off.

The original purpose of s 13 of the Insolvent Debtors Relief Act 1729 was to prevent debtors from being cast into prison for failure to meet a judgment when, on a full taking of accounts, they might not be indebted at all. But, as Staughton LJ pointed out in *Axel Johnson Petroleum AB v MG Mineral Group AG, The Obelix* [1992] 2 All ER 163 at 168-169, [1992] 1 WLR 270 at 275, it was not necessary for this purpose that the cross-claims should always have to be tried in the same action followed by the taking of an account. Equally efficacious would have been a stay of execution on the judgment until determination of the cross-claim and such a stay could have been either compulsory (as, in effect, it is under the 1729 Act) or discretionary, enabling the judge to take into account matters such as the strength of the cross-claim, the means of the plaintiff to repay and the needs of the parties for cash.

Whatever might have been the position in 1729, the court today has adequate powers to prevent injustice to a debtor by staying proceedings or execution pending the determination of a cross-claim in arbitration or another jurisdiction. So one would not be subverting the original policy of the 1729 Act by holding that it applied only to cases in which the independent cross-claims were both subject to determination on their merits by the court. And in other respects, this seems to me

arbitraje. Tal como la *High Court* lo decidió en el caso “*Econet*”: “*la jurisdicción del tribunal arbitral depende del alcance del acuerdo de arbitraje. La jurisdicción de una corte Inglesa no es tan dependiente. Por consiguiente, las observaciones de la corte de apelación en Aectra no deben ser interpretadas como si otorgaran jurisdicción a un tribunal arbitral para determinar la compensación transaccional basada en un contrato diferente sin importar el alcance del acuerdo de arbitraje*”²³. Si, por el contrario, la pretensión a compensar existe, pero requiere ser determinada en cuanto a su cantidad, la situación es más compleja, porque la compensación bien pudo haberse realizado *ipso iure* antes de que la decisión sea dictada. La compensación puede producirse –además de otras condiciones– tan pronto como existan las dos deudas simultáneamente (éste sería el caso en países tales como Francia, Argentina, Brasil, Bélgica, Luxemburgo o Portugal), o desde que una de las partes haya informado a la otra que se propone hacer valer su derecho de compensar (solución adoptada por los principios Unidroit 2010, artículos 8.3 y 8.4). En ambas situaciones, el tribunal arbitral puede no tener que ocuparse realmente de una reconvencción, es decir una demanda de satisfacción de una pretensión autónoma, sino de la mera objeción de que la demanda principal se ha extinguido automática y retroactivamente. Esto no significa que el tribunal no se verá frente a un problema de jurisdicción. Pero este no será necesariamente el caso: Si la existencia y la liquidez de la demanda del demandado no es controvertida, el desacuerdo de las partes puede limitarse a la aplicabilidad y a los efectos de las disposiciones legales sobre la compensación; si por el contrario, la demanda del defensor es controvertida, entonces el tribunal tendrá que tomar una decisión que implicará su jurisdicción.

En un artículo publicado en 1996²⁴, el profesor Poudret expone que, siendo las excepciones de compensación por su naturaleza medios de defensa relativos a la demanda principal, es natural que la jurisdicción del tribunal arbitral se extienda a ellas²⁵. Esta visión, que se basa en la ley suiza, y que por lo tanto se aplicaría en los arbitrajes internacionales que se lleven a cabo en Suiza, recuerda la decisión CCI 5971, en la cual el tribunal hizo valer el prin-

to produce a fairer result.

In my judgment therefore the defendant’s claims in the Pacifica arbitration cannot be pleaded as independent set-off. If the defendant’s object was to obtain security for those claims it could, as it had suggested, have applied for a Mareva injunction. No doubt for good reason it did not. It could have applied for a stay of execution of the plaintiff’s judgment. Again it did not. On the facts of this case, I am not altogether surprised. But it was not in my judgment entitled to leave to defend. So, for reasons which are not the same as those of the judge, I would dismiss the appeal”.

²³ *High Court of Justice, caso Econet, § 17.*

²⁴ Jean François Poudret, *Compensation et arbitrage*, en “*Le droit en action*”, Lausanne, 1996, p. 361.

²⁵ Esta visión fue expresada por la primera vez por Walter Bühler en 1941, ver al respecto Michael Schöll, *Op. Cit.* pie de página 111.

cipio “*le juge de l’action est le juge de l’exception*”. La justificación para extender la jurisdicción arbitral a la relación legal en la cual se basa la excepción de compensación es la siguiente. Primero, la falta de jurisdicción de los árbitros para conocer las excepciones de compensación basadas en diferentes contratos favorece la utilización de tácticas dilatorias de mala fe. Segundo, la excepción de compensación es una objeción sustantiva, cuyo propósito es mostrar que la pretensión principal no existe²⁶. Tercero, corresponde al juez o al árbitro que dispone de jurisdicción sobre la demanda principal, decidir cuando la compensación existe o no. Como consecuencia, la jurisdicción del tribunal arbitral para admitir la excepción de compensación no puede depender de su jurisdicción sobre la contrademanda o la demanda reconvenional, incluso cuando esten basadas en una relación contractual diversa o no relacionada. El análisis para admitir esta posición es que el efecto legal extintivo de la compensación no podría funcionar si la facultad del árbitro de admitir la excepción estuviese sometida a la condición de que también tenga jurisdicción sobre la reconvencción²⁷. Es decir, se despojaría al demandado de un derecho que es un derecho sustantivo. Se trata de un argumento ciertamente impresionante y de gran alcance. Sin embargo, pierde de vista el hecho de que la compensación no es solamente una objeción a la demanda principal, es también un medio de satisfacer la demanda reconvenional o la contrademanda. La compensación extinguirá ambas. Como el demandante puede tener objeciones en cuanto a la existencia o la cantidad de la demanda reconvenional, la *vis attractiova* de la compensación puede conducir a ampliar la jurisdicción de los tribunales arbitrales más allá de los límites del consentimiento de las partes, por lo menos en los casos en que el tribunal decide que la excepción de compensación es bien fundada. Vale la pena notar, a este respecto, que el mismo razonamiento conduce a permitir a una corte estatal atraer hacia su jurisdicción una demanda reconvenional a pesar del compromiso arbitral²⁸ pactado por las partes.

El profesor Poudret sostiene, sin embargo, que tal extensión de la jurisdicción del tribunal arbitral debe considerarse como implícitamente aceptada por el demandante: “*al pedir que el tribunal arbitral decida en su demanda, el demandante acepta que el tribunal decidirá sobre todas las objeciones de las cuales pueda depender el éxito de su demanda. Y en cuanto al defensor, él no se quejará, dado que tendrá la*

²⁶ Poudret cita una decisión del Tribunal Federal Suizo de 1937 (ATF 63 II 133 = JdT 1937 I 566, c. 2) según la cual “la parte que invoca la compensación plantea que, en virtud de una declaración de voluntad, actual o anterior, él ha dejado de ser el deudor del demandante”.

²⁷ Poudret, op. cit. p. 365. Ver también a favor de la misma concepción, Andreas Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, 1988, p. 70.

²⁸ Poudret Op. Cit. p. 373: “estas razones deben lógicamente conducir a la misma solución en la situación opuesta, lo que sería decir, la jurisdicción del tribunal estatal en una excepción de compensación basada en una demanda sometida a una cláusula de arbitraje”.

posibilidad de elegir entre traer su propia demanda en compensación frente al árbitro, cuya jurisdicción así el reconocerá, o litigar frente a la corte o tribunal arbitral que sea competente.”²⁹ Sin embargo parece dudoso que realmente pueda considerarse que el demandante haya aceptado, al momento de comenzar el arbitraje, una extensión del acuerdo de arbitraje respecto de demandas reconventionales de las cuales él era totalmente inconsciente. Otro autor suizo, más recientemente, ha desarrollado una idea similar, que sin embargo lleva a diferentes conclusiones. Como el profesor Poudret, Michael Schöll considera que *“si la ley aplicable hace de la compensación una excepción sustantiva, la admisibilidad de la compensación depende solamente de sus condiciones sustantivas. Es suficiente que el tribunal arbitral tenga jurisdicción sobre la demanda principal; sin que sea necesaria una jurisdicción arbitral independiente sobre las demandas reconventionales. La existencia de cláusulas arbitrales o de selección del foro incompatibles no son en sí mismas un obstáculo para la compensación”*³⁰. En todo caso, Schöll también sostiene que la jurisdicción del tribunal respecto de la compensación puede haber sido explícitamente o implícitamente excluida por las partes: *“si las partes no han mencionado la compensación en el contrato o en la cláusula de arbitraje, la pregunta clave que el árbitro deberá hacerse es, qué habrían convenido las partes, consideradas como profesionales razonables y de buena fe respecto al problema de la compensación cuando negociaron su contrato (...). La naturaleza del contrato negociado por las partes, las circunstancias de su conclusión así como las provisiones particulares en la cláusula de arbitraje pueden indicar si las partes quisieron limitar el campo del arbitraje a las reclamaciones que pudieran surgir dentro del mismo contrato o incluso únicamente sobre cuestiones o reclamaciones muy específicas que han podido ser individualmente enumeradas en la cláusula de arbitraje. La exclusión implícita de la compensación puede encontrarse típicamente cuando las partes han comenzado el arbitraje después de la aparición de una disputa específica (...). Cuando no existan circunstancias particulares contra la aceptación de la compensación, debe presumirse que las partes no han querido excluir la compensación”*³¹.

Como el Profesor POUURET, MICHAEL SCHÖLL establece una presunción según la cual, al entrar en un acuerdo de arbitraje, el demandante acepta que la jurisdicción del árbitro será ampliada a cualquier contrademanda utilizada por el demandado como base para una excepción de compensación. A diferencia de Poudret, sin embargo, Schöll postula que tal presunción debe basarse en un análisis de la situación contractual de cada caso particular, más que en una presunción general de que al entrar en un arbitraje, las partes aceptan que el tribunal pueda conocer cualquier excepción de compensación

²⁹ Poudret, Op. Cit. p. 380.

³⁰ Schöll, Op. Cit. p. 131.

³¹ Schöll, Op. Cit. pp. 132-133.

que pudiera surgir. ¿Es el acuerdo de arbitraje más o menos amplio? ¿Se ha entrado al arbitraje antes o después de la aparición del conflicto? etc. Sin embargo, es difícil entender por qué la formulación del acuerdo arbitral deba importar tanto. Que el acuerdo de arbitraje sea más o menos específico, por ejemplo, no tiene consecuencias en cuanto a las demandas y las excepciones de compensación posibles, que las partes por definición no han podido haber contemplado previamente. El hecho de que se haya concluido el acuerdo de arbitraje antes o después de que el conflicto haya surgido tiene igualmente poca importancia. De la misma manera, incluso si se asume que el demandante sabía, al momento de consentir en el acuerdo de arbitraje, que el defensor tenía una particular pretensión en su contra, ¿por qué esta circunstancia debe ser considerada como una aceptación de la jurisdicción del tribunal arbitral sobre esta reclamación, si no esta relacionada con el contrato en disputa? En realidad, hay dos posibilidades: o el tribunal arbitral tiene jurisdicción para conocer la pretensión del demandado, por ejemplo porque surge de un contrato que está estrechamente conectado con aquel en donde está incluida la cláusula de arbitraje, y no hay ninguna necesidad de preocuparse de si el demandante ha consentido en que el tribunal arbitral conozca una excepción en compensación o no, o no tiene jurisdicción, y el problema debe ser tratado de manera diferente. En otras palabras, el hecho de que las partes no hayan, implícita o explícitamente, excluido la compensación no puede servir de base para extender la jurisdicción del tribunal arbitral a las contrademandas o demandas reconventionales que caigan fuera del acuerdo de arbitraje.

Para encontrar una solución equilibrada al problema de la admisibilidad de las excepciones de compensación en el arbitraje internacional, debe distinguirse correctamente la cuestión de la compensación de la relativa a la demanda subyacente o la contrademanda. Muy frecuentemente, los autores han razonado como si las excepciones en compensación no implicaran ningún problema de jurisdicción como ocurre con las contrademandas subyacentes o las demandas reconventionales; o al contrario razonan como si fueran la misma cosa. No lo son. La compensación es, única y exclusivamente, un medio de pago. Ella siempre supone una demanda reconventional subyacente de dinero. Sin embargo la excepción en compensación no siempre supone una demanda reconventional en el sentido técnico de la expresión, es decir una petición de que el tribunal arbitral tome una decisión sobre si el demandante le debe cierta suma de dinero al demandado. Puede ser que la demanda de compensación del demandado ya sea líquida o no sea controvertida. En tal caso, técnicamente, hay una excepción de compensación, pero no una reconvencción.

El asunto tiene dos facetas: Primera, ¿cuál es la naturaleza de la excepción en compensación? ¿Es legal (*compensation légale*), y prevé la extinción automática y recíproca de las demandas en juego? ¿O es una *compensation judiciaire* que puede ser ordenada por el juez o el árbitro, y tendrá efecto gracias a la sentencia? Sólo cuando la compensación es legal, es decir, que prevé la extinción *ipso iure* de las demandas en juego, la existencia de la pretensión principal podrá ponerse en duda. Y sólo entonces, el tribunal tendrá el deber de aceptar la excepción de compensación, porque una demanda basada en un pretendido derecho que ha desaparecido legalmente sería inadmisibles³². Segunda cuestión: ¿La reclamación del demandado requiere una decisión del tribunal para confirmar su pretensión en dinero (p. ejemplo reclamación de daños), o el defensor sólo está pidiendo al tribunal que determine la existencia y cantidad de su crédito (pago de un precio de venta)? Únicamente en la segunda situación la compensación funcionaría retroactivamente. En definitiva, el asunto es más una cuestión sobre la admisibilidad de la demanda principal que sobre la equidad del proceso. Cuando una compensación legal está en juego, y ambas pretensiones en principio existen, el tribunal se arriesga a forzar el cumplimiento de un derecho inexistente si no toma en cuenta la posible compensación. Por el contrario, cuando la excepción de compensación no se basa en tales normas legales, la decisión del tribunal sobre la compensación será simplemente una cuestión de correcta administración de justicia. Habiendo dicho esto, podemos sugerir la metodología siguiente:

Primero, puede ser que las partes no planteen ninguna cuestión en cuanto a la jurisdicción del tribunal arbitral en relación a la excepción de compensación. Es decir el demandante no hará ninguna objeción jurisdiccional a una excepción de compensación basada en una relación legal que caiga fuera del alcance del acuerdo de arbitraje. También es posible que frente a la objeción jurisdiccional por parte del demandante, el tribunal arbitral considere tener jurisdicción sobre la relación legal en la cual se basa la excepción de compensación, sea porque surge del mismo contrato, sea porque el tribunal arbitral considera que el acuerdo arbitral puede extenderse a esta relación contractual, basándose por ejemplo, en la existencia de un grupo de contratos. En ambas situaciones no habrá obstáculo jurisdiccional para la admisión de la excepción de compensación.

Sin embargo, si la relación legal sobre la cual la excepción de compensación esta basada cae fuera del ámbito del acuerdo arbitral, el tribunal arbitral deberá verificar si las reglas procesales aplicables al arbitraje permiten o prohíben

³² Sobre el concepto de admisibilidad en arbitraje internacional, ver el excelente artículo de Jan Paulsson, “*Jurisdiction and admissibility*”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum Robert Briner*, 2005, p. 601

que se admita la excepción. Si, por ejemplo, el arbitraje se somete a las reglas suizas, está claro que la jurisdicción del tribunal arbitral será ampliada por el artículo 21-5 de las mismas a la relación legal sobre la cual se basa la excepción de compensación, aunque dicha relación legal no caería normalmente bajo su jurisdicción. Si, por el contrario, el arbitraje se somete a las reglas CNUDMI, el artículo 21.3 de las mismas no permitirá ninguna excepción de compensación que implique una decisión sobre una demanda reconvenional que no surgiese del mismo contrato. En todo caso, el artículo 21.3 debe ser interpretado con precaución, lo que dicho artículo prohíbe hacer, es admitir una demanda reconvenional que caiga fuera de su jurisdicción para propósitos de la compensación. Sin embargo, el artículo 21.3 no impide al tribunal arbitral admitir una excepción de compensación que surja de una demanda en dinero que caiga fuera de su jurisdicción si se trata de una deuda líquida y exigible. Este sería el caso, por ejemplo, de sumas concedidas al defensor por una sentencia definitiva decidida por otra corte contra el demandante.

De no existir tales reglas procesales para guiar al tribunal arbitral, entonces este último deberá hacer una distinción entre dos situaciones muy diversas. La primera es cuando la excepción de compensación se basa en una demanda que no es líquida, es decir, una demanda que necesita una decisión judicial que compruebe su existencia para ser exigible. El ejemplo típico de esta situación es el de las reclamaciones de daños. Incluso si una de las partes tiene derecho a ser indemnizada desde que el evento dañoso ocurre, ella no tiene derecho al pago de ninguna suma en concepto de daños hasta que un tribunal así lo decida. En relación a estas reclamaciones, la decisión del tribunal arbitral tendrá valor constitutivo, es decir que la obligación sólo existirá a partir de la fecha en la cual el tribunal declare su existencia. La excepción de compensación originada respecto de estas deudas caería en la categoría de compensaciones judiciales (*compensation judiciaire*). Las compensaciones judiciales sólo pueden ser declaradas por el tribunal después de una decisión sobre las demandas reconvenionales subyacentes. Es decir que si dicha demanda reconvenional cae fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral, la excepción de compensación será naturalmente inadmisibile.

La segunda situación se presenta cuando la excepción de compensación esta basada en una deuda de dinero que tiene existencia propia, dicha existencia puede ser discutida, pero al respecto, la decisión del tribunal arbitral será declaratoria y no constitutiva. Un ejemplo de dicha reclamación puede ser la exigencia del pago del precio de un bien vendido a través de otro contrato. El tribunal arbitral puede entonces encontrarse frente a una norma legal de extinción automática y retroactiva de ambas deudas, como es el artículo 1290 del Código Civil Francés, o a una norma legal previendo el mismo

efecto extintivo desde que se notifique a una de las partes, lo que no cambia fundamentalmente el problema. El primer paso que se seguirá entonces sería, después de haber decidido sobre la demanda principal, verificar si ambas, la demanda principal y aquella opuesta en compensación, están sujetas a una disposición legal sobre compensación que determine la recíproca extinción de las deudas, sea desde la fecha de su existencia o desde la fecha de la notificación. De hecho, para poder producir su efecto extintivo, la norma legal deberá ser aplicable a ambas demandas, no sólo a la demanda principal sino también a la demanda opuesta en compensación, porque si es admitida, la excepción de compensación extinguirá ambas demandas. Si este no es el caso, la excepción en compensación será rechazada.

Si ambas demandas están sometidas a normas legales que prevén la extinción automática de demandas recíprocas, el tribunal arbitral se encontrará frente a una verdadera dificultad. Puede ser, por supuesto, que la existencia y la cantidad de la demanda opuesta en compensación no sean controvertidas y que los desacuerdos de las partes se refieran solamente a la aplicabilidad de las normas legales sobre compensación en juego. En tal hipótesis, no hay razón por la que el tribunal arbitral no deba ocuparse de la excepción de compensación. Puede ser también que la demanda del demandado sea ya líquida, por ejemplo porque se ha reconocido (cuando el demandante ha firmado una letra de cambio) o ya ha sido objeto de otra decisión firme por parte de una corte o un tribunal arbitral. En tales casos también, el tribunal arbitral deberá admitir las excepciones en compensación³³.

Si ninguna de estas condiciones es satisfecha, el tribunal arbitral necesitará entrar a conocer sobre el fondo de la demanda del demandado para poder admitir la excepción de compensación. ¿Es el demandante en la acción principal realmente deudor del demandado bajo otro contrato "B"? Al hacer esto, el tribunal arbitral debería decidir sobre el fondo de una relación legal sobre la cual no tiene jurisdicción. Pero si no lo hace y si rechaza la excepción en compensación, correrá el riesgo de otorgar al demandante un derecho de cobrar, el cual pudo haber desaparecido legalmente desde el momento en el cual existía el crédito del demandado, lo cual tampoco sería satisfactorio. En tal situación, la tan criticada solución propuesta por el artículo 29 del *Concordat Intercantonal* suizo, según la interpretación hecha por el Tribunal Arbitral Federal del 17 de mayo de 1990 pudiera ser la única satisfactoria. El Tribunal Arbitral, después de haber decidido la demanda principal, y después de haber

³³ El hecho de que la demanda sobre la cual esta basada la excepción en compensación sea líquida y cierta ha sido considerado por el Tribunal Arbitral CCI en el caso 5340 como requisito de la admisibilidad de una compensación extra-contractual. MICHAEL SCHÖLL, *Op. Cit.*, p. 130.

verificado que ambos créditos, el principal y el opuesto en compensación están sujetos a la misma regla sustantiva que dispone la extinción recíproca al momento en el cual ambos hayan existido recíprocamente, deberá suspender su decisión en la medida del monto opuesto en compensación, hasta la decisión final de la corte estatal o tribunal arbitral que fuere competente para conocer sobre la demanda opuesta en compensación

Quién tiene competencia para otorgar medidas cautelares en un arbitraje internacional: Situación actual y aspectos del futuro

ELISEO CASTINEIRA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Fuentes de las competencias estatal y arbitral.* 3. *Competencia exclusiva del juez o del árbitro.* 4. *Competencia complementaria o competencia subsidiaria del juez.* 5. *Experiencias recientes y prometedoras.* 6. *Conclusión.*

El autor agradece que el Instituto Peruano de Arbitraje le haya dado la oportunidad única de participar en un homenaje a Yves DERAÏNS y Bernardo CREMADES, dos grandes árbitros que permitieron el desarrollo del arbitraje en América Latina y en el resto del mundo. Claridad en la expresión de las opiniones, moderación, clase y humildad son algunas de las muchas cualidades de estos dos incasables actores del mundo del arbitraje que el autor tuvo la suerte de descubrir en el arbitraje CCI.

1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta la necesidad de mantener los valores económicos generados por un contrato litigioso y de evitar la ocurrencia de un daño o su extensión en cuanto se desarrolla un procedimiento arbitral que puede durar más de lo deseable, se han desarrollado numerosos tipos de medidas cautelares¹. El artículo 17(2) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional

(*) Consejero de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, es letrado del Colegio de Abogados de París y practica el arbitraje como abogado y como árbitro.

¹ Aunque se pueda distinguir entre medidas provisionales y medidas cautelares (ver, por ejemplo, FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec, 1996, N° 1303, p. 723), el término de "medidas cautelares" será aquí utilizado como término general que incluye medidas provisionales.

(2006) (la "Ley Modelo") define la medida cautelar como "*toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes*" varias medidas a las que se refiere el artículo 17(2). Entre éstas se encuentran medidas para preservar pruebas², mantener o restablecer el *status quo* de la relación contractual de las partes, garantizar la ejecución del laudo, impedir algún daño o menoscabo al procedimiento arbitral (por ejemplo, prohibir a una parte deshacerse de una parte de sus bienes), garantizar que la parte ganadora recupere sus gastos³, obtener que una parte retire un procedimiento ante otro fórum (*anti-suit injunction*). La urgencia no es una condición para otorgar todas estas medidas cautelares. Además, esta lista no es exhaustiva, ya que el arbitraje internacional permite una gran flexibilidad en el tipo de remedio cautelar que pueden pedir las partes.

Siendo muy numerosas las situaciones en las cuales se piden medidas cautelares en un arbitraje comercial internacional⁴, importa que las partes puedan determinar quién tiene competencia para decidir asuntos en materia cautelar entre el juez estatal y el árbitro.

² Podría debatirse acerca de la calificación de medida cautelar que retiene el artículo 17(2) de la Ley Modelo para una medida que se limita a preservar pruebas que pudieran ser "relevantes y pertinentes para resolver la controversia" (artículo 17(2)(d)). En efecto, este tipo de medida parece caracterizar más la autoridad del árbitro sobre la instrucción de la causa y de conducir el procedimiento arbitral que la autoridad de ordenar medidas cautelares (ver BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Vol. II, Kluwer Law International, 2009, p. 2007). La decisión del árbitro se basará en el carácter pertinente o no del documento que se produce para decidir un punto en litigio y no en los criterios habituales que aplican los árbitros para decidir ordenar una medida cautelar (como, por ejemplo, la urgencia, el riesgo de daño irreparable o la necesidad de no prejuzgar el fondo del caso). Sin embargo, algunos países consideran medidas para la preservación de pruebas como medidas cautelares (Francia e Inglaterra, por ejemplo), otros no (Alemania, por ejemplo) (ver PLOUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*". 2da. Edición. Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, N° 604, p. 519-520).

³ La calificación de medida cautelar para una *security for costs* o una *cautio iudicatum solvi* es controvertida, pero como este tipo de demanda tiende a garantizar la ejecución de la parte del laudo que trata de los costos del arbitraje se puede opinar que es una medida cautelar, aunque la *security for costs* sea objeto de reglas específicas en la mayoría de las reglas nacionales de enjuiciamiento (ver PLOUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *supra* nota 2, n° 604, p. 520). *Contra* BESSON, Sébastien. "*Arbitrage international et mesures provisoires. Etude de droit comparé*". En: *Collection Etudes suisses de droit international*. Volumen 105, Zürich: Schulthess, 1998, n° 37, p. 38-39, que se opone a la calificación de medida cautelar porque la *security for costs* no se usa para preservar los derechos sustantivos de las partes, sino únicamente sus derechos procesales, lo que implicaría que la *security for costs* es relacionada más bien con la autoridad del árbitro de regir el procedimiento arbitral.

⁴ Como varias leyes de arbitraje distinguen entre arbitraje nacional y arbitraje internacional (por ejemplo, en Francia o Turquía), nos limitaremos al arbitraje internacional. Esta contribución también se enfocará hacia el arbitraje comercial, salvo cuando se haga referencia explícita al arbitraje de inversiones.

El propósito de este artículo consiste simplemente en determinar (i) las grandes líneas de demarcación entre el juez y el árbitro en materia cautelar en el ámbito del arbitraje internacional y (ii) algunas de las alternativas recientes a esta doble competencia y el futuro de estas alternativas. La presente contribución no tratará con mucho detalle de los criterios que permiten a las partes elegir entre el juez y el árbitro para obtener medidas cautelares en casos en los que la elección es libre. Además, no examinaremos los conflictos de competencia y de decisión que pueden surgir en materia cautelar entre el juez y el árbitro ni la resolución de estos conflictos. Tampoco será tratada la cuestión de la renuncia por las partes a la competencia arbitral o (cuando lo permite la ley aplicable al arbitraje) a la competencia judicial.

Para determinar las líneas de demarcación entre la competencia del juez y la del árbitro, es necesario entender que las fuentes de las competencias estatal y arbitral en materia cautelar son distintas (2.), que existen casos de competencia exclusiva del juez o (excepcionalmente) del árbitro (3.) y que, en la mayoría de los casos, existe una competencia complementaria del juez estatal que algunas veces puede llegar a ser subsidiaria (4.). Finalmente, estudiaremos varias alternativas a la competencia estatal o arbitral en materia cautelar, que se han desarrollado en los últimos años y cuyo futuro es prometedor (5.).

2. FUENTES DE LAS COMPETENCIAS ESTATAL Y ARBITRAL

2.1. Fuentes de la competencia del juez

La competencia del juez estatal para ordenar medidas cautelares resulta de su ley nacional, ya sea un código o una ley de enjuiciamiento civil, ya un código o una ley sobre las vías ejecutivas.

Las decisiones que puede tomar el juez son mencionadas en una lista en principio exhaustiva de la ley nacional en cuestión, teniendo en cuenta que muy pocos países han elegido establecer un poder general del juez en materia de medidas cautelares⁵.

2.2. Fuentes de la competencia del árbitro

La autoridad del árbitro para ordenar medidas cautelares puede resultar del acuerdo de las partes o de la ley que gobierna el arbitraje.

⁵ Como excepción notable al principio de definición exhaustiva de las medidas cautelares que el juez tiene el poder de ordenar se puede mencionar el artículo 102 del código de enjuiciamiento civil del Cantón de Vaud en Suiza, que sólo da una enumeración ejemplar de estas medidas (este código fue revisado el 1 de enero de 2011 sin cambiar este punto) (REINER, Andreas. "Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI". En: *Journal de Droit International*, 1998, p. 857).

No todas las medidas cautelares son urgentes y todas las situaciones urgentes no requieren una medida cautelar. Cuando un árbitro toma una decisión procesal urgente que no constituye una medida cautelar, se basa en su poder general de conducir la instrucción de la causa, que es distinto de la autoridad de tomar medidas cautelares⁶. Dicho de otra manera, cuando un árbitro toma una medida cautelar (sea urgente o no), no se trata de una mera decisión procesal fundada en el poder del árbitro de regir el procedimiento arbitral, sino de una decisión que muchas veces involucra los derechos y las obligaciones contractuales de las partes. En consecuencia, aunque la autoridad del árbitro para ordenar medidas cautelares o tomar decisiones procesales resulte del acuerdo de las partes (directo o indirecto a través, por ejemplo, de la incorporación a la cláusula de arbitraje del reglamento de una institución de arbitraje) o de la ley que gobierna el arbitraje, los fundamentos de estas dos categorías de decisiones son diferentes.

A continuación se tratarán más en detalle las fuentes de la autoridad del árbitro para tomar medidas cautelares, no siendo necesario un análisis del poder del árbitro para tomar decisiones procesales urgentes a partir de su poder general de regir el procedimiento⁷.

Muchas veces el acuerdo de las partes se refiere al reglamento de una institución de arbitraje que confiere al árbitro la autoridad de decidir medidas cautelares y que las partes son en principio libres de modificar⁸. A diferencia de las leyes nacionales aplicables a las medidas cautelares que puede tomar el juez, la mayoría de los reglamentos de las instituciones de arbitraje más usados ni siquiera establece una lista de las medidas cautelares que puede tomar el árbitro, sino que define su autoridad para ordenarlas de manera amplia y general⁹. En el caso de un arbitraje *ad hoc*, si las partes no han especificado si

⁶ Por ejemplo, el artículo 25(1) del reglamento de arbitraje de la CCI sobre la instrucción de la causa dispone "El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados", lo que permite tomar decisiones en situaciones urgentes para, por ejemplo, preservar pruebas, mientras que el artículo 28 del mismo reglamento trata de las medidas cautelares.

⁷ Basta con recordar, por ejemplo, que, en un arbitraje bajo el reglamento de arbitraje de la CCI, este poder de regir el procedimiento está tratado en el artículo 19 de dicho reglamento ("El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje").

⁸ Ver, por ejemplo, el artículo 28.1 del reglamento de arbitraje CCI ("Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas (...)").

⁹ Aunque, a diferencia del artículo 28(1) del reglamento de arbitraje de la CCI, que no fija una lista de medidas cautelares que puede tomar el árbitro, el artículo 25(1) del reglamento de arbitraje de la LCIA da una lista detallada de estas medidas.

el árbitro tiene autoridad para ordenar medidas cautelares, esta autoridad se puede encontrar en la ley que gobierna el arbitraje, la *lex arbitrii*. Normalmente esta ley es la ley de la sede del arbitraje¹⁰. Las leyes del país de ejecución de la medida cautelar importan para determinar la eficacia de una medida cautelar, pero no para fundar la competencia del árbitro para otorgarla, que, en arbitraje institucional como *ad hoc*, se fundará en la ley de la sede de arbitraje o el acuerdo de las partes (a condición de que dicho acuerdo respete las disposiciones de orden público internacional de la ley de la sede de arbitraje).

Como veremos a continuación, puede haber casos muy raros en los que las partes han elegido una *lex arbitrii* o una sede de arbitraje que impida que el árbitro ordene medidas cautelares o en los que las partes han estipulado explícitamente que el árbitro no tiene autoridad para ordenar medidas cautelares. Hay que tener en cuenta también que, en el sistema de arbitraje de inversión (entre Estados y nacionales de otros Estados) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), como en muchos tratados bilaterales o multilaterales de inversión, el árbitro sólo puede recomendar a las partes la adopción de medidas, pero no imponerlas¹¹ (aunque algunos tribunales arbitrales que actúan bajo las reglas del CIADI hayan dictado medidas cautelares que consideran como “obligatorias”¹²). La limitación de la autoridad del árbitro se basa en la voluntad de no interferir demasiado con las prerrogativas y la soberanía de los Estados. Salvo en estos casos, el árbitro debe tener la autoridad de ordenar medidas cautelares entre las partes a la cláusula arbitral. En muchos casos, las medidas cautelares son necesarias para el buen funcionamiento del procedimiento y para preservar la capacidad

¹⁰ Algunas cláusulas de arbitraje mal escritas, afortunadamente bastante raras, pueden especificar una ley que gobierna el procedimiento arbitral y una sede de arbitraje cuya ley es distinta de la ley elegida por las partes para gobernar el procedimiento. Esto puede crear problemas, dado que algunas disposiciones de la ley de arbitraje de la sede pueden entrar en contradicción con las de la ley elegida por las partes para gobernar el procedimiento (por ejemplo, si las partes fijaron Roma como sede de arbitraje y también eligieron la Ley Modelo para gobernar el arbitraje, el árbitro no podrá tomar medidas cautelares como permite el artículo 17 de la Ley Modelo porque las disposiciones de la ley italiana de orden público impiden que el árbitro tome medidas cautelares).

¹¹ El artículo 47 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados dispone: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”. El artículo 39(1) de Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones dispone: “En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas”.

¹² Ver BORN, Gary, *supra* nota 2, p. 1947.

del árbitro de dictar un laudo efectivo. En consecuencia, la mayor parte de la doctrina afirma que se tiene que presumir que las partes son favorables a la autoridad del árbitro para ordenar medidas cautelares¹³. Como la autoridad del árbitro depende en buena medida del consentimiento de las partes, las partes tienen la posibilidad de excluir expresa y claramente la autoridad del árbitro para ordenar medidas cautelares¹⁴, aunque tal exclusión no se tendría que recomendar a las partes en la mayoría de los casos.

La competencia del juez en materia cautelar se justifica por los límites del arbitraje. Puede haber situaciones en las cuales el árbitro no puede actuar o, por lo menos, no puede hacerlo con eficacia. Además, como el árbitro es una persona privada, sus decisiones no se benefician de la coerción estatal que caracteriza las decisiones judiciales basadas en las leyes de enjuiciamiento civil.

La competencia del árbitro en materia cautelar se ha extendido de manera considerable desde hace tiempo y hasta se considera que la renuncia a la competencia del juez es posible en algunos casos. Sin embargo, la intervención del juez podrá ser deseable y algunas veces necesaria en relación con medidas cautelares. Afortunadamente, en estos casos, no habrá renuncia a la cláusula de arbitraje, aunque el reparto de los campos de competencia estatal y arbitral podrá variar según el sistema considerado.

3. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUEZ O DEL ÁRBITRO

Los casos de competencia exclusiva del juez en materia cautelar son hoy raros por dos razones principales. La primera es el reconocimiento progresivo y ahora antiguo de los poderes del árbitro para otorgar varias medidas cautelares. Como veremos en más detalle, la segunda es el desarrollo reciente de alternativas a la competencia del juez estatal y a la competencia del árbitro encargado del fondo del asunto en casos en los que el árbitro no puede materialmente dictar una decisión.

¹³ Ver, por ejemplo, DONOVAN, Donald. "Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders". En: ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 10 N° 1, 1999, p. 65-66, que se refiere al "inherent power [of arbitrators] to issue [orders for conservatory measures]" y explica que "an agreement to submit a dispute to an arbitral tribunal should be read to confer the requisite authority on the tribunal to preserve the dispute for its resolution" (p. 66).

¹⁴ Esta posibilidad para las partes de excluir la autoridad del árbitro para ordenar medidas cautelares se puede observar en el artículo 17(1) de la Ley Modelo ("Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares (...)") o en los reglamentos de arbitraje institucional (por ejemplo, artículo 28(1) del reglamento de arbitraje de la CCI).

Si los casos de competencia exclusiva del juez estatal en materia cautelar son hoy poco numerosos (2.1.), la competencia exclusiva del árbitro es, por su parte, verdaderamente excepcional (2.2.).

3.1. Competencia exclusiva del juez

Existen cuatro tipos de situaciones en materia cautelar en las que el árbitro nunca tiene competencia.

(a) *Imposibilidad material de actuar del árbitro*

Los casos en los que el árbitro no tiene la posibilidad material de actuar tienen que ver con el hecho de que no sea una jurisdicción permanente, al contrario del juez estatal.

El caso más obvio es el del árbitro que aún no ha sido nombrado o del tribunal arbitral que no ha sido completamente constituido. La constitución del tribunal arbitral puede tomar bastante tiempo, hasta varios meses algunas veces, incluso en arbitrajes institucionales, aunque existan posibilidades de acelerar la constitución de un tribunal arbitral¹⁵.

Otro caso de imposibilidad material de actuar es aquél en el que el árbitro ha sido nombrado pero no ha recibido el expediente, por ejemplo porque la provisión por gastos de arbitraje no ha sido pagada¹⁶.

También hay que tener en cuenta los casos en los que la medida no podrá ser tomada porque, aunque el árbitro haya sido nombrado y haya recibido el expediente, ha fallecido, ha renunciado, ha sido recusado o sufre de un impedimento *de jure* o *de facto* (por ejemplo, una enfermedad grave) para el cumplimiento de sus funciones, o está en el proceso de ser sustituido porque no cumple con sus funciones en conformidad con un reglamento de arbitraje o los plazos establecidos.

Como veremos, varias instituciones de arbitraje han intentado ofrecer alternativas viables a la competencia exclusiva del juez en los casos en los que el árbitro no tiene la posibilidad material de dictar medidas cautelares.

(b) *Imposibilidad legal de actuar del árbitro*

Aunque hoy sean muy raras, algunas legislaciones tienen disposiciones obligatorias que prohíben al árbitro ordenar cualquier medida cautelar. Éste

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 9 del reglamento de arbitraje de la LCIA prevé una constitución sumaria del tribunal arbitral en casos de "urgencia excepcional".

¹⁶ Ver, por ejemplo, el artículo 16 del reglamento de arbitraje de la CCI que dispone: "La Secretaría entregará el expediente al tribunal arbitral tan pronto como éste sea constituido, siempre y cuando haya sido pagada la provisión para gastos requerida por la Secretaría a esta altura del procedimiento".

es el caso de Grecia¹⁷ e Italia¹⁸. Cuando alguna de estas leyes de arbitraje es aplicable, el árbitro no podrá hacer más que recomendar las medidas cautelares (como es el caso en el sistema de arbitraje de inversiones CIADI¹⁹). En ciertos casos tal recomendación podría ser suficiente, siendo el árbitro que recomienda la medida la misma persona que decidirá del fondo del asunto más tarde.

Más frecuentes son las legislaciones que reconocen la competencia del árbitro para tomar medidas cautelares en general pero que excluyen de su competencia algunas medidas cautelares. Por ejemplo, el árbitro no tiene el poder de ordenar embargos conservatorios de bienes (*saisies conservatoires*) en Francia²⁰ o en Bélgica²¹ (que consideran que estas medidas deben ser reservadas a la fuerza pública), pero tiene el poder de ordenar ciertas formas de embargo conservatorio en Alemania (*Arrest in rem*)²². Aunque ni la ley ni la jurisprudencia se hayan pronunciado sobre el asunto, el derecho francés no parece facultar al árbitro para ordenar una medida de *référé-provision* (petición urgente de pago anticipado de deudas) incluso en el caso de que las partes hayan concluido un acuerdo expreso para que pueda hacerlo²³.

¹⁷ Artículo 889 del código de enjuiciamiento civil griego.

¹⁸ Artículo 818 del código de enjuiciamiento civil italiano. Desde 2004, existe una excepción muy limitada para el arbitraje en materia de litigios empresariales, que permite a un árbitro en Italia ordenar la suspensión de la ejecución de una resolución votada por los accionistas en ciertos casos y a condición de que la cláusula arbitral esté en los estatutos de la empresa (ver GAILLET, Anne-Emmanuelle. "L'arbitrage du nouveau droit des sociétés italien". En: *Revue de Droit des Affaires Internationales*. N° 6, 2005, p. 750).

¹⁹ Ver *supra* subsección 2.2. y nota 11.

²⁰ Artículo 1468 del *Nouveau Code de Procédure Civile*. Sin embargo, en Francia, es posible para la parte que ha prevalecido en el arbitraje utilizar el laudo, sin haber recibido el exequátur (necesario para una ejecución forzada del laudo), para hacer practicar directamente (es decir, sin la autorización previa del juez) por un *huissier* (agente de la autoridad judicial) una *saisie conservatoire* (Cass. 2° civ., 12 de octubre 2006, *Same Deutz-Farh Group c/ Motokov France*, caso 04-19062, www.legifrance.gouv.fr).

²¹ Artículo 1696(1) del código judicial belga.

²² Ver POUURET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *supra* nota 2, N° 608, p. 523.

²³ Ver MAYER, Pierre. "Imperium de l'arbitre et mesures provisoires". En: *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*. Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999, N° 12-13, p. 448-449. En particular, MAYER se refiere a una decisión de la *Cour de cassation* francesa (Ass. Plen., 6 de noviembre 1998, *Dalloz* 1999, p. 1, 1° esp.) según la cual un juez estatal que ha tomado una decisión *en référé* (procedimiento de urgencia) sobre una demanda para obtener una provisión porque una obligación no era seriamente discutible no puede actuar como miembro de la formación judicial que juzgará el fondo del litigio sobre esta obligación. MAYER considera que, por aplicación al arbitraje de esta decisión en relación con el derecho a un juez imparcial, se debe considerar que está prohibido el otorgamiento por el árbitro de una provisión en un arbitraje sometido al control de los tribunales franceses, no obstante un acuerdo contrario de las partes. El hecho de que el artículo 1468 del *Nouveau Code de Procédure Civile* confiera desde 2011 al árbitro poderes amplios en materia cautelar no parece cambiar este análisis porque, en realidad, el *référé-provision* va más allá que una medida cautelar.

También pueden existir casos en los que la ley de arbitraje permita al árbitro tomar ciertas medidas cautelares pero únicamente si las partes han previsto que el árbitro tenga este poder.

Es el caso, por ejemplo, del *English Arbitration Act* de 1996 (el "*English Arbitration Act*"), cuya sección 39 da dos ejemplos de medidas que el árbitro puede decretar provisionalmente, pero únicamente si las partes le han concedido este poder: la orden provisional de un pago de dinero (equivalente al *référé-provision*) o de venta de una propiedad entre las partes y la orden de un pago intermediario en relación con las costas del arbitraje²⁴. Algunos autores²⁵ opinan que la sección 39 del *English Arbitration Act* también cubre las *Mareva injunctions*²⁶, aunque otros autores²⁷ opinan que una *Mareva injunction* sólo puede ser ordenada por un juez estatal, incluso si las partes han querido otorgar tal poder al árbitro.

De la misma manera, el artículo 1051 del código de enjuiciamiento civil neerlandés prevé que el tribunal arbitral o su presidente podrán tomar algunas decisiones de carácter sumario que no abarquen el fondo del litigio únicamente si las partes le han otorgado este poder expresamente²⁸.

²⁴ La sección 39 del *English Arbitration Act* dispone: "(1) ***The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.*** (2) *This includes, for instance, making (a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or (b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration.* (3) *Any such order shall be subject to the tribunal's final adjudication; and the tribunal's final award, on the merits or as to costs, shall take account of any such order.* (4) ***Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power (...)***" (subrayado por el autor).

²⁵ Ver, por ejemplo, BEECHEY, John y KENNY, Gareth. "*How to Control the Impact of Time Running Between the Occurrence of the Damage and its Full Compensation: Compensatory and Alternative Remedies in Interim Relief Proceedings*". En: *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*. 2008, p. 94, que se basa en la sección 38(1) del *English Arbitration Act*, que dispone: "*The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal for the purposes of and in relation to the proceedings*".

²⁶ Una *Mareva injunction* consiste en ordenar a una parte que no disponga de sus bienes durante el arbitraje, aunque estos bienes no hayan sido identificados (a diferencia de otras reglas sobre los embargos conservatorios que requieren una identificación de dichos bienes), o en prohibir a una parte que pida un pago o una restitución a una tercera parte. En este último caso, en la práctica judicial inglesa, la *Mareva injunction* puede ser notificada a la tercera parte (por ejemplo, un banco) que cometería un *contempt of court* si pagase. Como el *contempt of court* sólo puede resultar de una decisión judicial, la *Mareva injunction* parece tener una eficacia limitada en arbitraje si no se recurre al juez estatal, como indica MAYER, Pierre, *supra* nota 23, p. 450.

²⁷ Ver, por ejemplo, DONOVAN, Donald. "*The Allocation of Authority Between Courts and Arbitral Tribunals to Order Interim Measures: A Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and a Model Proposal*". En: *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*"; Ed. A. J. van den Berg, Kluwer Law International, The Hague 2005, p. 214.

²⁸ El artículo 1051 del código de enjuiciamiento civil neerlandés dispone: "*1. The parties may*

En la práctica, la probabilidad de que las partes hayan acordado expresamente que el árbitro tenga la autoridad de ordenar una de estas medidas es bastante baja. Sin embargo, este acuerdo puede ser indirecto y resultar de la incorporación del reglamento de una institución de arbitraje que especifique que el árbitro podrá ordenar una de estas medidas, lo que será raro²⁹. A falta de uno de estos acuerdos antes del nacimiento del litigio, es improbable que las partes puedan ponerse de acuerdo una vez que haya surgido el litigio. En el caso de que exista este acuerdo, también es posible que el árbitro se resista a ordenar una medida si teme que pueda ser contradicha por su lado final.

(c) *La implicación de terceras partes*

A diferencia del juez estatal, que puede ejercer su jurisdicción sobre toda persona en su zona de competencia geográfica, el árbitro sólo tiene jurisdicción sobre las partes en el arbitraje. Si una parte quiere obtener un embargo conservatorio sobre la cuenta bancaria de otra parte en el arbitraje y si el banco no es una de estas partes, el embargo sólo se podrá obtener del juez estatal.

(d) *Las medidas ex parte en general*

En algunas circunstancias, el juez estatal puede otorgar medidas *ex parte*, es decir, sin notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esta medida vaya dirigida cuando hay un riesgo de que la notificación previa frustre la medida solicitada. Esta posibilidad es muy interesante para una parte que piensa que la otra parte no ejecutará la decisión cautelar y que quiere preservar el elemento de la sorpresa para garantizar la eficacia de la medida cautelar.

Los reglamentos de las grandes instituciones de arbitraje no mencionan esta posibilidad para el árbitro. La mayor parte de la doctrina ha considerado que el árbitro no podía otorgar medidas *ex parte*, porque tal poder sería incompatible con (i) la naturaleza consensual del arbitraje, (ii) el principio de contradicción, según el cual cada parte debe poder presentar su caso y responder al del adversario, (iii) el principio de igualdad de tratamiento entre las partes, (iv) el principio según el cual ninguna parte puede tener un contacto unilateral con el árbitro, y (v) el principio de neutralidad del árbitro³⁰. Otra

agree to empower the arbitral tribunal or its chairman to render an award in summary proceedings, within the limits imposed by article 289(1) (...)".

²⁹ Por ejemplo, el artículo 25(1)(c) del reglamento de arbitraje de la LCIA dispone que el árbitro, a solicitud de una de las partes, está facultado para "decretar provisionalmente, y sujeto a la posterior confirmación de un laudo final, la concesión de cualquier compensación que el Tribunal pueda conceder a las partes en el laudo final, incluido el pago de una cantidad dineraria o la venta de una propiedad entre las partes".

³⁰ Ver, por ejemplo, DERAIS, Yves. "L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires ex parte". En: *Les Cahiers de l'Arbitrage*. N° 2003/2, 1° parte, Gazette du Palais, 5-6 de noviembre de 2003, p. 14.

parte de la doctrina considera que estas objeciones no son fundadas³¹ y ha contestado con argumentos detallados a cada una de las mismas³².

En la revisión de la Ley Modelo en 2006 se encontró un compromiso entre el campo de las delegaciones que favorecían la facultad para el árbitro de otorgar medidas *ex parte* (liderado por Estados Unidos) y el campo que se oponía a tal facultad (liderado por el Reino Unido). El artículo 17(B) de la Ley Modelo permite a las partes pedir una “orden preliminar” y define condiciones para su otorgamiento. El artículo 17(C) establece el régimen específico de las órdenes preliminares. Entre otros puntos, se puede destacar que la orden preliminar “expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido” (artículo 17(C)(4)), aunque se pueda confirmar por una medida cautelar *inter partes*, y que “no será de por sí objeto de ejecución judicial” y “no constituirá un laudo” (artículo 17(C)(5)). Los artículos 17(E)(2) y 17(F)(2) imponen al peticionario obligaciones de garantía y de información reforzadas en comparación con las aplicables a las medidas cautelares *inter partes*. El artículo 17(G) instaura un régimen común a las medidas *ex parte* e *inter partes* de responsabilidad de las costas y de los daños y perjuicios en el caso de que la medida no hubiera debido otorgarse.

Por el momento pocos países han modificado su ley de arbitraje para incluir las disposiciones del artículo 17 de la Ley Modelo sobre las medidas cautelares *ex parte*³³. Si la ley de arbitraje aplicable no confiere al árbitro el poder de otorgar medidas cautelares *ex parte*, las partes que consideren útil que el árbitro tenga este poder tendrán que indicarlo expresamente en el acuerdo de arbitraje. En la práctica será raro que las partes lo hagan, de modo que tendrán que pedir medidas cautelares *ex parte* del juez estatal competente.

3.2. Competencia exclusiva del árbitro

Salvo la situación particular del arbitraje de inversiones³⁴, parece existir un único caso en el cual el árbitro tiene competencia exclusiva para ordenar una medida cautelar. La sección 38(3) del *English Arbitration Act* confiere, en la práctica³⁵, competencia exclusiva al árbitro para ordenar contra la parte

³¹ Ver REINER, Andreas, *supra* nota 5, p. 864-865.

³² Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Mesures *ex parte* et injonctions préliminaires”. En: *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolution et innovations*. Litec, 2007, p. 91.

³³ Los países cuya legislación da al árbitro el poder de otorgar medidas cautelares *ex parte* son Nueva Zelanda desde 2007 (artículo 17 del *Arbitration Amendment Act*), Eslovenia desde 2008 (artículo 20(2) del *Zakon o Arbitaiv*), y Perú desde 2008 (artículo 47(3) del Decreto Legislativo N° 1071).

³⁴ Ver *supra* par. 11.

³⁵ Aunque la sección 38(3) del *English Arbitration Act* no mencione que la competencia del árbitro es exclusiva para otorgar una *security for costs* en un arbitraje internacional, en la

demandante una medida de *security for costs* (o *cautio judicatum solvi*)³⁶ a menos que la parte demandante sea residente o incorporada fuera del Reino Unido³⁷. Como una *security for costs* es una medida pedida por una parte (en general, la parte demandada) para garantizar la recuperación de sus costas en el arbitraje si la otra parte (en general, la parte demandante) pierde, parece lógico que el juez estatal no interfiera con el procedimiento arbitral a este respecto.

4. COMPETENCIA COMPLEMENTARIA O COMPETENCIA SUBSIDI

En la inmensa mayoría de las leyes de arbitraje tanto el juez como el árbitro pueden dictar medidas cautelares, a condición, en el caso del árbitro, de que este último tenga la posibilidad material de actuar y de que la decisión cautelar no involucre nunca a terceras partes que no son partes al acuerdo de arbitraje o, de manera general, medidas *ex parte*. Salvo en estos casos en los cuales el árbitro no puede actuar en materia cautelar o no tiene derecho a hacerlo, la competencia del juez y la del árbitro pueden ser complementarias (o alternativas) (4.1.). La competencia del juez puede también sólo ser subsidiaria a la del árbitro (4.2.). Estos dos tipos de competencia en materia cautelar tienen un corolario: la ausencia de renuncia a la cláusula de arbitraje cuando una parte pide al juez medidas cautelares salvo en determinadas circunstancias (4.3.).

4.1. Competencia complementaria del juez

Las competencias del juez y del árbitro para ordenar una medida cautelar pueden ser de idéntica valía y competir entre sí con respecto a la medida cautelar pedida. Varios sistemas consagran la competencia complementaria (o alternativa) del juez sin establecer una prioridad clara entre el árbitro y el juez, permitiendo así a una parte pedir una medida cautelar indiferentemente al juez o al árbitro. Entre los sistemas de competencia complementaria se encuentran, por ejemplo, la Ley Modelo, el derecho alemán³⁸, el derecho indio³⁹, el derecho federal de los Estados Unidos de América⁴⁰ o el derecho suizo⁴¹.

práctica es el caso desde *Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A.*, 1984, Q.B. 291 (RUBINS, Noah. "In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration". En 11 Am. Rev. Int'l Arb. 307, 2000, p. 325-326).

³⁶ Sobre la calificación de medida cautelar de una *security for costs*, ver *supra* nota 3.

³⁷ Sección 38(3)(a) y (b) del *English Arbitration Act*.

³⁸ Aunque una minoría de la doctrina opina que en el sistema alemán la tendencia es ir hacia una competencia prioritaria del árbitro (ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 312, p. 193, y N° 412, p. 248).

³⁹ Para más detalles sobre el funcionamiento del principio de competencia complementaria en la Ley Modelo, Alemania e India, ver DONOVAN, Donald, *supra* nota 27, pp. 205-211.

⁴⁰ Ver BORN, Gary, *supra* nota 2, p. 2050.

⁴¹ Ver BORN, Gary, *supra* nota 2, p. 2050 y BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 411, p. 248. *Contra*, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Law and*

Sin embargo, incluso en algunos de los países en los cuales la ley no establece un orden de prioridad entre el juez y el árbitro, los jueces han podido ser reticentes a ordenar medidas cautelares en presencia de una cláusula de arbitraje⁴². Por esta razón, es aconsejable que, para decidir si es preferible presentar una demanda de medida cautelar al juez o al árbitro, uno no se limite a leer la ley de arbitraje. Conocer la actitud de los jueces podrá resultar muy útil para decidir acerca del foro apropiado.

4.2. Competencia subsidiaria del juez

En muchos países, la ley ha establecido una competencia sólo subsidiaria del juez estatal en relación con las medidas cautelares o, dicho de otra manera, una competencia prioritaria del árbitro. En estos países, las partes deberán pedir medidas cautelares en prioridad al árbitro o, como mínimo, tomar en cuenta que la regla aplicable puede establecer una preferencia a favor del árbitro incluso si las restricciones al poder del juez estatal en relación con las

Practice of International Commercial Arbitration. Thomson, Sweet & Maxwell, 2009, N° 7-27, p. 448, que opina que el sistema suizo es más bien un sistema de competencia subsidiaria del juez, porque el artículo 183 de la Ley Federal del 18 de diciembre de 1987 sobre el derecho internacional privado dispone: "1. Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie. 2 Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit". La posición de REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES parece basada en una interpretación demasiado amplia del artículo 183(2), que sólo prevé que una parte puede recurrir al juez estatal cuando otra no cumple con la medida cautelar ordenada por el árbitro y no que las medidas cautelares deben pedirse con prioridad o incluso preferentemente al juez estatal.

⁴² En *McCreary Tire & Rubber Co. c/ Seat S.p.A.*, 501 F.2d 1032 (3d Circ. 1974), un Tribunal Federal de Apelaciones (el *Third Circuit*) de Estados Unidos había negado incluso el derecho de una parte de obtener del juez estatal una medida cautelar (*attachment order*) porque las partes habían concluido un acuerdo de arbitraje para resolver sus controversias. Según el tribunal, el otorgamiento de medidas cautelares por el juez estatal era incompatible con el acuerdo de las partes de someter sus controversias al arbitraje. Esta decisión (que era cuando menos contraproducente en un caso en el que el árbitro no tenía el poder de ordenar la medida cautelar demandada) había sido criticada por su aplicación errónea del principio de autonomía del arbitraje. Afortunadamente esta decisión quedó aislada en Estados Unidos (ver REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, N° 7-19, p. 336, y J. LOOKOFKY, Joseph y HERTZ, Ketilbjørn. *Transnational Litigation and Commercial Arbitration*. 2da. Edición. Juris Publishing and DJØF Publications Copenhagen, 2004, p. 845-846). Un ejemplo que refleja una situación que puede ser más frecuente es el caso *Channel Tunnel* (concluido antes de la entrada en vigor del *English Arbitration Act* en su versión de 1996) en el que (i) la *Court of Appeal* consideraba que hubiera sido apropiado ordenar a un contratista continuar obras de ventilación en el *Channel Tunnel* pero que no tenía el poder de dar esta orden, y (ii) la *House of Lords* consideraba que el juez estatal tenía el poder de ordenar la continuación de las obras pero que no era oportuno hacerlo (ver REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *supra* nota 41, N° 7-47-7-51, p. 456-457).

medidas cautelares no están claramente definidas. Entre estos países se encuentran, por ejemplo, Francia⁴³, Inglaterra⁴⁴, Hong Kong, Zimbabue⁴⁵, Bélgica⁴⁶ y los Países Bajos⁴⁷. Algunas de las instituciones de arbitraje más conocidas también favorecen la competencia prioritaria del árbitro⁴⁸.

El principio de subsidiaridad es ilustrado por la función de asistencia del juez al árbitro (*juge d'appui*), por ejemplo, para recoger pruebas⁴⁹.

También se puede observar una forma del principio de subsidiaridad en casos en los que el juez competente de la sede de arbitraje ordena a una parte que no entable o que retire una acción judicial en un tribunal estatal extranjero cuyo objetivo es impedir el desarrollo normal del arbitraje. Este tipo de *anti-suit injunction* fue una práctica corriente del juez inglés y una de las razones de la popularidad de Londres como sede de arbitraje. Esta protección del arbitraje por el juez de la sede del arbitraje no fue muy empleada por los jueces de otras sedes de arbitraje en Europa por no querer implicarse de manera incluso indirecta en el proceso entablado por la parte en los tribunales del otro país (en aplicación del famoso principio de *comity*). Sin embargo, hace poco, este tipo de *anti-suit injunction* fue declarado incompatible con el Reglamento eu-

⁴³ Ver GAILLARD, Emmanuel y DE LAPASSE, Pierre. "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international". En: *Recueil Dalloz* N° 3, 20 de enero de 2011, N° 12-14, p. 179-180.

⁴⁴ El *English Arbitration Act* establece no sólo una preferencia a favor del árbitro para ciertas medidas cautelares, sino también reglas de prioridad claras. La sección 44 del *English Arbitration Act* dispone: "(...) (3) *If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.* (4) *If the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties.* (5) *In any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively (...)*".

⁴⁵ Para más detalles sobre el funcionamiento del principio de competencia prioritaria o por lo menos preferencial del árbitro en Inglaterra, Hong Kong y Zimbabue, ver DONOVAN, Donald, *supra* nota 27, p. 212-219.

⁴⁶ Ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 353-354, p. 217-218, y N° 414, p. 249.

⁴⁷ Ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 355, p. 218-219, y N° 415, p. 249.

⁴⁸ El artículo 28(2) del reglamento de arbitraje de la CCI dispone: "Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aún después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares (...)" (subrayado por el autor). El artículo 25(3) del reglamento LCIA es aún más explícito en cuanto a la competencia prioritaria del árbitro, permitiendo a las partes "(...) instar con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral - o, excepcionalmente, después - ante cualquier juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial la adopción de medidas provisionales de protección y aseguramiento de bienes litigiosos (...)" (subrayado por el autor).

⁴⁹ Ver, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley Modelo. Como hemos visto (*supra* nota 2), aunque la práctica de pruebas pueda ser urgente, se puede debatir sobre el hecho de saber si constituye una materia cautelar.

ropeo N° 44/2001 del 22 de diciembre de 2001 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en una decisión controvertida⁵⁰.

Por su parte, añadiendo un caso de competencia a los previstos en el antiguo artículo 1493 (versión anterior a 2011) del *Nouveau Code de Procédure Civile*, la jurisprudencia francesa ha reconocido la competencia internacional del juez estatal francés para nombrar un árbitro a fin de evitar un *déni de justice* (denegación de justicia) en un caso con una conexión tenue con Francia (elección por las partes en la cláusula de arbitraje del presidente de la “CCI de Paris” para el nombramiento del tercer árbitro en un caso en el cual se trataba de nombrar al árbitro de una parte)⁵¹. Aunque esta decisión se refiera al nombramiento de un árbitro, uno se puede preguntar si el riesgo de denegación de justicia también podría servir de fundamento excepcional en un caso de medidas cautelares con una conexión débil con Francia para justificar la competencia del juez estatal francés cuando ni el árbitro ni otro juez estatal pueda ordenar una medida de este tipo. Un caso tan excepcional podría constituir la expresión extrema de una cierta forma de competencia subsidiaria del juez estatal. La cuestión queda abierta con la reforma del derecho francés del arbitraje por el decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011 (vigente desde el 1 de mayo de 2011) que siguió la jurisprudencia al reconocer la competencia internacional del juez estatal francés si una de las partes se encuentra expuesta a un riesgo de denegación de justicia sin explicitar si esta competencia se aplicaría en materia cautelar⁵².

Además de la falta de autoridad del árbitro para ordenar las medidas cautelares necesarias, el criterio de urgencia es determinante en muchos casos en los que el juez sólo tiene una competencia subsidiaria. Cuando se le pide una medida cautelar a un juez estatal en presencia de una cláusula de arbitraje, parece lógico que el juez respete la voluntad de las partes de resolver su litigio por medio de arbitraje y que la intervención judicial se limite a casos de una

⁵⁰ TJCE, 10 de febrero de 2009, *West Tankers Inc. c/ RAS Riunione Adriatica di Sicurta*, Aff. C-185/07, [2007] UKHL 4 o *Petites Affiches*, 16 de marzo de 2009, N° 53, p. 15, con un comentario de CLAVEL, Sandrine, que critica una aplicación errónea del Reglamento europeo n° 44/2001. De manera interesante, después de esta decisión, la *Cour de cassation* francesa declaró conforme al orden público internacional francés una *anti-suit injunction* que estaba fuera del campo de aplicación del derecho comunitario y que sancionaba la violación de una “obligación contractual preexistente” constituida por una cláusula de atribución de competencia judicial en beneficio de los tribunales del Estado de Georgia (E.E.U.U.) (Cass. 1° civ., 14 de octubre de 2009, *Lionel Wolberg et In Beverage International S.A. c/ Zone Brands Inc.*, caso n° 1017 FS-P+B+I, *pourvois* N° G 08-16.369 y D 08-16.549). No existe ninguna razón para pensar que la posición de la *Cour de cassation* francesa sería distinta en el caso de una *anti-suit injunction* a favor de una cláusula de arbitraje que también, por supuesto, constituiría una “obligación contractual preexistente”.

⁵¹ Cass. 1° civ., 1 de febrero de 2005, *Dalloz* 2005, p. 3055, obs. CLAY, Thomas.

⁵² Artículo 1505(4) del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

urgencia tal que los intereses de una parte resultarían gravemente dañados si tuviera que esperar el nombramiento del árbitro o incluso el laudo final. Esta razón justifica la restricción del poder del juez inglés bajo el *English Arbitration Act* cuando no hay urgencia⁵³.

La misma razón justifica la aplicación limitada de una institución tan importante como el *référé-provision* en Francia en presencia de un acuerdo de arbitraje. En Francia, el *référé-provision* (que existe también en Bélgica y los Países Bajos, - aunque haya diferencias⁵⁴ - pero no en Suiza por ejemplo) permite al presidente del *Tribunal de Grande Instance* otorgar una provisión (concretamente, el pago de todo o parte de las demandas pecuniarias) al acreedor o la ejecución de una obligación a condición de que la "existencia de la obligación no sea seriamente discutible"⁵⁵, antes de que sea pronunciada una sentencia judicial⁵⁶. Para decidir otorgar la provisión, el juez tendrá que analizar sumariamente el fondo del caso para determinar si la obligación que funda la provisión no es "seriamente discutible". Si la provisión pedida es otorgada, será una decisión provisional pero inmediatamente ejecutoria⁵⁷. La parte demandada deberá pagar y, si quiere continuar discutiendo la suma que tuvo que pagar, tendrá que intentar después un proceso sobre el fondo del asunto, lo que, en la práctica, transformará a la parte demandada en el *référé-provision* en parte demandante sobre el fondo del asunto. Si se pudiese usar sin límites en presencia de una cláusula de arbitraje, este mecanismo (que puede permitir a una parte obtener el pago de la totalidad de sus demandas pecuniarias) contradiría la voluntad de las partes, expresada antes del comienzo del litigio, de someter todas sus controversias al arbitraje⁵⁸. La

⁵³ Ver *supra* nota 44.

⁵⁴ Por ejemplo, en Bélgica, el uso del *référé-provision* siempre requiere una situación de urgencia, incluso en un contexto puramente judicial, a diferencia del *référé-provision* francés, para el cual la urgencia es requerida sólo en presencia de una cláusula arbitral, pero no en un contexto exclusivamente judicial. Para un análisis de la situación en Bélgica, ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 353-354, p. 217-218. Para un análisis de la situación en los Países Bajos, ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 355, p. 218-219.

⁵⁵ Artículos 809, par. 2 y 873, par. 2 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

⁵⁶ Esta medida, que asegura la protección inmediata del acreedor, también contribuye a moralizar las relaciones comerciales porque permite evitar que un deudor de mala fe, no obstante el carácter obvio de su deuda, pueda contar con la reticencia del acreedor a incoarle un proceso o con la lentitud de la justicia.

⁵⁷ Artículos 484 y 489 del *Nouveau Code de Procédure Civile*.

⁵⁸ El hecho de que la totalidad de la suma pedida por la parte demandante en el *référé-provision* pueda ser otorgada ha conducido a una parte de la doctrina a opinar que el *référé-provision* era más un "juicio rápido sobre el fondo del asunto" o un "procedimiento acelerado sobre el fondo del asunto" que una medida cautelar, aunque la mayoría de la doctrina opine que es una medida cautelar porque es una decisión provisoria (artículo 484 del *Nouveau Code de Procédure Civile*) y no tiene "autoridad de la cosa juzgada" ("*l'autorité de la chose jugée*") (artículo 488 del *Nouveau Code de Procédure Civile*) (para un análisis detallado de este

jurisprudencia francesa ha limitado por ello el uso del *référé-provision* que, en presencia de una cláusula de arbitraje, únicamente se puede utilizar antes de la *saisine*⁵⁹ del árbitro y sólo en caso de urgencia⁶⁰. Estas dos condiciones son acumulables, de modo que después de la *saisine* del árbitro no se puede pedir un *référé-provision* al juez estatal, incluso en caso de urgencia (que de todos modos sería más fácil de demostrar cuando el árbitro aún no ha sido nombrado). Haciendo de la ausencia de *saisine* del árbitro y de la urgencia las condiciones de la intervención del juez estatal para un *référé-provision*, la jurisprudencia francesa ha mandado una señal fuerte a favor de la competencia prioritaria del árbitro⁶¹.

4.3. Ausencia de renuncia a la cláusula arbitral

Los principios de competencia complementaria o subsidiaria del juez en materia cautelar tienen un corolario: si una parte pide (u obtiene) una medida

debate, ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 402-405, p. 243-245). La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas decidió sobre el equivalente neerlandés del *référé-provision* (el *kort geding*) que esta medida se podía calificar de provisional para el propósito del artículo 24 de la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial (ahora reglamento europeo n° 44/2001 del 22 de diciembre de 2000) únicamente si (i) el reembolso a la parte demandada de la suma otorgada está garantizado en el caso de que la parte demandante no gane el pleito sobre el fondo del asunto y (ii) la medida solicitada se refiere exclusivamente a bienes determinados de la parte demandada localizados en el ámbito de la competencia territorial del juez ante el cual se pidió la medida (TJCE, 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Africa Line c/ Deco-Line*, Aff. C-391/95, *Revue de l'Arbitrage*, 1999, p. 143; este análisis fue confirmado en otro caso: TJCE, 16 de marzo de 1999, *Mietz c/ Intership*, Aff. C-99/96, *Journal de Droit International*, 2001, p. 682).

⁵⁹ En el contexto del *référé-provision*, varias decisiones han mencionado la "*saisine*" del árbitro, algunas la "*constitución*" del tribunal arbitral o el "*nombramiento*" del árbitro, otras el hecho de que el procedimiento arbitral haya "*empezado*". La *saisine* parece ser el término más adecuado y, en el contexto del *référé-provision*, la *saisine* tiene que definirse como el momento en el cual el árbitro puede actuar eficazmente en lugar del juez (ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, n° 346, p. 213).

⁶⁰ Ver POUURET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *supra* nota 2, N° 613, p. 526.

⁶¹ Ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 350, p. 215-216, opina que la jurisprudencia podría ir aún más lejos si usara la urgencia no sólo como condición de acceso al juez estatal para obtener una provisión, sino también como límite al poder del juez, quien sólo tendría que otorgar la parte de la provisión necesaria para la protección de los intereses del demandante del *référé-provision* a fin de permitirle "*sobrevivir hasta que su derecho [sobre el fondo del caso] sea conocido*". Es verdad que otorgar solamente una parte de la demanda de provisión tendría la ventaja de confirmar el carácter provisional de la decisión del juez y, en algunos casos, evitaría que la parte demandada en el *référé-provision* tuviera que convertirse en la parte demandante en el arbitraje (lo que es paradójico cuando las partes han acordado resolver todas sus controversias por arbitraje). El único problema de esta sugerencia (que no ha sido seguida por la jurisprudencia) reside en el hecho de que obligaría al juez a determinar cuál es el porcentaje de la deuda allegada que no es "*seriamente discutible*", lo que parece difícil de hacer objetivamente.

cautelar del juez, no se puede considerar que haya renunciado a la cláusula de arbitraje. Este principio se encuentra en la gran mayoría de las legislaciones⁶² y de los reglamentos de las instituciones arbitrales⁶³.

El principio según el cual no se renuncia a la cláusula de arbitraje por pedir una medida cautelar al juez estatal significa que no se renuncia a perseguir el arbitraje. Esto no supone que una parte pueda pedir una primera vez al juez estatal una medida cautelar y, si el juez no consiente la demanda, pedir la misma medida cautelar después al árbitro. Se puede considerar que una parte que ha elegido presentar una demanda de medidas cautelares ante el juez estatal ha renunciado a pedir estas medidas cautelares al árbitro, en aplicación del principio reconocido en muchas jurisdicciones, según el cual no es admisible que una parte presente a distintas autoridades demandas idénticas contra el mismo adversario⁶⁴.

5. EXPERIENCIAS RECIENTES Y PROMETEDORAS

Cuando las partes acuerdan que sus desavenencias sean resueltas mediante arbitraje, la voluntad de las partes es renunciar, en la medida de lo posible, a la competencia del juez. Obviamente, siempre hay situaciones en las cuales las partes no podrán prescindir del juez para otorgar medidas cautelares.

También existen casos en los cuales las partes podrían prescindir del juez en materia cautelar pero no querrán hacerlo, porque el árbitro carece de autoridad para ordenar la ejecución forzada directa de sus decisiones, aunque esta carencia sea compensada por el hecho de que el árbitro que toma una decisión en materia cautelar también será, a diferencia del juez estatal que ordena una medida cautelar, el juez del fondo del caso. Parece dudoso que el árbitro tenga derecho a deducir de la ausencia de ejecución de su decisión sobre medidas cautelares conclusiones negativas sobre el fondo del caso de la parte que no ha ejecutado la decisión (a menos que tal decisión se refiera a medidas relativas a la administración de las pruebas): el hecho de que una parte no haya respetado todas las prescripciones del árbitro durante el arbi-

⁶² Por ejemplo, el artículo 9 de la Ley Modelo dispone: "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas".

⁶³ Por ejemplo, el artículo 28(2) del reglamento de arbitraje de la CCI dispone: "(...) La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas [provisionales o cautelares] o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a este y no afecta a los poderes del tribunal arbitral al respecto (...)".

⁶⁴ Ver BESSON, Sébastien, *supra* nota 3, N° 424, p. 254, según el cual este tipo de situación justifica más la aplicación de "reglas de buen orden procesal" que de litispendencia.

traje no impide que esta parte pueda tener razón sobre el fondo del asunto. Sin embargo, desde el punto de vista psicológico, será difícil para el árbitro hacer completa abstracción del hecho de que una parte no haya ejecutado su decisión cautelar. En la práctica, muchas veces, el temor de las partes a poner al árbitro en su contra y su interés en presentarse como personas de buena fe serán incentivos suficientes para ejecutar la decisión cautelar del árbitro, decisión cuya fuerza de convicción será aún mayor si es clara y se halla bien motivada.

El hecho de que las partes quieran mantener la posibilidad de pedir medidas cautelares al juez además de al árbitro no implica que en muchos casos el recurso al juez para tomar decisiones en materia cautelar sea el idóneo. Una parte demandante de una medida cautelar querrá evitar ciertos problemas relacionados con el recurso al juez estatal. Estos problemas pueden consistir en la falta de confianza en el juez estatal porque la parte teme que éste (i) no sea neutro, independiente o imparcial (si, por ejemplo, tiene la misma nacionalidad que la otra parte), (ii) no tenga la competencia jurídica, técnica o lingüística para entender el asunto, (iii) no tenga bastante tiempo o disponibilidad suficiente para dictar una medida cautelar apropiada, (iv) no pueda garantizar la confidencialidad, (v) no pueda otorgar una medida cautelar cuyo efecto cubra países diferentes del suyo o (vi) no disponga bajo su ley nacional de la suficiente flexibilidad como para otorgar ciertas medidas cautelares que no son mencionadas en la lista exhaustiva de las medidas cautelares de dicha ley nacional (por ejemplo, medidas que puedan requerir la cooperación de las partes y un control de esta cooperación durante un tiempo bastante largo, como puede ser el caso de medidas sobre el funcionamiento de un *joint venture*). También puede resultar difícil para una parte determinar cuál es el juez estatal que tiene competencia para otorgar la medida cautelar. Otra dificultad para la parte que pide una medida cautelar es que quizá tenga que contratar a un abogado suplementario que ejerza en la jurisdicción donde se pide dicha medida en la cual el abogado encargado del arbitraje no tiene, tal vez, la autorización o la costumbre de ejercer.

Por todas estas razones, las empresas han expresado el deseo de beneficiarse de un mecanismo en materia cautelar alternativo al recurso al juez en el caso de que el tribunal arbitral no esté en posición material de actuar porque aún no ha sido constituido.

Varias instituciones han decidido ofrecer a las partes remedios cautelares preliminares en los cuales un "tercero" (según el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI), un "*tiers-décideur*" (según el reglamento de decisión de urgencia del *Centre d'Arbitrage et de Médiation de Paris* ("CMAP")), un "árbitro de urgencia" (según el reglamento de arbitraje internacional del

Centro Internacional para la Resolución de Disputas (“CIRD”, la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”), un “árbitro de emergencia” (según el reglamento de arbitraje de la CCI que estará vigente a partir del 1 de enero de 2012 o el reglamento de arbitraje del *Arbitration Institute* de la Cámara de comercio de Estocolmo (“SCC”)) o un “árbitro único” (según los reglamentos de arbitraje de la *Association Française d’Arbitrage* (“AFA”) y del *Netherlands Arbitration Institute* (“NAI”)) tomará una decisión sobre medidas urgentes o cautelares.

5.1. Descripción general de los mecanismos alternativos preliminares en materia cautelar

Dos tipos de soluciones se encuentran disponibles para que las partes puedan obtener decisiones cautelares de una persona diferente al juez cuando el árbitro aún no puede actuar.

La primera solución que apareció consiste en que las partes se refieran expresamente a un reglamento institucional específico (o en crear reglas *ad hoc* respecto a este tipo de situación), además (i) del reglamento de arbitraje institucional general que han incorporado a la cláusula de arbitraje o (ii) de su acuerdo *ad hoc* de arbitraje (sistema *opt-in*). Éste es el caso del CMAP⁶⁵ (“*règlement de décision d’urgence*”) y, hasta el 1 de enero de 2012, de la CCI (“reglamento de procedimiento precautorio prearbitral”) o, en arbitraje nacional (aunque las partes tengan libertad para ponerse de acuerdo en usar estas reglas en un arbitraje internacional), de la AAA (“*Optional Rules for Emergency Measures of Protection*”). Si las partes no han especificado el recurso a uno de estos reglamentos específicos en su contrato, sólo se podrán usar después de que haya nacido el litigio si todas las partes se muestran interesadas.

El segundo modelo, que apareció un poco más tarde, es aquél en el cual el reglamento general de arbitraje de la institución pertinente incluye para las partes la posibilidad de recurrir a una persona que no sea obligatoriamente un juez para tomar decisiones cautelares o urgentes antes de que el árbitro pueda actuar, a menos que las partes hayan excluido expresamente esta posibilidad (sistema *opt-out*). Éste es el modelo del NAI desde 2001 (artículo 42(a) *y sig.*)⁶⁶, del CIRD (artículo 37), de la AFA (artículo 13(1)(c)), del *Singapore International Arbitration Centre* (artículo 26(2))

⁶⁵ El reglamento de decisión de urgencia del CMAP es aplicable en materia internacional sólo si una de las partes es francesa, salvo acuerdo distinto de las partes (artículo 3(6)).

⁶⁶ El reglamento de arbitraje del NAI introdujo un “árbitro único” para “*summary arbitral proceedings*” el 13 de noviembre de 2001. Este reglamento fue modificado el 1 de enero de 2010 con tan sólo un cambio no esencial (introducción de una referencia al correo electrónico) de una de las disposiciones aplicables a este procedimiento en el artículo 42(b)(3).

desde el 1 de julio de 2010, del SCC desde el 1 de enero de 2010 (artículo 32(4) y apéndice II) y de la CCI (artículo 29 y apéndice V) a partir del 1 de enero de 2012⁶⁷.

No siendo el propósito de la presente contribución analizar en detalle los distintos sistemas alternativos de procedimiento precautorio preliminar, nos limitaremos a exponer las características generales de estos sistemas.

En todos los casos, una persona independiente será nombrada muy rápidamente⁶⁸ por las partes o, a falta de acuerdo entre las partes, por la institución que hayan designado. Esta persona tomará en un plazo corto de tiempo una decisión⁶⁹, que constituirá una solución provisional de la controversia, hasta que la jurisdicción competente sobre el fondo del asunto (ya sea un tribunal estatal o arbitral) pueda actuar. En general, salvo acuerdo contrario de las partes, la persona nombrada no actuará como árbitro en el arbitraje sobre el fondo del caso⁷⁰.

Casi todas las decisiones tomadas en aplicación de estos sistemas estarán condicionadas por la urgencia (con limitadas excepciones⁷¹). Todas estas decisiones deberán pedirse antes de la constitución del tribunal arbitral o de la remisión del expediente al tribunal arbitral competente sobre el fondo del asunto.

⁶⁷ De acuerdo con el artículo 29(6)(c) del reglamento de arbitraje de la CCI, las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no serán aplicables si "las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares", lo que parece incluir el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI de 1990.

⁶⁸ Por ejemplo, ocho días contados a partir de la recepción por la parte demandada de la copia de la demanda, según el artículo 4(1) del reglamento de procedimiento precautorio de la CCI, o un día hábil a partir de la recepción por la otra parte de la notificación de la voluntad de nombrar un árbitro de urgencia, según el artículo 37(3) del reglamento de arbitraje internacional del CIRD.

⁶⁹ Por ejemplo, 5 días a partir de la fecha de remisión de la solicitud al árbitro de emergencia, según el artículo 8(1) del apéndice II al reglamento de arbitraje del SCC, o 28 días a partir de la nominación del tercero, según el artículo 10(6)(1) del reglamento de urgencia del CMAP.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, el artículo 37(6) del reglamento de arbitraje internacional del CIRD o el artículo 4(4) del apéndice II al reglamento de arbitraje del SCC.

⁷¹ El artículo 2(1) del reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI enumera cuatro categorías de medidas y sólo menciona la urgencia como condición de admisibilidad para las medidas referenciadas en el párrafo (a) y no para las otras medidas de los párrafos (b), (c), y (d). Por su parte, las "Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes" del CPR sólo se refieren a "Interim Measures of Protection by a Special Arbitrator" (artículo 14), sin especificar una condición de urgencia. Sin embargo, en la práctica, las partes demandantes y las personas nombradas en aplicación de estos reglamentos tratan de demostrar que estas medidas son también urgentes.

Algunos reglamentos de procedimiento cautelar preliminar están disponibles solamente si una demanda de arbitraje sobre el fondo del caso es introducida en breve plazo después de este procedimiento (por ejemplo, el reglamento de arbitraje internacional del CIRD, el del SCC o el de la CCI a partir del 1 de enero de 2012). Otros de estos reglamentos pueden ser accionados de manera completamente independiente de un procedimiento sobre el fondo (por ejemplo, el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI⁷² o el reglamento de arbitraje del NAI).

Ningún procedimiento cautelar preliminar sustituye la jurisdicción arbitral o estatal competente para decidir sobre el fondo de cualquier desavenencia subyacente, pudiendo esta jurisdicción reconsiderar, modificar o anular la decisión tomada al final del procedimiento cautelar preliminar.

Todos los mecanismos alternativos preliminares en materia cautelar deben respetar el principio de contradicción (y en particular ninguno permite un mecanismo de decisión *ex parte*) y un cierto grado de confidencialidad podrá ser exigido o no⁷³.

5.2. La competencia con el juez

Ninguno de los reglamentos institucionales que ofrecen un procedimiento cautelar preliminar estipula que sea exclusivo del recurso al juez. Esta posición es lógica. Si, en principio, el recurso al arbitraje “clásico” no excluye la competencia del juez en materia cautelar (incluso en el caso en que el árbitro haya sido nombrado⁷⁴), tampoco se debe suponer que el recurso a un mecanismo ofrecido para ayudar a las partes a obtener medidas cautelares antes de que sea nombrado el árbitro excluya la competencia del juez.

⁷² Aunque en virtud del artículo 6.4 del reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI, el tercero pueda decidir que el cumplimiento de su orden quede sujeto a las condiciones que considere apropiadas, incluyendo la de que una de las partes inicie un procedimiento sobre el fondo del asunto.

⁷³ Por ejemplo, el reglamento de arbitraje del NAI no prevé ninguna obligación de confidencialidad, el reglamento de arbitraje internacional del CIRD (artículo 34) solo prevé una obligación de confidencialidad para el árbitro y el administrador, pero no para las partes. El reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI prevé que “La información proporcionada al Tercero deberá permanecer como confidencial entre las partes y el Tercero” (artículo 5(4)) y que “[a] menos que las partes convengan lo contrario y con sujeción a cualquier mandato judicial, cualesquier documentos, comunicaciones o peticiones distintos de una orden que hayan sido presentados o elaborados únicamente para los fines del Procedimiento Precautorio Prearbitral, serán confidenciales y no serán facilitados a la Autoridad Competente” (artículo 6(7)), pero no especifica que la orden del tercero sea cubierta por una obligación cualquiera de confidencialidad.

⁷⁴ A menos que las partes hayan excluido expresamente el recurso al juez y que tal exclusión sea posible bajo la ley aplicable (por ejemplo, la ley del país donde se pide la medida cautelar pertinente, lo que será raro).

A condición de que la ley aplicable lo permita, las partes pueden especificar claramente que desean que el mecanismo precautorio preliminar sea exclusivo de la competencia del juez, lo que sólo parece interesante en un caso que involucre a una parte privada y a una parte estatal o controlada por un Estado, cuando la parte privada tiene dudas sobre la independencia del sistema judicial del país donde una medida cautelar sería probablemente pedida.

Salvo en este tipo de situación, no es aconsejable que las partes renuncien a la competencia del juez: como las decisiones del árbitro en materia cautelar, las decisiones tomadas por la persona nombrada en un procedimiento precautorio preliminar pueden ser objeto de una calificación jurídica controvertida y en ningún caso pueden ser objeto de una ejecución forzada inmediata.

Además, en un país en el que la persona nombrada específicamente para tomar una decisión cautelar no sería considerada como encargada de una misión jurisdiccional, parece dudoso que se pueda excluir la competencia

5.3. La naturaleza y la autoridad de la decisión tomada al final de un procedimiento alternativo preliminar en materia cautelar

En la fecha de finalización de la presente contribución, sólo ha habido una decisión relativa a la naturaleza de la decisión tomada al final de un procedimiento cautelar preliminar alternativo al juez estatal. Esta decisión de la *Cour d'appel* de París del 29 de abril de 2003 declaró inadmisibile un *recours en annulation* (recurso de anulación) contra la orden dictada por el tercero que había actuado en un caso de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI⁷⁵, indicando la *Cour d'appel* de París que el tercero no había recibido la misión de conducir un arbitraje o una misión jurisdiccional.

Si uno sigue el razonamiento de la *Cour d'appel* de París, debe entender que el reglamento de decisión de urgencia del CMAP, redactado de manera muy similar al reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI, también excluye la calificación de arbitraje⁷⁶. Como ya hemos visto, estos reglamentos prevén un sistema *opt-in* que implica la obligación para las partes de referirse expresamente a estos reglamentos específicos para su aplicación,

⁷⁵ CA París, 1^o. Ch. C, 29 de abril de 2003, *Société nationale des pétroles du Congo et République du Congo c/ Société Totalfina-Elf Congo*, *Revue de l'arbitrage*, N^o 4, 2003, p. 1296, nota JARROSSON, Chales (para una traducción inglesa de la decisión, ver *Arbitration International*, 2004, p. 33).

⁷⁶ El artículo 1(1) del reglamento de decisión de urgencia del CMAP menciona una "*procédure contractuelle*" ("procedimiento contractual") al cabo de la cual el "*tiers-décideur*" (artículo 6) toma una decisión "*qui n'est pas motivée et ne peut donner lieu à aucun recours immédiat*" ("que no es motivada y no puede dar lugar a ningún recurso inmediato") (artículo 11(1)), cuyo incumplimiento puede dar lugar a daños y perjuicios (artículo 12(2)(1)) y a la posibilidad para el beneficiario de la decisión de pedir al "*juge des référés*" que ordene el pago provisional de toda suma otorgada por el "*tiers-décideur*" (artículo 12(2)(2)).

y no sólo a los reglamentos de arbitraje generales de estas instituciones. La coexistencia de un reglamento específico y de un reglamento general de arbitraje puede dejar pensar que el reglamento específico podría no ser un reglamento de arbitraje y que, en consecuencia, no son dictados laudos bajo estos reglamentos específicos.

En los sistemas *opt-out*, la calificación de la decisión cautelar previa a un arbitraje sobre el fondo del asunto depende del reglamento. Los reglamentos de arbitraje de la AFA y del NAI son favorables a la calificación de arbitraje y califican a la persona que actúa específicamente en un caso precautorio preliminar como “árbitro único” y sus decisiones como laudos⁷⁷. Por su parte, el reglamento de arbitraje internacional del CIRD da al “árbitro de urgencia” la facultad de otorgar medidas cautelares bajo “la forma de un laudo provisional o de una orden”⁷⁸ y las “*Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes*” del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (“CPR”) confieren al “*special arbitrator*” la misma facultad⁷⁹, de la misma manera que el reglamento del SCC⁸⁰. Por otro lado, el reglamento de arbitraje de la CCI vigente a partir del 1 de enero de 2012 retiene la calificación de orden⁸¹.

Obviamente, las calificaciones dadas por las partes a su acuerdo o que pueden hallarse contenidas en un reglamento institucional no son vinculantes para un juez que tenga que examinar un recurso de anulación o una demanda de ejecución forzada en relación con una decisión cautelar preliminar. Sin embargo, podrán ser índices útiles para el análisis del juez que deba considerar una demanda relativa a su ejecución.

No existen estadísticas públicas con respecto al cumplimiento de las decisiones precautorias prearbitrales tomadas en aplicación de los mecanismos alternativos descritos aquí, salvo en el caso del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, en el marco del cual las nueve decisiones emitidas entre 1990 y 2010 fueron ejecutadas espontáneamente por las partes (incluso en el único caso en el cual hubo un recurso de anulación ante la *Cour d'appel* de París).

El sentimiento del autor (formado después de hablar con varios profesionales del arbitraje) es que las partes tienden a ejecutar espontáneamente

⁷⁷ Artículo 13(2) del reglamento de arbitraje de la AFA y artículo 42(l)(1) del reglamento de arbitraje del NAI.

⁷⁸ Artículo 37(5).

⁷⁹ Artículo 14(10).

⁸⁰ Artículo 32(3) del reglamento y artículo 1(2) del apéndice II al reglamento.

⁸¹ Artículo 29(2).

estas decisiones. Esto se puede explicar por el hecho de que las decisiones estuvieran claramente motivadas, por haber sido dictadas por profesionales muy competentes. Esta competencia debería ser la norma, pero el hecho de que los procedimientos precautorios prearbitrales sean recientes y, en consecuencia, hayan sido relativamente poco utilizados probablemente influye en las instituciones de arbitraje para asegurarse de la disponibilidad, diligencia y competencia de la persona nombrada en uno de estos procedimientos aún más que en el contexto de un arbitraje “clásico”.

Otra razón que explica que la partes tiendan a ejecutar espontáneamente las decisiones precautorias prearbitrales es que todos los mecanismos precautorios prearbitrales alternativos disponen que las partes suscriben la obligación de cumplir con estas decisiones⁸². La parte que no cumpliera con la decisión precautoria prearbitral (sea ésta un laudo o una simple orden) correría el riesgo de aparecer como una persona de mala fe ante el tribunal arbitral o estatal competente para conocer del caso sobre el fondo. La parte recalcitrante podría incluso verse sometida por una de estas autoridades a pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento⁸³. Además, aunque la decisión precautoria prearbitral no pueda ser objeto de una ejecución forzada, podría obtenerse de un juez que ordenara el cumplimiento de la decisión que las mismas partes hubieran declarado obligatoria en su contrato, aunque esto podría tomar cierto tiempo.

5.4. ¿Un gran futuro para los mecanismos alternativos preliminares en materia cautelar?

Los mecanismos alternativos preliminares en materia cautelar han sido poco usados⁸⁴, debido a su introducción reciente⁸⁵. Estos mecanismos no son una panacea, porque se ven afectados por los mismos defectos que las decisiones cautelares tomadas por el árbitro competente sobre el fondo del caso. Además, en el caso (raro en el comercio internacional) de una urgencia que

⁸² Por ejemplo, artículo 6(6) del reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI, artículo 9(3) del apéndice II del reglamento de arbitraje del SCC, artículo 29(2) del reglamento de arbitraje de la CCI a partir del 1 de enero de 2012.

⁸³ Por ejemplo, artículo 6(8)(1) del reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI.

⁸⁴ En la fecha de finalización de la presente contribución, el mecanismo del reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI había sido usado nueve veces (entre 1990 y 2010), el del CIRD tres veces (entre 2006 y 2010) y el del NAI 145 veces (entre 1998 y 2010).

⁸⁵ Los más viejos de estos mecanismos son el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI que sólo existe desde 1990, el del NAI desde 1998 y el del CIRD desde 2006.

requiera una decisión en cuestión de horas y no de días, en la práctica, sólo se podrá pedir este tipo de medida al juez.

Sin embargo, mientras no pueda actuar el tribunal arbitral, estos sistemas pueden ser usados por las partes por las mismas razones que las llevan, en muchas circunstancias que ya hemos visto, a pedir una medida urgente o cautelar al árbitro y no al juez (por ejemplo, cuando se sospecha que el juez no es neutro e independiente)⁸⁶.

Además, aunque haya que contar con la remuneración de la persona nombrada en aplicación de estos mecanismos y la de la institución pertinente, cuando la medida pedida busca producir efectos en varios países, su costo podrá ser moderado porque evita contratar a abogados suplementarios para cada país.

Por último, una decisión precautoria prearbitral puede sentar las bases para la solución definitiva de la controversia de las partes. Esto puede ser válido incluso en los sistemas en los que las partes tienen la obligación de empezar un arbitraje sobre el fondo del caso en un plazo breve después de la introducción de un procedimiento precautorio prearbitral. El hecho de que la persona que toma la decisión precautoria prearbitral no pueda ser nombrada como árbitro subsiguiente, a menos que las partes acuerden lo contrario, ayudará a que aquélla dicte una decisión clara, sin miedo a contradecirse ulteriormente, a diferencia de un árbitro "clásico" (que primero decide sobre la medida cautelar y después sobre el fondo del asunto). Decisiones precautorias prearbitrales de calidad podrán así tener un impacto sobre la voluntad de las partes de transigir rápidamente antes de empezar el arbitraje (en los sistemas en los cuales no hay obligación de empezar un arbitraje en un plazo corto de tiempo) o poco después (en los otros sistemas).

6. CONCLUSIÓN

En el ámbito del comercio internacional, el modo usual de resolver controversias es hoy el arbitraje. Por lo tanto, ahora, igual que antes, son imprescindibles los tribunales estatales para la ejecución forzada de los laudos arbitrales. El sistema de medidas cautelares en arbitraje refleja el compromiso entre la voluntad de las partes de sustraerse a la jurisdicción estatal y la necesidad de admitir en muchos casos la intervención de los tribunales estatales para asegurar la eficacia del arbitraje. En consecuencia, comprender las relaciones entre el juez y el árbitro en materia cautelar es necesario para que las partes sepan a qué autoridad pedir medidas que muchas veces son urgentes.

⁸⁶ Ver *supra* par. 42.

Ciertos casos en los cuales un árbitro no puede tomar una decisión en materia cautelar no cambiarán. Por ejemplo, se ve mal que un árbitro, cuya autoridad y legitimidad provienen esencialmente del acuerdo de las partes, pueda un día ordenar una medida cautelar directamente en contra de una persona que no es parte del arbitraje. Sin embargo, los pocos países que no reconocen el mas mínimo poder del árbitro para tomar decisiones cautelares aún pueden evolucionar en un sentido favorable a la competencia arbitral.

Desde hace apenas veinte años, han aparecido sistemas precautorios prearbitrales que ofrecen una alternativa al juez cuando el tribunal arbitral no pueda actuar. El primero fue el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral de la CCI en 1990, que no conoció el éxito esperado por varias razones: falta de la publicidad que hubiese sido necesaria para que las partes adoptaran este sistema *opt-in* y poderes del tercero nombrado en aplicación de este reglamento demasiado amplios para algunos juristas. El segundo fue el sistema de "*summary arbitral proceedings*" del NAI, que apareció en 1998 y cuyo éxito es considerable. Durante los últimos años, varias instituciones de arbitraje han desarrollado mecanismos de árbitro de urgencia, estando pendiente la constitución del tribunal arbitral que decidirá del fondo del asunto. La multiplicación de sistemas precautorios prearbitrales alternativos responde a una demanda de las empresas que, como hemos visto, prefieren en ciertos casos evitar a los jueces estatales en materia cautelar, esencialmente por las mismas razones por las que prefieren el procedimiento arbitral al procedimiento judicial en un contexto internacional.

El tiempo económico, comercial o financiero corre más rápido que el tiempo judicial o arbitral. La voluntad de las partes de obtener decisiones rápidas, aunque provisionales, explica la proliferación de los sistemas precautorios prearbitrales alternativos. Para las medidas cautelares para las cuales la intervención de los tribunales estatales no es obligatoria, queda por ver si estos sistemas alternativos, que intervienen cuando el tribunal arbitral no puede aún actuar, seguirán siendo una simple alternativa a los tribunales estatales o si llegarán a imponerse como el modo habitual de resolver asuntos cautelares mientras esté pendiente la constitución del tribunal arbitral. La respuesta a esta pregunta no puede ser teórica: dependerá del equilibrio que pueda encontrarse en cada caso entre el deseo de obtener una decisión rápida y el grado de probabilidad, para la parte que se beneficia de la decisión cautelar, de obtener en la práctica su ejecución.

América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia

EMMANUEL GAILLARD ^(*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El efecto negativo del principio de competencia-competencia. 3. Convenciones Internacionales y la aceptación del principio de competencia-competencia. 4. Consagración legislativa del efecto negativo de competencia-competencia. 5. El creciente reconocimiento del efecto negativo del principio de competencia-competencia en la Jurisprudencia de los países latinoamericanos 5.1. Argentina: *Harz Und Derivate c. Akzo Nobel Coating S.A* 5.2. Brasil: *Companhia Nacional de Cimentos Portland c. Latcem S/A, CP Cimentos e Participações S.A.* 5.3. Brasil: *Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A c. DAIBY S/A AS.* 5.4. Colombia: *Bancolombia S.A. c. Jaime Gilinski Bacal.* 5.5. Perú: *Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima.* 5.6. Venezuela: *Astivoenca Astilleros de Venezuela CA c. Oceanlink Offshore III AS.* 5.7. México: *Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2006 Tema: Arbitraje Comercial.* 6. Conclusión.

El presente artículo constituye un homenaje y un reconocimiento a la labor efectuada por dos grandes colegas y amigos, YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, para difundir e impulsar el arbitraje en América Latina. Ambos han dejado su impronta en el arbitraje latinoamericano. La larga trayectoria de YVES DERAINS como árbitro y abogado de parte en innumerables arbitrajes con elementos latinoamericanos, y como expositor en múltiples conferencias en la región atestiguan de su devoción a la misma. No se puede decir menos de BERNARDO CREMADES en cuanto a su destacada práctica profesional en arbitrajes comerciales y de inversión en el área y su dedicación académica al análisis del arbitraje y los laudos arbitrales en América Latina.

^(*) Profesor de la Universidad de París XII, Socio Director de la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP.
Ximena Herrera-Bernal, abogada de Shearman & Sterling LLP en París, colaboró en la preparación de este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Siempre que se aborda el tema de la evolución del arbitraje en América Latina la referencia a los efectos que tuvo la interpretación dada a la doctrina Calvo¹ son traídos a colación como punto de partida para contrastar el cambio experimentado en la región respecto del arbitraje. Asimismo, se señala la ausencia de legislaciones de los países del área adecuadas a la realidad y práctica moderna del arbitraje internacional².

A pesar de las expresiones recientes de algunos Estados de desconfianza y rechazo al arbitraje internacional, en particular en el campo del arbitraje de inversión³, es evidente la apertura que América Latina ha experimentado respecto del arbitraje, en particular en las últimas tres décadas⁴, marcada tanto por la suscripción de numerosas convenciones sobre arbitraje⁵ y de múltiples

¹ Ver NIGEL BLACKABY, David M. Lindsey & Alessandro Spinillo, *Overview of Regional Developments*, en INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATINOAMÉRICA 1, en p. 3 (NIGEL BLACKABY et al eds., 2002); ALDEN F. ABBOT, *Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandry of Non-Ratification*, 17 Harvard International Law Journal 131, en pp. 137-138 (1976); ver asimismo respecto a la verdadera dimensión de la Doctrina Calvo en la reticencia de los países latinoamericanos respecto del arbitraje Alejandro Miguel Garro, *Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of the Arbitral Tribunals in Latin America*, 1 Journal of International Arbitration 293, en p. 293 (1984).

² Ver respecto a la reticencia de ciertos sectores a aceptar el arbitraje en América Latina y a las disposiciones no acordes a la concepción moderna del arbitraje en la región, HORACIO GRIGERA NAÓN, *Latin American Arbitration Culture and the ICC Arbitration System*, en *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration Old Issue and New Trends* 117, en pp. 121-123 (Kluwer Law International 1999).

³ Ver EMMANUEL GAILLARD, *Anti-Arbitration Trends in Latin-American*, 239 Num. 108 New York Law Journal, 5 June 2008 (2008).

⁴ Ver a este respecto, GRIGERA NAÓN *supra* 2, p. 121; Horacio Grigera Naón, *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility* 5 Arbitration International 137, en p. 137 (1989).

⁵ La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 fue ratificada por Argentina el 14 de marzo de 1989; Bolivia, 28 abril de 1995; Brasil, 7 junio de 2002; Chile, 4 de septiembre de 1975; Colombia, 25 de septiembre de 1979; Costa Rica, 26 de octubre de 1987; Cuba, 30 de diciembre de 1974; Ecuador, 3 de enero de 1962; El Salvador, 26 de febrero de 1998; Guatemala, 21 de marzo de 1984; Honduras, 3 de octubre de 2000; México, 14 de abril de 1971; Nicaragua, 24 de septiembre de 2003; Panamá, 10 de octubre de 1984; Paraguay, 8 de octubre de 1997; Perú, 7 de julio de 1988; República Dominicana, 11 de abril de 2002; Venezuela, 8 de febrero 1995; La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 30 de enero de 1975 fue ratificada por Argentina el 3 de noviembre de 1994; Bolivia, 8 de octubre de 1998; Brasil, 31 de agosto de 1995; Chile, 8 de abril de 1976; Colombia, 18 de noviembre de 1986; Costa Rica, 2 de enero de 1978; Ecuador, 6 de agosto de 1991; El Salvador, 27 de junio de 1980; Guatemala, 7 de julio de 1986; Honduras, 8 de enero de 1979; México, 15 de febrero de 1978; Nicaragua, 15 de julio de 2003; Panamá, 11 de noviembre de 1975; Paraguay, 2 de diciembre de 1976; Perú, 2 de mayo de 1989; República Dominicana, 11 de febrero de 2008; Uruguay, 29 de marzo de 1977; Venezuela, 22 de marzo de 1985; La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 8 de mayo de 1979 fue ratificada por Argentina el 7 de noviembre de 1983; Bolivia, 15 de mayo de 1998; Brasil, 31 de agosto de 1995; Colombia, 24 de junio de 1981; Ecuador, 5 de

tratados bilaterales y multilaterales de inversión⁶, así como por los esfuerzos de un gran número de países de la región para modificar sus legislaciones relativas al arbitraje⁷.

En efecto, se han llevado a cabo grandes avances en la aceptación del arbitraje en América Latina y con ello de varios de los principios pilares del mismo. Quizás uno de los campos donde se han librado importantes batallas es el de la aceptación del principio de competencia-competencia y, en concreto, de su efecto negativo.

El presente artículo busca examinar el grado de aceptación por parte de los países de América Latina del efecto negativo del principio de competencia-competencia. A estos efectos, no huelga efectuar una breve reseña del concepto del efecto negativo de este principio (I), a fin de analizar la aceptación de mismo desde una perspectiva normativa en América Latina, tanto a nivel de instrumentos internacionales (II), como a nivel de legislación nacional (III). Como es bien sabido toda consagración normativa deviene letra muerta a menos de que los operadores jurídicos y, particularmente, el poder judicial le den aplicación. Por lo tanto, el análisis de algunos de los fallos recientes más relevantes sobre el tema constituye un elemento esencial del estudio (IV)

mayo de 1982; México, 11 de febrero de 1987; Paraguay, 5 de julio de 1985; Perú, 9 de abril de 1980; Uruguay, 12 de febrero de 1980; Venezuela, 30 de enero de 1985.

⁶ La Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 1965 fue ratificada por Argentina el 19 de octubre de 1994; Chile, 24 de septiembre de 1991; Colombia, 15 de julio de 1997; Costa Rica, 27 de abril de 1993; El Salvador, 6 de marzo de 1984; Granada, 24 de mayo de 1991; Guatemala, 21 de enero de 2003; Guyana, 11 de julio de 1969; Haití, 27 de octubre de 2009; Honduras, 14 febrero de 1989; Jamaica, 9 de septiembre de 1966; Panamá, 8 de abril de 1996; Paraguay, 7 de enero de 1983; Perú, 9 de agosto de 1993; Uruguay, 9 agosto de 2000; Venezuela, 2 de mayo de 1995.

⁷ Ver a este respecto FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *Le Traitement Législatif de l'Arbitrage en Amérique Latine*, 2005 Num. 5 Revue de l'Arbitrage 561, en p. 561 (2005); Los siguientes países han modificado sus legislaciones relativas al arbitraje en las últimas dos décadas: Bolivia, Ley 1770 de 1997; Brasil, Ley 9307 del 23 septiembre de 1996; Chile, Ley 19971 de 10 septiembre de 2004; Colombia, Decreto 2279 de 1989 (nuevamente modificado por Ley 446 de 1998) y Ley 315 de 1996 sobre el arbitraje internacional, todo ello recogido en el Decreto 1818 de 1998; Costa Rica, Decreto Ley 7727 de 1997 y Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 25 de mayo de 2011; Ecuador, Ley del 4 septiembre 1997; El Salvador, Decreto 914 de 11 julio de 2002; Guatemala, Decreto 67-95 de 3 de octubre de 1995; Honduras, Decreto 161-2000 de 17 octubre de 2000; México, Decreto del 22 julio de 1993 (relativo a la modificación de los artículos 1415 a 1463 del Código de Comercio – CCom); Nicaragua, Ley 540 de 25 de mayo de 2005; Panamá, Decreto Ley 5 de 1999, Ley 15 que modifica, adiciona y restituye artículos del Decreto Ley 5 de 1999, de 2006 y cabe también mencionar el Acto Legislativo de 27 de julio de 2004 que modifica la Constitución de la República de Panamá de 1972; Paraguay, Ley 1879 del 24 de abril de 2002; Perú, Decreto 1071 de 27 de junio de 2008, República Dominicana Ley 489-08 de 2008 y Venezuela, Ley sobre arbitraje comercial de 25 de marzo de 1998.

que permite finalmente acotar algunas conclusiones sobre la realidad de la aplicación del principio en la región (V).

2. EL EFECTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA-COMPETENCIA

Si bien el principio de competencia-competencia parecería haber sido aceptado en las diversas latitudes como un principio fundamental del arbitraje, existen aún divergencias en la manera como los Estados, sus respectivas legislaciones y órganos jurisdiccionales aprehenden este concepto, ello se debe quizás a que no se ha insistido lo suficiente en el doble aspecto del principio⁸.

De manera similar como ocurre con el convenio arbitral que posee un aspecto positivo y otro negativo⁹ que se traduce, por una parte, en la facultad de los árbitros de conocer de las controversias abarcadas por el convenio arbitral y, por la otra, en la prohibición de que los órganos jurisdiccionales de los Estados conozcan de las mismas controversias, el principio de competencia-competencia se despliega en dos facetas: un efecto positivo y otro negativo¹⁰.

El efecto positivo de la regla, otorga al árbitro la competencia para determinar su propia competencia sobre la base del acuerdo arbitral. Así el árbitro está facultado para decidir respecto de cualquier objeción relativa a la existencia o validez del convenio arbitral sin que ello implique la suspensión del procedimiento arbitral y, de determinar que posee jurisdicción, para concluir con el dictado del laudo.

Por su parte, el efecto negativo, corolario lógico del anterior, supone el deber de las cortes de abstenerse de determinar sobre la jurisdicción del árbitro hasta que el árbitro mismo no haya tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. En este sentido, el efecto negativo del principio de competencia-competencia supone una regla de prioridad a favor de los árbitros.

Es importante recalcar que no se trata aquí de una regla de litispendencia, mediante la cual se resuelve un conflicto de competencia entre dos órganos igualmente facultados para conocer de una controversia, sino de una clara regla a favor del árbitro, que tiene prelación y preferencia para determinar

⁸ Ver a este respecto EMMANUEL GAILLARD, *L'effect negatif de la compétence-competence*, en *Études de Procédure et d'Arbitrage en l'Honneur de Jean-Francois Poudret* 387, en p. 387 (Faculté de Droit de l' Université de Lausanne 1999).

⁹ R. DAVID, *L'arbitrage dans le Commerce International* en p. 232 (Economica, 1982).

¹⁰ El término efecto negativo del principio de competencia-competencia fue inicialmente sugerido por el autor en 1994, ver al respecto EMMANUEL GAILLARD, *Convention d'arbitrage*, en *Juris Classeur: Droit International* Fasc. 586-5, H 49, 50, en pp. 387 (1994); ver asimismo EMMANUEL GAILLARD, PHILLIPE FOUCHARD y BERTHOLD GOLDMAN, *FOUCHARD GAILLARD Goldman on International Commercial Arbitration* en pp. 660 y siguientes (EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE eds 1999).

su competencia, sin perjuicio de la revisión posterior por parte del órgano jurisdiccional al momento que se solicite la ejecución de laudo o la nulidad del mismo¹¹. El árbitro es, en consecuencia, el primero en conocer al respecto, no el único en hacerlo, siendo el control por parte del juez desplazado en el tiempo¹².

Consideraciones de gran peso subyacen a esta regla de prioridad a favor de los árbitros ya que previenen el uso de tácticas dilatorias de partes que buscan sustraerse a sus obligaciones bajo el convenio arbitral y evitan la multiplicación de tiempo y costos que acarrearán procedimientos paralelos sobre la existencia y validez del convenio. Se impide así que el árbitro tenga que detener el procedimiento hasta tanto la jurisdicción estatal decida sobre la validez y existencia del convenio arbitral, lo que llevaría a que el principio de competencia-competencia devenga nugatorio. Adicionalmente, al diferir en el tiempo la revisión de las cortes sobre el convenio arbitral y establecer, como ocurre en ciertos países, un tribunal competente para ello, se centraliza su revisión¹³.

Es importante subrayar que el efecto negativo del principio de competencia-competencia informa, por tanto, el tipo de análisis que el órgano jurisdiccional debe efectuar cuando se incoa una acción ante él con el fin de que se declare la invalidez, la nulidad o una inexistencia de la cláusula arbitral.

En efecto, tanto el artículo II(3) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”), como el artículo 8 de la Ley Modelo CNUDMI (la “Ley Modelo”)¹⁴,

¹¹ Ver a este respecto, EMMANUEL GAILLARD, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, para. 84 (La Ley-THOMSON REUTERS 2000).

¹² EMMANUEL GAILLARD y YAS BANIFATEMI, *Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority In Favour Of The Arbitrators, en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* 257, en pp. 259-260 (EMMANUEL GAILLARD y DOMINICO DI PIETRO eds. 2008).

¹³ GAILLARD *supra* 12 en p. 260.

¹⁴ El artículo 8 de la Ley Modelo CNUDMI establece respecto al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal que: “1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”; Ver asimismo artículo VI(3) de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional: “Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que

establecen la obligación de las cortes que conocen de una controversia cobijada por un convenio arbitral de remitir a las partes al arbitraje si así lo solicita una de ellas.

El artículo II(3) del la Convención de Nueva York reza:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Nada dice esta Convención respecto del estándar de análisis que una corte o tribunal estatal debe efectuar a efectos de determinar si el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.¹⁵ La respuesta, no obstante, si ha de reconocerse plena vigencia al principio de competencia-competencia, es decir no sólo en su dimensión positiva sino también negativa, supone limitar el análisis de las cortes a un examen *prima facie*, circunscrito a verificar que el convenio existe y es válido, sin que les sea dado adentrarse en un análisis profundo el cual se reserva para el momento de la ejecución del laudo o cuando se pretende la nulidad del mismo¹⁶.

3. CONVENCIONES INTERNACIONALES Y LA ACEPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA- COMPETENCIA

La ratificación de la Convención de Nueva York¹⁷ por parte de la gran mayoría de los países de América Latina da fé de la aceptación en América Latina de la obligación que pesa sobre los tribunales estatales de remitir al arbitraje a las partes ante la constatación de la existencia arbitral. En una sana lógica el análisis que las cortes hacen de la existencia y validez del convenio ha de limitarse a una constatación *prima facie* que respete la regla de prioridad del árbitro para determinar su competencia (ver Sec. 2, *supra*).

No obstante haberse inspirado en la Convención de Nueva York, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”), ratificada por 18 países de Latinoamérica¹⁸, no consagra una disposición similar al artículo II(3) de la Convención de Nueva York¹⁹. Dife-

el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma.”

¹⁵ Ver a este respecto ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* p. 155 (Kluwer Law International 1981); JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS & STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration* pp. 340 y ss (Kluwer Law International 2003).

¹⁶ Gaillard *supra* 12 en pp. 259-260.

¹⁷ Ver *supra* 5 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

¹⁸ Ver *supra* 5 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁹ Ver a este respecto ALEJANDRO M. GARRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdic-*

rentes razones se han propuesto para explicar esta exclusión, sin que exista una conclusión definitiva²⁰.

Tampoco la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, cuyas normas se aplican de conformidad con su artículo 1²¹, a los laudos arbitrales en todo lo no previsto por la Convención de Panamá, posee una disposición equiparable al artículo II(3) de la Convención de Nueva York.

Sin embargo, la Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros establece en su artículo 2(d):

“Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto”.

El concepto de jurisdicción en la esfera internacional se precisa en el Convenio Interamericano sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras aprobado en la Paz en 1984²². En efecto, este instrumento establece en su artículo 1 los criterios para

tion of Arbitral Tribunals in Latin America, 1 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 293, en p. 302 (1984), HORACIO GRIGERA NAÓN, *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility*, 5 Arbitration International 137, en p. 145 (1989);); Debe indicarse, no obstante, que de conformidad con su artículo 3, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial resulta aplicable en ausencia de acuerdo expreso de las partes. El artículo 18 del Reglamento consagra el principio de competencia-competencia en términos muy similares a la Ley Modelo

²⁰ Ver a este respecto JOHN P. BOWMAN, *The Panama Convention and Its Implementation Under the Federal Arbitration Act* pp. 46 y ss (Kluwer Law International 2002); A. VAN DEN BERG, *L'Arbitrage en Amérique Latine*, 1979 Revue de l' Arbitrage 126, en p. 195 (1979);

²¹ El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 8 de mayo de 1979 establece que: *“La presente Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de estos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Asimismo, cualquiera de ellos podrá declarar al momento de ratificarla que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.*

Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975”.

²² R. VIÑAS FARRÉ, *El Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones Extranjeras en Latinoamérica*, en *La Idea de América en el Pensamiento Ius Internacionalista del Siglo XX* 165, en p. 170 (IFC 2010).

considerar que el órgano jurisdiccional de un Estado Parte posee competencia en la esfera internacional. En su literal A(4) el artículo en cuestión dispone:

“En materia de fueros renunciables que el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no ha cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano”.

De lo anterior se deduce que una sentencia extranjera carecerá de eficacia extraterritorial si ha sido dictada por un órgano jurisdiccional en desconocimiento de un convenio arbitral cuando una de las partes ha objetado por esta razón a la jurisdicción del órgano jurisdiccional.

La disposición en cuestión, si bien no se manifiesta sobre la facultad del árbitro para determinar su competencia, refuerza el aspecto negativo del acuerdo arbitral enfatizando el deber de respeto de los órganos jurisdiccionales de inhibirse de fallar sobre una controversia cobijada por un convenio arbitral. Como se ha visto (ver Sec 2, *supra*), la prolongación del efecto negativo del convenio arbitral es el efecto negativo del principio de competencia-competencia.

Por su parte, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur²³ y Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia, y la República de Chile²⁴ consagran en sus respectivos artículos 8²⁵ y 18²⁶, cuyo texto es idéntico en ambos acuerdos, el efecto positivo

²³ El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 23 de julio de 1998 fue ratificado por Argentina el 30 de marzo de 2000; Brasil, 9 de septiembre de 2002; Paraguay, 26 de diciembre de 2007; Uruguay, 3 diciembre de 2004.

²⁴ El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia, y la República de Chile fue ratificado por Argentina el 30 de marzo de 2000; Brasil, 9 de octubre de 2003; Paraguay, 13 de octubre 2008; Uruguay, 29 de julio de 2004.

²⁵ El artículo 8 de ambos acuerdos establece en relación a la competencia para conocer sobre la existencia y validez de la convención arbitral que: *“Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes.”*

²⁶ El artículo 18 sobre competencia del tribunal arbitral establece que: *“1. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia y, conforme lo establece el artículo 8, de las excepciones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral.*

2. La excepción de incompetencia del tribunal fundada en la inexistencia de materia arbitrable o en la inexistencia, nulidad o caducidad de la convención arbitral en las instituciones arbitrales se rige por su propio reglamento.

3. En el arbitraje ‘ad hoc’ la excepción de incompetencia por las causales anteriores deberá oponerse hasta el momento de presentar la contestación a la demanda o en el caso de la reconvencción, hasta la réplica a la misma. Las partes no están impedidas de oponer esta excepción por el hecho de que hayan designado un árbitro o participado en su designación.

4. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones relativas a su competencia como cuestión previa; empero, también podrá seguir adelante con sus actuaciones y reservar la decisión de las excepciones para el laudo o sentencia final.”

del principio de competencia-competencia, si bien no consagran expresamente el efecto negativo de este principio.

Tras observar que el efecto negativo del principio de competencia-competencia no encuentra consagración expresa en los principales instrumentos internacionales relativos al arbitraje en América Latina, es necesario tornar el análisis a la normativa nacional de los países del área.

4. CONSAGRACIÓN LEGISLATIVA DEL EFECTO NEGATIVO DE COMPETENCIA-COMPETENCIA

Como se señalaba en la introducción de este artículo, el arbitraje en América Latina se ha fortalecido gracias a la modernización, principalmente en los últimos 20 años, de las legislaciones internas sobre arbitraje. Muchas de las cuales se inspiraron en la Ley Modelo²⁷.

Cabe recordar que el artículo 8(1) de la Ley Modelo²⁸, utilizando un lenguaje similar al de la Convención de Nueva York, establece la obligación del tribunal ante el que se someta un asunto objeto de acuerdo arbitral de remitir las partes a arbitraje a la solicitud de cualquiera de ellas *“a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”*. Asimismo, en su numeral el artículo 8(2) dispone que, no obstante la solicitud de una de las partes a este respecto, se podrá *“iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”*²⁹.

Por su parte, el párrafo 1 del artículo 16³⁰ de la Ley Modelo consagra el efecto positivo del principio de competencia-competencia estableciendo la

²⁷ Ver a este respecto CRISTIÁN CONEJERO ROOS, *La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina; un Análisis Comparativo*, 32 Revista Chilena De Derecho 89, en pp. 99 y ss; Mantilla-Serrano *supra* 7 en pp. 565-566 (el autor señala al respecto que si bien la casi totalidad de los legisladores afirman haberse inspirado en la Ley Modelo, sólo Chile, Guatemala y México la adoptaron sin llevar a cabo ninguna modificación sustancial).

²⁸ El artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 establece en relación al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal que: *“1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.*
2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

²⁹ *Idem*.

³⁰ El artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 establece en relación a facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia que: *“1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia,*

facultad del tribunal “*para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje*” que puede decidir “*como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo*”³¹. De conformidad con el artículo 16(3) de la Ley Modelo, si el tribunal arbitral declara su competencia como cuestión previa, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de dicha decisión, puede solicitar del tribunal o autoridad establecida como competente para cumplir funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje que “*resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo*”³².

Al igual que como ocurre con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York se ha discutido si el órgano jurisdiccional ante el cual se cuestiona la validez, la eficacia o la posibilidad de ejecución del convenio arbitral debe confinar su examen a determinar si la invalidez, ineficacia o imposibilidad de ejecución del acuerdo es manifiesta, es decir a un examen *prima facie* o si por el contrario debe efectuar un análisis de fondo.

Los autores se encuentran divididos sobre el punto³³. No obstante existe soporte para entender que la lectura más coherente de la Ley Modelo y la que en opinión de algunos se ajusta más a un cuidadoso estudio de la historia de su redacción apoya una lectura del artículo 8(1) de la Ley en el sentido de que la revisión del convenio arbitral por parte de las cortes ha de ser *prima facie*³⁴.

incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) *La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.*

3) *El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ Ver a este respecto H.M. Holtzmann and J.E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary en p. 303 (KLUWER, DEVENTER, 1989); ver así mismo LEW, MISTELIS & KRÖLL *supra* en 15 p. 349.

³⁴ Ver al respecto Frédéric Bachand, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?* 22 ARBITRATION INTERNATIONAL 463, en p. 470-

En opinión de un autor, al tener que decidir si privilegiar la determinación temprana de parte del órgano jurisdiccional sobre la validez de un acuerdo y evitar así el desarrollo de un arbitraje sobre un convenio arbitral inválido o evitar tácticas dilatorias por parte de la parte que habiendo suscrito el convenio busca luego sustraerse al mismo, los redactores de la Ley Modelo se decantaron por la segunda³⁵. Así, los redactores suprimieron una primera propuesta que establecía el “control concurrente de las cortes”³⁶ para revisar en cualquier momento la existencia del convenio arbitral y la jurisdicción del tribunal arbitral si el arbitraje ya había sido iniciado por considerar que favorecería cuestionamientos de la competencia del tribunal con fines meramente tácticos. Para este autor, la adopción del artículo 16 corresponde a la lógica de que el tribunal arbitral debe ser el primero en pronunciarse sobre la validez y aplicación del convenio. El rol limitado de las cortes se veía, por demás, reforzado por el artículo 5 que establece la limitación de los órganos jurisdiccionales para intervenir salvo en los casos señalados por la misma Ley³⁷.

Esta lectura parece, por otra parte, la más adecuada si se quiere dar plena eficacia al principio de competencia-competencia, preservando la prioridad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre su propia competencia.

Volviendo a las legislaciones de arbitraje en América Latina, se observa que los términos del artículos 8 y 16 de la Ley Modelo se reproducen casi *verbatim* en las legislaciones de arbitraje de Chile³⁸ y Costa Rica³⁹.

Bolivia⁴⁰ reconoce en el artículo 32 de la Ley 1770 de 1997, el efecto positivo del principio competencia-competencia y en su artículo 34 señala que

473 (2006).

³⁵ *Idem*.

³⁶ Ver a este respecto los *Travaux Préparatoires* de la Ley Modelo de CNUDMI de 1985 Documento de la NNUU A/CN.9/SER.A/1984, Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law Volume XV pp. 195-196 para. 53-54 (1984).

³⁷ Bachand *supra* 35 p. 473.

³⁸ Ver respectivamente artículos 8 y 16 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 29 de septiembre de 2004; ver a este respecto Cristián Conejero Roos, *The new Chilean Arbitration Law and the Influence of the Model Law*, 22 Journal of International Arbitration 149, en p. 154 (2005).

³⁹ Ver respectivamente artículos 8 y 18 de la Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 25 de mayo de 2011.

⁴⁰ Ver artículo 12 de la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997 sobre la excepción de arbitraje y la obligación del juez de remitir las partes a arbitraje, artículo 32 sobre el efecto positivo del principio y artículo 34 sobre el efecto negativo del mismo; ver a este respecto Ramiro Guevara y Jorge Luis Inchauste, *Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 110, en p. 120 (La Ley 2009) (los autores señalan que el Tribunal Constitucional rechazó, en su sentencia 017/2001 de 19 de marzo de 2001, un planteamiento de inconstitucionalidad presentado contra, entre otros, el artículo 32, e indicó que “los Tribu-

la decisión del tribunal arbitral podrá ser revisada a petición de parte por el órgano jurisdiccional competente dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión del tribunal arbitral, pudiendo éste continuar con el procedimiento y dictar el laudo. Ahora bien, el artículo 12(ii) de la Ley 1770 establece que “*la autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral deberá inhibirse de conocer del caso cuando así lo solicite la parte judicialmente demandada*”. La excepción deberá ser resuelta “*sin mayor trámite, mediante resolución expresa*”. Seguidamente, el artículo 12(iii) señala que “[c]onstatada la existencia del convenio arbitral y sin recurso alguno la autoridad judicial competente declarará probada la excepción o, pronunciándose únicamente sobre la nulidad o ejecución imposible del convenio arbitral, desestimará la excepción de arbitraje”. Si bien al establecer que la autoridad judicial deberá decidir sobre la excepción de arbitraje sin mayor trámite y remitir las partes a arbitraje tras la constatación de la existencia del convenio arbitral, haría pensar en una preferencia por una análisis judicial *prima facie*, esta última acotación del artículo 12(iii) conduce a similares cuestionamientos a los que se presentan con relación al artículo 8(1) de la Ley Modelo.

En lo que respecta a Paraguay⁴¹, este país adopta los términos de la Ley Modelo salvo en un punto esencial, por cuanto el artículo 19 de la Ley N° 1.879/02, Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que, en caso de que una de las partes cuestione ante el órgano jurisdiccional competente la decisión del tribunal arbitral desestimando la excepción de incompetencia interpuesta por una de las partes, el tribunal arbitral no podrá dictar el laudo hasta que exista un pronunciamiento judicial favorable⁴².

En una línea similar, la Ley de Arbitraje nicaragüense sigue la Ley Modelo pero establece la suspensión del procedimiento arbitral mientras esté pendiente la decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre la decisión del tribunal arbitral declarándose competente⁴³.

Infortunadamente, las limitantes impuestas a la labor del tribunal arbitral en estas dos legislaciones para proseguir con el proceso cuando se cuestiona

nales arbitrales tienen plena competencia para declarar la rescisión o nulidad de los contratos que estén sometidos a su conocimiento y que tienen competencia para resolver incluso sobre su propia competencia”).

⁴¹ Ver respectivamente artículos 11 y 19 de Ley 1.879/02 de 24 de abril de 2002.

⁴² Ver JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, *Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 477, en p. 490 (La Ley 2009).

⁴³ Ver respectivamente artículos 28 y 42 de Ley 540 de 25 de Mayo de 2005. El artículo 42 establece la suspensión del procedimiento arbitral mientras está pendiente la decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la excepción de incompetencia del tribunal arbitral.

ante el órgano jurisdiccional su decisión de declararse competente, contradicen el efecto negativo de competencia-competencia, permitiendo la paralización del arbitraje.

México sigue bastante de cerca el lenguaje de la Ley Modelo estableciendo en el artículo 1432 del Código de Comercio mexicano la competencia del tribunal arbitral para establecer su competencia⁴⁴ y en su artículo 1424 la obligación de los jueces de remitir las partes de arbitraje cuando media convenio arbitral, a menos de que compruebe que el mismo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Esta última disposición presenta algunas variaciones con respecto a la Ley Modelo, en particular vale la pena anotar que no establece un término para la interposición de la excepción de arbitraje ante el órgano jurisdiccional, pudiendo las partes solicitar en cualquier momento la remisión del asunto al arbitraje⁴⁵. Si bien se ha dicho que el artículo 1424 parecería consagrar expresamente sólo el efecto positivo del principio de competencia-competencia al no señalar de manera específica el efecto negativo, varios tratadistas mexicanos consideran que un correcto entendimiento de la norma supone admitir los dos efectos positivo y negativo ya que para que el primero tenga plena eficacia debe respetarse la regla de prioridad a favor del árbitro⁴⁶ y que el término “comprobar” en el artículo 1424 del Código ha de ser entendido sólo como una verificación⁴⁷, de tal forma que “*salvo notoria ineficacia de la cláusula arbitral*” corresponderá al tribunal arbitral determinar su competencia. Otra serie de países como son República Dominicana, Guatemala, Honduras y, El Salvador poseen como común denominador el establecer que los tribunales judiciales deberán remitir las partes a arbitraje si conocen de una materia sometida al mismo y la parte demandada presenta tal excepción, sin mencionar como excepción expresa a esta regla la comprobación por parte de la autoridad judicial sobre la validez, eficacia o posibilidad de ejecución del convenio arbitral.

⁴⁴ Ver artículo 1432 de Código de Comercio de 1989.

⁴⁵ Ver artículo 1424 del Código de Comercio; para una visión crítica sobre el punto ver FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *National Report for México (2009)*, en *International Handbook on Commercial Arbitration Supplement 55*, en p. 12 (JAN PAULSSON ed., 2009); CLAUD VON WOBESER, *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America: Mexico*, en *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America; Papers Presented at the 1998 Vancouver IBA Conference 55*, en p. 58 (KLUWER LAW International 1990)

⁴⁶ Ver a este respecto FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, en pp. 257 y 299-300 (Editorial Porrúa 2004).

⁴⁷ Ver a este respecto FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, en pp. 293 y ss (Editorial Porrúa 2004); Ver asimismo MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, *Competencia en materia de impugnaciones al acuerdo arbitral. Alcance general y su tratamiento en la jurisprudencia mexicana*, 11 DE CITA en p. 7 (2009).

Así en su reciente Ley de Arbitraje, la República Dominicana consagra en su artículo 12 la obligación de la autoridad judicial de declararse incompetente a solicitud de la parte demandada cuando media convenio arbitral y señala que la excepción de arbitraje deberá resolverse de forma preliminar sin que quepa recurso alguno contra dicha decisión. La norma no menciona comprobación alguna de la autoridad judicial respecto a la validez, eficacia o posibilidad de ejecución del convenio. Por su parte, el artículo 20 establece la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre "*su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo, o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*". Cabe anotar que el artículo 20(3) precisa que la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia sólo puede ser impugnada mediante acción de nulidad del laudo en que se haya adoptado. Los términos por los que opta la legislación de la República Dominicana aunados a la adopción en su artículo 8 de los términos establecidos en el artículo 5 de la Ley Modelo para restringir la intervención de los tribunales judiciales en asuntos regidos por la ley de arbitraje, parecen militar a favor de la aceptación del efecto negativo del principio de competencia-competencia. En efecto, existe una clara y amplia consagración del poder de los árbitros para decidir sobre su competencia sin que se exprese que la autoridad judicial deba analizar la validez o eficacia del convenio. Por demás, limitándose la intervención judicial a la revisión del laudo.

Honduras establece en el artículo 40 de su Ley de Conciliación y Arbitraje la obligación del juez de inhibirse de conocer el caso cuando se incoe la excepción de arbitraje, debiendo resolverla de plano⁴⁸. Igualmente en su artículo 38 se circunscribe la intervención judicial a los casos previstos expresamente en dicha ley. La Ley de Conciliación y Arbitraje hondureña no se expresa sobre la comprobación del juez sobre la existencia o nulidad del convenio. El artículo 60 de la Ley establece la competencia del tribunal para decidir sobre su propia competencia y señala que "*La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el*

⁴⁸ Ver artículo 62(1) del Decreto Legislativo 161-2000 de 29 de diciembre de 2000 respecto a la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre las materias reguladas por la Ley salvo disposición expresa en contrario; artículo 40 sobre la excepción dilatoria de arbitraje y la obligación de los órganos jurisdiccionales de resolver la excepción de plano sin lugar a recurso contra la misma y artículo 60 que establece la competencia del tribunal para decidir sobre su propia competencia incluidas cuestiones sobre la existencia, eficacia o la validez del convenio arbitral y 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. Los árbitros, no obstante, podrán considerar estos temas de manera oficiosa*". Dicha excepción debe ser resuelta, salvo acuerdo en contrario o en razón de la aplicación de un Reglamento de Arbitraje, como cuestión previa, pudiendo no obstante el tribunal arbitral "*seguir adelante con las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo.*"

arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros, no obstante, podrán considerar estos temas de manera oficiosa"⁴⁹. Dicha excepción debe ser resuelta, salvo acuerdo en contrario o en razón de la aplicación de un Reglamento de Arbitraje, como cuestión previa, pudiendo no obstante el tribunal arbitral "seguir adelante con las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo".

De la lectura de los artículos 4 y 60 se ha entendido que el Tribunal Arbitral goza de prioridad para determinar su competencia, siendo vedado a los tribunales el pronunciarse sobre la competencia salvo en instancia de un recurso de nulidad del laudo⁵⁰.

Por su parte, la Ley de Arbitraje de Guatemala⁵¹ adopta con ciertas modificaciones los términos de la Ley Modelo. En efecto, reproduce el artículo 8 de dicha Ley⁵² y en su artículo 11 establece que "[e]l acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia". No obstante, no menciona, tampoco, como si lo hace el artículo 8 de la Ley Modelo, la posible comprobación del juez sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral. Por su parte, el artículo 21 consagra el principio de competencia-competencia en términos casi idénticos a los del artículo 16 de la Ley Modelo, restringiendo a 15 días desde el recibo de su notificación el término previsto para que la parte que se encuentra insatisfecha con la decisión del tribunal sobre su propia competencia pueda demandar su revisión ante el órgano jurisdiccional competente y señalando que el tribunal arbitral puede proseguir sus actuaciones y laudar mientras la autoridad judicial se pronuncia.

Conforme al artículo 31 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador el juez deberá decidir sobre la excepción de arbitraje "sin mayor trámite"⁵³ y la intervención judicial debe limitarse a aquellos casos expresa-

⁴⁹ Ver artículo 60 del Decreto Legislativo 161-2000 de 29 de diciembre de 2000.

⁵⁰ Ver GUSTAVO LEÓN GÓMEZ & ULISES MEJÍA, *Honduras en The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2009* p. 342 en p.343 (Steven Finizio et al eds., 2009); ULISES MEJÍA y GUSTAVO LEÓN GÓMEZ, *Arbitraje Comercial Internacional en Honduras: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 369, en p. 374-375 (La Ley 2009).

⁵¹ Decreto 67-95 de 3 de octubre de 1995; Ver artículos 8, 11 y 21; ver respecto al artículo 21 y el principio de KOMPETENZ-KOMPETENZ ÁLVARO RODRIGO CASTELLANOS HOWELL, *Arbitraje Comercial Internacional en Guatemala: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 343, en p. 356 (La Ley 2009).

⁵² El artículo 8 del Decreto 67-95 de 3 de octubre de 1995 establece: "En los asuntos que se rigen por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga".

⁵³ Ver artículo 31 del Decreto Legislativo 914 de 11 de julio de 2002.

mente autorizados en la misma conforme a su artículo 28. El artículo 51 de la Ley de Medicación y Arbitraje reconoce el efecto positivo del principio de competencia-competencia, estableciendo la facultad de los árbitros para pronunciarse incluso sobre las objeciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral⁵⁴. Si bien el artículo 51 nada dice sobre la posibilidad de la autoridad judicial de revisar la determinación del tribunal arbitral sobre su competencia, el artículo 66⁵⁵ establece que no procede recurso alguno contra las decisiones de los árbitros diferentes al laudo. El laudo dictado en un arbitraje de derecho es apelable y cabe el recurso de nulidad por causales taxativas contra los laudos. En consecuencia, la ley parecería priorizar la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia sobre aquella del órgano judicial.

La consagración del principio de competencia-competencia en el caso de Panamá resulta de particular interés. El artículo 11 de la Ley 5 de 1999 establece la obligación de jueces y tribunales de declinar competencia cuando medie un convenio arbitral y dispone específicamente que ante *“cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, se inhibirán del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, reenviando de inmediato a las partes al arbitraje”*. Asimismo señala que *“en todo caso, si se plantease procedimiento ante un tribunal por esa causa, las actuaciones arbitrales proseguirán hasta su terminación, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en este Decreto Ley y de los recursos contra el laudo, que se establecen en la misma”*. En este punto la ley panameña va más allá de la Ley Modelo ya que prevé la obligación de los órganos jurisdiccionales⁵⁶ de rechazar *in limine* la demanda sin que les sea dado entrar en consideraciones relativas a la existencia, validez o eficacia del convenio arbitral.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 5 de 1999 consagra la competencia del tribunal para decidir de oficio o a petición de parte acerca de su competencia, incluida la validez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral. Este artículo reconoce, asimismo, en su tercer párrafo, el efecto negativo del principio de competencia-competencia, estableciendo la obligación del

⁵⁴ Ver artículo 51 del Decreto Legislativo 914 de 11 de julio de 2002; ver a este respecto JOSÉ ROBERTO TERCERO ZAMORA, *Arbitraje Comercial Internacional en El Salvador: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 288, en p. 300 (La Ley 2009).

⁵⁵ El artículo 66 del Decreto Legislativo 914 de 11 de julio de 2002 establece que *“[c]ontra las decisiones de los árbitros, diferentes del laudo, no procede recurso alguno”*.

⁵⁶ El artículo 11 del Decreto Ley 5 de 1999 también dispone la obligación de *“inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, en su caso, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo a esas mismas cuestiones”*.

tribunal arbitral de decidir sobre su competencia como cuestión previa, siendo posible la impugnación de esta decisión mediante el recurso de anulación o en el trámite de reconocimiento y anulación del laudo⁵⁷. Esta norma que fuera declarada inconstitucional por un fallo de la Corte Suprema en el 2001⁵⁸, fue posteriormente restituida⁵⁹, tras haber sido elevado a rango constitucional el efecto positivo del principio de competencia-competencia al ser incluido en el artículo 202 de la Constitución de Panamá, durante la reforma del 2004⁶⁰.

La legislación colombiana reconoce el efecto positivo y negativo del convenio arbitral⁶¹ y reconoce asimismo el principio de competencia-competencia de manera indirecta. Por una parte, el Decreto 1818 de 1998 dispone en su artículo 146 “*si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión [...]*”. Esta norma ha sido entendida como indicativa de la prioridad del árbitro para resolver sobre su competencia⁶².

De otra parte, el artículo 147 parágrafo 2 del mismo decreto señala que en la primera audiencia de trámite el “*Tribunal resolverá, incluso de oficio, sobre su*

⁵⁷ Ver artículo 17 del Decreto Ley 5 de 1999.

⁵⁸ *Pycsa Panamá S.A. c. artículo 17 Decreto Ley 5 de 1998*, Corte Suprema de Justicia, 13 de diciembre de 2001 (La Corte en pleno consideró la norma como violatoria del artículo 32 de la Constitución ya que conculcaba el derecho de las partes de recurrir a la tutela del poder judicial del Estado. En opinión de la Corte al establecer el artículo 17 que el tribunal arbitral puede decidir sobre la excepción relativa a su competencia la parte que plantea la excepción puede verse obligada a someterse al arbitraje aún cuando considere que los árbitros no son competentes en desmedro de la protección judicial. Para la Corte la excepción de incompetencia tiene que ser decidida ante el tribunal ordinario).

⁵⁹ Ver artículo 3 de la Ley 15 de 2006 Que Modifica, Adiciona y Restituye artículos del Decreto Ley 5 de 1999.

⁶⁰ El artículo 202 de la Constitución de Panamá establece que: “*El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.*”; ver a este respecto Dayra Argelis Castañedas López, *La acción de amparo de garantías constitucionales en el arbitraje* disponible en www.cescon.org/LA%20ACCION%20DE%20AMPARO%20DE%20AMPARO%20DE%20GARANZIA.pdf en p. 3; ver asimismo KATHERINE GONZÁLEZ ARROCHA y LILIANA SÁNCHEZ ORTEGA, *Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 446, en pp. 455-456 (La Ley 2009).

⁶¹ Ver artículo 117 del Decreto 1818 de 1998; ver al respecto FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *La Nouvelle Legislation Colombienne sur l' Arbitrage*, 1992 Num. 1 *Revue de l' Arbitrage* 41, en p. 45 (1992).

⁶² Ver a este respecto EDUARDO SILVA-ROMERO, *Breves Observaciones sobre el Principio de Kompetenz-Kompetenz*, en *El Contrato de Arbitraje* 579, pp. 582-583 (Legis 2005).

propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición"⁶³. Ahora bien, respecto del arbitraje doméstico, al ser la decisión del Tribunal arbitral adoptada por "auto", no cabe recurso de nulidad ni de apelación contra la misma, solo reposición ante el mismo Tribunal Arbitral lo que protege la jurisdicción arbitral frente a la intervención estatal, no pudiendo fallar los tribunales estatales más que con ocasión de la nulidad del laudo⁶⁴.

Debe reseñarse que el parágrafo único de este artículo establece de manera poco afortunada que de considerarse el Tribunal Arbitral no competente, el pacto arbitral se extingue.

Por último el artículo 207 del mismo decreto establece, respecto del arbitraje internacional que el Tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia, y que "[t]oda alegación de una parte que (...) el Tribunal no es competente para oír [la controversia], se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión"⁶⁵.

La competencia del Tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje se encuentra expresamente establecida en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela⁶⁶. No obstante, nada dicen estos artículos sobre la posibilidad de las partes de recurrir a los tribunales jurisdiccionales en caso de que discrepen respecto de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia. Por tanto, se ha interpretado que los órganos jurisdiccionales sólo podrán revisar tal decisión si se demanda la nulidad del laudo de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial⁶⁷. Cabe asimismo anotar, la terminología utilizada en el artículo 5 de esta Ley en cuanto establece el efecto negativo del acuerdo arbitral enfatizando que "[e]l acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria". A la luz

⁶³ Ver artículo 147(2) del Decreto 1818 de 1998.

⁶⁴ Ver al respecto, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *Colombia, en International Arbitration in Latin America* 111, en p. 121-122 (Nigel Blackaby et al eds., 2002); ver asimismo SILVA-ROMERO, *supra* 64 en p. 583.

⁶⁵ Ver artículo 207 del Decreto número 1818 de 1998.

⁶⁶ Ver artículos 7 y 25 de Ley de Arbitraje Comercial de 25 de marzo de 1998; ver asimismo el artículo 5 de la misma ley que establece el efecto negativo del convenio arbitral dictaminando que "[e]l acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria"; ver al respecto HERNANDO DÍAZ-CANDIA, *Non recognition of Kompetenz-Kompetenz in Developing Countries*, 24 *Journal of International Arbitration* 25, en pp. 26-27 (2007); LUIS ALFREDO ARAQUE BENZO, ALFREDO ALMANDOZ MONTEROLA y JOSÉ ANTONIO ELÍAZ, *Arbitraje Comercial Internacional en Venezuela: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 614, en pp. 621-622 (La Ley 2009).

⁶⁷ Ver a este respecto, BERNARDO WEININGER y DAVID M. LINDSEY, *Venezuela, en International Arbitration in Latin America* 223, pp. 231-234 (Nigel Blackaby et al eds., 2002).

de estas normas la intervención de los tribunales para pronunciarse sobre la competencia del árbitro estaría desplazada en el tiempo.

Brasil reconoce la potestad del tribunal arbitral para determinar su propia competencia y conocer ya sea de oficio o a petición de parte sobre la nulidad, validez y eficacia del convenio arbitral⁶⁸. Regula asimismo la oportunidad de las partes para objetar la competencia del Tribunal, previendo que, en el evento de declararse competente el Tribunal Arbitral, su decisión podrá ser controlada por los jueces estatales al interponerse el recurso de nulidad contra el laudo⁶⁹. De otra parte, reforzando el efecto negativo del convenio arbitral, la Ley de Arbitraje de 1996 modificó las disposiciones del Código de Procedimiento Civil estableciendo la obligación de los órganos jurisdiccionales de abstenerse de conocer sobre el fondo de una controversia si una de las partes invoca la existencia de un convenio arbitral⁷⁰. Ahora bien, una particularidad de la Legislación Brasileña es el requerimiento de suscribir un compromiso cuando la cláusula arbitral no prevé la manera como ha de constituirse el Tribunal Arbitral, la llamada cláusula arbitral “en blanco”. Este requerimiento conlleva que, conforme al artículo 7 de la ley, se deba acudir a la jurisdicción estatal para poder suscribir el compromiso. Este punto ha dado lugar a discusiones sobre si en dicho caso el juez debe decidir sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral y sobre la competencia del árbitro para conocer de la disputa lo que contrariaría el efecto negativo del principio de competencia-competencia⁷¹.

Uno de los países que más claramente consagra el efecto negativo del principio de competencia-competencia es Perú. La nueva Ley de Arbitraje

⁶⁸ Ver artículo 8(1) de la Ley 9.307 de 23 de septiembre 1996; ver a este respecto JOÃO BOSCO Lee, *Brasil, en International Arbitration in Latin America* 61, en p. 70 (Nigel Blackaby et al eds., 2002); ver asimismo WALTER WIDDEROWITZ NETO y otros, *Arbitraje Comercial Internacional en Brasil: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 130, en p. 138 (La Ley 2009).

⁶⁹ Artículo 20 de la Ley 9.307 de 23 de septiembre 1996.

⁷⁰ Ver artículo 41 de la Ley 9.307 de 23 de septiembre 1996, que modifica los artículos 267 y 301 del Código de Procedimiento Civil; ver asimismo sobre el efecto negativo del convenio arbitral Bosco Lee *supra* 70 p. 69; Poco después de su entrada en vigor, en el marco del caso SE 5206, se elevó frente a la Corte Suprema un incidente de inconstitucionalidad contra la Ley de Arbitraje de 1996. De acuerdo al miembro del Tribunal Supremo Federal Sepúlveda Pertence los artículos 6, 7, 41 y 42 eran incompatibles con la Constitución ya que las partes no pueden renunciar a la jurisdicción estatal *in abstracto* sino sólo una vez que conocen el objeto del litigio. El 12 de Diciembre de 2001 la Corte Suprema zanjó la controversia declarando la constitucionalidad de los artículos cuestionados. Cabe destacar la opinión del Magistrado Nelson Jobim de acuerdo a quien la legislación brasileña no permite la intervención de los jueces estatales para decidir sobre la validez de cláusula arbitral antes de que haya finalizado el procedimiento arbitral. Esta opinión ha sido confirmada posteriormente por varios tribunales brasileños.

⁷¹ Ver BOSCO LEE, *supra* 70 en p. 73.

peruana, que entró en vigencia en septiembre del 2008, es particularmente explícita en lo que respecta a los límites de la intervención de las autoridades judiciales en el procedimiento arbitral y la independencia del tribunal arbitral⁷². En su artículo 3 párrafo 3, la Ley de Arbitraje señala que “[e]l tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”, disponiendo en su párrafo 4 “[n]inguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo”. Este último párrafo acota, asimismo, la responsabilidad que les cabe a los órganos jurisdiccionales por intervenir o controlar indebidamente las actuaciones arbitrales antes del laudo⁷³. Así desde un principio, la Ley de Arbitraje peruana señala que la decisión sobre su competencia se atribuye al árbitro, pudiendo el órgano jurisdiccional revisarla únicamente con ocasión de la acción de nulidad del laudo.

Por otra parte, el artículo 16 regula lo relativo a la excepción de convenio arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral ya sea que se trate de arbitraje doméstico o internacional. En los casos de arbitraje doméstico se establece al respecto que la excepción de arbitraje presentada ante los jueces “sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el sólo mérito de la existencia del convenio arbitral salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”⁷⁴. En lo que respecta al arbitraje internacional la autoridad judicial deberá acoger la excepción de convenio arbitral presentada antes del inicio del arbitraje si el convenio “es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia”, no obstante lo cual, si el convenio “cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción”⁷⁵. De haberse iniciado el arbitraje “la autoridad judicial

⁷² Ver artículo 3 del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008 que dispone en relación a los principios y derechos de la función arbitral que: “1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no interviene la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. (...)”. Para un análisis en profundidad de la ley peruana de arbitraje ver FERNANDO MANTILLA-SERRANO, *La Nouvelle Loi Péruvienne sur l'Arbitrage du 27 Juin 2008*, 2009 Num. 4 *Revue de l'Arbitrage* 731 (2009).

⁷³ Respecto al efecto negativo del convenio arbitral y la no interferencia de las autoridades judiciales en el arbitraje ver CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008*, 4 Num. 6 *Justicia y Derecho* 2, en pp. 11-13 (2011) (disponible en www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Comentarios%20Ley%20de%20Arbitraje%20-%20Carlos%20A.%20Soto.pdf)

⁷⁴ Ver artículo 16 (2) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008.

⁷⁵ Ver artículo 16(3) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008.

sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional". Por demás, el tribunal puede dictar el laudo aún estando pendiente el trámite de la excepción ante la autoridad jurisdiccional⁷⁶.

Esta norma expresa con meridiana claridad el tipo de control que los órganos jurisdiccionales pueden ejercer sobre la validez y existencia del convenio: un análisis estrictamente *prima facie*.

Para mayor ahondamiento, en su artículo 41⁷⁷ la Ley reitera que el "tribunal arbitral es el único competente" para decidir sobre su competencia, comprendidas las objeciones relativas a la "inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral" o cualquiera otra que impida entrar en el fondo de la controversia. El mismo artículo regula la oportunidad para proponer las excepciones⁷⁸ y establece que la decisión del tribunal arbitral respecto de su competencia sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación del laudo⁷⁹.

El efecto negativo del principio de competencia-competencia y la regla de prioridad que implica difícilmente pueden encontrar una consagración más clara⁸⁰.

En contraste con la legislación peruana sobre arbitraje se encuentra la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, la cual resulta bastante lacónica en lo relativo al principio de competencia-competencia, limitándose a señalar que el "Tribunal resolverá sobre su propia competencia"⁸¹. En lo relativo a la obligación de

⁷⁶ Ver artículo 16(4) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008; ver asimismo para un cometario al respecto FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, *National Report for Peru (2010)*, en *International Handbook on Commercial Arbitration 1*, en p. 11 (Jan Paulsson ed., 2010); FELIPE OSTERLING PARODI, *Peru*, en *International Arbitration in Latin America 193*, en p. 202 (Nigel Blackaby et al eds., 2002).

⁷⁷ El artículo 41(1) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008 establece en relación a la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral que: "El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales"; ver a este respecto SALAVERRY *supra* 78 en p. 21; COAGUILA *supra* 75 pp. 21-22.

⁷⁸ Ver artículo 41(3) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008.

⁷⁹ Ver artículos 41(4) y 41(5) del Decreto Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008.

⁸⁰ Ver a este respecto CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ, *Reflexiones sobre el Convenio Arbitral en el Derecho Peruano*, 108 *Vniversitas* 627, en p. 643 (2004).

⁸¹ Ver artículo 22 de la Ley 000.RO 145 de 4 de Septiembre de 1997; ver asimismo JUAN MANUEL MARCHÁN y XAVIER ANDRADE CADENA *Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: Marco Legal y Jurisprudencial*, en *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 254, en p. 264 (La Ley 2009) (los autores traen a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de julio de 2007 en el caso *Latin American Telecom*

los jueces, de abstenerse de conocer de una controversia sometida a arbitraje, la Ley establece la oportunidad para presentar la excepción de arbitraje y las circunstancias en que se entiende que ha habido renuncia al convenio arbitral⁸².

Volviendo la vista al Cono Sur, respecto de la situación de Argentina y Uruguay, cabe indicarse que el efecto negativo de competencia-competencia no encuentra consagración expresa en ninguna de las dos legislaciones. En efecto, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina⁸³ que regula en su Libro Sexto, Título I, el Juicio Arbitral nada dice al respecto⁸⁴. Por su parte el Título VIII del Código General del Proceso de Uruguay⁸⁵, que regula el Proceso Arbitral en ese país, tampoco consagra el principio de competencia-competencia.

No obstante lo anterior, varios proyectos de Ley de Arbitraje han sido presentados en Argentina para trámite parlamentario. Todos ellos recogen el principio de competencia-competencia, con mayor o menor grado de claridad sobre sus efectos positivo y negativo⁸⁶.

Inc c. Pacifictel S.A. en el que la Corte declaró que “de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal arbitral es el único competente para decidir su competencia sobre el asunto que se le somete a resolución”; RAMIRO SALAZAR CORDERO, *Ecuador, en International Arbitration in Latin America* 135, en p. 138 (Nigel Blackaby et al eds., 2002)

⁸² Ver artículo 8 de la Ley 000.RO 145 de 4 de Septiembre de 1997.

⁸³ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 18 de agosto de 1981.

⁸⁴ Ver GUIDO SANTIAGO TAWIL y IGNACIO J. MINORINI Lima, *Argentina, en The International Comparative Legal Guide To: International Arbitration* 2009 p. 289, en p. 290 (Steven Finizio et al eds., 2009): los autores señalan por demás que el análisis de las autoridades judiciales cuando se plantea la excepción de convenio arbitral no es meramente formal; ver asimismo GUIDO SANTIAGO TAWIL, *Argentina National Report (2011), en International Handbook on Commercial Arbitration Supplement* 64 p. 1, en p. 11 (Jan Paulsson ed., 2011); VALERIA MACCHIA e IGNACIO ZAPIOLA, *Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco Legal y Jurisprudencial, en Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencial* 80, en p.91 (La Ley 2009): los autores añaden que la jurisprudencia Argentina ha tomado una posición oscilante respecto al principio de competencia-competencia y que, en ocasiones, los Tribunales “han permitido el desplazamiento de la jurisdicción arbitral con el sólo planteo de incompetencia o la decisión judicial previa sobre la validez del contrato”.

⁸⁵ Ver Título VIII de la Ley 15.982, Código General del Proceso de 18 de octubre 1988.

⁸⁶ Ver Proyecto de Ley Cámara de Diputados, Expediente 0009-D-2011, publicado en Trámite Parlamentario no.3, en fecha 2 de marzo de 2010 reproduce las disposiciones de los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo; el Proyecto de Ley Cámara de Diputados, Expediente 0014-D-2010, publicado en Trámite Parlamentario no.1, en fecha 1 de marzo de 2011: el artículo 13 dispone la competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia y de las defensas relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje y establece que “[n]ingún tribunal judicial conocerá de las cuestiones que deban ser sometidas al arbitraje, si la parte a quien interesa invoca oportunamente la excepción de incompetencia. El trámite de esta excepción y de todo otro cuestionamiento judicial al arbitraje no constituirá óbice para la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales, incluso para laudar, mientras la cuestión esté pendiente ante la justicia” estableciendo en su artículo 19 (3) establece que sólo cabe el recurso de nulidad contra la decisión del Tribunal sobre su competencia; el Proyecto de Ley Cámara de Diputados, Expediente 3301-D-2011, publicado en Trámite Parla-

En lo que respecta a Uruguay, la rama ejecutiva presentó en el año 2004 un Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional que fue aprobado por la Cámara de Diputados pero cuyo trámite no se siguió posteriormente. Dicho Proyecto adopta los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo⁸⁷.

Con poquísimas excepciones el efecto positivo del principio de competencia-competencia encuentra consagración expresa en las legislaciones sobre arbitraje de América Latina. La consagración de su efecto negativo y la regla de prioridad a favor del árbitro es particularmente clara y expresa en algunos países como son Panamá y Perú. Un número considerable de legislaciones excluyen la mención al análisis del juez sobre la validez, existencia o eficacia del acuerdo arbitral, y consagran como único recurso contra la decisión del árbitro sobre su competencia el recurso de anulación del laudo lo cual milita hacia una afirmación del efecto negativo del principio, como lo han sostenido varios tratadistas de dicho países y ciertos fallos judiciales. Respecto de otras leyes de arbitraje que siguen de cerca los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo una lectura de sus cláusulas a favor del efecto negativo de competencia-competencia no es sólo posible sino recomendable.

5. EL CRECIENTE RECONOCIMIENTO DEL EFECTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA-COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Evaluar la manera como los órganos jurisdiccionales dan aplicación al principio de competencia-competencia en la praxis y si, en particular, aceptan la regla de prioridad que implica su efecto negativo requeriría un estudio exhaustivo que supera el ámbito de este escrito. No obstante, varios fallos recientes permi-

rio no.74, en fecha 22 de junio de 2011 (establece en su artículo 19 la competencia de los árbitros 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". También regula en su parágrafo 2 la oportunidad para proponer dichas objeciones y en su parágrafo 3 establece que 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 solo 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". En su artículo 5(3) este proyecto contiene igualmente una disposición que obliga al juez a preservar en lo posible el convenio arbitral y el artículo 8 establece que los jueces están impedidos para conocer de la controversia cuando medie acuerdo arbitral. Así pues todos los proyectos reconocen el efecto positivo del principio de competencia-competencia, siendo menos claros respecto al efecto negativo. No obstante, en particular los dos últimos proyectos parecerían excluir el examen de los jueces sobre la validez y existencia del convenio.

⁸⁷ Ver Proyecto de Ley, Ministerio de Relaciones Exteriores, C.E. N° 147807, 25 de mayo de 2004, artículos 8 y 16: apenas contiene unas ligeras modificaciones al texto de la Ley Modelo de la CNUDMI.

ten afirmar que, pese a ciertos avatares en algunos países que han sido bastante criticados por los tratadistas, el efecto negativo de la competencia-competencia ha ganado terreno en América Latina.

A continuación se reseñarán, por tanto, algunas decisiones judiciales que ilustran esta tendencia.

5.1. Argentina: Harz Und Derivate c. Akzo Nobel Coating S.A

La decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso *Harz Und Derivate c. Akzo Nobel Coating S.A*⁸⁸, resulta particularmente relevante dada la ausencia de consagración en la normativa nacional del país del principio de competencia-competencia.

En este caso, el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires se declaró competente para conocer de una demanda de arbitraje, estableciendo que al no haberse pactado que el arbitraje debía ser en derecho este podía ser resuelto en equidad con base en el Reglamento de la Bolsa. La parte demandada, en ausencia de disposición expresa en el Reglamento de la Bolsa, formuló, apoyándose en el artículo 16(3) de la Ley Modelo un recurso ante las autoridades judiciales exigiendo la revocatoria de la decisión del Tribunal Arbitral.

Es importante notar las palabras de la representante del Ministerio Público citando a un tratadista en su dictamen:

*“Es sabido que, por principio, incumbe al propio tribunal arbitral resolver sobre su competencia; regla esencial en esta materia que se expresa bajo la fórmula “competencia-competencia” y cuyo efecto positivo se extiende en dos planos, legitimando al tribunal arbitral a resolver sobre la validez del acuerdo arbitral y si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral. Y aunque esa decisión puede quedar sujeta a revisión judicial posterior, es decir, que la regla no atribuye al tribunal arbitral la exclusividad, sino la prioridad para decidir sobre la competencia, tal situación depende de la normativa aplicable en cada caso”*⁸⁹.

⁸⁸ *Harz Und Derivate c. Alzo Novel Coating S.A*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 28 de octubre de 2009; para un análisis de esta decisión, de los fundamentos invocados por la Cámara y de la manera cómo la normativa del Acuerdo de Mercosur y la Convención de Panamá sustentan la posición adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones ver JULIO CÉSAR RIVERA, *Comentarios a la Jurisprudencia Argentina en Materia de Arbitraje Comercial*, 3 Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 899, en p. 927 y siguientes (2010), cuya obra *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema* (Academia Nacional de Derecho 2007) es citada por la representante del Ministerio Público en el fallo *Harz Und Derivate c. Alzo Novel Coating S.A*.

⁸⁹ *Supra* 90 *Harz Und Derivate c. Alzo Novel Coating S.A* para. 2.

Tras anotar que efectivamente es necesario hallar el equilibrio que haga compatible la autonomía del arbitraje y el necesario control judicial, la Cámara Nacional de Apelaciones encuentra que el artículo 24 del Reglamento de la Bolsa establece que los laudos de amigables compondores no son susceptibles de apelación. Por lo tanto, mal puede importarse las disposiciones de la Ley Modelo a fin de consagrar la posibilidad de un recurso directo contra la decisión de competencia del Tribunal modificando el régimen estableciendo en el Reglamento.

Acota, la Cámara, nuevamente citando al mismo tratadista⁹⁰, que si bien existen leyes (como las de Francia y Suiza) que autorizan un recurso inmediato contra las decisiones de un tribunal arbitral respecto de su competencia y (como Bélgica, Holanda, Italia, Portugal, y Grecia) que sólo permiten la acción de nulidad contra el laudo definitivo, *“en nuestro ámbito sólo se encuentra regulada la acción de nulidad contra la resolución que pone fin al arbitraje (artículo 771, Código Procesal); lo cual significa que la decisión que afirme la competencia del Tribunal Arbitral no es susceptible de recurso inmediato y quien pretenda cuestionarla debe aguardar al laudo final para interponer en esa oportunidad la nulidad fundada en la falta esencial que constituye la carencia de competencia para su dictado”*⁹¹.

5.2. Brasil: Companhia Nacional de Cimentos Portland c. Latcem S/A, CP Cimentos e Participações S.A.

La Corte Suprema de Justicia⁹² reconoció la potestad exclusiva del tribunal arbitral para analizar la validez y efectos de la cláusula arbitral al revocar en instancia de apelación la decisión de una corte distrital, que a petición de Latcem, puso fin a un arbitraje.

La Corte señala:

“Sobre el régimen legal de la cláusula de arbitraje y la competencia exclusiva del Poder Judicial del la sede del arbitraje para juzgar controversias relativos a la convención que la establece, el ilustre profesor Arnoldo Wald, emitió una opinión sobre la materia y resumió: ‘La cláusula compromisoria impide a las partes vinculadas al contrato en el cual consta, recurrir al Poder Judicial. El Tribunal Arbitral es competente para apreciar la validez y los efectos de la cláusula compromisoria, de acuerdo con el principio de Kompetenz-Kompetenz (competencia-competencia). La cláusula compromisoria posee un aspecto positivo, en el cual se basa la competencia de los árbitros, y un aspecto negativo, que impide al Poder Judicial apreciar, con anterioridad a los árbitros, las cuestiones sometidas al arbitraje,

⁹⁰ JULIO CESAR RIVERA, Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico, p. 416-423, (LexisNexis 2007).

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Companhia Nacional de Cimentos Portland c. Latcem S/A, CP Cimentos e Participações S.A.*, Tribunal de Justiça do Estado, 18 septiembre de 2007.

*debiendo extinguir todo el proceso que trate de la materia y debiendo remitir a las partes al juicio arbitral. Los arbitrajes y las decisiones del Tribunal Arbitral únicamente pueden sufrir el control del Poder Judicial del lugar del arbitraje, después de proferido del laudo final, por los árbitros*⁹³.

Dado que la cláusula arbitral, en cuestión, establecía la sede del arbitraje en Zurich, la Corte consideró que la justicia brasilera sólo podría conocer del laudo si se persiguiera su reconocimiento en Brasil. La Corte señala, asimismo, que le está vedado a la jurisdicción estatal conocer de cuestiones sometidas a convenio arbitral, salvo en el evento de nulidad previsto en el artículo 32 de la Ley 9307/96. Concluye afirmando que “(...) cualquier intervención judicial tendiente a suspender el procedimiento arbitral en curso viola el efecto negativo de la cláusula arbitral y el principio de ‘competencia-competencia’ consagrado por el derecho brasileiro (...)”⁹⁴.

5.3. Brasil: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A c. DAIBY S/A AS

De manera más reciente, la Corte de Apelaciones de Rio Grande do Sul, al conocer de la apelación contra una decisión judicial que ordenaba la suspensión de un procedimiento arbitral en curso, sostuvo que existe legislación específica que gobierna el arbitraje en Brasil y que prevé que la cuestión concerniente a la validez de la cláusula compromisoria debe ser resuelta en el ámbito del arbitraje mismo. Señala la Corte que el artículo 8, parágrafo único, de la Ley N° 9.307/1996, establece que compete al árbitro decidir de oficio, o a petición de parte las cuestiones relativas a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral y que en el mismo sentido, dicha Ley prevé, en su artículo 20, que la parte que pretende alegar cuestiones relativas a la competencia del los árbitros o la nulidad, invalidez o ineficacia de la convención debe hacerlo a la primera oportunidad posible tras la institución del arbitraje. La Corte de Apelaciones concluye que de no ser acogida la objeción, el arbitraje seguirá su curso normal sin perjuicio de su posterior examen por parte del poder judicial si se incoa la acción de nulidad establecida en el artículo 33 de la Ley. Por último, señala que tras efectuar un examen “*perfunctorio*” la cláusula de arbitraje en cuestión parece estar conforme a los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley N° 9.307/1996.

La decisión reconoce tanto la competencia de los árbitros para evaluar la validez de la cláusula arbitral, como la regla de prioridad que el principio de competencia-competencia implica. Por demás, son dicentes los términos que utiliza la Corte al referirse a su análisis de la cláusula como un análisis *prima facie*.

⁹³ *Idem.* (traducción del autor)

⁹⁴ *Idem.* (traducción del autor)

5.4. Colombia: Bancolombia S.A. c. Jaime Gilinski Bacal

En una decisión declarando nulo el laudo dictado por un Tribunal Arbitral en el caso *Bancolombia S.A. c. Jaime Gilinski Bacal*, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁹⁵ se pronunció sobre el efecto negativo del principio de competencia-competencia.

La demandante solicitó la anulación del laudo dictado en un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre la base de que el tribunal se había declarado competente para conocer de una controversia no sometida a su jurisdicción, ya que la misma debía ser resuelta, de conformidad con los términos contractuales, por auditores contables.

El Tribunal Superior analiza los argumentos de la parte que se opone a la anulación del laudo, la cual cita el principio de competencia-competencia y alega que bajo derecho colombiano la decisión del tribunal arbitral debe ser adoptada por auto sin que quepa recurso de anulación, a fin de sostener que no le es dado a la justicia estatal examinar la decisión sobre la competencia del Tribunal arbitral en una acción de nulidad del laudo.

El Tribunal aclara que:

“Al respecto, lo primero que debe advertirse es que el principio competence-competence no alude a la infalibilidad de los árbitros acerca de su competencia, o que ellos sean los únicos llamados a resolver el punto, sino que son los primeros, antes que el punto deba ser resuelto por la justicia estatal al revisar la decisión arbitral, cuando una de las partes ejerza el recurso de anulación contra el laudo, de modo que el principio competence-competence establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea una regla de competencia, a más de obedecer a la necesidad de que el proceso no se suspenda para despejar el punto, lo cual le restaría interés al arbitraje”⁹⁶.

A continuación, el Tribunal pasa a analizar el uso que Bancolombia hace del las palabras de un tratadista colombiano sobre el tema⁹⁷ y señala que independientemente de las dudas que pueda entrañar el principio de competencia-competencia, respecto a la claridad de su consagración y reconocimiento en el derecho colombiano, el principio conlleva dos efectos: el positivo que faculta a los árbitros para dirimir toda controversia en tomo a su competencia, o sea sobre la existencia, validez y alcance del contrato de arbitraje, y el efecto negativo. Sobre el efecto negativo, el Tribunal se refiere

⁹⁵ *Supra* 97 para. 10.

⁹⁶ La recurrida Bancolombia cita a Silva-Romero *supra* 64.

⁹⁷ *Supra* 97 para. 10.

a la cita que hace el tratadista colombiano en cuestión de *Fouchard, Gaillard y Goldman* respecto del efecto negativo de dicho principio que

"(...) permite que los árbitros lleguen a una decisión en cuanto a su propia competencia antes que cualquier corte o autoridad judicial y, por esa vía, limita el papel de las cortes estatales a la revisión del laudo arbitral. El principio competence-competence obliga así a cualquier corte que esté conociendo de una pretensión relativa a la competencia de un tribunal arbitral o a la validez del pacto arbitral a abstenerse de estudiar los argumentos sustanciales relativos a la competencia de los árbitros hasta que estos últimos hayan tenido la oportunidad de hacerlo primero. En ese sentido, el principio competence-competence es una regla de prioridad cronológica (...)”⁹⁸.

Tras rechazar las consideraciones de Bancolombia, el Tribunal concluye:

"(...) en razón del principio competence-competence se define la competencia por los árbitros en el curso del proceso arbitral, sin perjuicio de que se discuta su competencia con posterioridad ante el tribunal estatal y en el ámbito del recurso de anulación, a efecto de lo cual no se requiere un alegato de nulidad del arbitraje en el curso del mismo (...)”⁹⁹.

Por último acota que el auto en que el tribunal de arbitramento resuelve sobre su propia competencia sólo es susceptible del recurso de reposición. Cuando la determinación sea negativa, se extinguen definitivamente los efectos del pacto (conforme al artículo 147 del Decreto 1818). En el evento contrario, en que el tribunal de arbitramento decide que sí es competente, si bien no cabe la apelación, ello no es óbice para que se cuestione la decisión del tribunal arbitral respecto de su competencia en el momento en que se pide la anulación del laudo.

Por tanto, el Tribunal reconoce que la jurisdicción estatal no interviene al momento en que el Tribunal adopta su decisión respecto de su competencia sino que puede hacerlo cuando se solicita la nulidad del laudo, estableciendo así una regla de prioridad.

5.5. Perú: Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima

Con ocasión de una solicitud de habeas corpus relacionada con un procedimiento iniciado por una de las partes, que había intentado recusar sin éxito en dos ocasiones al árbitro Fernando Cantuarias Salaverry¹⁰⁰,

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima*, Tribunal Constitucional, 28 de febrero de 2006: si bien este caso se refiere a la legislación sobre arbitraje anterior a la Ley de arbitraje de 2008, es importante recalcar el reconocimiento que se hace del principio de competencia-competencia.

¹⁰⁰ *Supra* 102 para. 12.

la Corte Superior de Justicia se refirió a la protección de la jurisdicción arbitral y al principio de “no interferencia” establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Peruana. Para la Corte Superior de Justicia este principio faculta a los tribunales arbitrales dentro del ámbito de su competencia para “desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”¹⁰¹.

Prosiguiendo su análisis, la Corte añade:

“(...) este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley N° 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”¹⁰².

El Tribunal concluye que el control judicial se efectúa, conforme a la ley, *a posteriori* mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje.

5.6. Venezuela: Astivenca Astilleros de Venezuela CA c. Oceanlink Offshore III AS

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰³ se pronunció respecto del efecto negativo del principio competencia-competencia con ocasión de un recurso de revisión de una decisión adoptada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo. La decisión revisada confirmaba el fallo de la corte de primera instancia declarándose incompetente para conocer de una controversia entre Astivenca y Oceanlik en razón de la existencia de un convenio arbitral. Astivenca sostenía que Oceanlik había renunciado al arbitraje al oponerse al embargo solicitado y que al no haber reconocido los

¹⁰¹ *Supra* 102 para. 13.

¹⁰² *Astivenca Astilleros de Venezuela CA c. Oceanlink Offshore III AS*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 3 de noviembre de 2010.

¹⁰³ *Supra* 105 p. 31.

tribunales de instancia la ocurrencia de renuncia tácita, la Sala Constitucional debía revisar sus decisiones.

La Sala Constitucional reconoce que, como ha establecido en su jurisprudencia, se ha aceptado en Venezuela principios universales relativos al arbitraje en cuanto se reconoce la autonomía del convenio arbitral y el principio de competencia-competencia, conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana¹⁰⁴. Señala que, asimismo, se reconoce el hecho de que *“el arbitraje postula el principio de cooperación y subsidiariedad de la actividad judicial”*¹⁰⁵ no siendo posible admitir *“una concepción que comporte asumir una visión de incompatibilidad entre ‘jurisdicción’ y arbitraje”*¹⁰⁶.

Tras estimar que *“los principios de competencia-competencia y de la autonomía del pacto arbitral se constituyen en el régimen jurídico estatuario del arbitraje, en eslabones cardinales para garantizar el derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje”*¹⁰⁷, la Sala Constitucional se adentra en el análisis de los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje, el artículo II(3) de la Convención de Nueva York y el artículo 8 de la Ley Modelo¹⁰⁸ y señala:

“Así, el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una perspectiva positiva, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (vgr. artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial) o, en relación a su aspecto negativo, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales (vgr. Artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)”

Agrega la Sala Constitucional que no se trata de cuestionar la existencia o no del principio de competencia-competencia en el ordenamiento jurídico venezolano, situación que estima clara, sino de su aplicación cuando una de las partes que suscribió en convenio arbitral acude al poder jurisdiccional para que conozca de una asunto sujeto a arbitraje¹⁰⁹. En este supuesto, señala, *“el carácter bifronte del principio competencia-competencia se pone de manifiesto en su*

¹⁰⁴ *Supra* 105 p. 35.

¹⁰⁵ *Supra* 105 p. 37.

¹⁰⁶ *Supra* 105 p. 38.

¹⁰⁷ *Supra* 105 pp. 38-39.

¹⁰⁸ *Supra* 105 p. 41.

¹⁰⁹ *Idem.*

*aspecto negativo, pero igualmente cabe plantearse cuál es el grado de intensidad en la revisión de la cláusula compromisoria que el juez debe asumir*¹¹⁰.

Señala la sala que no existe unanimidad en el Derecho comparado sobre el tipo de examen que el poder judicial debe efectuar respecto de la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, y anota que la posición prevalente es que dicho control ha de ser preliminar y sumario y que sólo “*si se evidencia una manifiesta nulidad*” del convenio pueden las cortes abstenerse de remitir las partes a arbitraje. Conforme a la Sala esta visión se halla en consonancia con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York¹¹¹.

La Sala concluye estableciendo que la verificación sumaria debe consistir en la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y que excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento.

Tras establecer que la oposición a las medidas cautelares no implica la renuncia al arbitraje, la Sala ordena la remisión del expediente a la Sala Político Administrativa para que se pronuncie acatando la interpretación vinculante efectuada por la Sala Constitucional¹¹².

Este pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo es particularmente importante no sólo por la profundidad del estudio que realiza de los principios pilares del arbitraje sino por su aspecto vinculante.

5.7. México: Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2006 Tema: Arbitraje Comercial

En una decisión muy poco afortunada la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México se pronunció respecto de la competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio.

En septiembre de 2006 la Suprema Corte debió estatuir sobre la contradicción de tesis sostenidas por los Tribunales Colegiados Décimo y Sexto del Circuito respecto de la competencia para conocer sobre la nulidad del convenio arbitral.

Para la Suprema Corte, la correcta articulación entre el artículo 1424 del Código de Comercio, que consagra la obligación del juez de remitir las partes a arbitraje a menos de que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, y el artículo 1432, que establece la facultad del Tribu-

¹¹⁰ *Supra* 105 pp. 41-44.

¹¹¹ *Supra* 105 pp. 61 y 74.

¹¹² Tesis de jurisprudencia 25/2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 29 de marzo de 2006. Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito de 11 de enero de 2006.

nal arbitral para determinar su competencia y pronunciarse sobre la validez y existencia del convenio arbitral, es la siguiente:

“(...) un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad”¹¹³.

En opinión de la Suprema Corte ello se debe al dos factores: el debido control judicial sobre el arbitraje y, el hecho de que la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes de tal forma que si existe un *“vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional”*¹¹⁴.

Esta decisión, que desconoce el efecto negativo del principio de competencia-competencia, ha sido objeto de múltiples críticas por parte de expertos en la materia, que señalan la premisa errada de la Suprema Corte al asumir que el artículo 1242 constituye una excepción al 1432, desconociendo las diferentes funciones de los dos artículos y el hecho de que el análisis del poder jurisdiccional del convenio arbitral debe ser meramente sumario¹¹⁵.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ Ver a este respecto FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *De Necios y Convencidos, El Debate sobre la Postura Mexicana sobre Quién Decide acerca de la Validez del Acuerdo Arbitral*, disponible en www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Debate%20sobre%20Kompetenz.pdf en pp. 7 y siguientes (2010); ver asimismo MIGUEL ANGEL MARMOLEJO CERVANTES, *La Interpretación Hecha por la SJCN a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio: ¿Contrario al Principio de Compétence-Compétence? ¿Se Resquebraja el Sistema Arbitral?*, disponible en <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/015034/015034.pdf>, en pp. 108 y ss, Universidad Iberoamericana, Tesis de Grado (2008); LEONEL PEREZNIETO CASTRO y JAMES A. GRAHAM, *El Principio de la Competencia Arbitral en la Actualidad Mexicana*, 2 LIMA ARBITRATION 240, en p. 247-248 (2007); FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Kompetenz-Kompetenz a la Mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada*, disponible en www.gdca.com.mx/espanol/publicaciones/arbitraje.htm, en pp. 15 y ss. (2006).

¹¹⁵ Ver a este respecto FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *De Necios y Convencidos, El Debate sobre la Postura Mexicana sobre Quién Decide acerca de la Validez del Acuerdo Arbitral*, disponible en www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Debate%20sobre%20Kompetenz.pdf en pp. 7 y siguientes (2010); ver asimismo MIGUEL ANGEL MARMOLEJO CERVANTES, *La Interpretación Hecha por la SJCN a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio: ¿Contrario al Principio de Compétence-Compétence? ¿Se Resquebraja el Sistema Arbitral?*, disponible en <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/015034/015034.pdf>, en pp. 108 y ss, Universidad Iberoamericana, Tesis de Grado (2008); LEONEL PEREZNIETO CASTRO y JAMES A. GRAHAM, *El Principio de la Competencia Arbitral en la Actualidad Mexicana*, 2 LIMA ARBITRATION 240, en p. 247-248 (2007); FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Kompetenz-*

6. CONCLUSIÓN

El efecto positivo del principio de competencia-competencia se encuentra reconocido de manera expresa en la gran mayoría de estatutos sobre arbitraje en Latinoamérica. El efecto negativo de dicho principio se encuentra plasmado de manera absolutamente clara en la legislación nacional de Panamá y Perú; y ha sido reconocido por las cortes en Argentina, Venezuela, Brasil, y Colombia y por importantes tratadistas en México y otras jurisdicciones.

Ante la constatación de la aceptación del efecto negativo de competencia-competencia por parte de un gran número de países, que por demás constituyen actores de gran peso en el ámbito del arbitraje internacional, no puede más que afirmarse el alineamiento de América Latina con las tendencias contemporáneas en materia de arbitraje. Sin duda, el reconocer la regla de prioridad que el efecto negativo implica constituye un parámetro esencial para determinar dónde se hallan las jurisdicciones respecto de su concepción del arbitraje. Hoy en día difícilmente puede afirmarse que América Latina es retardataria en cuestión de arbitraje.

Kompetenz a la Mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada, disponible en www.gdca.com.mx/espanol/publicaciones/arbitraje.htm, en pp. 15 y ss. (2006).

La independencia del árbitro y su obligación de revelación

FERNANDO MANTILLA-SERRANO (*)

PHILIPPE PINSOLLE (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El estándar de independencia del árbitro. 2.1. Evaluación de la independencia del árbitro: Carácter objetivo. 3. Obligación de revelación del árbitro. 3.1. Carácter amplio de la obligación de revelación. 3.2. Carácter preventivo de la obligación de revelación. 3.3. Deber de investigación del árbitro. 3.4. Deber de investigación de las partes. 4. Relación del árbitro con los abogados de una de las partes. 4.1. Vínculos que reflejan un Interés económico. 4.2. Vínculos sin contenido económico. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Rendir homenaje a dos figuras emblemáticas del arbitraje internacional, y en particular del arbitraje en el mundo hispanoparlante, además de ser un honor, es una obligación que impone desafíos. Exaltar la trayectoria de los homenajeados y encontrar un tema que los defina y que exprese, así sea en una ínfima parte, su contribución al desarrollo de la práctica arbitral. Tanto BERNARDO como YVES han participado en la vida arbitral de los últimos años

(*) Socio de Shearman & Sterling LLP (París), donde se dedica al arbitraje internacional. Egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá en donde obtuvo su título en Derecho y Socio-economía, Mantilla-Serrano tiene también un MCJ (LLM) de New York University - NYU (Fulbright Scholar), un DEA en Derecho Internacional Privado y de Comercio Internacional y un DSU en Derecho de la Unión Europea de la Université de Paris II. Su práctica arbitral, como árbitro y como abogado, se desarrolla principalmente en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica. Fernando Mantilla-Serrano es miembro titular de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Fellow del Chartered Institute of Arbitrators. Sus artículos sobre arbitraje han sido publicados en Arbitration International, la Revue de l'Arbitrage, la Revista de la Corte Española de Arbitraje y el Journal of International Arbitration. Fue uno de los cuatro miembros de la comisión redactora del proyecto de ley que se convirtió en Ley 60/2003 de arbitraje en España. Ha fungido como Conjuetz de la Corte Constitucional en Colombia. Tiene licencia que lo habilita para ejercer como abogado en Colombia, Nueva York (EE.UU.), París (Francia) y Madrid (España).

(**) Socio de Shearman & Sterling LLP, (París).

en sus múltiples facetas: vinculados a conocidos y respetados centros de arbitraje, como aguerridos y exitosos abogados y, en fin, como reconocidos árbitros del más alto calibre y de incuestionable probidad e independencia. Precisamente, porque han hecho de la independencia el paradigma que les ha permitido construir el nombre y el prestigio que como árbitros hoy tienen, hemos escogido como tema para este *Liber Amicorum* el de la independencia del árbitro y su correlativa obligación de revelación.

En primer lugar, desarrollaremos el estándar usado en la actualidad a fin de evaluar la independencia del árbitro. Seguidamente, analizaremos la obligación de revelación del árbitro a la luz de casos recientes en Francia, España, Suiza y Estados Unidos. Por último, examinaremos el principio de independencia y la obligación de revelación en relación con los vínculos que el árbitro puede tener, no ya con las partes en el arbitraje, sino con los abogados que representan a las partes.

2. EL ESTÁNDAR DE INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO

La mayoría de las legislaciones nacionales modernas en materia de arbitraje y reglamentos de arbitraje suelen hacer referencia a la independencia e imparcialidad de los árbitros de manera conjunta¹. Ello se debe a que ambas nociones se derivan del principio que indica que los árbitros no deben verse influenciados por factores distintos a aquellos relacionados con los hechos del caso llamados a juzgar. En otras palabras, el principio de independencia e imparcialidad busca garantizar que las decisiones arbitrales sean el resultado del análisis objetivo por parte del árbitro de los hechos y el derecho debatidos durante el arbitraje².

Sin embargo, a pesar de los estrechos vínculos existentes entre la noción de independencia e imparcialidad,³ tradicionalmente se ha entendido que se

¹ Ver, por ejemplo, artículo 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés; artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje Española N° 60/2003; artículo 180.1 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado de 1987; artículos 33 y 42 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador; artículos 11 y 12 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010; artículo 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante "AAA"); artículo 5.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (en adelante "LCIA"); artículo 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante "CCI"); y el artículo 14.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante "CCE").

² Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje, Una Perspectiva Internacional*. 1ª Edición. Madrid: Iustel, 2005, p. 116.

³ Ver *Urbaser S.A. c. Argentina*, caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, presentada por las Demandantes, de 12 de agosto de 2010, § 38. En esta decisión el Tribunal se aleja de la doctrina mayoritaria al señalar que: "los conceptos de independencia e imparcialidad se consideran de igual

trata de conceptos distintos⁴. En efecto, se sostiene con cierta uniformidad que la noción de independencia consiste principalmente en la ausencia de vínculos económicos, políticos o laborales entre el árbitro y las partes del procedimiento arbitral, entre el árbitro y los abogados de las partes o entre los mismos árbitros. Según FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN la independencia es una situación de hecho o de derecho que puede ser comprobada objetivamente⁵. En cambio, la imparcialidad se refiere a la inexistencia de una predisposición del árbitro en relación con el contenido de la controversia que pueda favorecer a alguna de las partes. La imparcialidad se relaciona con el estado mental del árbitro y, por lo tanto, es necesariamente subjetiva⁶.

La Audiencia Provincial de Madrid ha tenido la oportunidad de señalar la diferencia existente entre las nociones de independencia e imparcialidad. En este sentido, ha indicado que la *“independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por lo tanto más difícil de evaluar”*⁷.

contenido y pertinencia en el marco de los artículos 14(1) y 57 del Convenio del CIADI. Por ende, el debatir sobre si estos conceptos puedan tener, al menos en forma parcial, significados distintos se convierte en un ejercicio meramente intelectual. En todo caso, los múltiples esfuerzos por descubrir la forma de dividir estas nociones no pueden superar su inherente redundancia. En efecto, la falta de independencia de juicio de un árbitro resulta en una preferencia por una de las partes, lo que demuestra la falta de imparcialidad del árbitro; mientras que la falta de imparcialidad es un signo de la falta de juicio independiente del árbitro”.

⁴ Ver, por ejemplo, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje, de 22 de octubre de 2007, § 29. El Tribunal Arbitral señaló que: *“los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción (...) Así, en el Webster’s Unabridged Dictionary se define el término ‘imparcialidad’ como ‘el estar libre de favoritismo, no estar parcializado a favor de una parte más que de la otra’*. Por lo tanto, en ciertas situaciones es posible que un juez o árbitro sea independiente de las partes, pero no imparcial”. En sentido similar, la Audiencia Provincial de Madrid ha sostenido que *“el requisito de la independencia no garantiza en sí mismo la imparcialidad del árbitro, ya que incluso un árbitro independiente puede ser parcial”*, ver, *Skoda Power, AS c. Abener Energía-El Sauz, S.A. de C.V.*, Audiencia Provincial de Madrid, acción de anulación de laudo arbitral 559/2006, 5 de mayo de 2008, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Evelio Verdura y Tuells y José Carlos Fernández Rozas, editores, IproLex 2009 Vol. 2 N° 2, pp. 554 – 559.

⁵ FOUCHARD, Phillipe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard y John Savage Editores, Países Bajos: Kluwer Law International, 1999, p. 564.

⁶ FOUCHARD, Phillipe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Ibidem*, p. 564.

⁷ *Skoda Power, AS c. Abener Energía-El Sauz, S.A. de C.V.*, v. *supra*, nota 4.

Cabe señalar que la nueva versión del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), vigente a partir del 1 de enero de 2012, ha incorporado de modo expreso el concepto de imparcialidad del árbitro⁸. Las versiones anteriores del Reglamento de la CCI sólo hacían referencia a la independencia del árbitro. De este modo, se debe asumir que el Reglamento de la CCI contempla una diferencia entre las nociones de independencia e imparcialidad.

En todo caso, y a pesar de las diferencias existentes, las nociones de independencia e imparcialidad hacen referencia al hecho que el árbitro debe estar en capacidad de decidir la controversia sobre la base del mero análisis objetivo de los hechos y del derecho que han sido debatidos por las partes. Así, con el fin de simplificar, en el presente trabajo utilizaremos únicamente el término “independencia” que deberá entenderse comprendiendo también la noción de imparcialidad.

En el derecho francés, el principio de la independencia del árbitro se consagró en 1972 en la sentencia *Ury* de la Corte de Casación. Esta sentencia afirmó que “*la independencia de juicio es indispensable para el ejercicio del poder jurisdiccional, sea cual fuere su fuente, (...) esta es una de las cualidades esenciales del árbitro*”⁹.

En la reciente modificación de la legislación arbitral francesa, contenida en el Código de Procedimiento Civil Francés¹⁰, se ha hecho referencia expresa, por primera vez, a la independencia del árbitro al codificar la obligación de revelación del árbitro¹¹.

En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“Ley Española de Arbitraje”) establece que “[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el

⁸ Artículo 11.1. del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: “*Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje*”. La versión anterior del Reglamento señalaba, en su artículo 7.1., que: “*Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje*”.

⁹ *Consorts Ury c. S.A. des Galeries Lafayette*, Corte de Casación Francesa, 2ª Sala Civil, 13 de abril de 1972, *Bull.* 2N.91P.71, 1972, p.753. La sentencia *Ury* trata sobre arbitraje interno pero el mismo principio se aplica al arbitraje internacional. Ver en este último sentido, *Commercial Agraria Hermanos Lucena c. Transgrain France*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala Civil, 12 de diciembre de 1998, 95/08758, *Rev. arb.*, 4/1998, p. 699 y ss., nota DOMINIQUE BUREA.

¹⁰ Decreto 2011/48 de 13 enero de 2011.

¹¹ Ver el segundo párrafo del nuevo artículo 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés; en español: “*Antes de aceptar su misión, el árbitro deberá revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad. Tiene también la obligación de revelar sin dilación, cualquier circunstancia de igual naturaleza que pudiera surgir después de la aceptación de su misión*” (traducción de Yves DERAÏNS y Fernando Mantilla-Serrano).

arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”¹².

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley Peruana de Arbitraje establece que “[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial.”

En Suiza, el artículo 180.1 de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de 1987 establece como uno de los motivos por los que se puede recusar a un árbitro la existencia de “circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia”.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional¹³ señala en su artículo 12 que “[u]n árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia (...).”

2.1. Evaluación de la independencia del árbitro: Carácter objetivo

En el caso *Etat du Qatar* la Corte de Casación francesa precisó el criterio que debe utilizarse a fin de evaluar la independencia del árbitro. En este caso, la Corte de Casación sostuvo que “le corresponde a la persona que juzga la regularidad del laudo arbitral apreciar la independencia e imparcialidad del árbitro, señalando toda circunstancia que pueda incidir en el juicio del árbitro y dar lugar a una duda razonable, según el punto de vista de las partes, sobre esas cualidades, que hacen a la esencia misma de la función arbitral”¹⁴. (subrayado agregado).

Como se puede observar, en el derecho francés, el criterio determinante consiste en discernir si los vínculos existentes entre el árbitro y una parte del arbitraje pueden hacer dudar a las partes acerca de la independencia de ese árbitro. Por lo tanto, la independencia del árbitro no es valorada de modo subjetivo, sino objetivo,¹⁵ es decir, quien juzga la independencia del árbitro “se ocupa de las apariencias sin preocuparse de la persona en cuestión”¹⁶. Poco importa si el árbitro se considera o no independiente e imparcial, lo que interesa es si a los ojos de las partes existen o no dudas razonables sobre la independencia del árbitro.

¹² Ver artículo 17.1 de la Ley Española de Arbitraje, Ley 60/2003.

¹³ El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional fue aprobado en 1985 y enmendado en 2006.

¹⁴ *Etat du Qatar c. Creighton Ltd.*, Corte de Casación Francesa, 1ª Sala Civil, 16 de marzo de 1999, Bull. I.88.,1999, p. 59. Ver igualmente, *Frémarc c. ITM Entreprises*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala G, 2 de abril de 2003, Rev. arb., 2003, p. 1231, nota EMMANUEL GAILLARD.

¹⁵ Ver en particular: HENRY, Marc. *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*. L.G.D.J., 2001, p.301. Ver también, CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Dalloz, 2001, p. 279: “Pero ¿qué es la duda de una parte acerca de la independencia del árbitro sino la apariencia de independencia a los ojos de la parte? Este es precisamente el sentido de la apreciación objetiva de la independencia. Es así, por tanto, el modo que se valora la independencia del árbitro en el derecho positivo francés”, traducción de los autores de este artículo.

¹⁶ HENRY, Marc. Op. Cit., *supra*, nota 15, p. 301.

En consecuencia, en el derecho francés, no es necesario probar en términos absolutos que un árbitro no es independiente sino que, por el contrario, es suficiente con probar la existencia de dudas acerca de su independencia¹⁷.

Tal como lo ha señalado DOMINIQUE HASCHER, *“la Corte de Casación ha sustituido la prueba de un riesgo cierto de parcialidad, por el requisito menos riguroso, de probar la existencia de una duda razonable según la apreciación de las partes. La cuestión no es saber si el árbitro es independiente en términos absolutos, sino si lo es para un observador razonable, expresión que incluye también al juez llamado a pronunciarse sobre la cuestión”*¹⁸.

El mismo criterio objetivo seguido en el derecho francés ha sido aplicado por el máximo tribunal de Suecia. En efecto, la Corte Suprema de este país ha anulado un laudo sobre la base de que el despacho en el cual el árbitro se desempeñaba como abogado contaba entre sus clientes a la empresa Ericsson mientras que una de las partes en el arbitraje era una empresa afiliada al grupo Ericsson¹⁹. En este caso, bastó con probar la existencia de vínculos profesionales entre el despacho del árbitro y el grupo Ericsson sin que fuera necesario probar que el árbitro había incumplido sus obligaciones o había actuado de manera parcial.

En este sentido MARC HENRY ha sostenido que *“[l]a decisión de la Corte Suprema [de Suecia] no puede ser más que compartida. En Francia la independencia y la imparcialidad son consideradas objetivamente. Existe falta de independencia e imparcialidad del árbitro desde el momento en que una situación es de tal naturaleza que hace dudar legítimamente sobre dicha independencia e imparcialidad, sin que sea necesario demostrar que el árbitro haya efectivamente incumplido sus obligaciones”*²⁰.

El criterio objetivo para evaluar la independencia del árbitro también es seguido en España. En este sentido, el artículo 17.2 de la Ley Española de Arbitraje establece que el árbitro debe *“revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”* (énfasis agregado). Asimismo, el artículo 17.3 de dicha ley establece que un árbitro podrá ser recusado cuando existan *“circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia”* (énfasis agregado). Como po-

¹⁷ Tal como analizaremos más adelante, el mismo criterio ha sido adoptado en España, Suiza y Suecia.

¹⁸ HASCHER, Dominique. “A comparison between the Independence of State Justice and the Independence of Arbitration”. En: *ICC Bulletin, Special Supplement, Independence of Arbitrators*, 2007, p. 84.

¹⁹ Corte Suprema de Suecia, caso N°. T 2448-06, 19 de noviembre de 2007, *Petites Affiches*, 3 de octubre de 2008, N° 199, p. 9.

²⁰ HENRY, MARC. “Portée du devoir d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre”. *Petites Affiches*, 3 de octubre de 2008, N° 199, p. 14.

demos observar, tanto al momento de analizar la recusación del árbitro como al evaluar la obligación de revelación, la parte interesada deberá demostrar que determinadas circunstancias o vínculos del árbitro generan o pueden dar lugar a dudas justificadas según el punto de vista de una persona razonable.

Recientemente, la Audiencia Provincial de Madrid afirmó que *“no se trata de determinar si el recusado actuará en concreto y de hecho vulnerando la objetividad y justicia que ha de presidir su actuación arbitral, sino de determinar si las circunstancias que concurren hacen que su ecuanimidad pueda ser fundadamente puesta en tela de juicio, de tal manera que, con independencia de que objetivamente pueda actuar con imparcialidad y justicia, el recusante tenga motivos para dudar de que sus decisiones están condicionadas o guiadas por sus relaciones con la parte contraria”*²¹.

Cabe precisar que en el derecho español, el criterio a seguir a fin de juzgar el alcance de la obligación de revelación es más amplio que el utilizado en el caso de la recusación. En efecto, de acuerdo a la Ley Española de Arbitraje, el árbitro debe revelar todas las circunstancias que *“puedan”* dar lugar a dudas acerca de su independencia²². En cambio, la recusación sólo procederá cuando las circunstancias *“den”* lugar a dudas justificadas acerca de su independencia²³. Del terreno de la mera posibilidad, propio de la obligación de revelación, se pasa al campo de la realidad, estos es, que las circunstancias generen dudas.

En ambos casos, tanto para decidir una recusación o discernir el alcance de la obligación de revelación, las dudas acerca de la independencia del árbitro deben ser *“justificadas”*. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid ha dicho que *“no basta con acreditar la existencia de algún tipo de vínculo entre el árbitro y los intervinientes en el proceso, debiendo analizarse caso por caso si las relaciones o circunstancias puestas de manifiesto son de suficiente entidad para dudar de la imparcialidad u objetividad del árbitro recusado”*²⁴ (énfasis agregado).

3. OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

La obligación de revelación del árbitro es hoy universalmente aceptada y ha sido incluida en un gran número de leyes nacionales de arbitraje²⁵ y en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales²⁶.

²¹ Delforca 2008 c. Banco Santander, Audiencia Provincial de Madrid, nulidad de laudo arbitral 3/2009, 30 de junio de 2011.

²² Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando. Op. Cit., *supra*, nota 2, p. 118.

²³ Ver artículo 17.3 de la Ley Española de Arbitraje.

²⁴ Delforca 2008 c. Banco Santander, ver *supra*, nota 21.

²⁵ En Francia artículo 1456 del Código de Procedimiento Civil; en España artículo 17.2 de la Ley Española de Arbitraje N° 60/2003; en Perú artículo 28.2 de la Ley Peruana de Arbitraje de 27 de Junio de 2008; en Brasil artículo 14.1 de la Ley Arbitraje N° 9.307.

²⁶ Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente a partir del 1° de enero de 2012;

La obligación de revelación consiste en el deber de la persona propuesta para fungir como árbitro de revelar, tanto a las partes del procedimiento arbitral como, en su caso, a la institución arbitral y al resto de los árbitros, cualquier circunstancia susceptible de poner en duda su independencia.²⁷

El hecho de que el árbitro revele determinadas circunstancias no prueba por sí solo su falta de independencia ni conlleva la aceptación de una eventual recusación. Del mismo modo, el hecho que el árbitro haya revelado ciertas circunstancias tampoco lo exonera de que una recusación fundada en tales circunstancias pueda ser acogida. Lo esencial de la obligación de revelación consiste en brindar la oportunidad a las partes de decidir si solicitarán o no la recusación de un árbitro estando debidamente informadas de las circunstancias que pudiesen afectar su independencia.

En Francia, según ha establecido de manera constante la jurisprudencia, el árbitro debe revelar toda circunstancia que, desde el punto de vista de las partes, pueda afectar su independencia. La Corte de Apelación de París ha establecido que “[e]l árbitro debe revelar a las partes toda circunstancia que sea de tal naturaleza que pueda afectar su juicio y motivar en la mente de las partes la duda razonable acerca de sus cualidades de imparcialidad e independencia”²⁸.

La obligación de revelación surge en el momento de la designación del árbitro y perdura hasta la finalización de su labor, es decir, hasta que se haya dictado el laudo o se haya concluido de algún otro modo el procedimiento (v.gr., transacción).²⁹ En este sentido, la Corte de Casación Francesa ha establecido que “[e]l árbitro tiene la obligación de informar a las partes acerca de la existencia de tales circunstancias [i.e., cualidades que puedan generar dudas acerca de su independencia e imparcialidad] tanto al momento de su designación como a lo largo del procedimiento arbitral, salvo cuando la situación sea notoria”³⁰.

Artículo 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA; artículo 5.3 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA; artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la CCE.

²⁷ FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. Op. Cit., *supra*, nota 5, pp. 577-578.

²⁸ *Frémarc c. ITM Enterprises*, Corte de Apelación de París, 2 de abril de 2003, Rev. arb., 2003, p. 1231.

²⁹ Ver artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010; ver Norma 3(a) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004; ver artículo 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés; ver artículo 17.2 de la Ley Española de Arbitraje.

³⁰ Ver *Gouvernement de l'Etat du Qatar c. Creighton Ltd.*, *supra*, nota 14. Ver igualmente: *Société Annahold BV et D. Frydman c. L'Oréal et autres*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala Civil, 9 de abril de 1992, Rev. arb., 1996, p. 483; y *KFTCIC c. Icori Estero*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala Civil, 28 de junio de 1991, Rev. arb., 1992, p. 568.

En la reciente modificación al Código de Procedimiento Civil Francés³¹ se ha incluido expresamente, en el artículo 1456, la obligación de revelación del árbitro³². Este artículo, que codifica un principio ya consolidado en la jurisprudencia francesa,³³ hace explícita la obligación del árbitro de revelar cualquier circunstancia que pudiese afectar su independencia.

En España la obligación de revelación se encuentra regulada en el artículo 17.2 de la Ley Española de Arbitraje que establece que el árbitro debe *“revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”*. Esta obligación nace *“a partir de su nombramiento”* y continúa vigente durante toda la tramitación del arbitraje.

La Ley Española de Arbitraje ha tenido especialmente en cuenta la importancia de que el árbitro comunique con prontitud *“sin demora”*³⁴ toda circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas acerca de su independencia. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid ha interpretado que la obligación de comunicar estas circunstancias debe llevarse a cabo *“inmediatamente y por escrito”*³⁵.

El Reglamento de Arbitraje de la CCI también establece el carácter continuo de la obligación de revelación del árbitro. En este sentido, el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que no sufrió cambios sobre este punto en su versión del 1º de enero de 2012, establece en su inciso segundo que, *“antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia”* (énfasis agregado). Asimismo, el inciso tercero establece que *“[e]l árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, (...) cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el artículo 11(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje”* (énfasis agregado).

3.1. Carácter amplio de la obligación de revelación

³¹ Ver *supra*, nota 10.

³² Ver artículo 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés. Ver, *supra*, su traducción al español, nota 11.

³³ Ver *X c. Prodim and Logidis*, Corte de Casación Francesa, 1ª Sala Civil, 20 de octubre de 2010, 09-68.131, ASA Bulletin, 1/2011, pp. 193-194; *Somoclest c. DV Construction*, Corte de Casación Francesa, 1ª Sala Civil, 20 de octubre de 2010, 09-68.997, Rec. Dalloz, 2010, p. 2589, nota X. DELPECH; *Frémarc c. ITM Enterprises*, Corte de Apelación de París, 2 de abril de 2003, Rev. arb., 2003, p. 1231; *Etat du Qatar c. Creighton Ltd.*, *supra*, nota 14; *Société Annahold BV et D. Frydman c. L'Oréal et autres*, v. *supra* nota 30; y *KFTCIC c. Icori Estero*, v. *supra* nota 30.

³⁴ Ver artículo 17.2 de la Ley Española de Arbitraje.

³⁵ Ver *Skoda Power c. Abener*, *supra*, nota 7.

La Corte de Casación Francesa ha confirmado recientemente el carácter amplio de la obligación del árbitro de revelar aquellas circunstancias que puedan generar dudas acerca de su independencia. Mediante dos sentencias del 20 de octubre de 2010 la Corte de Casación revocó dos sentencias³⁶ que habían sostenido que, aún en el supuesto de existir una relación comercial entre el árbitro y una de las partes, la revelación del árbitro podía ser sólo parcial. La Corte de Casación sostuvo, por el contrario, que: “(...) *el carácter sistemático de la designación de una determinada persona por las compañías pertenecientes a un mismo grupo empresarial, su frecuencia y su regularidad durante un período largo de tiempo, en contratos comparables, han creado las condiciones de una relación de negocios entre esta persona y las sociedades del grupo que son parte en este procedimiento de tal forma que el árbitro tenía el deber de revelar integralmente esta circunstancia a la otra parte a efectos de que ésta estudiase en posición de ejercer su derecho de recusación*”³⁷ (énfasis agregado).

En sentido similar, en el caso *Allaire*, decidido el 9 de septiembre de 2010, la Corte de Apelación de París anuló un laudo sobre la base de que uno de los árbitros había declarado que prestaba asesoría jurídica (mediante la elaboración esporádica de dictámenes jurídicos) al abogado de una de las partes al mismo tiempo que se negó a proporcionar mayor información acerca de dicha vinculación. La Corte de Apelación expresó que: “(...) *es un principio establecido que el árbitro debe revelar a las partes toda circunstancia que por su naturaleza pueda afectar su juicio y pueda provocar dudas razonables en las partes acerca de las cualidades de imparcialidad e independencia, que son la esencia misma de la función arbitral*” (énfasis agregado). La Corte de Apelación agregó que: “(...) *la obligación de información, que recae sobre el árbitro con el fin de permitir a las partes ejercer su derecho de recusación, debe apreciarse tanto respecto de la notoriedad de la situación criticada como a su incidencia en el juicio del árbitro*”³⁸.

³⁶ Una de la Corte de Apelación de Versalles y otra de la Corte de Apelación de Douai.

³⁷ *X c. Prodim and Logidis*, Corte de Casación Francesa, 1ª Sala Civil, 20 de octubre de 2010, 09-68.131, ASA Bulletin, 1/2011, pp. 193-194, y *Somoclest c. DV Construction*, Corte de Casación Francesa, 1ª Sala Civil, 20 de octubre de 2010, 09-68.997, Rec. Dalloz, 2010, p. 2589, nota X. DELPECH.

³⁸ *Consorts d'allaire c. S.A.S SGS Holding France*, Corte de Apelación de París, División 1 - Sala 1, 9 de septiembre de 2010, RG 09/16182, ASA Bulletin, 1/2011, pp. 187-192, Rev. Arb., 3/2011, pp. 686-690. Esta decisión, a pesar que fue dictada en materia de arbitraje interno, enuncia una solución que, sin ninguna duda, se aplica igualmente en materia de arbitraje internacional. En efecto, en el derecho francés no existe ninguna diferencia entre arbitraje interno y arbitraje internacional en lo que concierne a la independencia del árbitro y su obligación de revelación.

3.2. Carácter preventivo de la obligación de revelación

La obligación de revelación tiene un carácter preventivo ya que permite descartar posibles impugnaciones ulteriores³⁹. En este sentido, la declaración de independencia que llevan a cabo los árbitros permite que el arbitraje se desarrolle en un clima de confianza⁴⁰. Al tener conocimiento de las circunstancias que pueden incidir en la independencia del árbitro, las partes pueden solicitar su recusación o renunciar a este recurso con conocimiento de causa.

Si el árbitro revela determinados hechos que pueden generar dudas sobre su independencia y las partes deciden no recusarlo, no podrán más adelante atacar el laudo por esas circunstancias a menos de que su actitud denote claramente que no renunció a dicha posibilidad. La revelación oportuna y completa del árbitro evitará que alguna de las partes, por lo general aquella que estuviera disconforme con las decisiones tomadas por el árbitro, pueda intentar una recusación o una acción de nulidad del laudo con base en los hechos que fueron oportunamente revelados. Obviamente, esta pérdida del derecho a recusar, o a plantear la nulidad del laudo a raíz de la falta de independencia del árbitro, no ocurrirá si la parte recusante o accionante hubiera tomado conocimiento de hechos nuevos que comprometieran la independencia del árbitro, aunque éstos estuvieran relacionados con los hechos previamente revelados. Por otra parte, la falta de revelación de la existencia de determinados vínculos entre el árbitro y las partes puede provocar la aceptación de una recusación, o incluso la declaración de nulidad de un laudo, que no hubieran sucedido si tales vínculos hubieran sido oportunamente revelados. En efecto, determinadas relaciones del árbitro con las partes si son oportunamente reveladas pueden ser aceptadas por las partes por considerar que no se vería afectada su imparcialidad. Sin embargo, el hecho mismo de que tales circunstancias hayan sido ocultadas puede generar la sospecha y duda acerca de la independencia de dicho árbitro.

En el derecho francés se ha reconocido desde hace tiempo que la omisión de revelación puede justificar, por sí misma, la anulación del laudo. En este sentido, la Corte de Apelación de París ha dicho que “[s]i el árbitro tiene la obligación de informar a las partes acerca de la existencia de circunstancias que por su naturaleza puedan afectar su juicio o representar un riesgo cierto de perjuicio en contra de una de las partes en el arbitraje, la omisión de esta obligación conlleva la anulación,

³⁹ *Société Mytilineos Holdings c. The Authority for Privatization and State Equity Administration*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala Civil, 17 de febrero de 2005, Rev. arb., 3/2005, p. 720: “la obligación de revelación tiene por objetivo establecer una relación de confianza entre el árbitro y las partes”.

⁴⁰ *Commercial Agraria Hermanos Lucena c. Transgrain France*, v. *supra*, nota 9.

si esta reticencia, bien por sí misma, o bien acompañada de otros elementos del caso, constituye una presunción suficiente de falta de independencia o de imparcialidad"⁴¹.

En España, en el caso *Delforca c. Santander*, la falta de revelación de la existencia de determinados vínculos entre el Presidente del Tribunal y el despacho de una de las partes fue un elemento que la Audiencia Provincial tuvo en consideración a fin de afirmar que en el caso existían dudas justificadas acerca de la independencia del árbitro. La Audiencia Provincial señaló que *"a las partes no se les hizo saber tales circunstancias, lo cual incrementa el sustento de la duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro"*⁴².

En este sentido, THOMAS CLAY ha señalado que *"[u]na vez revelados y aceptados, los vínculos entre las partes y los árbitros, o entre los mismos árbitros, estos vínculos no serán puestos en duda, precisamente porque fueron revelados. Lo importante no es la inexistencia –utópica– de vínculos, sino el conocimiento de los mismos. Su ocultación es lo que engendra la sospecha"*⁴³.

Debido al carácter preventivo de la obligación de revelación, ante la duda, el árbitro no deberá abstenerse, sino que, por el contrario, deberá revelar toda circunstancia que pueda generar dudas acerca de su independencia. En consecuencia, los árbitros deben ser exhaustivos en su declaración de independencia⁴⁴. En el mismo sentido, el formulario de la CCI relativo a la declaración de independencia del árbitro señala que *"toda revelación debe ser completa y específica"* y que *"[c]ualquier duda debe resolverse a favor de la revelación"*⁴⁵.

3.3. Deber de investigación del árbitro

La naturaleza y el alcance de la obligación de revelación requieren necesariamente que el árbitro efectúe una investigación de las circunstancias que pueden poner en duda su independencia. El alcance de la obligación de investigación es similar al de la obligación de revelación, es decir, la investigación que debe llevarse a cabo debe ser amplia a fin de que el árbitro pueda

⁴¹ S.A. SERF c. *Société DV Construction*, Corte de Apelación de París, 1ª Sala Civil, 29 de enero de 2004, Rev. arb., 2005, p. 709. Ver igualmente: *Société Mytilineos Holdings c. The Authority for Privatization and State Equity Administration*, v. *supra*, nota 39.

⁴² Ver *Delforca 2008 c. Banco Santander*, *supra*, nota 21.

⁴³ CLAY, Thomas. Op. Cit., *supra*, nota 15, p. 277.

⁴⁴ Ver, por ejemplo: *Société Héphaistos c. Pons*, Corte de Casación Francesa, 2ª Sala Civil, 28 de septiembre de 2000, inédito. Ver también: CLAY, Thomas. Op. Cit., *supra*, nota 15, p. 336 y FOUCHARD, Phillippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. Op. Cit., *supra*, nota 5, p. 580.

⁴⁵ Ver el formulario de la CCI, de enero de 2010, titulado *"Declaración de Aceptación, Disponibilidad e Independencia"*.

revelar todas las circunstancias que pudieran generar la duda acerca de su independencia.

En los casos que el árbitro sea miembro de un despacho de abogados será necesario que el árbitro investigue si existe algún tipo de vínculo entre su despacho y alguna de las partes del arbitraje. En este sentido, la Corte Suprema de Suecia ha dicho que “[c]orresponde a la persona propuesta como árbitro realizar una investigación interna a fin de verificar si el despacho de abogados al que está vinculado –de la forma que fuere (i.e., socio, colaborador, “of counsel”, etc.)– tiene a la parte que desea designarle entre sus clientes. Esta investigación también deberá realizarse con respecto a la parte contraria”⁴⁶. Cabe señalar que en los grandes despachos de abogados, esta investigación se encuentra facilitada por las herramientas informáticas que proporcionan, no sólo la lista de todos los clientes de dicho despacho, sino también la lista de las compañías vinculadas con dichos clientes.

Del mismo modo que ocurre con la obligación de revelación, la obligación de investigación también tiene un carácter continuo. El hecho de que la obligación de investigación derive de la obligación de revelación implica necesariamente que la primera existe durante el arbitraje de la misma forma que lo hace la segunda. En consecuencia, la obligación de investigación del árbitro rige tanto durante la designación del árbitro como durante todo el procedimiento arbitral. Los sistemas informáticos de los grandes despachos también facilitan esta tarea ya que permiten la actualización automática de la vinculación del despacho *vis a vis* determinado grupo de compañías.

En una reciente decisión, la Corte de Apelaciones del 2º Circuito Federal de los Estados Unidos⁴⁷ limitó la obligación de investigación del árbitro en cuestión. En este caso, Credit Suisse había planteado la nulidad de un laudo arbitral con base en la deficiente revelación por parte del árbitro de su experiencia previa como perito. Entre otras razones, Credit Suisse alegó que el árbitro debió haber revelado que había sido perito en un caso donde se discutían temas legales similares a los del arbitraje en cuestión. La Corte de Apelaciones rechazó el pedido de nulidad del laudo y señaló que un árbitro no puede ser obligado a investigar si en sus participaciones anteriores como perito ha tratado temas relacionados con el caso llamado a decidir⁴⁸.

⁴⁶ Ver caso N° T 2448-06, *supra*, nota 19.

⁴⁷ *STMicroelectronics, N.V. c. Credit Suisse Securities*, acción de nulidad de laudo, Corte de Apelaciones del 2º Circuito Federal de los Estados Unidos, caso N° 10-3847, WL 2151008, 2 de junio de 2011.

⁴⁸ Credit Suisse alegaba, aunque sin llamarlo de este modo, la existencia de un “*issue conflict*”, esto es la falta de imparcialidad del árbitro a raíz de sus opiniones jurídicas preexistentes. La Corte de Apelaciones rechazó de plano este argumento sosteniendo que “es prácticamente imposible encontrar un juez que carezca de preconceptos sobre temas jurídicos” y que esto es “aún más cierto en el caso de árbitros, ya que los más solicitados

3.4. Deber de investigación de las partes

Siendo conscientes de la prudencia que debe tener un observador de un sistema jurídico extranjero, entendemos que las soluciones que se presentan en el derecho suizo revelan ciertos matices interesantes en lo concerniente a la obligación de revelación del árbitro.

En efecto, en relación con el deber de revelación del árbitro, el Tribunal Federal Suizo ha afirmado en varias ocasiones que las partes están sujetas a un deber de investigación. En particular, en la sentencia del 27 de mayo de 2003, dictada en materia de arbitraje deportivo, el Tribunal Federal señaló que: “[I]a parte que pretende recusar un árbitro debe invocar el motivo de recusación en cuanto tenga conocimiento del mismo. Esta regla jurisprudencial, recogida expresamente en el artículo R 34 párrafo 1 del Código, se refiere tanto a los motivos de recusación que la parte interesada efectivamente conocía, como respecto de aquellos motivos que la parte pudo haber conocido prestando la debida atención”⁴⁹. (énfasis agregado).

En otro caso, en el cual una parte reprochaba al Estado Cubano haber designado un árbitro de esa nacionalidad que había omitido señalar varios trabajos de asesoría a favor de dicho estado, el Tribunal Federal Suizo indicó que, de acuerdo con el principio de buena fe, el derecho a invocar una causa de recusación “se extingue si la parte no lo hace valer inmediatamente” ya que una parte “no puede reservar sus argumentos para alegarlos sólo en caso de que el procedimiento resulte desfavorable”. El Tribunal añadió que si bien no se había establecido que la parte recurrente hubiera tenido conocimiento de los hechos en cuestión antes del dictado del laudo “debe uno preguntarse en cambio si no debería haberse informado al respecto. El momento apropiado para efectuar las investigaciones necesarias, según lo requieran las circunstancias, es cuando una parte designa a su árbitro, a fin de hacer valer, sin retraso, un motivo de recusación y así no entorpecer el procedimiento arbitral. Elegir permanecer en la ignorancia puede, dependiendo del caso, constituir una maniobra contraria a la buena fe que es comparable con el hecho de diferir la presentación de una demanda de recusación”⁵⁰.

Podemos constatar, entonces, un criterio más flexible del Tribunal Federal Suizo frente a la obligación de revelación de los árbitros. En efecto, los tribunales suizos contemplan una especie de obligación de investigación en cabeza de las partes.

son aquellos miembros que gozan de reconocimiento y experiencia en el área de la industria sobre la que trata la controversia objeto del arbitraje.”

⁴⁹ Tribunal Federal Suizo, Sentencia del 27 de mayo de 2003, 4P.267/2002, ATF 129 III 445, *ASA Bulletin*, 3/2003, p. 601.

⁵⁰ Tribunal Federal Suizo, Sentencia del 15 de octubre de 2001, 4P.188/2001, *ASA Bulletin*, 3/2002, p. 321.

En el caso citado anteriormente *STMicroelectronics c. Credit Suisse*,⁵¹ la Corte de Apelaciones del 2º Circuito Federal de los Estados Unidos rechazó un pedido de nulidad de laudo –fundado en la deficiente revelación del árbitro acerca de su experiencia previa– sobre la base de que la parte recurrente no investigó ni aportó prueba sobre la experiencia del árbitro en cuestión. La Corte de Apelaciones le reprochó a Credit Suisse –accionante de nulidad– no sólo no haber aportado prueba sobre la experiencia que supuestamente el árbitro habría omitido revelar sino también no haber siquiera solicitado al mismo árbitro, antes o durante el arbitraje, que ampliara su declaración al respecto.

Según se desprende de esta sentencia, no basta con alegar sin más que la revelación del árbitro ha sido incompleta o deficiente, si no que la parte recusante tiene la carga de probar los hechos que el árbitro habría ocultado revelar. En consecuencia, la recusante debe llevar a cabo una investigación de los hechos incluyendo solicitar al propio árbitro que amplíe la declaración que supuestamente habría sido incompleta.

De todas maneras, en la práctica, el deber de investigación de las partes tiene ciertos límites dado que siempre será el árbitro la persona mejor posicionada para apreciar las circunstancias que le conciernen personalmente o que se relacionan con el despacho de abogados en el que ejerce su labor profesional. En efecto, resulta difícil que una parte, incluso si se informa, pueda por sí sola conocer todos los hechos relevantes que justificarían una solicitud de recusación. Por lo tanto, la obligación de investigación de las partes debe ser razonable y no puede sustituir la obligación de revelación del árbitro que sigue siendo la persona que dispone de un acceso privilegiado a la información pertinente.

En este sentido, hemos notado un cierto matiz en la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo. En efecto, en la sentencia de 27 de mayo de 2003 comentada anteriormente, el Tribunal Federal tomó la precaución de precisar que la información pertinente estaba disponible en la página *web* del Tribunal de Arbitraje del Deporte y que, por tanto, no habría sido difícil para la parte recusante haber tenido acceso a esa información con un mínimo de diligencia. El criterio a tener en cuenta parece ser entonces el de la notoriedad o, más exactamente, el de la accesibilidad a la información de todo profesional vinculado con la actividad que da lugar al litigio. Si esta evolución jurisprudencial es confirmada, el criterio de notoriedad de la situación o de accesibilidad a la información relevante atenuará el rigor de la obligación de una parte de informarse.

⁵¹ Ver *STMicroelectronics c. Credit Suisse*, *supra*, nota 47.

4. RELACIÓN DEL ÁRBITRO CON LOS ABOGADOS DE UNA DE LAS PARTES

Una cuestión de creciente interés es aquella relacionada con la independencia del árbitro en relación con los vínculos que éste puede tener con los abogados de las partes en el arbitraje. A fin de abordar este tema hemos distinguido las situaciones según los vínculos entre el árbitro y los abogados de las partes revelen o no la existencia de un interés económico.

4.1. Vínculos que reflejan un interés económico

La sentencia dictada por la Corte de Apelación de París en el caso *Allaire*⁵² el 9 de septiembre de 2010 resulta de gran interés ya que se trata de la primera vez que, mediante la anulación del laudo, se sancionan en Francia las relaciones no reveladas entre un árbitro y el abogado de una parte.

En este caso, los árbitros propuestos por las partes eran profesores universitarios. Como es sabido, es común que profesores de derecho presten asesoría jurídica directamente a las partes o a veces, indirectamente, a través de los despachos de abogados que las representan.

En general, cuando los profesores son designados árbitros mencionan los servicios de asesoría jurídica que hubieran brindado a alguna de las partes. Sin embargo, no resulta frecuente que revelen los servicios de consultoría que hubieran prestado a los despachos de abogados que representan a algunas de las partes. Este último supuesto fue el acontecido en este caso. En efecto, uno de los árbitros no reveló los servicios de asesoría que había prestado al despacho de abogados de la parte que lo había designado como árbitro. Al ser consultado al respecto, este árbitro confirmó, en términos generales, que había prestado asesoría jurídica a dicho despacho en casos en los cuales el despacho representaba a la parte en cuestión. A su vez, el árbitro agregó que no tuvo ninguna relación con el mencionado despacho desde el comienzo del procedimiento arbitral.

Ante una segunda solicitud de dar explicaciones, el árbitro se negó a indicar el número de veces que había asesorado al despacho en cuestión y se limitó a señalar que nunca ostentó la posición de *'of counsel'* ni tuvo una oficina en dicho despacho.

Finalmente, el 2 de julio de 2009, con la sola firma del presidente del Tribunal y del árbitro cuestionado, el Tribunal Arbitral emitió el laudo. Llamada a decidir, la Corte de Apelación de París dictó la nulidad del laudo y señaló que la persona propuesta como árbitro debe revelar no sólo los vínculos que

⁵² Ver *Allaire c. S.A.S SGS*, *supra*, nota 38.

mantuviera con las partes en el arbitraje sino también con los abogados de las partes.

En particular, la Corte sostuvo que de “*la declaración de independencia del [árbitro] se desprende - a pesar de su carácter elíptico - que sus relaciones comerciales con [el despacho en cuestión] no fueron ocasionales ni distantes en el tiempo*” y que, por tanto, “*resulta razonable que Allaire haya tenido razonablemente la duda acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro*”.

A partir de esta sentencia entendemos que, en Francia, el árbitro debe revelar, como mínimo, los vínculos que tuviera con los abogados de las partes cuando éstos no fueran puramente esporádicos y dejaran entrever la existencia de una relación que de origen a un flujo de negocios.

En España, en el caso *Skoda c. Abener*⁵³, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el Presidente del Tribunal debió haber revelado el procedimiento de fusión que su despacho había iniciado durante el arbitraje con el despacho que asesoraba a una de las partes. En este caso, el Tribunal Arbitral presentó el proyecto de laudo, el cuál había sido aprobado por unanimidad, a la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la CCI el 10 de marzo de 2006. Aproximadamente dos meses después de dicha presentación, el 3 de mayo de 2006, el despacho del Presidente del Tribunal y el despacho de los abogados de una de las partes iniciaron negociaciones para fusionarse. Finalmente, el laudo arbitral fue firmado con fecha 28 de junio de 2006.

La Audiencia Provincial sostuvo que no concurría la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal, y por lo tanto no correspondía declarar la nulidad del laudo, pues el Tribunal ya había decidido la controversia cuando comenzaron las negociaciones de fusión entre los despachos. En su análisis, la Audiencia Provincial consideró que la controversia había quedado decidida cuando el Tribunal remitió el laudo a la Corte de la CCI para su revisión y no en la fecha en que formalmente se firmó el laudo.

Con respecto al deber de revelación del árbitro, la Audiencia Provincial señaló que el procedimiento de fusión entre los dos despachos tenía la “*suficiente relevancia a los efectos de que [debió] ser comunicado a las partes*”.

Si bien la sentencia no lo dice expresamente, entendemos que la naturaleza comercial del hecho ocultado por el árbitro fue determinante para que la Audiencia Provincial afirmara que éste hecho debió ser revelado por el árbitro.

También se percibe en la práctica de la CCI la descalificación de aquellas situaciones en las que los abogados del mismo despacho donde se desempeña el árbitro asesoran a una de las partes del arbitraje en otro caso. La existencia

⁵³ Ver *Skoda Power c. Abener*, *supra*, nota 7.

de un interés económico en estas situaciones es evidente. Por ejemplo, la CCI aceptó la recusación de un árbitro cuyo despacho había aceptado, durante el arbitraje, representar a la parte demandada en otro caso no relacionado con el arbitraje, pese a que este hecho había sido revelado y que la operación estaba siendo gestionada por una de las oficinas situada en otro país de un despacho de más de 700 abogados⁵⁴.

En el mismo sentido, las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional clasifican en su "Listado Rojo Renunciable" - que obliga a la persona propuesta como árbitro a rechazar el ofrecimiento a menos que las partes lo autoricen expresamente - la situación en la que "*el bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas*"⁵⁵.

4.2. Vínculos sin contenido económico

Cabe preguntarse, a partir de los casos analizados anteriormente, si la existencia de un interés económico es la única condición que obliga al árbitro a revelar sus vínculos con los abogados de una de las partes.

En este sentido, cabe señalar que los formularios de declaración de independencia de ciertas instituciones arbitrales obligan a los árbitros a informar los vínculos que tuvieran con los abogados de las partes incluso cuando éstos no reflejaran un flujo de negocios. Por ejemplo, el formulario de la CCI relativo a la declaración de independencia del árbitro requiere que los árbitros indiquen los vínculos que tuvieran con "*cualquiera de las partes, sus entidades relacionadas, sus abogados u otros representantes, ya sea financiera, profesional o de otra naturaleza*"⁵⁶ (énfasis en el original). Por su parte, el formulario de aceptación que la AAA envía a las personas propuestas como árbitros en los casos internacionales incluye la siguiente pregunta: "*¿ha tenido usted alguna relación profesional o social con los abogados de alguna de las partes en este procedimiento, o con los despachos para los cuales dichos abogados trabajan?*" Una respuesta afirmativa conlleva, naturalmente, la obligación de revelación.

Por nuestra parte, sostenemos que ciertos vínculos entre el árbitro y los abogados de una parte deben ser revelados incluso cuando dicha relación

⁵⁴ Ver caso N° 2, p. 28, y caso N° 9, p. 30, en WHITESELL, Anne Marie. "Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators". En: *ICC Bulletin, Special Supplement, Independence of Arbitrators*, 2007, pp. 7-30.

⁵⁵ Ver Norma General 4(c), de la Primera Parte, y Sección 2.3.6, de la Segunda Parte, de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.

⁵⁶ Ver el formulario de la CCI, de enero de 2010, titulado "*Declaración de Aceptación, Disponibilidad e Independencia*".

carezca de contenido económico. Entendemos, por ejemplo, que debería revelarse el hecho de que el árbitro y uno de los abogados de las partes hayan pertenecido en algún momento no muy distante de su carrera profesional al mismo despacho de abogados. En efecto, el hecho de haber estado vinculados al mismo despacho en un pasado reciente puede razonablemente generar la duda de las partes acerca de la independencia del árbitro. Por el contrario, las relaciones sociales e incluso académicas, sin más, no parecen ameritar una revelación a menos que la intensidad de las mismas pueda razonablemente hacer dudar a las partes sobre la independencia del árbitro.

La CCI confirmó a un árbitro cuyo nombramiento había sido objetado por el demandado sobre la base de que el árbitro y el abogado de la demandante habían trabajado en el mismo despacho de abogados. La demandante confirmó que su abogado y el árbitro propuesto habían trabajado juntos durante más de nueve años pero alegó que dicha relación había terminado mucho tiempo atrás⁵⁷. Si bien desconocemos los fundamentos que motivaron la decisión de la CCI, entendemos que probablemente haya sido relevante el hecho de que había transcurrido un tiempo considerable desde que el árbitro y el abogado de la parte habían dejado de trabajar en el mismo despacho.

En el caso *Delforca c. Santander*⁵⁸, la Audiencia Provincial de Madrid anuló un laudo sobre la base de que el Presidente del Tribunal Arbitral mantenía una serie de vínculos con el despacho de una de las partes. La Audiencia Provincial decidió la anulación del laudo sobre la base de los siguientes hechos: (i) el socio director del despacho que defendía a una de las partes había sido pasante del Presidente del Tribunal y ambos mantenían una relación de “buena amistad”, (ii) el Presidente del Tribunal pertenecía al consejo asesor del centro de estudios fundado por el despacho en cuestión, (iii) el Presidente del Tribunal tenía una relación de amistad con diversos letrados de dicho despacho, (iv) el árbitro recusado demostraba tener una relación de amistad y/o admiración con el fundador del mencionado despacho, y (v) el yerno del árbitro recusado trabajaba en dicho despacho.

En este caso ninguno de los hechos que el árbitro omitió revelar indicaba la existencia de un vínculo de naturaleza económica entre el Presidente del Tribunal y el despacho en cuestión. Sin embargo, la Audiencia Provincial declaró la nulidad del laudo sobre la base de que estos hechos “apreciados en su conjunto” revelaban una “relación de sintonía, cercanía y colaboración” entre el Presidente del Tribunal y el despacho en cuestión “suficiente para entender

⁵⁷ Ver caso N° 4, p. 16, en WHITESELL, Anne Marie “Independence in ICC (...)”, *supra*, nota 54.

⁵⁸ Ver *Delforca c. Santander*, *supra*, nota 21.

que existen motivos para generar duda fundada en cuanto a su independencia e imparcialidad”⁵⁹.

Con respecto a la función académica del Presidente del Tribunal en el centro de estudios relacionado al despacho, la Audiencia Provincial indicó que *“si bien se trata de un cargo honorífico, evidentemente, su pertenencia al Consejo Asesor implica la consiguiente relación que obviamente debe suponerse positiva, con los integrantes de dicho Centro vinculado al despacho defensor de los intereses de una de las partes”*.

Para la Audiencia Provincial de Madrid, si bien ninguno de los hechos discutidos, considerados individualmente, daba lugar a una descalificación del árbitro, el gran número de vínculos existentes, sumado al hecho de que tales vínculos fueron ocultados, podía razonablemente generar la duda de las partes sobre la independencia del árbitro.

Por lo tanto, podemos reconocer cierta flexibilidad en la decisión de los árbitros sobre si deben revelar o no los vínculos que tuvieran con los abogados de las partes cuando dichos vínculos fueran aislados y no tuvieran un contenido económico. Sin embargo, si un árbitro decide revelar estos vínculos, o si una parte solicita explicaciones al respecto, entendemos que dicha revelación debe ser integral.

Del mismo modo, entendemos que los árbitros no deberían revelar de manera automática aquellos vínculos que resultan del natural devenir de los acontecimientos en el arbitraje internacional (por ejemplo, cuando un árbitro y el abogado de una de las partes son miembros de un mismo tribunal arbitral, o litigan como abogados de partes contrarias en otro arbitraje). Entendemos que, en principio, este tipo de situaciones, que suceden a menudo y de modo natural en la práctica del arbitraje internacional, no pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia del árbitro.

En este sentido, el Tribunal Federal Suizo ha adoptado cierta flexibilidad en los casos en los que existen vínculos entre los árbitros y los abogados. En efecto, este tribunal parece haber tomado nota de que en el campo del arbitraje internacional el número de profesionales que se desempeñan activamente es relativamente reducido. El Tribunal Federal Suizo ha sostenido, haciendo un repaso de la jurisprudencia, que: *“hay que tener en cuenta el contexto diferente de las relaciones, por un lado, entre un juez estatal o un árbitro con las partes, de las relaciones de éstos con los abogados de las partes. Estas relaciones son más frecuentes y cercanas, a raíz de las necesidades económicas y profesionales cuando se trata de personas activas en el área del arbitraje privado, por lo que no deben ser consideradas por sí solas como un motivo de recusación (...). De esta forma se ha juzgado que una relación de amistad*

⁵⁹ Ver *Delforca c. Santander*, *supra*, nota 21.

(familiaridad o conocimiento mutuo) entre un árbitro y un abogado de una de las partes no es suficiente, en principio, para fundamentar un motivo de recusación (...). Más recientemente, el Tribunal Federal se ha negado a considerar como un motivo de recusación el hecho de que un árbitro y el abogado de una de las partes en un procedimiento arbitral actúen ambos como árbitros en otro procedimiento arbitral aún pendiente (...). Finalmente, en [otro caso], se decidió que en ausencia de una circunstancia adicional susceptible de justificar una apreciación distinta de la situación, la pertenencia de dos de los tres árbitros y del representante de una de las partes a una misma asociación no genera una duda objetiva sobre la imparcialidad de un tribunal arbitral”⁶⁰.

5. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión los árbitros tienen la obligación de revelar, de manera amplia e integral, aquellos hechos que razonablemente puedan generar la duda de las partes acerca de su independencia e imparcialidad. Sin embargo, entendemos que el rigor de esta obligación debe ser atemperado con la respectiva obligación de las partes de investigar, con los medios que razonablemente tuvieran a su alcance, aquellos hechos que podrían generarles duda respecto de la independencia del árbitro. En este sentido, no debería esperarse que el árbitro revele aquellos hechos que son públicos o notorios, o que las partes puedan conocer llevando a cabo una investigación razonable. Ahora bien, si un árbitro es interrogado por las partes respecto de sus vínculos con alguna de ellas, el árbitro debe ser especialmente meticuloso en la forma como cumpla con su obligación de investigación y revelación.

Así la obligación de investigar que tienen las partes debe entenderse como una obligación de diligencia mínima puesto que siempre será el árbitro quien estará en mejor posición de conocer e investigar acerca de hechos que lo vinculan con una de las partes o con los abogados de una de las partes.

En el caso particular de los vínculos que el árbitro pudiera tener con los abogados de una de las partes, entendemos que estos vínculos no deberían ser objeto de revelación automática. En efecto, sólo cuando dichos vínculos excedan lo que puede considerarse previsible para las partes, como ocurrió en el caso *Allaire*, nacerá la obligación de revelación del árbitro.

De esta forma, entendemos que si los vínculos existentes reflejan un flujo de negocios entre el árbitro y los abogados de una de las partes el árbitro estará obligado a revelarlos, pero no así, en principio, si los vínculos fueran meramente de índole personal, esporádicos y carentes de trascendencia.

⁶⁰ Tribunal Federal Suizo, Sentencia del 12 de junio de 2009, 4A_586/2008, ASA Bulletin, 29/2011, p. 412. Ver también, Tribunal Federal Suizo, Sentencia del 9 de febrero de 1998, ASA Bulletin, 3/1998, p. 634.

Una mirada a los principios rectores del procedimiento arbitral

FRANCISCO VICTORIA-ANDREU (*) (**)

A YVES DERAINS (a quien considero mi "padrino" en esta odisea profesional) y a don BERNARDO CREMADES (gran embajador y precursor del arbitraje en Ibero América): a ambos, mis respetos, reconocimientos y agradecimientos sinceros por su legado y amistad.

SUMARIO: 1. Exordio. 2. Principio del contradictorio. 3. Lealtad y celeridad. 4. Confidencialidad.

1. EXORDIO

El arbitraje, como bien se le ha definido, es una justicia privada, que se considera concebida de manera bastante liberal, más flexible, menos rígida en lo que se refiere a las diferentes fases que se presentan del procedimiento. En este sentido, por esa flexibilidad de la que goza el arbitraje, algunos autores han llegado a preguntarse "quién controla" el arbitraje¹: las partes en litigio, el Tribunal Arbitral, la institución que gestiona el procedimiento (...)?, en fin, la pregunta es válida y queda la interrogante.

Pero, a pesar de que el arbitraje se considera una justicia de carácter "privado", flexible, etc; no por ello en el procedimiento arbitral puede permitirse que se vulneren los derechos de las partes. Por eso, "en ausencia de reglas pun-

(*) Abogado mexicano; *International Arbitration Advisor - Independent Consultant* (Paris); Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje Internacional de la CCI; Vicepresidente de la Asociación de Juristas Franco Latinoamericanos Andrés Bello.

(**) El autor agradece a MARÍA DEL PILAR CHAVEZ (estudiante del Master de arbitraje de la Universidad de Versalles) por todo su aporte en la investigación que dio lugar a la realización de este trabajo.

¹ G. KAUFMANN-KOHLER, "Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des arbitres, Pouvoirs des parties et principe d'efficacité"; *Liber Amicorum Claude Reymond* 2004.

*tuales, los principios directores del proceso tienen ante el árbitro una dimensión aún más decisiva que ante el juez estatal*².

En el caso de Francia, como en muchos de los países del llamado sistema del “civilista”, que contraponen al del “common law”, las disposiciones del Código Procesal Civil que rigen el procedimiento arbitral reenvían a ciertos principios rectores de los procedimientos civiles.

En primera línea de estos principios y como pilar o el cimiento de los mismos, se encuentra el principio del contradictorio, que es una expresión del principio del respeto de los derechos de la defensa. Además de los principios comunes a los procedimientos civiles, el procedimiento arbitral responde a principios rectores específicos³. Estos principios son la lealtad, la celeridad y la confidencialidad⁴.

2. PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Siguiendo con el ejemplo francés, el principio del contradictorio está consagrado en el artículo 1464 del Nuevo Decreto de Arbitraje francés⁵ que reenvía al artículo 16 del Código Procesal Civil que dispone que:

“El juez debe, en toda circunstancia, hacer respetar y respetar él mismo el principio del contradictorio.

El juez no puede tomar en cuenta en su decisión más que los argumentos, las explicaciones y los documentos invocados y producidos por las partes únicamente si estas estuvieron en condiciones de debatirlos contradictoriamente.

El juez no puede fundar su decisión sobre los argumentos de derecho que ha levantado de oficio sin haber anteriormente invitado a las partes a presentar sus observaciones.”

Así mismo, el artículo 1510 del Nuevo Decreto de Arbitraje dispone que:

“Cualquiera que sea el procedimiento elegido por las partes (arbitraje institucional o ad hoc) el Tribunal Arbitral garantiza la igualdad de las partes y respeta el principio del contradictorio”. (énfasis añadido).

De este modo, el principio del contradictorio permite garantizar la igualdad de las partes, puesto que consiste en darle a ambas la oportunidad de pronunciarse de forma equitativa sobre todos los elementos del procedimiento.

² G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès arbitral*, Revista de Arbitraje (Francia), 2004, p. 517.

³ J. PELLERIN, *L'arbitrage et le nouveau code de procédure civile*, en *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, J. Foyer y C. Puigelier (dir.), Economica, 2006, pp. 385 ss.

⁴ Y. DERAIS y S. ADELL, “Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimientos Civil Francés”; *Spain Arbitration Review*, N° 11/2011

⁵ Decreto del 13 de Enero de 2011 (Francia)

El principio del contradictorio permite respetar la igualdad de las partes de manera objetiva.

Evidentemente, cuando no se ve respetado o se viola este principio en un procedimiento arbitral, esto conlleva o puede ser motivo de anulación de un laudo arbitral por las cortes nacionales, como es el caso en Francia en donde según los artículos 1519-4 y 1521 del Nuevo Decreto de Arbitraje, esto es aplicable tanto en materia de arbitraje interno como en arbitraje internacional.

El principio del contradictorio es fundamental en la justicia y en el procedimiento arbitral es elemental. Para algunos autores⁶ se trata de “*una exigencia lógica y práctica*” y de un “*instrumento de verdad en el proceso*”. El control posterior del procedimiento arbitral es bastante limitado, por eso el principio del contradictorio “*debe ser satisfecho con una ‘virulencia’ muy particular ante los árbitros, puesto que sabemos que este procedimiento es el principio exclusivo del doble grado de jurisdicción y que, en el marco de un recurso de anulación, ni la desnaturalización del contrato, ni el error de derecho son causas de anulación del laudo arbitral*”⁷.

El principio del contradictorio debe ser respetado tanto por las partes como por los árbitros. Para las partes, el respeto del contradictorio se traduce en el respeto de la otra parte. Concretamente, una parte debe comunicar a la otra todos los documentos, textos de ley o decisiones de derecho que invoca para que la otra parte pueda tener conocimiento de la posición de ésta y de acuerdo a ello, poder pronunciarse al respecto⁸.

Los árbitros deben hacer respetar este principio por las partes durante todo el procedimiento. Más importante aún, el principio del contradictorio también pesa sobre los árbitros. Concretamente, los árbitros deben respetar el principio de la contradicción cuando levantan de oficio un argumento de derecho. En este sentido, autoridades en la materia afirman que “*el árbitro deberá someter al debate contradictorio todos los elementos de hecho y de derecho que tiene la intención de usar para dictar un laudo*”⁹.

Según el artículo 1511 del Nuevo decreto de arbitraje, los árbitros tienen la potestad de aplicar al fondo del litigio “*las reglas de derecho que le parezcan más apropiadas*” cuando las partes no han llegado a un acuerdo sobre la ley

⁶ G. BOLARD nota Corte de Apelación de París, 25 de Noviembre de 1997, *Sté VRV c/Pharmachim*, Revista de Arbitraje (Francia), 1998.693.

⁷ J.-C. DUBARRY, E. LOQUIN, nota Corte de Apelación de París, 6 de Abril de 1995, 25 de Marzo de 1993, 28 de Mayo de 1993 y 3 de Junio de 1993, y Corte de Casación, sala primera de lo civil, 28 de Febrero de 1995, RTD com., 1996.447

⁸ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, N° 1638

⁹ Y. DERAIS, observaciones Corte de Apelación de París, 13 de Noviembre de 1997, *Lemueur c/ SARL Les cités interdites*, Revista de Arbitraje (Francia), 1998.711.

aplicable al fondo del litigio. Aún en esta circunstancia, los árbitros deben someter al debate contradictorio todas las normas que deseen aplicar.

La Asociación de Derecho Internacional también ha puesto mucho énfasis en la importancia de respetar el principio del contradictorio. En sus "Recomendaciones"¹⁰ afirma que "Antes de dictar sentencia, los árbitros deberían dar una oportunidad razonable a las partes de ser escuchadas sobre las cuestiones jurídicas que podrían serles útiles para poner fin al litigio. No deberían dictar sentencias que pudieran sorprender a las partes o a una de las partes o que estuvieran fundadas sobre argumentos jurídicos que han hayan sido invocados por las partes o con las partes". De este modo, el principio del contradictorio es una garantía de seguridad jurídica y de previsibilidad de las decisiones. En este sentido, el Profesor Motulsky condena la "sorpresa ilegítima" y la "imprevisibilidad" a la que podría llevar la violación de este principio fundamental.

La jurisprudencia francesa cada vez va más lejos en el respeto de la contradicción en el procedimiento arbitral. Antes, si las partes designaban un derecho aplicable, bastaba con que el árbitro se fundara en ese derecho de manera general. No era necesario someter al debate contradictorio de las partes cada disposición del derecho escogido¹¹. Hoy en día, el Tribunal Arbitral debe respetar el principio del contradictorio aún cuando las partes hayan escogido un derecho aplicable extranjero, sometiendo cada disposición de dicho derecho a un debate contradictorio¹².

La constante en la jurisprudencia reciente afirma que los árbitros pueden introducir de oficio un argumento a condición de que este sea sometido a un debate contradictorio por las partes¹³.

Recientemente, la Corte de Apelación francesa anuló algunos laudos porque, según su análisis, las partes no pudieron pronunciarse sobre un argumento relativo a la pérdida de oportunidad sobre el cual un Tribunal Arbitral se basó para dictar su decisión, en vez de basar su decisión sobre el lucro cesante invocado por el demandante¹⁴. En otro caso, el laudo fue anulado porque el tribunal arbitral admitió una memoria producida fuera de plazo en

¹⁰ Recomendaciones de la Asociación de derecho internacional, recomendación N° 8.

¹¹ Corte de Casación, sala primera de lo civil, 28 de Febrero de 1995, *Sté générale pour l'industrie c/ Sté Ewbank*.

¹² Corte de Apelación de París, 19 de junio de 2008, *Sté Malincorp* y Corte de Apelación de París, 3 de Diciembre de 2009, *Sté Engel*.

¹³ E. LOQUIN, *De l'obligation faite au tribunal arbitral e faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause*, RTD Com. 2010.

¹⁴ Corte de Apelación de París, 15 de Mayo de 2008, *Scté Atac* y Corte de Apelación de París, 25 de Marzo de 2010, *Sté Commercial Caribbean Niquel c/ Sté OMI*

base a disposiciones del reglamento de arbitraje que no habían sido discutidas de manera contradictoria por las partes¹⁵.

Es importante señalar que en todos estos casos, el laudo fue anulado por violación del principio del contradictorio que en materia de arbitraje internacional constituye una violación al orden público internacional.

La decisión de la Corte de Apelación de París del 25 de Marzo de 2010, CCN contra OMI que anuló el laudo del Tribunal Arbitral que fundó su sentencia en base a la *pérdida de oportunidad* en vez del *lucro cesante* invocado por la demandada, suscitó muchas reacciones en distintos foros internacionales. Esta decisión fue criticada por algunos profesionales¹⁶, quienes sostienen que para permitir a las partes discutir el argumento de la pérdida de oportunidad, el Tribunal Arbitral hubiera tenido que alargar el procedimiento, o hubiera dado la impresión de favorecer a una de las partes y de faltar a su deber de imparcialidad al sugerir un nuevo argumento. El mismo autor sostiene que hubiera sido problemático dictar un laudo sin tomar en cuenta la pérdida de oportunidad y sostiene también que el respeto del principio del contradictorio pone al árbitro en una situación tan delicada que, sea lo que fuera que haga el árbitro, estaría mal.

Por el contrario, algunos doctrinarios¹⁷ han aplaudido esta decisión, recalcando la importancia del principio del contradictorio como condición de la buena administración e impartición de la justicia y del debido proceso, importancia que se acentúa si se tiene en cuenta el carácter liberal del arbitraje en el que hay que evitar a toda costa que las partes queden desprotegidas.

Es importante señalar que la aplicación estricta del principio del contradictorio se basa también en otro principio importante que se encuentra en el artículo 5 del Código Procesal Civil, según el cual “*el juez (árbitro) debe pronunciarse sobre la totalidad de lo que se le pide y únicamente sobre lo que se le pide*” (énfasis añadido). En consecuencia, el árbitro no puede pronunciarse sobre un argumento que no ha sido invocado por las partes, a menos de que las partes lo hayan discutido.

En conclusión, podemos citar otro autor, que afirma que “*la calidad del arbitraje depende evidentemente de la posibilidad dada a las partes de debatir la regla que, entre todas las reglas susceptibles de ser aplicadas, el juez considera aplicar. La*

¹⁵ Corte de Apelación de París, 16 de Octubre de 2008, SA *Prim'Nature*.

¹⁶ W. PARK, *Les devoirs de l'arbitre: Ni un pour tous ni tous pour un*, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2011-1.

¹⁷ E. LOQUIN, *De l'obligation faite au tribunal arbitral e faire discuter contradictoirement par les parties les moyens de droit qu'il introduit dans la cause*, RTD Com. 2010.

*regla de derecho finalmente escogida no debe sorprender a las partes. Sino, contradicción y procedimiento no serían más que ilusión”*¹⁸.

3. LEALTAD Y CELERIDAD

El artículo 1466 del Nuevo decreto de arbitraje dispone que *“las partes y los árbitros se comportan con celeridad y lealtad en la conducta del procedimiento”*.

La adopción de estos principios ha sido guiada por una voluntad de *“moralizar”* el procedimiento arbitral dotándolo de una imagen más atractiva. Según algunos practicantes, *“La lealtad procesal de una parte hacia la otra exige que no se retase el procedimiento sin motivo legítimo. Así, una parte que constantemente recurra a medios artificiales y dilatorios durante el procedimiento no solo viola su obligación de celeridad sino también de lealtad”*¹⁹. Vemos pues que ambos principios están estrechamente ligados.

La adopción del principio de celeridad nace de la fuerte crítica a la lentitud del procedimiento arbitral. La celeridad se traduce tanto para las partes (más precisamente los abogados de las partes) como para los árbitros, en una obligación de disponibilidad. Se busca evitar tener árbitros y abogados sobre cargados, lo que impide que se agilice el procedimiento arbitral. Es necesario distinguir la obligación de celeridad que pesa sobre el árbitro, de su obligación de respetar el plazo del arbitraje, es decir de dictar su sentencia dentro del plazo legal. La celeridad consiste también, como ya ha sido mencionado, en no retrasar el procedimiento con maniobras dilatorias.

El principio de lealtad encuentra su origen en el principio de buena fe que se impone en la ejecución de los contratos en virtud del artículo 1134 del Código Civil. En materia de procedimiento civil, las partes deben actuar con lealtad en los debates. La lealtad es así un comportamiento de buena fe que se exige a las partes en el curso de un procedimiento arbitral. Cabe recalcar que es un principio amplio y maleable.

Cabe recalcar que antes de ser consagrado, la jurisprudencia sancionaba este principio de lealtad por medio de la *estoppel*. La jurisprudencia definió el concepto de *estoppel* como el *“comportamiento procesal constitutivo de un cambio de posición, en derecho, de manera a inducir en error cuanto a sus intenciones”*²⁰.

El informe del Primer Ministro sobre el Nuevo Decreto de Arbitraje dice a propósito del principio de lealtad que *“La parte que, con conocimiento de causa,*

¹⁸ C. CHANAIS, *L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre*, Revista de Arbitraje, 2010. 1

¹⁹ Y. DERAIS y S. ADELL, *Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del código de procedimiento civil francés*, Revista del Club Español de Arbitraje, 11.2011.

²⁰ Corte de Casación, primera sala de lo civil, 3 de Febrero de 2010, *Sté Mérial*.

y sin motivo legítimo, se abstuviera de invocar en tiempo útil cualquier irregularidad ante un Tribunal Arbitral, se considerará que ha renunciado a prevalerse de ésta". Así, la lealtad consiste en un deber de coherencia que ya ha sido consagrado por la jurisprudencia²¹. Si combinamos esto con la jurisprudencia en materia de *estoppel*, todo parece indicar que el principio de lealtad busca sancionar los "comportamiento de naturaleza a inducir en error"²².

Concretamente, el principio de lealtad consiste en presentar objeciones en tiempo útil. Se trata de instaurar una suerte de prescripción cuando las partes dejan pasar mucho tiempo antes de presentar una objeción. Se crea entonces una suerte de presunción según la cual se estima que la parte, dada su inacción, ha renunciado a presentar una objeción. Esto se basa en la idea de que una parte, habiéndole hecho creer a la otra parte que tenía una posición dada, no puede cambiar esta posición tardía y sorpresivamente.

La lealtad del árbitro es más difícil de identificar. Es muy difícil concebir una hipótesis en la cual el árbitro no sea leal hacia las partes. Todo parece indicar que la lealtad del árbitro se traduce en el respeto de su deber de imparcialidad, es decir el no favorecer a ninguna de las partes. Sin embargo, aunque estas obligaciones parecen confundirse en ciertos casos, siguen siendo obligaciones diferentes. A decir de algunos autores, "el árbitro viola su deber de lealtad cada vez que abusa de su autoridad para imponer a las partes medidas que estas últimas no deseen o que la buena administración de la justicia no justifique"²³. Habrá que esperar que la jurisprudencia delimite claramente la obligación de lealtad del árbitro.

4. CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad es un principio tradicional del arbitraje. Consiste en mantener en secreto todo lo relativo al litigio: la existencia misma del litigio, las partes, la naturaleza del problema, los documentos intercambiados y demás elementos.

Este principio ha sido consagrado legalmente únicamente en materia de arbitraje interno²⁴.

²¹ Corte de Casación, primera sala de lo civil, 6 de Julio de 2005, *Golshani c/ Gouv. Rép. islamique d'Iran*.

²² T. CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, Panorama Dalloz, 2011.

²³ Y. DERAIS y S. ADELL, *Los nuevos principio de lealtad, celeridad y confidencialidad del código de procedimiento civil francés*, Revista del Club Español de Arbitraje, 11.2011.

²⁴ Artículo 1466 Nuevo Decreto de Arbitraje (Francia)

Cabe recalcar que el principio de confidencialidad se aplica a falta de decisión contraria de las partes. De este modo, las partes pueden renunciar a la confidencialidad.

En materia de arbitraje internacional el mecanismo es inverso. La confidencialidad no está prevista en muchos de los textos. De este modo, es necesario adoptar caso por caso las medidas de confidencialidad apropiadas de manera contractual. Resulta sorprendente que la confidencialidad, siendo un principio fundamental del arbitraje y uno de los principales motivos por los cuales las partes acuden al arbitraje, no esté prevista legalmente en materia internacional.

Esto ha hecho que muchas sedes arbitrales se desarrollen, es el caso de lo atractivo que resulta (Paris) Francia como plaza de arbitraje, en donde las cortes locales tienen un gran conocimiento de la materia y en donde sus decisiones han sido, hasta hoy, muy constantes.

Imponer la confidencialidad sería imponerle a las partes algo que probablemente no quieren, e iría en contra de la concepción liberal francesa del arbitraje internacional que busca permitirle a las partes tener un procedimiento "a su medida".

A manera de conclusión, los principios rectores dentro del procedimiento arbitral, sirven para asegurar una verdadera justicia privada. El arbitraje se adapta a las diferentes culturas, se amolda a las diferentes sociedades, evoluciona en un mundo globalizado, no es un procedimiento estático, inerte. El equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, la ética tanto de los árbitros como de las partes en litigio, la confidencialidad del procedimiento arbitral, la buena fe y cuántos principios más irán desarrollándose, reapareciendo, naciendo?

El papel controvertido de las comisiones *ad hoc* frente a las limitaciones inherentes al régimen de anulación de laudos arbitrales en el sistema de arbitraje del CIADI

JOSÉ-MANUEL GARCÍA REPRESA (*)

ANA CAROLINA SIMÕES E SILVA (**)

“Una cosa es continuar la historia y otra repetirla”

JACINTO BENAVENTE

SUMARIO: 1. *Introducción - El régimen de anulación en el sistema de arbitraje del CIADI.* 2. *Perspectiva histórica de la utilización del recurso de anulación en la jurisprudencia del CIADI hasta septiembre de 2011.* 3. *El papel controvertido de las comisiones ad hoc en las decisiones recientes frente a las limitaciones del sistema.* 3.1. *Las causales de anulación y la extensión del poder de revisión de las comisiones ad hoc.* 3.1.1. *Artículo 52(1)(c): “que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal”.* 3.1.2. *Artículo 52(1)(a): “que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente”.* 3.1.3. *Artículo 52(1)(e): “que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.* 3.1.4. *Artículo 52(1)(d): “que hubiere quebrantamiento grave de una norma [fundamental] de procedimiento”.* 3.1.5. *Artículo 52(1)(b): “que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”.* 3.2. *La anulación parcial de laudos sin consecuencia práctica y los objetivos de las comisiones ad hoc.* 4. *¿Es realmente necesario un nuevo sistema?*

(*) Socio del equipo de arbitraje internacional de Dechert LLP en París, Francia. Es especialista en arbitraje de inversión y arbitraje comercial internacional y miembro de los Colegios de Abogados de Madrid, París y Nueva York. Centra su práctica en casos con intereses en América Latina y la Península Ibérica.

(**) Miembro del equipo de arbitraje internacional de Dechert LLP en París, Francia. Es abogada brasileña y especialista en arbitraje de inversión, habiendo obtenido el título de Doctor por la Universidad Sorbona de París con una tesis doctoral sobre el consentimiento en el arbitraje CIADI.

Los autores agradecen la contribución de Santiago WILLS VALDERRAMA y Maria Alejandra ARBOLEDA GONZÁLEZ.

Asistimos hoy a un retorno de los problemas constatados ya desde las primeras decisiones de anulación proferidas por comisiones *ad hoc* constituidas bajo el sistema de arbitraje del CIADI en la década de los ochenta¹: ¿Hasta dónde se extiende el poder de las comisiones para examinar un laudo CIADI?

En decisiones recientes, podemos observar cómo el régimen de anulación de laudos arbitrales previsto en el Convenio CIADI ha sido empleado para fines distintos de aquellos para los que el sistema fue diseñado (esto es, garantizar la integridad y la legitimidad del procedimiento arbitral). Los Sres. Bernardo CREMADES e Yves DERAINS, a quienes dedicamos estas líneas, han sido testigos privilegiados de esta evolución en su calidad de árbitros (incluidos casos que dieron lugar a recursos de anulación) y asesores letrados.

A continuación analizamos si este fenómeno debe ser analizado como una evolución positiva o una disfunción peligrosa del mecanismo de anulación en el arbitraje CIADI. Nuestro análisis crítico parte, como no puede ser de otro modo, del régimen de anulación en el Convenio CIADI (Sección 1) e incluye un estudio de la práctica de las comisiones *ad hoc* desde su origen hasta finales de septiembre de 2011 (Sección 2).

En la Sección 3, analizamos los problemas relativos al papel de las comisiones *ad hoc* en algunas decisiones recientes que muestran cómo el régimen de anulación en el sistema CIADI ha sido utilizado indebidamente para suplir la inadaptación del arbitraje como modo de arreglo de las disputas en materia de inversiones.

Por último, en la Sección 4 consideramos la necesidad y pertinencia de establecer un nuevo sistema para servir los intereses actuales y futuros del arbitraje de inversión considerando que (i) la aplicación extensiva de las causales de anulación por las comisiones *ad hoc* genera inseguridad jurídica; (ii) una aplicación objetiva de las causales de anulación, si bien es preferible, podría llevar a un resultado insuficiente ante las necesidades resultantes de la evolución del arbitraje de inversión; y (iii) la solución para reforzar la credibilidad y la coherencia del sistema consistente en la creación de un verdadero mecanismo de apelación ante un órgano permanente es difícilmente viable, como demuestran las discusiones sobre la reforma de Reglamento de arbitraje del CIADI iniciadas en 2004.

¹ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") fue establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965 (en adelante "Convenio CIADI" o "Convenio").

1. INTRODUCCIÓN - EL RÉGIMEN DE ANULACIÓN EN EL SISTEMA DE ARBITRAJE DEL CIADI

Una singularidad del sistema CIADI radica, precisamente, en la existencia de un régimen autosuficiente de recurso contra los laudos arbitrales proferidos por los tribunales CIADI. Así pues, un laudo arbitral CIADI sólo puede ser objeto, de conformidad con el artículo 53 del Convenio CIADI², de los recursos previstos en el mismo Convenio. Además de la posibilidad de pedir al tribunal que complemente el laudo en caso de omisión y/o proceda a la corrección de errores materiales, el Convenio CIADI prevé la posibilidad de solicitar la aclaración del laudo (artículo 50)³, su revisión (artículo 51)⁴ y su anulación (artículo 52). Mientras que los dos primeros recursos deben someterse, en la medida de lo posible, al mismo tribunal que dictó el laudo objeto de recurso, la anulación da lugar a la constitución de un nuevo colegio arbitral (una comisión *ad hoc* en la terminología del Convenio). Nuestro análisis se limita a este último recurso.

El recurso de anulación del artículo 52 del Convenio conlleva un efecto radical: como su propio nombre indica, si el recurso es aceptado por la comisión *ad hoc* el laudo original es *anulado*. Si bien la misma disputa puede ser sometida, si así lo solicita cualquiera de las partes, a un nuevo tribunal arbitral, esto implica un tiempo (y costo) significativo que, en ocasiones, puede tener un efecto disuasorio.

Como contrapeso, el Convenio dispone una lista limitativa de cinco causales de anulación (en los literales (a) - (e) del artículo 52(1)): "la constitución incorrecta del tribunal; la extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; la corrupción de algún miembro del tribunal; el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y la ausencia en el laudo de los motivos en que se funde"⁵. Un laudo CIADI debería, por lo tanto, únicamente ser anulado

² Artículo 53 (1): "El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio".

³ De conformidad con el artículo 50 del Convenio CIADI, cualquiera de las partes puede solicitar la aclaración del laudo si surgiera una diferencia entre ellas acerca del sentido o alcance del mismo.

⁴ De conformidad con el artículo 51 del Convenio CIADI, cualquiera de las partes puede solicitar la revisión del laudo ante el descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir de manera decisiva en el laudo y que era desconocido por el tribunal y por la parte que solicita la revisión, siempre y cuando dicho desconocimiento no se deba a su propia negligencia.

⁵ Los párrs. 2 a 6 del artículo 52 del Convenio CIADI, así como las Reglas 52-55 de las Reglas de Arbitraje, establecen el procedimiento aplicable a la solicitud de anulación (por ejemplo, el plazo para presentar la solicitud, el modo de constitución de las comisiones *ad hoc* que juzga-

cuando se verifiquen una o más de las causales enumeradas. Sin embargo, como analizamos a continuación, esto no siempre ha sido así.

Antes de examinar la práctica relativa a la utilización del recurso de anulación en el arbitraje CIADI, es importante entender cuál fue el objetivo que perseguían los redactores del Convenio CIADI al incluir en el texto final el régimen de anulación descrito en los párrafos precedentes.

El Convenio CIADI resultó de una iniciativa del Banco Mundial, cuyos funcionarios auspiciaron las negociaciones y la redacción del texto a partir de un borrador preliminar de octubre de 1963 que ellos mismos prepararon y que incluía algunas notas explicativas (el “Proyecto Preliminar de Convenio” del 15 de octubre de 1963). Este borrador ya contenía una disposición sobre la anulación de laudos:

“[c]omo regla general el laudo del tribunal es definitivo, y no hay ninguna disposición para la apelación. Sin embargo, cuando ha habido alguna violación de los principios fundamentales de derecho que regulan el procedimiento ante el tribunal, como se enumeran en la Sección 13, la parte agraviada podrá solicitar al Presidente que declare que el laudo no es válido. Conforme a esa Sección, el Presidente está obligado a remitir el asunto a una Comisión de tres personas - ninguna de ellas miembro del tribunal que dictó el laudo - para una decisión sobre la validez o no del laudo. Cabe señalar que no es un procedimiento de apelación que requiera la consideración del fondo del caso, sino un procedimiento que simplemente lleva a una decisión, afirmativa o negativa, con base en uno u otro de los tres motivos mencionados en la Sección 13(1)”⁶. (El resaltado es nuestro).

El artículo VI, Sección 13, del Proyecto Preliminar de Convenio establecía la anulación de los laudos arbitrales e incluía ya las causales de anulación que se encuentran hoy previstas en el artículo 52(1) del Convenio CIADI con excepción de la “constitución incorrecta del tribunal”⁷.

rán las solicitudes, la posibilidad de suspensión de la ejecución del laudo, etc.).

⁶ Historia del Convenio del CIADI, Vol. II-1, Publicación CIADI, 2009. p. 161. Traducción libre. Versión original: “[a]s a general rule the award of the tribunal is final, and there is no provision for appeal. However, where there has been some violation of the fundamental principles of law governing the tribunal’s proceedings such as are listed in Section 13, the aggrieved party may apply to the Chairman for a declaration that the award is invalid. Under that Section the Chairman is required to refer the matter to a Committee of three persons –none of them members of the tribunal that rendered the award– for a decision upon the validity or otherwise of the award. It may be noted that it is not a procedure by way of appeal requiring consideration of the merits of the case, but one that merely calls for an affirmative or negative ruling based upon one or other of the three grounds listed in Section 13(1)”.

⁷ El texto del artículo VI, Sección 13 del Primer Proyecto de Convenio incluía como causales de anulación: “(a) that the Tribunal has exceed its powers; (b) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; or (c) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure, including failure to state the reasons for the award”, Historia del Convenio del CIADI, Vol. II-1, Publicación CIADI, 2009. p. 159.

Este Proyecto Preliminar de Convenio fue discutido, en un primer momento, en reuniones consultivas con expertos jurídicos designados por los países miembros del Banco Mundial⁸ y fue, posteriormente, sometido a la revisión de un Comité Legal, presidido por el Sr. ARON BROCHES, en el que participaron 61 representantes oficiales de Estados miembros del Banco Mundial.

Algunos expertos jurídicos y representantes de Estados propusieron ampliar el alcance del recurso de anulación añadiendo, en el texto de la disposición original sobre anulación, una causal basada en la existencia de errores de derecho en el laudo⁹. El Sr. ARON BROCHES, en representación del Banco Mundial, reafirmó que los redactores del Proyecto Preliminar de Convenio no contemplaron la posibilidad de una revisión del laudo para corregir supuestos errores de derecho e insistió en la distinción entre el recurso de anulación, este sí previsto en el Proyecto Preliminar de Convenio, y un recurso de apelación¹⁰. Esta propuesta fue objeto de una votación a mano alzada en la que una amplia mayoría de representantes de los Estados negociadores rechazó que la existencia errores de derecho pudiera dar lugar a la nulidad de un laudo¹¹. Tras esta votación, no hubo más discusión sobre este punto. Este hecho es a

⁸ Se llevaron a cabo cuatro Reuniones Consultivas de Juristas con la participación de juristas designados por 86 países miembros del Banco Mundial para discutir el Proyecto Preliminar de Convenio: en Addis-Abeba (del 16 al 20 de diciembre de 1963), Santiago de Chile (del 3 al 7 de febrero de 1964), Ginebra (del 17 al 22 de febrero de 1964) y Bangkok (del 27 de abril al 1 de mayo de 1964). En estas reuniones consultivas, sin embargo, los juristas participaban a título personal y no como representantes oficiales de los Estados miembros del Banco Mundial.

⁹ Así, por ejemplo, durante la Reunión Consultiva de Juristas que tuvo lugar en Addis-Abeba, el jurista designado por Nigeria propuso añadir “*la derogación a los principios de derecho natural*” como un motivo adicional de anulación del laudo. Una propuesta similar fue realizada por el experto designado por Honduras durante la Reunión Consultiva que se desarrolló en Santiago de Chile, quien sugirió: “(...) *que se ampliara [el ámbito de la anulación] mediante la inclusión de “violación o indebida interpretación de una norma de carácter sustantivo” como causal adicional de nulidad*”. Durante las reuniones del Comité Legal, el representante del gobierno indio “*sugirió que se añadiese una disposición haciendo posible la anulación por razón de un error en la aplicación por el Tribunal de la ley apropiada*” y una propuesta similar fue presentada por el delegado iraní. Ver Historia del Convenio del CIADI, Vol. II-1, p. 271 y Vol. IV, p. 107, 482 y 484.

¹⁰ Por ejemplo, en respuesta al jurista hondureño, el Sr. BROCHES explicó que si se incluía como causal de nulidad la existencia de errores graves en la aplicación de la norma sustantiva ello equivaldría a disponer un recurso de apelación, lo que hasta entonces no se había contemplado. Y, de manera más incisiva, sobre la posibilidad que el tribunal arbitral incurra en errores de derecho y de hecho, el Sr. BROCHES resaltó que “(...) *the draft Convention did not provide for an appeal against the award and in his opinion a mistake in the application of the law would not be a valid ground for annulment of the award. A mistake of law as well as a mistake of fact constituted an inherent risk in judicial or arbitral decision for which appeal was not provided*”, Historia del Convenio del CIADI, Vol. IV p. 107 y Vol. II-1, p. 518.

¹¹ “*Mr. BROCHES (Presidente) sometió a votación la cuestión de considerar motivo de anulación la “aplicación manifiestamente incorrecta de la ley”. 17 delegaciones se opusieron y 8 votaron a favor*”, Historia del Convenio del CIADI, Vol. IV, Publicación CIADI, 2009, p. 485.

menudo ignorado por quienes abogan por una interpretación extensiva de las causales de anulación en el texto final del artículo 52 del Convenio CIADI.

Los *travaux préparatoires* del artículo 52(1) del Convenio CIADI revelan dos aspectos importantes para nuestro análisis:

Primero, demuestran que ninguna de las cuatro causales de anulación previstas en el Proyecto Preliminar de Convenio (todas ellas retomadas en el texto final) tenía como propósito permitir una revisión de los laudos por errores de derecho o de hecho. Prueba de ello es que aquellos Estados que quisieron ampliar el ámbito del recurso de anulación tuvieron que presentar propuestas de modificación del texto del Proyecto Preliminar de Convenio para añadir una nueva causal en ese sentido. Al rechazar las propuestas, la voluntad que prevaleció fue la de privilegiar el carácter definitivo de los laudos arbitrales sobre la garantía de la exactitud en la aplicación del derecho que una revisión del laudo en cuanto al fondo podría ofrecer. Esa intención inicial de la mayoría de los Estados negociadores se encuentra reflejada en el texto final del artículo 52(1).

Segundo, los *travaux préparatoires* apuntan ya a la existencia de divergencias fundamentales entre los Estados negociadores en cuanto al alcance que debía tener el recurso de anulación, anticipando así las dificultades que generaría la aplicación práctica del artículo 52 del Convenio por las comisiones *ad hoc*.

En efecto, una de las principales dificultades que se ha planteado en la práctica es delimitar la frontera entre el control de la validez del laudo y la revisión (en cuanto al fondo) del mismo, lo que se aproxima a una verdadera apelación¹².

El profesor D. D. CARON afirma que la utilización del recurso de anulación en el sistema del CIADI de forma similar a una apelación no debe

¹² D. D. CARON, por ejemplo, identifica dos criterios doctrinales principales para distinguir entre el recurso de anulación en el sistema CIADI y el recurso de apelación: *Primero*, los resultados potenciales de los dos recursos son distintos. La anulación sólo puede invalidar el laudo, parcialmente o totalmente, o mantenerlo intacto si la solicitud es rechazada. En cambio, la apelación puede no sólo confirmar un laudo sino también y, sobre todo, modificarlo. *Segundo*, los aspectos del laudo que deben ser revisados por los dos recursos son también distintos. Así pues, en la anulación, la comisión *ad hoc* tiene el poder de verificar la legitimidad del proceso de decisión (en relación, por ejemplo, con la competencia del tribunal, su correcta constitución, el respecto de las reglas fundamentales de procedimiento). En la apelación, sin embargo, la corte tiene el poder de revisar el contenido de la decisión de primera instancia, cuestionando su exactitud en cuanto al fondo. Se distinguen, así, la "legitimidad del proceso de decisión" (recurso de anulación) y la "exactitud en cuanto al fondo" (recurso de apelación). Ver CARON (D. D.), "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal". En: *ICSID Review*, volumen 7, número 1, 1992, p. 21-56 (y, especialmente, p. 22-27).

sorprender dada, por un lado, la importancia política y económica de las disputas sometidas al CIADI y, por otro, la inexistencia de otros medios internacionales de solución de litigios en la materia. Por ello, sugiere, no cabe afirmar que las partes, al optar por el arbitraje CIADI, estén buscando, principalmente, el carácter irrevocable de los laudos. La exactitud del laudo que pone fin a la disputa es también muy relevante, tanto para las partes como para la comunidad internacional¹³.

Si bien compartimos la opinión del profesor D. D. CARON en cuanto a la importancia de la exactitud y rigor jurídico de los laudos arbitrales en materia de inversiones (especialmente por su contribución al desarrollo del derecho internacional), esto no necesariamente implica que el recurso de anulación del artículo 52(1) del Convenio sea el medio para llegar a este fin. El sistema, como veremos a continuación, tiene sus limitaciones y no cabe alterar su naturaleza con base en una interpretación meramente teleológica del artículo 52(1) del Convenio.

2. PERSPECTIVA HISTORICA DE LA UTILIZACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL CIADI HASTA SEPTIEMBRE DE 2011

Desde la creación del CIADI, se han registrado 44 solicitudes de anulación, 9 de las cuales se encuentran pendientes en estos momentos¹⁴. De los 35 procedimientos concluidos, 9 no han dado lugar a ninguna decisión (las partes llegaron a un acuerdo sobre la disputa o el procedimiento concluyó por otro motivo antes de obtener una decisión)¹⁵. En los 26 procedimientos restantes,

¹³ Ver *id.*, pp. 48-51.

¹⁴ Están pendientes los casos *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI ARB/06/18, registrado el 27 de julio de 2011; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/09/17, registrado el 15 de julio de 2011; *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/08/18, registrado el 13 de junio de 2011; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/07/22, registrado el 28 de enero de 2011; *Ron Fuchs c. Georgia*, Caso CIADI N° ARB/07/15, registrado el 16 de julio de 2010; *Nations Energy, Inc. y otros c. República de Panamá*, Caso CIADI N° ARB/06/19, registrado el 1 de abril de 2011; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI N° ARB/05/18, registrado el 16 de julio de 2010; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, registrado el 9 de septiembre de 2008 y *Víctor Pey Casado y Presidente Allende Foundation c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/98/2, registrado el 6 de julio 2009.

¹⁵ No hubo decisión en los casos *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/84/3; *Philippe Gruslin c. Malasia*, Caso CIADI N° ARB/99/3; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8; *Ahmonseto, Inc. y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/02/15; *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11; *RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI N° ARB/05/14; *Waguüh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/15; *Astaldi S.p.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI N° ARB/07/32 y *ATA Construction, Industrial y Trading Company c. Reino Hachemita*

las comisiones *ad hoc* han proferido una decisión (algunos casos incluso dieron lugar a dos decisiones por cuanto hubo dos procedimientos de anulación¹⁶). En 3 casos, sin embargo, la decisión no ha sido publicada¹⁷.

De las 26 decisiones publicadas, 10 de ellas fueron a instancia del inversor¹⁸ y 16 a instancias del Estado¹⁹. De las 27 decisiones cuyo resultado es conocido

de Jordania, Caso CIADI N° ARB/08/2.

¹⁶ Así ocurrió en los casos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerón y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI N° ARB/81/2, Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985 (en lo sucesivo “*Klöckner I*”) y Decisión sobre Anulación del 17 de mayo de 1990 (en lo sucesivo “*Klöckner II*”); *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1, Decisión sobre Anulación del 16 de mayo de 1986 (en lo sucesivo “*Amco I*”) y Decisión sobre Anulación del 3 de diciembre de 1992 (en lo sucesivo “*Amco II*”); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre anulación del 3 de julio de 2002 (en lo sucesivo “*Vivendi I*”) y Decisión sobre anulación del 10 de agosto de 2010 (en lo sucesivo “*Vivendi II*”).

¹⁷ *Klöckner II*, aunque ésta ha sido objeto de comentario por el profesor C. SCHREUER; *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/6 y *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, Caso CIADI N° ARB/04/5.

¹⁸ *Klöckner I, Vivendi I; Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N° ARB/02/7, Decisión sobre Anulación del 5 de junio de 2007 (en lo sucesivo “*Soufraki*”); *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/03/4, Decisión sobre anulación del 5 de septiembre de 2007; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaysia*, Caso CIADI N° ARB/05/10, Decisión sobre anulación del 16 de abril de 2009 (en lo sucesivo “*Malaysian Historical Salvors*”); *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/03/6, Decisión sobre anulación del 19 de octubre de 2009; *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/19, Decisión sobre anulación del 14 de junio de 2010 (en lo sucesivo “*Helnan*”); *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile*, Caso CIADI N° ARB/04/7, Decisión de Anulación del 10 de diciembre de 2010 (en lo sucesivo “*Vieira*”); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/03/25, Decisión sobre anulación del 23 de diciembre de 2010 (en lo sucesivo “*Fraport*”) y *Continental Casualty Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/9, Decisión sobre Anulación del 16 de septiembre de 2011 (en lo sucesivo “*Continental Casualty*”).

¹⁹ *Amco I & II; Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI N° ARB/84/4, Decisión sobre anulación del 22 de diciembre de 1989 (en lo sucesivo “*MINE*”); *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/4, Decisión sobre Anulación del 5 de febrero de 2002 (en lo sucesivo “*Wena*”); *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI ARB/02/14, Decisión de Anulación del 29 junio de 2005 (en lo sucesivo “*CDC*”); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI N° ARB/99/7, Decisión sobre anulación del 1 de noviembre de 2006 (en lo sucesivo “*Patrick Mitchell*”); *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI N° ARB/01/10, Decisión sobre anulación del 8 de enero de 2007 (en lo sucesivo “*Repsol*”); *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión sobre Anulación del 21 de marzo de 2007; *CMS Gas Transmission Company c República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Decisión sobre Anulación del 25 de septiembre de 2007 (en lo sucesivo, “*CMS*”); *Azurix Corp. c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Decisión sobre anulación del 1 de septiembre de 2009 (en lo sucesivo “*Azurix*”); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhsan*, Caso CIADI N° ARB/05/16, Decisión sobre Anulación del 25 de marzo de

y que se recogen en la tabla adjunta como Anexo a continuación (las 26 publicadas más la decisión del caso Klöckner II), 11 aceptaron el recurso, anulando total o parcialmente el laudo. Así, si excluimos los dos casos sobre los cuales no existe información pública, podemos constatar que la tasa de éxito de los recursos de anulación en el sistema CIADI es de aproximadamente 40%. Esta tasa podría parecer sumamente alta considerando que la anulación fue concebida como un mecanismo extraordinario. Sin embargo, debe considerarse que, según las últimas estadísticas publicadas por el CIADI, la mayor parte de los laudos CIADI no es objeto de recurso de anulación²⁰.

Constatamos un aumento significativo del número de solicitudes de anulación en los últimos años (de hecho, más de la mitad de los recursos de anulación desde el inicio del funcionamiento del CIADI han sido presentados en los últimos cinco años). Este aumento, sin embargo, también va de la mano del aumento exponencial en el número de laudos dictados²¹.

Conforme se muestra en la tabla en anexo, las principales causales aceptadas como fundamento jurídico para anular (en todo o parte) laudos CIADI son las contenidas en los literales (b) y (e) del artículo 52(1) del Convenio: extralimitación manifiesta en sus facultades por parte del Tribunal y falta de motivación del laudo, respectivamente. Esto es natural pues estas dos causales son las que permiten, dada su falta de definición y la generalidad de los términos empleados, abarcar el mayor espectro de errores o defectos en un laudo.

Por ejemplo, para anular los laudos proferidos en los casos *Klöckner I*, *Amco I*, *Enron* y *Sempra* las respectivas comisiones *ad hoc* concluyeron que la “no aplicación de la ley aplicable” era constitutiva de la causal de anulación

2010, párr. 79 (en lo sucesivo “*Rumeli*”); *Sempra Energy International c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Decisión sobre Anulación del 29 de junio de 2010 (en lo sucesivo “*Sempra*”); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Anulación del 30 de julio de 2010 (en lo sucesivo “*Enron*”); *Vivendi II*; *Duke Energy International Perú Investments N° 1 Ltd. c. República de Perú*, Caso CIADI ARB/03/28, Decisión sobre Anulación del 1 de marzo de 2011 y *Togo Electricité y GDF-Suez Energie Services c. República de Togo*, Caso CIADI N° ARB/06/7, Decisión sobre Anulación del 6 de septiembre de 2011 (en lo sucesivo “*TE-GDF*”).

²⁰ Concretamente, según las estadísticas del CIADI, entre 2001 y 2010 se profirieron 96 laudos arbitrales, de los cuales 26 fueron objeto de anulación (5 casos no dieron lugar a una ninguna decisión, 13 rechazaron el recurso de anulación y 8 lo aceptaron, anulando total o parcialmente el laudo). Ver *Carga de Casos de CIADI – Estadísticas 2011-2*. p. 15, documento disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

²¹ KATIA YANNACA-SMALL señala que: “(...) there is a growing trend for the losing party to submit the award for annulment, a trend which could be explained in part by the increasing familiarization of both investors and governments with the annulment process – due to a wealth of decisions and doctrinal writings and to the fact that the process is now considered, in general, as one which is functioning well, YANNACA-SMALL KATIA. “Annulment of ICSID Awards: Limited Scope But is There Potential?”. En: YANNACA-SMALL KATIA Editor. *Arbitration Under International Investment Agreements*. Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 605.

del literal (b) del artículo 52(1) del Convenio (extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal). Esta misma causal sirvió de fundamento, por ejemplo, para la anulación del laudo *Patrick Mitchell* por “falta o exceso de jurisdicción” y el laudo *Malaysian Historical Salvors* por “no ejercicio de jurisdicción”. Del mismo modo, los laudos de los casos *Vivendi I* y *Helnan* fueron anulados parcialmente con base en esta causal.

Por su parte, la causal del artículo 52(1)(e) (falta de motivación del laudo) sirvió de fundamento para la anulación de los laudos *Klöckner I*, *Amco I*, *MINE* y *Patrick Mitchell* (en su totalidad) y *CMS* (sólo parcialmente).

Las demás causales de anulación del artículo 52(1) del Convenio CIADI también han sido invocadas, aunque con mucha menor frecuencia y, sobre todo, menos éxito:

- a. En los casos *Amco II* y *Fraport*, la decisión sobre la rectificación y el laudo, respectivamente, fueron anulados por las Comisiones *ad hoc*, con base en el artículo 52(1)(d) (quebrantamiento grave de una norma de procedimiento);
- b. La constitución incorrecta del tribunal, prevista como causal de anulación en el artículo 52(1)(a), fue invocada ante las comisiones *ad hoc* constituidas para conocer de los casos *Azurix* y *Vivendi II*. En ambos casos, sin embargo, la comisión *ad hoc* no acogió la solicitud de anulación, como detallamos en la Sección 3; y
- c. Finalmente, la causal del literal (c) (corrupción de un miembro del tribunal) parece haber sido invocada únicamente en el caso *Vivendi II*²² (a instancia del Estado Argentino). Entendemos, sin embargo, que Argentina retiró este reclamo.

Desde que se presentó por primera vez un recurso de anulación de un laudo CIADI, el papel de las comisiones *ad hoc* ha sido foco de controversias y, de forma recurrente, surge la misma pregunta. ¿Hasta dónde se extiende el poder de las comisiones para examinar un laudo CIADI?

K. YANNACA-SMALL, en su estudio de la práctica de las comisiones *ad hoc*, menciona la existencia de tres fases históricas: una primera, representada por las célebres decisiones de anulación en los casos *Klöckner I* y *Amco I* (en 1985 y 1986, respectivamente), en la que las comisiones *ad hoc* hicieron una interpretación muy extensiva del alcance de su poder de revisión, llegando a examinar cuestiones de fondo. En una segunda fase, que incluye las decisiones *MINE*, *Klöckner II* y *Amco II* (entre los años 1989 y 1992), la praxis de las comisiones *ad hoc* se habría ajustado al carácter excepcional de este recurso. Finalmente, en una tercera fase, iniciada con las decisiones en los casos *Wena* y *Vivendi I*

²² *Vivendi II*, párr. 201.

en 2002, se mezclarían decisiones de anulación que hacen una aplicación tanto extensiva como más ajustada del recurso²³.

Las dos primeras decisiones de anulación de mediados de los años 80 (casos *Klöckner I* y *Amco I*) han sido fuertemente criticadas por haber examinado (y criticado) ciertas consideraciones de fondo del laudo como fundamento para su anulación con base en las causales de los acápite (b) y (e) del artículo 52(1), respectivamente. En *Klöckner I*, la comisión *ad hoc* consideró que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades al *no hacer aplicación* de la ley. Como confirma la doctrina²⁴, la decisión de la comisión *ad hoc* se basó, más bien, en la existencia de *errores en la aplicación del derecho* francés por parte del tribunal, lo que obviamente difiere de la mera no aplicación de este derecho. Además, la comisión *ad hoc* adoptó una interpretación muy amplia de la causal de *falta de motivación* (artículo 52(1)(e)) al considerar la *corrección y pertinencia* de los motivos, no su mera inexistencia²⁵. A su vez, la decisión de la comisión *ad hoc* en *Amco I*, basada en las mismas causales de anulación que *Klöckner I*, estableció que:

*"[s]i es cierto que un control y revisión totales del razonamiento seguido por un tribunal CIADI transformaría un procedimiento de anulación en un recurso ordinario de apelación, también es cierto que la existencia de motivos debe ser más que una mera cuestión de nomenclatura y aquellos deben constituir un fundamento apropiado para las conclusiones que se basan en dichos motivos"*²⁶.

Ahora bien, ¿cómo puede una comisión *ad hoc* verificar si la motivación de un laudo constituye un "*fundamento apropiado*" para la decisión sin revisar el razonamiento seguido por el tribunal y sin, por ello, convertir el recurso de anulación en una apelación? Parece existir un error fundamental en la premisa, lo que podría explicar lo absurdo de la conclusión.

Tras estas decisiones de anulación en los casos *Klöckner I* y *Amco I*, otras decisiones a se hicieron merecedoras de elogios por su aplicación, juzgada

²³ YANNACA-SMALL, KATIA. Op. Cit., p. 609.

²⁴ SCHREUER, CHRISTOPHER. "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings". En: GAILLARD, EMMANUEL Y BANIFATEMI YAS EDITORES, *IAI International Arbitration Series N° 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: Juris Publishing Inc. e International Arbitration Institute, 2004, p. 35.

²⁵ Según CH. SCHREUER, "[i]n *Klöckner I*, the charge of insufficient reasons was accepted by the *ad hoc* Committee under circumstances that seemed to look at their quality and correctness and hence appeared to blend into appeal", *id.*, p. 35.

²⁶ *Amco I*, párr. 43. Traducción libre. Versión original "If it be true that a full control and review of the reasoning followed by an ICSID tribunal would transform an annulment proceeding into an ordinary appeal, it is also true that supporting reasons must be more than a matter of nomenclature and must constitute an appropriate foundation for the conclusions reached through such reasons". El resaltado es nuestro.

más equilibrada, de las causales del artículo 52(1) (sobre todo, las causales de los literales (b) y (e)) acorde con el carácter extraordinario del recurso de anulación²⁷.

Sin embargo, algunas comisiones *ad hoc* han proferido recientemente decisiones que demuestran que las dificultades encontradas en la génesis del sistema de anulación del CIADI todavía persisten. Cabe preguntarse por qué vemos hoy un resurgimiento de esta problemática cuando parecía haberse encontrado un punto de equilibrio.

Una posible explicación radica en el surgimiento de intereses y necesidades propios al arbitraje de inversión bajo tratados de inversión (por oposición al arbitraje con base en cláusulas contractuales). En efecto, el reciente desarrollo del arbitraje fundado en tratados de inversión ha cambiado, cuantitativa y cualitativamente, el contencioso entre inversores y Estados. El cambio cuantitativo es fácilmente perceptible por el aumento exponencial en el número de casos registrados ante el CIADI a partir de finales de los años 90 y con base en tratados (hoy día, el 73% de todos los casos registrados por el CIADI tiene como base del consentimiento un tratado, bilateral o multilateral, de inversión²⁸). En el plano cualitativo, el arbitraje basado en tratados ha puesto de manifiesto las limitaciones del sistema CIADI y contribuido a reavivar el debate sobre el régimen de anulación en el sistema CIADI.

En el contencioso arbitral inversor-Estado con base exclusivamente contractual es muy poco frecuente encontrar casos similares en cuanto al derecho aplicable y, sobre todo, los hechos pues cada relación contractual posee sus propias especificidades. En este contexto, el riesgo de decisiones contradictorias es remoto²⁹.

²⁷ Como ejemplo, se traen a colación las decisiones en los casos *MINE*, *Vivendi I*, *Helnan*, *MTD*, *Soufraki*, *Vieira* y *Rumeli*. En la Decisión sobre anulación *MTD*, la Comisión sostuvo que la anulación tiene una función limitada, dado que una comisión “[it] cannot substitute its determination on the merits for that of the tribunal. Nor can it direct a tribunal on a resubmission how it should resolve substantive issues in dispute. All it can do is annul the decision of the tribunal: it can extinguish a *res judicata* but on a question of merits it cannot create a new one. A more interventionist approach by committees on the merits of disputes would risk a renewed cycle of tribunal and annulment proceedings of the kind observed in *Klöckner* y *AMCO*.” *MTD*, párr. 54.

²⁸ *Carga de Casos de CIADI – Estadísticas 2011-2*. p. 10, documento disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

²⁹ GABRIELA KAUFMANN-KOHLER describe así esta situación: “[t]his is a new scenario [el arbitraje fundado en tratados de inversión]. It is new because in classic contract arbitrations, the claims arise out of a single measure taken in connection with a specific investment”, KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?”. En: GAILLARD, EMMANUEL Y BANIFATEMI, Yas editores, *IAI International Arbitration Series N° 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: Juris Publishing Inc. e International Arbitration Institute, 2004, p. 22.

En el arbitraje basado en tratados de inversión, las necesidades de coherencia y exactitud de los laudos cobran mayor importancia. Las razones de este fenómeno son diversas. Por un lado, una misma situación de hecho (por ejemplo, una medida regulatoria general tomada por el Estado que afecta a todo un sector económico) puede dar lugar a múltiples arbitrajes en los que se debatirá la calificación jurídica y conformidad con el derecho internacional de hechos muy similares (por no decir idénticos), como ha sucedido con las medidas adoptadas por Argentina a principios de los años 2000. Por otro lado, la gran similitud entre los diversos tratados de inversión hace que la misma (o muy similar) cuestión de derecho, especialmente la definición de las obligaciones que estos tratados imponen a los Estados, sea planteada ante distintos tribunales.

En ese contexto, existe una alta probabilidad, como ya ha sucedido, que tribunales diferentes adopten decisiones divergentes sobre cuestiones de hecho o de derecho muy similares³⁰. La divergencia de soluciones hace que se cuestione, especialmente por la parte perdedora en el arbitraje, la justicia y conformidad a derecho del laudo. A su vez, esto perjudica gravemente la previsibilidad en la aplicación del derecho que busca todo inversor y reduce la seguridad jurídica que los usuarios esperan del sistema de protección y promoción de inversiones de los tratados de inversión.

Finalmente y a pesar de que no existe una regla de *stare decisis* en el arbitraje CIADI, la práctica de los tribunales CIADI en casos bajo tratados de inversión (incitados por las partes, quienes se libran una batalla de precedentes y *distinguishing*) es hacer referencia a laudos o decisiones anteriores sobre cuestiones similares, los cuales, por esta vía, llegan a producir un efecto indirecto que va más allá del sólo efecto *inter partes*. Consecuentemente, la existencia de decisiones contradictorias genera el riesgo de perpetuar las controversias sobre la interpretación y aplicación del derecho internacional de las inversiones.

Esta dinámica del arbitraje basado en tratados de inversión envuelve un aspecto psicológico: genera la tentación de "hacer jurisprudencia". Esto podría explicar que algunas comisiones *ad hoc* hayan sentido la tentación de entrar a revisar el fondo de los laudos.

³⁰ Los numerosos arbitrajes contra la República de Argentina constituyen el más claro ejemplo de esta situación. Las medidas tomadas por el gobierno argentino para hacer frente a la crisis económica y financiera que el país vivió a mediados del año 2001 provocaron una lluvia de solicitudes de arbitraje de inversores extranjeros con base en tratados de inversión. Si bien las cuestiones de hecho y de derecho eran muy similares, existen laudos que adoptan posiciones radicalmente opuestas sobre la responsabilidad de Argentina por violaciones de dichos tratados. No es sorprendente, pues, que Argentina haya presentado solicitudes de anulación en todos los casos en los que el laudo le fue desfavorable. En la Sección 3 abordaremos algunas de las decisiones de anulación resultantes.

Ahora bien, ¿puede realmente una revisión del fondo de los laudos corregir todas las contradicciones entre éstos, garantizar una aplicación correcta (o al menos uniforme) de los tratados de inversión y contribuir a la previsibilidad del sistema? Incluso si fuera así (lo que es altamente dudoso), ¿qué poder y legitimidad tienen las comisiones *ad hoc* para ejercer estas funciones?

Este contexto debe tenerse en cuenta al analizar la evolución de la práctica de las comisiones *ad hoc* y cómo éstas han puesto de manifiesto recientemente las insuficiencias del régimen de anulación para atender las necesidades del régimen de protección de la inversión extranjera.

3. EL PAPEL CONTROVERTIDO DE LAS COMISIONES *AD HOC* EN LAS DECISIONES RECIENTES FRENTE A LAS LIMITACIONES DEL SISTEMA

Un estudio de las decisiones recientes en materia de anulación permite identificar dos tendencias de dudosa conformidad con el Convenio CIADI: primero, la anulación de laudos basada en re-examen de la aplicación del Derecho e, incluso, la valoración de la prueba por el tribunal (3.1) y, segundo, vemos que algunas comisiones *ad hoc* se han atribuido el poder de “corregir” supuestos errores en la aplicación del Derecho por el tribunal sin que ello conllevara ningún efecto práctico para las partes (3.2).

Algunos considerarán que estas tendencias reflejan soluciones pragmáticas necesarias y, por tanto, justificadas para construir un sistema armónico de protección de inversiones. Otros, entre los que nos encontramos, ven esta práctica como una extralimitación de sus funciones por las comisiones *ad hoc* que, si bien persigue un objetivo loable, carece de sustento jurídico en el sistema actual.

A título preliminar, conviene recordar que hoy es generalmente aceptado que las comisiones *ad hoc* disponen de cierta discrecionalidad a la hora de decidir sobre la anulación (total o parcial) de un laudo. Pero no siempre fue así. *Klöckner I* consideró que existía una *obligación* de anular en presencia de una causal de anulación, lo que le valió la crítica de la doctrina. La decisión *MINE* de 1989 consideró, por el contrario, que las comisiones *ad hoc* no están obligadas a anular de forma automática un laudo ante la prueba de una causal de anulación³¹. Así lo entendió también la comisión *ad hoc* del caso *Vivendi I* (2002) al afirmar que:

³¹ *MINE*, párr. 4.09: “Article 52(3) provides that an *ad hoc* Committee “shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1)”. The Convention does not require automatic exercise of that authority to annul an award whenever a timely application for its annulment has been made and the applicant has established one of the grounds for annulment. Nor does the Committee consider that the language of Article 52(3) implies such automatic exercise”. Y párr. 4.10: “An *ad hoc* Committee retains a measure of discretion in ruling

parece estar establecido que un comité *ad hoc* tiene una cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aún cuando halle que existe un error anulable. El artículo 52 (3) dispone que un Comité “tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo”, y esto a (sic.) sido interpretado en el sentido de otorgar a los Comités alguna flexibilidad en determinar si la anulación es apropiada en las circunstancias. Entre otros factores será necesario que un comité *ad hoc* considere cuán significativa es el error en relación a los derechos legales de las partes³².

Más recientemente, la comisión *ad hoc* en el caso *Vivendi II* confirmó que, “se entiende y está bien establecido que, conforme al artículo 52(3), un Comité *ad hoc* tiene cierta discreción y puede considerar otros factores”³³. La discrecionalidad, sin embargo, no parece aplicarse por igual a todas las causales de anulación del artículo 52(1) del Convenio. Por ejemplo, en el caso *Rumeli* las partes coincidieron en que ante el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (artículo 52(1)(d)), la comisión *ad hoc* tendría la obligación de anular el laudo³⁴. El análisis de esta cuestión merece una atención especial que excede el ámbito de este capítulo.

3.1. Las causales de anulación y la extensión del poder de revisión de las comisiones *ad hoc*

Como mencionamos anteriormente, el Convenio CIADI establece en su artículo 52(1) cinco causales de anulación de laudos. Sin embargo, no las define, por lo que han sido las comisiones *ad hoc* las encargadas de delimitar el contenido y alcance de cada causal. Como exponemos a continuación respecto de cada una de las causales de anulación (partiendo de la que menos dificultades plantea a la más compleja), los resultados obtenidos han sido, en ocasiones, sorprendentes.

on applications for annulment. To be sure, its discretion is not unlimited and should not be exercised to the point of defeating the object and purpose of the remedy of annulment. It may, however, refuse to exercise its authority to annul an award where annulment is clearly not required to remedy procedural injustice and annulment would unjustifiably erode the binding force and finality of ICSID awards”.

³² *Vivendi I*, párr. 66 Traducción libre. Versión original: “Finally, it appears to be established that an *ad hoc* committee has a certain measure of discretion as to whether to annul an award, even if an annulment error is found. Article 52(3) provides that a committee “shall have the authority to annul the award or any part thereof,” and this has been interpreted as giving committees some flexibility in determining whether annulment is appropriate in the circumstances, among other things, it is necessary for an *ad hoc* committee to consider the significance if the error relative to the legal rights of the parties”.

³³ *Vivendi II*, párr. 233. El texto relevante del artículo 52(3) señala que “[e]sta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1)”.

³⁴ *Rumeli*, párr. 79.

3.1.1. Artículo 52(1)(c): “que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal”

Consideramos esta causal a efectos de exhaustividad pues no ha sido objeto de estudio por ninguna comisión *ad hoc* CIADI hasta la fecha. Como mencionamos anteriormente, se puede encontrar una referencia a la misma en el caso *Vivendi II*³⁵ pero entendemos que Argentina retiró este reclamo antes de que la comisión se pronunciara al respecto.

En cualquier caso, su redacción parece no prestarse a una interpretación extensiva que permita una revisión del fondo del laudo. Como en cualquier alegación de corrupción, sin embargo, la principal dificultad consiste en la prueba que debe presentar quien alega la existencia de corrupción. Existen decisiones que, en el contexto de alegaciones de corrupción de funcionarios públicos, exigen una prueba “clara y convincente” o “más allá de cualquier duda”³⁶. No habría motivo para exigir una prueba menos contundente tratándose de alegaciones de corrupción de miembros de un tribunal CIADI.

3.1.2. Artículo 52(1)(a): “que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente”

Esta causal ha sido invocada en tan solo dos casos: *Azurix* (2009) y *Vivendi II* (2010). En ambos casos, el demandante en la anulación era la República Argentina.

Existe consenso en cuanto a que la expresión “constituido incorrectamente” remite al cumplimiento de las disposiciones del Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre la constitución del tribunal arbitral. Las comisiones *ad hoc* en los casos *Azurix* y *Vivendi II* tuvieron ocasión de precisar la aplicación de esta causal a dos hipótesis relacionadas con la recusación de un árbitro:

- *Primero*, ante el rechazo de una propuesta de recusación del Presidente del tribunal durante el arbitraje, ¿puede esta causal ser invocada en sede de anulación para revisar la decisión denegando la recusación? La respuesta que dio la comisión *ad hoc* en el caso *Azurix* es negativa, siempre y cuando

³⁵ Ver párr. 201 en *Vivendi II*.

³⁶ Por ejemplo, el tribunal CIADI en el caso *EDF c. Romania* se pronunció sobre el estándar elevado de la prueba de una alegación de corrupción: “[i]n any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence”, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/05/13, Laudo y Opinión Disidente, 8 de octubre de 2009, párr. 221.

los procedimientos para la recusación bajo el Convenio y las Reglas de Arbitraje hayan sido respetados³⁷.

- Segundo, la comisión *ad hoc* en el caso *Vivendi II* tuvo que considerar una situación en la que la República Argentina alegaba, por un lado, la existencia de un hecho sobreviniente, desconocido durante el arbitraje, que habría llevado a la descalificación del árbitro y, por otro, que la no revelación por el árbitro del supuesto conflicto de interés impidió al Estado recusar al árbitro y, con ello, impidió la debida aplicación del procedimiento para la selección y recusación de los árbitros³⁸. La comisión *ad hoc*, después de considerar que el árbitro había fallado en su investigación de la existencia de posibles conflictos de interés y, por ende, incumplido sus deberes de información a la partes, concluyó que, en los hechos, esta circunstancia no impidió al árbitro ejercer un criterio independiente y, por ello, no cabía la anulación.

La solución de la comisión *ad hoc* en *Azurix* es sorprendente. En efecto, es difícilmente entendible que el mero hecho de haber propuesto, sin éxito, la recusación de un miembro del tribunal impida a esa misma parte invocar, ante la comisión *ad hoc*, la incorrecta constitución del tribunal arbitral por los mismos hechos que sirvieron de base a su propuesta de recusación. En un caso, por ejemplo, en el que existen circunstancias que permiten sospechar la falta de imparcialidad de un árbitro, aunque éstas no hayan convencido a los otros árbitros para aceptar la recusación, ¿por qué debería la comisión *ad hoc* limitar su análisis a la un examen de la existencia de defectos en el procedimiento de recusación? ¿No debería la comisión *ad hoc*, encargada de velar por la correcta constitución del tribunal de conformidad con el artículo 52(1)(a), analizar *ex novo* si el árbitro reunía las cualidades exigidas por los artículos 40(2) y 14(1) del Convenio, entre las que consta su imparcialidad de juicio? Así lo entiende el profesor CH. SCHREUER, con quien concurrimos, al señalar que, aunque una parte haya recusado a un miembro del tribunal sin éxito, “*its right to invoke this ground for annulment remains unaffected*”³⁹.

³⁷ *Azurix*, párr. 280: “(...) si una parte propone la recusación de un árbitro en virtud de la primera oración del artículo 57 del Convenio CIADI, y si esta propuesta es rechazada de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 58 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9 del CIADI para la decisión de dichas propuestas, entonces no puede sostenerse que el tribunal ha sido “constituido incorrectamente” en razón del incumplimiento de la primera oración del artículo 57. La Comisión considera que no se puede interpretar que el artículo 52(1)(a) le otorga a las partes una nueva oportunidad para recusar a los miembros del tribunal luego de que éste ya ha emitido su laudo. Un Comité sólo podría anular un laudo en virtud del artículo 52(1)(a) si no se cumpliera adecuadamente con el procedimiento para recusar a miembros del tribunal establecido en otras disposiciones del Convenio CIADI”.

³⁸ *Vivendi II*, párr. 19.

³⁹ Schreuer, CHRISTOPH; MALINTOPPI, LORETTA; REINSCH, AUGUST Y SINCLAIR, ANTHONY. “The

La conclusión anterior se impone, además, cuando se tiene en cuenta que, en el sistema CIADI, cuando un miembro del tribunal es recusado⁴⁰, la decisión corresponde a los dos miembros restantes del tribunal y no precisa ser motivada. Si no se acepta que la comisión *ad hoc* pueda conocer de los hechos que permiten albergar dudas sobre la imparcialidad de un árbitro, quien solicitó la recusación infructuosa tendría que convivir con el laudo de un tribunal cuya parcialidad sospecha sin conocer por qué sus dudas o sospechas no fueron consideradas suficientes⁴¹.

3.1.3. Artículo 52(1)(e): “que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”

En situaciones de total falta de motivación del laudo o total falta de motivos que sustenten un punto decisivo para la solución del caso es evidente que cabría la anulación del laudo con base en el artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. Sin embargo, la primera hipótesis probablemente nunca se verifique en la práctica y la segunda difícilmente se dará mientras se mantenga la alta calidad y profesionalismo de los tribunales CIADI. Lo que más nos interesa de esta causal es la aplicación que se ha hecho a situaciones mucho más sutiles donde, si bien existían motivos en el laudo, éstos se consideraron insuficientes (3.1.3.1) o contradictorios (3.1.3.2) o donde el tribunal omitió en el laudo tratar algunas de las alegaciones de las partes (3.1.3.3).

3.1.3.1. ¿Existe falta de motivación cuando los motivos expresados son inadecuados o insuficientes?

La distinción entre *inexistencia* de motivos y la *inadecuación* o *insuficiencia* de los mismos ha dado lugar a un intenso debate. El texto del artículo 52(1)(e) parece englobar únicamente lo primero. Sin embargo, esta causal ha sido aplicada ocasionalmente para examinar la calidad de los motivos expresados por el tribunal.

Como mencionamos anteriormente, este problema se planteó en la práctica inicial de las comisiones *ad hoc* en los casos *Klöckner I* (1985) y *Amco I* (1986). Para 2002, sin embargo, el problema parecía zanjado, como muestra la decisión de la comisión *ad hoc* del caso *Vivendi I* al afirmar que:

ICSID Convention – A Commentary”. 2da edición. United Kingdom: Cambridge, 2009, P. 931.

⁴⁰ Algo que sucede en la mayoría de casos en los que se propone la recusación de un árbitro. Como excepción podemos citar el caso *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N° ARB/06/2, en el que todos los miembros del tribunal fueron recusados por el Estado.

⁴¹ Debemos recordar que el recurso de anulación únicamente cabe contra laudos arbitrales de conformidad con el artículo 52, por lo que no es de aplicación a las decisiones sobre recusación.

“Se acepta tanto en los casos como en la literatura que el artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. (...) En la opinión del Comité, la anulación conforme al artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal”⁴².

En 2006, la decisión *Patrick Mitchell* reavivó el debate. En ese caso estaba en juego la difícil definición de la noción de “inversión”, decisiva para determinar la jurisdicción de un tribunal bajo el Convenio CIADI y el tratado de inversiones aplicable. El tribunal se había declarado competente al considerar que las actividades del Sr. Mitchell, quien tenía un bufete en la República Democrática del Congo, constituían una inversión. La comisión *ad hoc* anuló el laudo estimando que los motivos expresados por el tribunal eran tan inadecuados que afectaban seriamente la coherencia de su decisión:

“[L]a Comisión ad hoc, por lo tanto, concluye que el Laudo está viciado por la ausencia de motivación, en el sentido que es tal el grado de inadecuación de las razones que afecta seriamente la coherencia del razonamiento sobre la existencia de una inversión de conformidad con el artículo 25(1) del Convenio [CIADI] y el Tratado Bilateral entre los Estados Unidos de América y la República Democrática del Congo, sobre los cuales se sustentó la jurisdicción del Tribunal Arbitral”⁴³.

La comisión *ad hoc* incluso estableció sin ambages cuál debió haber sido, en su opinión, la correcta definición de inversión según el artículo 25(1) del Convenio CIADI. En este sentido, la comisión *ad hoc* en el caso *Patrick Mitchell* actuó como una segunda instancia en apelación, excediendo sus competencias con el objetivo de hacer prevalecer su propia opinión sobre la debatida noción de inversión.

La interpretación más razonable, desde nuestro punto de vista, es que la causal del literal (e) del artículo 52(1) no debe aplicarse en los casos en que únicamente se concluya que los motivos expresados por el tribunal no son

⁴² *Vivendi I*, párr. 64-65.

⁴³ *Patrick Mitchell*, párr. 41. Traducción libre. Versión original: “The ad hoc Committee thus concludes that the Award is tainted by a failure to state reasons, in the sense that the inadequacy of reasons is such that it seriously affects the coherence of the reasoning as to the existence of an investment in accordance with article 25(1) of the Convention and the Bilateral Treaty between the United States of America and the Democratic Republic of Congo, on which relied the jurisdiction of the Arbitral Tribunal”.

convincentes o correctos, como señala la decisión *Vivendi I*. La Decisión sobre Anulación en el caso *MINE* (1989) ya había clarificado la idea subyacente a esta causal:

*"[e]n opinión de la Comisión, el cumplimiento del requisito de expresar los motivos se cumple desde el momento en que el laudo permite al lector entender cómo el tribunal pasó del Punto A al Punto B y, de ser el caso, llegó a sus conclusiones, incluso si cometió un error de hecho o de derecho"*⁴⁴.

Esta misma idea ha sido recogida, más recientemente, por la comisión *ad hoc* en el caso *Vieira* (2010), citando la decisión sobre anulación en el caso *CMS* (1997):

*"[e]s claro que una situación en la que haya ausencia total de motivación da lugar a una anulación; pero esa situación no se da en la práctica. Por lo general, se encuentra una ausencia de motivación en alguno de los aspectos del laudo, o a veces se encuentra poca motivación, motivación inadecuada o motivación contradictoria. Surge entonces la dificultad de determinar qué estándar de motivación es requerido para que el laudo [no] sea anulado. Mientras que algunos "argumentos frívolos, superficiales o absurdos de un tribunal" (...) darían lugar a una anulación, esos casos son poco vistos en la práctica. Comités ad hoc se enfrentan entonces a la situación en la cual deben distinguir, por una parte, entre motivaciones razonablemente comprensibles, consistentes y demostrativas, motivaciones con una línea de pensamiento lógica y discernible y, por la otra, casos en los que no hay motivación o la motivación es ininteligible. Por otra parte, no le corresponde a los comités ad hoc entrar a determinar si dichas motivaciones representan o no razonamientos y conclusiones correctas o convincentes basadas en los alegatos de las partes. No todas las lagunas o ambigüedades en el razonamiento hacen que la motivación se separe de este estándar. Sin embargo, muchas veces estas deficiencias pueden ser comprendidas por el contexto y los antecedentes que constituyeron las premisas de la motivación. Es posible que las fases del razonamiento se encuentren implícitas en las consideraciones o las conclusiones hechas en el laudo o también puedan ser inferidas razonablemente del contexto de la decisión. Solamente se debe conceder la anulación cuando no sea posible entender cómo el tribunal de arbitraje llegó a su conclusión, es decir, cuando es "imposible para el lector seguir el razonamiento"*⁴⁵.

⁴⁴ *MINE*, párr. 5.09. Traducción libre. Version original: *"In the Committee's view, the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A. to Point B. and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law"*. Esa interpretación del significado de la causal del literal (e) es confirmada por los trabajos preparatorios del Convenio CIADI. Como expuesto en la introducción, ni los redactores del Convenio, ni los Estados negociadores consideraron que el texto de las causales de anulación de los laudos CIADI permitía anular un laudo por errores de derecho.

⁴⁵ *Vieira*, párr. 355. En el mismo sentido, la decisión muy reciente publicada en el caso *Continental Casualty* dispuso que *"[s]e acepta de forma general que esta causa de anulación solo es válida en casos claros de falta de expresión de los motivos en que se funda su decisión sobre una pretensión en particular, y no en casos en que el tribunal meramente no haya expuesto razones correctas o convincentes"*, *Continental Casualty*, párr. 100.

Una labor más delicada es determinar a partir de qué momento la *inexistencia* de motivos es de tal entidad que requiere la anulación del laudo. ¿Hasta dónde debe un tribunal explicitar los motivos que fundan su decisión? La comisión *ad hoc* en el caso *Rumeli* (2010) observó, acertadamente, que si los motivos no expresados son consecuencias evidentes y lógicas del texto del laudo, ese laudo no debe ser anulado⁴⁶.

El caso *Continental Casualty* ilustra la aplicación de esta regla. El inversor solicitó la anulación del laudo porque, supuestamente, el tribunal no se pronunció sobre la demanda de Continental por las pérdidas sufridas una vez superado el estado de necesidad en Argentina. La comisión *ad hoc* ha considerado que, aunque el tribunal no hubiera tratado expresamente la posible responsabilidad de Argentina una vez superada la crisis económica, “el Comité está convencido de que la posición del tribunal en esta cuestión puede inferirse claramente a partir de una lectura integral del Laudo”⁴⁷. En efecto, el tribunal decidió que, en virtud del artículo XI del tratado aplicable⁴⁸, ninguna de las disposiciones del tratado era aplicable a las medidas adoptadas por Argentina durante su crisis económica. Si el tratado no sancionaba dichas medidas, se podía inferir, según la comisión *ad hoc*, que sancionaba tampoco las consecuencias que dichas medidas pudieran generar *a posteriori*, incluso después de la crisis. Así pues, la comisión *ad hoc* rechazó la anulación fundada en la supuesta ausencia de motivos porque las razones del tribunal ya estaban implícitas en las conclusiones y consideraciones del laudo.

3.1.3.2. ¿Existe falta de motivación cuando los motivos expresados son contradictorios?

Esta pregunta también se planteó en la primera decisión de una comisión *ad hoc* CIADI: el caso *Klöckner I*, en 1985. En esa ocasión, la comisión *ad hoc* adoptó, como hemos descrito anteriormente, una interpretación extensiva de esta causal:

“En lo que respecta a la “contradicción entre los motivos”, es en principio correcto incluir esta noción dentro de la categoría “falta de expresión de motivos” por la simple razón que dos motivos genuinamente contradictorios se anulan entre sí. Ello conlleva la ausencia

⁴⁶ *Rumeli*, párr. 83.

⁴⁷ *Continental Casualty*, párr. 126.

⁴⁸ Artículo XI: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”, *Continental Casualty*, párr. 66.

*de motivos. Debe aceptarse, por lo tanto, que existe una obligación de los árbitros de expresar motivos que no sean contradictorios*⁴⁹.

Esta interpretación extensiva fue matizada por la comisión *ad hoc* en el caso *Vivendi I* (2002):

*“Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una (sic.) con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas”*⁵⁰.

3.1.3.3. *¿Existe falta de motivación cuando el tribunal omite tratar en el laudo todos y cada uno de los alegatos de las partes?*

La respuesta es obviamente negativa. Ya la comisión *ad hoc* MINE estableció en 1989 que no era necesario que el tribunal se pronuncie sobre todos los argumentos invocados por las partes: “[e]l Tribunal no tenía que abordar estas controversias específicas de las partes porque sí abordó y resolvió el argumento principal de Guinea (...)”⁵¹. Esta interpretación ha sido mantenida en la práctica posterior de las comisiones *ad hoc*⁵².

⁴⁹ Klöckner I, párr. 116. Traducción libre. Versión original: “As for “contradiction of reasons”, it is in principle appropriate to bring this notion under the category “failure to state reasons” for the very simple reasons that two genuinely contradictory reasons cancel each other out. Hence the failure to state reasons. The arbitrator’s obligation to state reasons which are not contradictory must therefore be accepted”.

⁵⁰ *Vivendi I*, párr. 65. Expresando su acuerdo con *Vivendi I*, la comisión *ad hoc* en el caso *Continental Casualty* explicó que “[s]e podría citar como ejemplo de esta situación que la base de la decisión de un tribunal sobre una cuestión fuera que se hubiera producido el hecho A, mientras que la base para su decisión sobre otra cuestión fuera que no se hubiera producido el hecho A”. Al verificar si el laudo contenía una conclusión ilógica invocada por Argentina, la comisión añadió que el argumento argentino caracterizaba una de las lecturas posibles del laudo y que “[s]i hubiera dos lecturas posibles del Laudo, una que contuviera un error anulable y la otra que no lo tuviera, debe suponerse que esta última lectura es la que refleja la intención del tribunal”, *Continental Casualty*, párrs. 103 y 256.

⁵¹ MINE, párr. 6.51. Traducción libre. Versión original: “The Tribunal did not have to address these specific conflicting contentions of the parties because it did address and resolved Guinea’s principal argument (...)”.

⁵² Por ejemplo, en *Helnan*, párr. 36: “(...) the object of this ground is the reasoning which leads to the Tribunal’s Award. It does not permit annulment simply because the tribunal has not deemed it necessary to discuss every argument raised by one of the parties.” Por su parte, la comisión en el caso *TE-GDF* ha estimado que la omisión por parte del tribunal de tratar en el laudo todos y cada uno de los alegatos de las partes no debe ser analizada como una falta de motivos según el literal (e). La comisión ha considerado que esta hipótesis debería ser analizada como parte de la causal relativa a la extralimitación manifiesta de sus facultades por el tribunal. *TE-GDF*, párr. 64.

Si bien la respuesta es obvia, su aplicación práctica puede no serlo tanto. En efecto, distinguir entre un argumento *principal* (que debe ser tratado por el tribunal en el laudo) y uno *secundario* (que puede ser ignorado en el laudo) puede ser extremadamente complejo y requerir que la comisión *ad hoc* entre a analizar el fondo de la controversia.

3.1.4. Artículo 52(1)(d): “que hubiere quebrantamiento grave de una norma [fundamental] de procedimiento”

Antes de entrar en el análisis de la aplicación de esta causal, es menester señalar la existencia de una diferencia notable entre la versión española y las versiones inglesa y francesa del artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI, todas ellas versiones igualmente auténticas⁵³. Las versiones en inglés (“*fundamental rule of procedure*”) y francés (“*règle fondamentale de procédure*”) califican como fundamental la norma de procedimiento cuyo quebrantamiento grave es causa de anulación. La práctica de las comisiones *ad hoc*, sustentada en las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 22 de mayo de 1969, considera que el artículo 52(1)(d) debe incluir la palabra “fundamental” (lo que señalamos en el título de esta sección)⁵⁴.

El artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI impone, así, dos condiciones para la anulación de un laudo: debe existir (i) un quebrantamiento grave (ii) de una norma fundamental de procedimiento⁵⁵.

El Convenio no define, sin embargo, lo que es un quebrantamiento grave y cuáles son las normas de procedimiento consideradas fundamentales, por lo que hay que acudir a la práctica de las comisiones *ad hoc*. Estas han examinado la gravedad con base en el efecto, que debe ser sustancial, del quebrantamiento sobre el resultado del laudo: “*el quebrantamiento debe ser sustancial y debe privar a la parte del beneficio o la protección que la norma intentaba proporcionar*”⁵⁶ y

⁵³ En efecto, el párr. final del Convenio CIADI señala: “*HECHO en Washington, en los idiomas español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma su conformidad con el desempeño de las funciones que se le encomiendan en este Convenio*”.

⁵⁴ En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Comisión *ad hoc* en *Repsol*: “*En el texto en español del artículo 52(1)(d) del Convenio, se omite la palabra “fundamental” (antes de las palabras “norma de procedimiento”), pero esta palabra forma parte de los otros dos textos igualmente auténticos del Convenio, el inglés y el francés. Como guía, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 22 de mayo de 1969, y de la cual es signataria la República del Ecuador, estipula que en caso de existir diferencias de significado entre textos igualmente auténticos de un tratado “se adaptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del Tratado” (artículo 33(4))*”, *Repsol* párr. 81.

⁵⁵ Por ejemplo, *CDC* párr. 48; *Azurix* párrs. 49-52; *Vieira*, párrs. 373-383.

⁵⁶ *MINE*, párr. 5.05. Traducción libre. Versión original: “*A first comment on this provision con-*

“(…) la violación de la norma debe haber hecho que el Tribunal llegue a un resultado considerablemente distinto al que hubiera llegado si hubiera acatado la norma”⁵⁷.

En lo que respecta al carácter fundamental de la norma de procedimiento violada, los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI permiten concluir que se trata de aquellas que establecen las garantías procesales básicas⁵⁸. Tanto en los países de tradición civilista como en los países de *common law* se considera que las normas fundamentales de procedimiento comprenden el derecho a ser escuchado, el respeto del principio de contradicción y el derecho a la igualdad de trato⁵⁹. Su alcance exacto varía según los diversos sistemas jurídicos (por ejemplo, en cuanto a las reglas de administración de la prueba), por lo que la formación jurídica de los miembros de la comisión *ad hoc* puede influir en el resultado. En cualquier caso, no cabe duda que esta causal no permite la anulación por violación de cualquier norma procesal⁶⁰.

Un estudio de las decisiones proferidas en materia de anulación muestra que esta causal ha sido invocada como motivo de anulación en los siguientes supuestos: parcialidad del tribunal (3.1.4.1), ausencia de deliberación del

cerns the term “serious”. In order to constitute a ground for annulment the departure from a “fundamental rule of procedure” must be serious. The Committee considers that this establishes both quantitative and qualitative criteria: the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide”.

⁵⁷ Wena, párr. 58. Traducción libre. Versión original: “In order to be a “serious” departure from a fundamental rule of procedure, the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed. In the *ad hoc* Committee’s Decision in the matter of MINE, “the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide”.

⁵⁸ En este sentido, durante la Reunión de Expertos de Bangkok, el Sr. ARON BROCHES observó que “the term “fundamental rule of procedure” [...] should be understood as having a wider connotation that that of concrete rules to be adopted by the Administrative Council. “Fundamental rules” would comprise, for instance, the so-called principles of natural justice e.g. that both parties must be heard and that there must be adequate opportunity for rebuttal. At a previous meeting it had been suggested that the term in question should be replaced by “fundamental principles of justice””, Historia del Convenio del CIADI, Vol. II-1, Publicación CIADI, 2009, p. 480.

⁵⁹ MAYER, PIERRE, “Le pouvoir des arbitres de régler la procédure une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law”. En : *Revue de l’Arbitrage*, 1995, Volume 1995, Issue 2, pp. 163 – 184 : “Trois principes fondamentaux sont consacrés partout, et ne pourraient être méconnus qu’accidentellement: le droit d’être entendu (au moins par écrit); le principe du contradictoire, qui implique de surcroît la possibilité de connaître les arguments et les preuves adverses en temps utile pour être en mesure de les combattre par ses propres arguments et preuves; et le principe de l’égalité des parties”.

⁶⁰ En este sentido se ha pronunciado la comisión *ad hoc* en el caso MINE, párr. 5.06.: “A second comment concerns the term “fundamental”: even a serious departure from a rule of procedure will not give rise to annulment, unless that rule is “fundamental”. The Committee considers that a clear example of such a fundamental rule is to be found in Article 18 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration which provides: “The parties shall be treated with equality and each party shall be given full opportunity of presenting his case.” The term “fundamental rule of procedure” is not to be understood as necessarily including all of the Arbitration Rules adopted by the Centre”.

tribunal (3.1.4.2), violación de normas probatorias (3.1.4.3) y violación del derecho a ser escuchado (3.1.4.3).

3.1.4.1. Parcialidad del tribunal

El derecho a un juez y árbitro imparcial constituye la piedra angular del complejo de garantías y derechos que conforman el derecho al debido proceso⁶¹. Es de sobra conocido que no es suficiente que se haga justicia; también es necesario que se pueda constatar que la justicia se ha hecho.

No debe sorprender, por lo tanto, que el primer recurso de anulación en la historia del arbitraje CIADI ya calificara la falta de imparcialidad de quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Aunque la comisión *ad hoc* en *Klöckner I* anuló el laudo por otros motivos, consideró relevante pronunciarse sobre la existencia en el laudo de declaraciones “hostiles” a Klöckner. La comisión *ad hoc* declaró admisible la solicitud de Klöckner porque:

*“[L]a imparcialidad de un árbitro es un requisito fundamental y esencial. Cualquier falencia en este aspecto, esto es, cualquier indicación de parcialidad, debe considerarse como constitutiva, en el sentido del artículo 52(1)(d), de “un quebrantamiento grave de una regla fundamental de procedimiento” en el sentido amplio de la palabra “procedimiento”, o sea, un quebrantamiento grave de una regla fundamental del arbitraje en general y, en especial, del arbitraje CIADI”*⁶².

En su decisión, la comisión *ad hoc* rechazó esta causal de anulación al considerar que las afirmaciones contenidas en el laudo no eran suficientes, por sí solas, para estimar la falta de parcialidad (ni siquiera para albergar sospechas al respecto)⁶³.

⁶¹ Ya la Constitución del Estado de Virginia de 1776, considerada la primera Constitución democrática de la historia y que inspiró otras constituciones y declaraciones posteriores (como la de Pennsylvania (1776), Maryland (1776), Carolina del Norte (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1783), la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Declaración Universal de Derechos franceses de 1789), reconoció en un “*bill of rights*” el derecho de todo ciudadano a ser juzgado con imparcialidad: “SEC. 8. That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers”. Ver Library of Congress en <http://www.loc.gov>.

⁶² *Klöckner I*, párr. 95. Traducción libre. Versión original: “[i]mpartiality of an arbitrator is a fundamental and essential requirement. Any shortcoming in this regard, that is any sign of partiality, must be considered to constitute, within the meaning of Article 52(1)(d), a “serious departure from a fundamental rule of procedure” in the broad sense of the term “procedure,” i.e., a serious departure from a fundamental rule of arbitration in general, and of ICSID arbitration in particular”.

⁶³ *Id.*, párrs. 98 y 110: “Such evaluations, however severe they are or may be, cannot in themselves

3.1.4.2. Ausencia de deliberación

En *Klöckner I*, la comisión *ad hoc* también tuvo la oportunidad de afirmar que la ausencia de deliberación podría llevar a la anulación del laudo por quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento:

*"[a]unque este motivo no está expresamente previsto en el artículo 52, es posible sostener que el requisito de deliberación entre los árbitros es una "regla básica de procedimiento". También es posible sostener que tal deliberación debe ser real y no sólo aparente"*⁶⁴.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las deliberaciones del tribunal son privadas y secretas, ¿cómo podría una comisión *ad hoc* decidir si existió o no deliberación y, en su caso, si ésta fue *real* y no sólo *aparente*? Una pregunta similar puede hacerse respecto de la parte que invoca esta causal: ¿cómo probar la ausencia de deliberación? Hasta la fecha la única respuesta viene dada por la decisión *Klöckner I*, en la que la comisión *ad hoc* examinó las minutas de la Secretaría del CIADI y las referencias en el laudo a la existencia de una opinión minoritaria para concluir a la existencia de deliberaciones.

3.1.4.3. ¿Son las reglas en materia probatoria normas fundamentales de procedimiento?

El sistema CIADI no incluye reglas precisas sobre la administración y carga de la prueba. Las Reglas de Arbitraje (Regla 34(1)) se limitan a atribuirle al tribunal el poder discrecional de decidir sobre la admisibilidad de la prueba y su valor probatorio. Ahora bien, el derecho al debido proceso incluye reglas básicas en materia probatoria como es el principio de igualdad de partes en la presentación de sus pruebas, el derecho a ser escuchado sobre las pruebas presentadas por ambas partes (el cual analizamos en detalle en el apartado siguiente), etc.

Consecuentemente, las comisiones *ad hoc* podrán valorar el respeto de ciertas reglas en materia de prueba, pero no deberían inmiscuirse en la *valoración de la prueba* realizada por los árbitros. En este sentido se pronunció la comisión *ad hoc* en el caso *Wena*, señalando que:

justify the allegation or even suspicion of partiality. Their wording and repetition imply the high idea the Tribunal had of the duties of cooperation and mutual disclosure of parties to such a legal relationship and reflect a high moral conception. (...) None of these elements would suffice to establish or even to cause one to assume partiality on the part of the arbitrators, who in all conscience an neutrality could perfectly well have arrived at the award's interpretations and conclusions".

⁶⁴ *Id.*, respectivamente párr. 84. Traducción libre. Versión original: "While this ground is not expressly provided for in Article 52, it is possible to hold that the requirement of deliberation among the arbitrators is a "basic rule of procedure". It is also possible to hold that such deliberation must be real and not merely apparent".

“(...) el Tribunal tiene discreción para formar su opinión sobre la relevancia y evaluación de los elementos de prueba presentados por cada una de las partes. La Regla de Arbitraje 34(1) recuerda que el Tribunal es el juez quien decide sobre el valor probatorio de la prueba presentada. (...) El Demandante [en la anulación] no muestra cómo el Tribunal se habría extralimitado manifiestamente en el ejercicio de su discreción al evaluar los daños. Por lo tanto, su demanda en este sentido debe ser rechazada por la Comisión⁶⁵.

En 2010, la comisión *ad hoc* en el caso *Rumeli*⁶⁶ actuó de conformidad con los límites de su mandato al señalar que “[d]onde, como aquí, la jurisdicción depende no de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de la prueba, no sería apropiado para el comité *ad hoc* desautorizar la administración de la prueba que le fue presentada”⁶⁷.

3.1.4.4. Derecho a ser escuchado

El derecho a ser escuchado se entiende como el derecho de una parte a presentar su caso ante el tribunal e incluye tanto el principio de contradicción como el principio de igualdad de partes. Como recogió hace escasos meses la comisión *ad hoc* en el caso *Fraport*, “[e]l derecho a ser escuchado ha sido reconocido como una norma fundamental de procedimiento, aplicable a los procedimientos arbitrales internacionales en general”⁶⁸.

⁶⁵ *Wena*, párr. 65. Traducción libre. Versión original: “(...) it is in the Tribunal’s discretion to make its opinion about the relevance and evaluation of the elements of proof presented by each party. Arbitration Rule 34(1) recalls that the Tribunal is the judge of the probative value of the evidence produced. (...) The Applicant does not show in what respect the Tribunal would have manifestly exceeded its discretion in assessing damages. Its complaint in this respect has therefore to be rejected by this committee”. En el mismo sentido, *Continental Casualty*, párr. 140.

⁶⁶ *Rumeli*, párrs. 94 y ss.

⁶⁷ *Id.*, párr. 96. Traducción libre. Versión original: “[w]here, as here, the question of jurisdiction depends not on a question of law but rather on an appreciation of the evidence, it would not be proper for an *ad hoc* committee to overturn a tribunal’s treatment of the evidence to which it was referred”. Además, la Comisión afirma que “[a]s previously pointed out, and pursuant to Rule 34 of the Arbitration Rules, the arbitral tribunal is the judge of the probative evidence put before it. The Committee is neither empowered nor competent to conduct a re-evaluation of the significance of the factual evidence weighed by the Tribunal. The Tribunal gave detailed consideration to the significance of the sequence of events surrounding the Investment Committee’s decision to terminate the Investment Contract (...) The Tribunal did not therefore seriously depart from a fundamental rule of procedure when it decided, based on its assessment of the evidence before it, that there was collusion between the Investment Committee on the one hand and Telecom Invest and its shareholders on the other”, párr. 104.

⁶⁸ *Fraport*, párr. 198. Traducción libre. Versión original: “The right to be heard has been recognized as a fundamental rule of procedure, applicable to International arbitral proceedings generally”. Ver, en este mismo sentido, por ejemplo, *MINE*, párr. 5.06: “(...) a clear example of such a fundamental rule is to be found in the Article 18 of the UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration which provides “The parties shall be treated with equality and each party shall be given full opportunity of presenting his case.””.

Así las cosas, el derecho de las partes a presentar su caso ante el tribunal está íntimamente ligado a la oportunidad que deben tener de examinar y pronunciarse sobre los argumentos y pruebas de la otra parte, presentando sus propios argumentos y pruebas. Si un tribunal arbitral niega este derecho, se produciría un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

Esta aparente obviedad presenta, en la práctica, serias dificultades puesto que, como reconocen tanto la práctica arbitral como la doctrina, un tribunal dispone de un margen de discrecionalidad amplio a la hora de decidir sobre la admisibilidad de elementos de prueba y argumentos⁶⁹. Si bien el ejercicio de este poder discrecional no debe llevar al extremo de impedir a las partes hacer valer sus derechos, el límite entre lo primero y lo segundo (causa de anulación) es difuso. La reciente decisión sobre anulación en el caso *Fraport* ilustra esta dificultad⁷⁰.

En *Fraport*, un arbitraje iniciado bajo el tratado bilateral de inversiones entre Alemania y Filipinas, el inversor alegó la violación de su derecho a ser escuchado por cuanto el tribunal admitió y mencionó en su laudo ciertos documentos presentados por Filipinas después de haber clausurado la etapa probatoria, sin haberle concedido a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre los mismos. Estos documentos eran relativos a la no conformidad de la inversión con el derecho interno filipino⁷¹, fundamento jurídico para que el tribunal denegara su jurisdicción *ratione materiae*⁷² (si bien el tribunal afirma expresamente en su laudo que los documentos internos de derecho filipino no fueron determinantes para su decisión sobre este punto).

⁶⁹ Por ejemplo, BORN GARY B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2582: "(...) a tribunal is generally afforded substantial discretion in determining the needs for admissibility of evidence or arguments on particular issues".

⁷⁰ Cabe señalar que, además de *Fraport*, tan solo ha habido otro caso (*Amco II*) en el que el derecho a ser escuchado sirvió de fundamento jurídico para la anulación de un laudo CIADI con base en la causal de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. En *Amco II*, la comisión *ad hoc* anuló la decisión de rectificación del laudo porque el tribunal no dio la oportunidad a una parte de pronunciarse sobre la solicitud de rectificación formulada por la otra parte.

⁷¹ La ley *anti-dummy* filipina limitaba la participación de inversores extranjeros en el capital de empresas nacionales concesionarias de servicios públicos al 40%. También limitaba la participación de inversores extranjeros en la gestión de cualquier empresa prestataria de servicios públicos. *Fraport*, para eludir dicha ley, había concluido un pacto de accionistas secreto que le permitía controlar la gestión sociedad local filipina (PIATCO), a la cual le había sido entregada la concesión para la construcción y operación de la terminal 3 del Aeropuerto Internacional Ninoy Aquino de Manila.

⁷² El Sr. B. CREMADES, miembro del tribunal *Fraport*, presentó una opinión disidente en lo referente a la interpretación del tratado sobre la conformidad con el derecho interno y la supuesta violación por *Fraport* de la ley *anti-dummy* filipina. Sobre este último punto, la comisión *ad hoc* coincidió, en lo fundamental, con la opinión del Sr. B. CREMADES.

En su decisión, la comisión *ad hoc* estableció que (i) el derecho a ser escuchado es una norma fundamental de procedimiento⁷³ que incluye el derecho de ambas partes a manifestarse sobre las pruebas admitidas por el tribunal, incluso después de haber cerrado la etapa probatoria y (ii) el tribunal incurrió en un quebrantamiento grave de esta norma al *haber considerado* en su laudo las nuevas pruebas documentales sin haber autorizado a las partes a pronunciarse al respecto.

El primer punto no plantea dificultad, pero sí el segundo por cuanto la comisión *ad hoc* parte del presupuesto que el tribunal *consideró* los nuevos documentos (relativos al pronunciamiento de una autoridad filipina, el Procurador, sobre la legalidad de la inversión) para llegar a su conclusión, mientras que el tribunal había afirmado en su laudo que el pronunciamiento del Procurador no era vinculante en el ámbito internacional⁷⁴.

En efecto, la comisión *ad hoc* parece haber invertido el razonamiento pues en lugar de limitarse a afirmar la existencia de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (derecho a ser escuchado), primero se apropia de los poderes discrecionales del tribunal para realizar juicios de valor sobre el acervo probatorio y cómo el tribunal “debería” haber considerado la prueba para, a continuación, concluir que, ante esta circunstancia, debió haber dado a las partes la oportunidad de presentar pruebas y argumentos adicionales. Según la comisión *ad hoc*:

“En la medida en que es aplicable [el Derecho filipino], el tribunal (conservando la independencia de sus poderes de evaluación de la prueba y decisión) debe prestar especial consideración a las decisiones municipales sobre la interpretación de la [ley local] para determinar cómo se aplicaría dentro del sistema legal local. [...]

Esto no quiere decir que la Resolución del Procurador fue necesariamente determinante en cuanto a la decisión del Tribunal sobre su jurisdicción. [...] El Tribunal conserva, en última instancia, el poder de juzgar el acervo probatorio de la prueba que se le presenta.

⁷³ Contrariamente a los principios *nullum crimen sine lege* o *in dubio pro reo*, también invocados por Fraport. Según la comisión *ad hoc* estos principios se refieren a la protección de los derechos humanos en la aplicación del derecho penal y no son normas fundamentales de procedimiento.

⁷⁴ Ver Fraport, párrs. 390-394. En resumen, la mayoría del tribunal consideró la existencia de un pacto secreto de accionistas como el elemento decisivo para apreciar la legalidad de la inversión de Fraport. En su libre apreciación de la prueba, la mayoría del tribunal concluyó que este pacto no había sido presentado al Procurador Filipino antes de que emitiera su Resolución. En cualquier caso, la mayoría del tribunal sostuvo que, aunque el acuerdo secreto de los accionistas hubiese sido presentado al Procurador, su Resolución no constituiría *res judicata* para el tribunal.

Sin embargo, en el contexto de la manera en que la cuestión surgió en el caso presente, la Resolución del Procurador tenía una importancia singular para el caso. En primer lugar, una de las cuestiones planteadas por los demandantes fue precisamente la interpretación de la ley que preocupaba al Tribunal. Segundo, el Procurador era precisamente el funcionario encargado de administrar [la ley local]. Tercero, su decisión, siendo contraria a los intereses del Estado, parece haber sido tomada de forma independiente. Cuarto, la decisión rechaza específicamente la aplicación de la única fuente jurídica que había sido citada como relevante para el tema del control sobre la gestión (...). Quinto, el Procurador determinó que un análisis del control sobre la gestión no era aplicable para determinar la responsabilidad de Fraport bajo [la ley local].

La consecuencia es que Fraport debió, como ha alegado ante esta Comisión, haber tenido la oportunidad de presentar alegaciones ante el Tribunal sobre el efecto jurídico de la Resolución del Procurador (...).

La consecuencia es que, al menos en la medida en que el Tribunal decidió basar la ratio de su decisión en la interpretación de [la ley local] y apartarse de la decisión sobre su interpretación adoptada por el Procurador, debió haber dado una oportunidad adicional a las partes de presentar prueba sobre el derecho Filipino y presentar alegaciones en relación con esta cuestión. Su omisión constituye un quebrantamiento grave de una regla fundamental de procedimiento”⁷⁵. (El resaltado es nuestro).

El hecho que la mayoría del tribunal no hubiera atribuido a la Resolución del Procurador Filipino el valor probatorio que la comisión *ad hoc* consideraba adecuado no puede sustentar la anulación del laudo. Pudo haberse tratado de un error de la mayoría del tribunal al valorar la prueba del derecho interno

⁷⁵ *Id.*, párrs. 236-245. Traducción libre. Versión original: “(...) To the extent of its applicability, the Tribunal (whilst retaining its independent powers of assessment of the evidence and decision) should give particular consideration to municipal decisions as to the construction of the ADL in determining how it would be applied within the municipal legal system (...). This is not to say that the Prosecutor’s Resolution was necessarily dispositive of the point for the purpose of the Tribunal’s determination of its jurisdiction (...). The tribunal retains the ultimate power to judge the probative value of evidence placed before it (...). However, in the context of the manner in which the issue arose in the instant case, the Prosecutor’s Resolution was of singular significance. In the first place, one of the issues raised by the complainants was the very issue of construction of the law which troubled the Tribunal. Secondly, the Prosecutor was the very official charged with responsibility for administration of the ADL. Thirdly, his decision, being adverse to the interests of the state, appeared to have been reached independently. Fourthly, the decision specifically rejected the applicability of the one legal authority which had been cited as pertaining to the issue of managerial control (DOJ Opinion No 165). Fifthly, the Prosecutor decided that a test of managerial control was not applicable to determine Fraport’s liability under the ADL. The consequence is that Fraport should, as it has submitted before this Committee, have been accorded an opportunity to make submissions before the Tribunal, as to the legal effect of the Prosecutor’s Resolution [...]. The consequence is that, at least to the extent that the Tribunal determined to base the ratio of its decision on its construction of Section 2-A of the ADL, and to depart from the decision on its construction taken by the Prosecutor, it ought to have provided a further opportunity to the parties to submit evidence on Philippine law and to make submissions thereon relative to this specific question. Its failure to do so underscores the serious departure from a fundamental rule of procedure. .

filipino⁷⁶, pero este error no constituye una causal de anulación. Cabe preguntarse si la comisión *ad hoc* habría llegado a la misma conclusión de haber considerado la decisión del Procurador irrelevante.

Por último, esta decisión también abordó una cuestión procesal importante: ¿podía Fraport solicitar la anulación del laudo invocando el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento cuando no había formulado objeciones similares antes el tribunal? Según la Regla de Arbitraje 27, la no objeción en tiempo y forma debería haber conllevado la renuncia de Fraport a prevalecerse de estos hechos en sede de anulación⁷⁷.

La comisión *ad hoc* consideró, sin embargo, que Fraport no tuvo conocimiento del quebrantamiento grave de la norma fundamental de procedimiento durante el arbitraje porque desconocía el empleo que el tribunal iba a dar a los documentos litigiosos en su laudo⁷⁸. Esta posición parece algo forzada. En efecto, Fraport podía razonablemente prever que, al haber solicitado los documentos en cuestión y admitirlos como prueba, el tribunal podría tomarlos en consideración para su decisión. Nada parece justificar el hecho de que Fraport haya esperado a que el laudo fuera proferido para, entonces, alegar por primera vez la violación a su derecho a ser escuchado.

3.1.5. Artículo 52(1)(b): “que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”

Es comúnmente aceptado que la extralimitación de las facultades del tribunal debe determinarse con referencia al consentimiento expresado por las partes al arbitraje, pues los poderes de aquél nacen y se configuran mediante el acuerdo de éstas. En la práctica, esta causal sirve de fundamento jurídico para la anulación por extralimitación del tribunal en (i) el ejercicio de la jurisdicción y (ii) la aplicación del Derecho aplicable al fondo de la disputa.

Esta causal requiere que la extralimitación del tribunal sea *manifiesta*, lo que se define, en la práctica, como un aquello que es evidente, obvio, que no requiere interpretación. Como mostramos a continuación, algunas comisiones *ad hoc* han hecho una aplicación muy extensiva de esta causal, en algunos casos censurable por ir más allá de lo que el régimen de anulación del Convenio CIADI permite.

⁷⁶ Confirmando, así, la opinión disidente presentada por el Dr. BERNARDO CREMADES.

⁷⁷ La Regla 27 de las Reglas de Arbitraje dispone que: “Si una parte que sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición del Reglamento Administrativo y Financiero, de estas Reglas o de cualquier otra regla o algún acuerdo aplicable al procedimiento, o alguna resolución del Tribunal, y no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará, salvo respecto de lo dispuesto en el artículo 45 del Convenio, que ha renunciado a su derecho a objetar”.

⁷⁸ *Id.*, Decisión sobre Anulación del 23 de diciembre de 2010, párrs. 204-208 y 233-234.

3.1.5.1. Falta, exceso o no ejercicio de jurisdicción

Entre las decisiones que recogen una concepción amplia de esta causal podemos destacar aquellas proferidas en los casos *Patrick Mitchell*⁷⁹ y *Malaysian Historical Salvors*. En estos casos, las comisiones *ad hoc* se embarcaron en una crítica y revisión, a modo de apelación, de las conclusiones del tribunal en cuanto a su jurisdicción.

Ambas decisiones de anulación trataron la espinosa y controvertida definición de la noción de “inversión” en el arbitraje CIADI. En ellas, las comisiones *ad hoc* parecieron tener como objetivo contribuir con sus decisiones al desarrollo de una interpretación uniforme de dicha noción. Por muy loable que uno considere este objetivo, ésta no es la función de las comisiones *ad hoc* ni la finalidad del régimen de anulación en el sistema CIADI, sobre todo tratándose, en estos casos, de la definición de un concepto (“inversión”) ampliamente debatido.

En el caso *Patrick Mitchell*, el tribunal había aceptado la existencia de una inversión (que incluía como elemento conformador los rendimientos percibidos por el Sr. Mitchell en los Estados Unidos pero no reinvertidos en la Republica Democrática del Congo) y, consecuentemente, se había declarado competente. La comisión *ad hoc*, en cambio, anuló el laudo porque consideró que:

*“El Tribunal Arbitral forzó el concepto de inversión en el presente caso para afirmar su jurisdicción. Esto se debió quizás a la incomodidad generada en el Tribunal Arbitral por las circunstancias fácticas del caso, esto es, la desposesión por la fuerza del Demandante de su propiedad y good will. El hecho es, sin embargo, que esta combinación de errores en el Laudo es tal, que una extralimitación en sus facultades por parte del Tribunal Arbitral debe ser reconocida”*⁸⁰.

En el caso *Malaysian Historical Salvors*, el árbitro único no había aceptado la existencia de inversión conforme al Convenio CIADI y, por ello, se declaró incompetente sin estimar necesario pronunciarse sobre la noción de inversión bajo el tratado bilateral aplicable entre el Reino Unido y Malasia. La comisión *ad hoc* anuló el laudo porque consideró que:

⁷⁹ *Patrick Mitchell*. Esta decisión ya fue examinada anteriormente en el estudio de la causal de ausencia de motivos. La comisión *ad hoc* anuló el laudo con base tanto en la ausencia de motivos como en la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal.

⁸⁰ *Patrick Mitchell*, párr. 46. Traducción libre. Versión original: “*The ad hoc Committee is thus inclined to believe that the Arbitral Tribunal forced the concept of investment in the case at hand in order to affirm its jurisdiction. This is perhaps attributable to the discomfort engendered in the Arbitral Tribunal by the factual circumstances of the case, namely the violent dispossession of the Claimant’s property and good will. The fact remains, however, that this combination of flaws in the Award is such that an excess of power on the part of the Arbitral Tribunal must be acknowledged*”.

“(...) la omisión por parte del árbitro único de considerar, y más aun aplicar, la definición de inversión contenida en el Tratado [bilateral] es un error grave que constituyó una omisión manifiesta de ejercer su jurisdicción”⁸¹.

La comisión *ad hoc*, por mayoría⁸², censuró al árbitro único porque no estaba de acuerdo con la existencia de una definición objetiva de inversión (independiente del tratado bilateral aplicable) según el Convenio CIADI. Por lo tanto, según la comisión *ad hoc*, el árbitro único debió haber analizado la definición de “inversión” bajo el tratado bilateral. Cabe resaltar que la comisión *ad hoc* comenzó su análisis por este tratado, llegando a la conclusión que “es claro que el Contrato y su ejecución por el *Salvor* constituyen una inversión de conformidad con la definición de este término en el Tratado”⁸³. ¿Habría también anulado el laudo la comisión *ad hoc* de haber concluido que no existía inversión bajo el tratado aplicable? En los dos casos analizados, los laudos fueron anulados con base en supuestos “errores” en el razonamiento jurídico sobre la jurisdicción, llegando a resultados diametralmente opuestos en cuanto a la existencia o no de una inversión (en la práctica, cada una de estas dos comisiones ha calificado de error la posición adoptada por la otra). Sin embargo, consideramos censurable afirmar que los tribunales erraron cuando simplemente no aplicaron un criterio que es controvertido.

Estos dos casos también ofrecen una clara ilustración de la falacia que constituye (y peligros que conlleva) afirmar que las comisiones *ad hoc* deben contribuir a una interpretación uniforme del Derecho. En el caso *Patrick Mitchell* (2006), la comisión *ad hoc* anuló el laudo porque consideró que debían darse los criterios objetivos de la noción de inversión bajo el Convenio CIADI. En el caso *Malaysian Historical Salvors*, en cambio, la comisión *ad hoc* consideró que aun cuando no se den todos los criterios objetivos, puede existir inversión bajo el tratado aplicable. Al anular los laudos con base en supuestos errores, pero adoptando ellas mismas decisiones opuestas en cuanto a la “correcta” interpretación de la noción de inversión, estas comisiones *ad hoc* han contribuido a aumentar el desacuerdo sobre la definición de la noción de inversión en la

⁸¹ *Malaysian Historical Salvors*, párr. 74. Traducción libre. Versión original: “[...] the failure of the Sole Arbitrator even to consider, let alone apply, the definition of investment as it is contained in the Agreement to be a gross error that gave rise to a manifest failure to exercise jurisdiction”.

⁸² Uno de los miembros de la comisión *ad hoc* (el Juez Mohamed Shahabuddeen) emitió una opinión disidente. Según el miembro disidente, con el que concordamos, no existían causas para anular el laudo en este caso porque, aun suponiendo que el laudo hubiera cometido errores, ellos no dan lugar a una anulación.

⁸³ *Malaysian Historical Salvors*, párr. 61. Traducción libre. Versión original: “(...) it is clear that the Contract and its performance by the *Salvor* constitute an investment as that term is defined by the Agreement”.

práctica del arbitraje CIADI⁸⁴. Deviene así aparente una de las limitaciones del sistema actual.

3.1.5.2. No aplicación del Derecho aplicable

A pesar de que los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI, como señalamos en la primera sección, demuestran que los Estados excluyeron la aplicación errónea del Derecho aplicable como motivo de anulación, algunas decisiones recientes de comisiones *ad hoc* han ido más allá de lo que podía esperarse e incluido en la *no aplicación* del Derecho aplicable la *aplicación errónea* del mismo.

¿Un error manifiesto y muy grave en la aplicación del Derecho aplicable no equivale a la no aplicación del mismo y, por lo tanto, constituye un motivo de anulación del laudo? En el caso *Soufraki* (2007), por ejemplo, las dos partes afirmaron que sí⁸⁵. Los casos *CMS* (2007), *Enron* (2010) y *Sempra* (2010), todos ellos surgidos a raíz de las medidas regulatorias tomadas por Argentina para enfrentar su crisis económica y tramitados bajo el tratado bilateral Argentina-Estados Unidos, ilustran las divergencias de criterio.

Las tres decisiones de anulación en estos casos consideraron hechos similares y concluyeron a la existencia de supuestos “errores” en la interpretación y aplicación del Derecho por el tribunal⁸⁶. Al contrario de lo que podían esperar aquellos que abogan por una interpretación amplia de los poderes de las comisiones *ad hoc* como medio para contribuir al desarrollo de una práctica uniforme, las comisiones *ad hoc* en los casos *CMS*, *Enron* y *Sempra* llegaron a conclusiones radicalmente opuestas.

⁸⁴ Además, cabe recordar que si la disputa hubiera sido sometida a un nuevo tribunal arbitral, éste no habría tenido la obligación de tomar en cuenta y seguir el criterio de la comisión *ad hoc*.

⁸⁵ La República Argentina invocó dos defensas legales: la aplicación del artículo XI del tratado (excepción relativa a medidas necesarias para el mantenimiento del orden público) y la exclusión de responsabilidad basado en el estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario. Al decidir sobre estas defensas, los laudos en los tres casos cometieron los siguientes errores de derecho según el criterio de las comisiones *ad hoc*: (i) la no distinción entre dos fuentes del derecho internacional: el tratado aplicable (su artículo XI) y la regla de derecho internacional consuetudinario relativa al estado de necesidad. La disposición del tratado debió haber sido interpretada y aplicada de manera prioritaria por el tribunal pues es una *lex specialis* que crea un estándar distinto de la regla general de derecho consuetudinario; (ii) una asimilación incorrecta de los requisitos necesarios para la aplicación del artículo XI del tratado y la causa de exclusión de la responsabilidad relativa al estado de necesidad y (ii) una interpretación demasiado sumaria y superficial de los requisitos del estado de necesidad.

⁸⁶ *CMS* sí anuló parcialmente el laudo, sin embargo, en lo que respecta a la decisión del tribunal sobre la violación por Argentina de la cláusula paraguas del tratado de inversión considerando que el tribunal no había expresado los motivos en los que se fundó para llegar a esa conclusión.

En el caso CMS, la comisión ad hoc afirmó que existían errores manifiestos de Derecho en el laudo y que éstos podrían haber tenido un impacto decisivo en el dispositivo. Pese a ello, no anuló el laudo con base en dichos errores por cuanto reconoció la limitación de su jurisdicción de conformidad con el artículo 52(1) del Convenio CIADI: la comisión ad hoc "(...) no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal"⁸⁷. Según esta comisión ad hoc, el laudo contenía errores y vacíos en la aplicación del Derecho aplicable, pero había dado aplicación al mismo y, por ende, no podía ser anulado por extralimitación manifiesta de facultades. En cambio, "[s]i la Comisión actuase como un tribunal de apelación tendría que revocar el Laudo sobre esta base"⁸⁸.

En el caso *Sempra*, la comisión ad hoc adoptó un análisis diferente que le llevó a anular el laudo con base en la extralimitación manifiesta de sus facultades por el tribunal. La comisión ad hoc consideró que, al asimilar, de manera incorrecta, el artículo XI del Tratado a la regla de derecho internacional consuetudinario sobre el estado de necesidad, el laudo no aplicó el artículo XI del tratado y, por lo tanto, el tribunal incurrió en la causal de anulación del artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI. Para ello, la comisión se basó en una afirmación contenida en el laudo según la cual "(...) no es necesario realizar un examen jurídico adicional bajo el artículo XI habida cuenta que este artículo no establece condiciones distintas de las del derecho consuetudinario a este respecto"⁸⁹. La comisión ad hoc optó así por una solución pragmática para justificar la anulación del laudo:

*"En este caso, el Comité ha llegado a la conclusión de que el Tribunal – con respecto al artículo XI del TBI – no ha aplicado el derecho aplicable y, por ese motivo, se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades. Esta conclusión del Comité excluye cualquier cuestión de error manifiesto en cuanto a la aplicación del derecho aplicable. Por este motivo, es innecesario que el Comité continúe debatiendo si debería trazarse una línea específica que separe un error de derecho que justifique la anulación de uno que no lo hace"*⁹⁰.

Sin embargo, la comisión ad hoc también afirmó, como "propuesta general", que no descartaba totalmente "(...) la posibilidad de que un error manifiesto de derecho pueda, en una situación excepcional, ser de una notoriedad tal que importe una extralimitación manifiesta de facultades"⁹¹ por el tribunal.

⁸⁷ *Id.*, párr. 135.

⁸⁸ *Sempra Energy International c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo párr. 107. Traducción libre. Versión original: "(...) there is no need to undertake a further judicial review under Article XI given that this Article does not set out conditions different from customary law in such regard".

⁸⁹ *Sempra*, párr. 165.

⁹⁰ *Id.*, párr. 164.

⁹¹ *Enron*, párrs. 377-378. Sin embargo, la Comisión no mencionó la falta de motivos como causal de la anulación del laudo en la parte dispositiva de su decisión.

Finalmente, la comisión *ad hoc* en el caso *Enron* llegó al mismo resultado que *Sempra* –la anulación del laudo sobre la base del literal (d) del artículo 52(1)– pero mediante un razonamiento distinto. La comisión decidió, primero, que el laudo debía ser anulado en lo que respecta a la decisión del tribunal sobre los requisitos para la aplicación de la regla del estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario. Según la comisión *ad hoc*, el tribunal no había realizado un análisis jurídico de esos requisitos, sino que se habría basado únicamente en las opiniones de un perito economista presentadas por el inversor. Esto equivaldría a la *no aplicación* del Derecho aplicable y falta de motivación⁹². A continuación, la comisión *ad hoc* consideró que la decisión del tribunal sobre la inaplicabilidad del artículo XI del tratado bilateral se había basado en la conclusión, anterior, sobre el estado de necesidad, razón por la cual la decisión del tribunal sobre el artículo XI del tratado también debía ser anulada.

Por último, la comisión *ad hoc* en el caso *Enron* resaltó la diferencia entre la *no aplicación del Derecho aplicable*, como fundamento para la anulación; y la *aplicación errada del Derecho aplicable*, cuya apreciación no se encuentra entre los poderes de la comisión *ad hoc*⁹³.

Las opiniones expresadas por las Comisiones *ad hoc* en los casos *CMS* y *Enron* excluyendo los errores de Derecho del alcance del literal (b) del artículo 52(1) nos parecen acertadas (si bien su aplicación práctica parece algo artificial pues parten de la constatación de la existencia de errores de Derecho).

En efecto, en el sistema CIADI las comisiones *ad hoc* no son superiores a los tribunales arbitrales y no están investidas del poder de revisión de aspectos de fondo de los laudos. La coherencia y congruencia, si bien necesarias, no pueden justificar el menoscabo de las reglas aplicables al régimen de anulación de los laudos CIADI y la extralimitación, esta vez de las comisiones *ad hoc*, en sus poderes. El criterio que consistiría a incluir dentro de las causales

⁹² *Id.*, párr. 220. Versión original: “The Committee additionally agrees that its task of distinguishing between, on the one hand, “failure to apply the applicable law as a ground for annulment”, and, on the other hand, “misinterpretation of the applicable law as a ground for appeal”, is one that must be approached with caution. The Committee cannot accept any suggestion that where a tribunal errs in articulating or applying the applicable law, it thereby ultimately fails to apply the applicable law and thus manifestly exceeds its powers. Such an argument, if accepted, and even if confined to cases where an error of law by the tribunal is manifest, would obliterate the distinction which an annulment committee is required carefully to maintain between non-application of the applicable law and alleged error in applying the applicable law. An error of law, like an error of fact, is not of itself a ground of annulment. This being the case, in circumstances where it has not been established that the tribunal failed to apply the applicable law, there will normally be no occasion for an *ad hoc* committee to enquire whether or not the tribunal may have erred in its articulation or application of the applicable law, or whether the tribunal may have made an error of fact”.

⁹³ *CMS*, párr. 45.

de anulación la existencia de errores graves en la aplicación del Derecho implicaría un análisis subjetivo (¿qué errores son suficientemente graves?), lo que introduciría en el sistema elementos de incertidumbre e inseguridad adicionales. Con todo, el ejemplo paradigmático del caso argentino revela las insuficiencias del sistema CIADI.

Preocupaciones semejantes se presentan con relación a la utilización por las comisiones *ad hoc* de la facultad de anular parcialmente los laudos a fines no previstos en el Convenio.

3.2. La anulación parcial de laudos sin consecuencia práctica y los objetivos de las comisiones *ad hoc*

El Convenio CIADI establece en el artículo 52(3) que la comisión *ad hoc*:

"(...) tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1)".

Las comisiones *ad hoc* han utilizado esta facultad con objetivos distintos de aquellos relativos a la protección de las partes en litigio contra un laudo con vicios de anulación. El ejemplo más flagrante son aquellas decisiones de anulación parcial del laudo que *no producen ningún efecto práctico para las partes*. Este es el caso de las decisiones en los casos *CMS* y *Helnan*, donde la anulación parcial respondió a fines "académicos" o "ejemplarizantes".

En el caso *CMS* (2007), como vimos anteriormente, la comisión *ad hoc* no anuló el laudo pese a constatar la existencia de errores de Derecho pues era consciente de las limitaciones de su jurisdicción. Sin embargo, esa misma comisión anuló parcialmente el laudo en lo que respecta a la decisión del tribunal sobre la cláusula paraguas. Esto supuso una modificación en el dispositivo del laudo y nada más (no se modificó, por ejemplo, el monto de la compensación a ser pagada a *CMS*).

La propia comisión *ad hoc* afirmó que se consideraba investida de una misión de corrección de supuestos errores de Derecho cometidos por el tribunal para "educar" a futuros tribunales que tendrían que pronunciarse sobre el mismo asunto:

"[t]al como Argentina indicó, el presente es el primero de una larga serie de arbitrajes relativos a la crisis argentina de 2001-2002. En consecuencia, la Comisión procurará clarificar ciertos aspectos sustanciales respecto de los cuales, en su concepto, el Tribunal incurrió en manifiestos errores de derecho. Sin embargo, cabrá analizar si, a consecuencia de ello, el laudo debe ser anulado"⁹⁴.

⁹⁴ El Sr. YVES DERAÏNS era Presidente del tribunal *Helnan*.

En *Helnan* (2010), la comisión *ad hoc* anuló dos párrafos del laudo *sin modificar en nada su parte dispositiva*⁹⁵. Estos párrafos se referían a la necesidad del inversor de cuestionar la legalidad de los actos regulatorios de las autoridades estatales ante las instancias competentes en el orden interno antes de poder alegar la existencia de un ilícito internacional ante instancias internacionales (si el Estado, para entonces, no había remediado la situación de ilegalidad). El objetivo, claradamente afirmado por la comisión *ad hoc*, era “corregir” lo que consideró ser un error de Derecho en el laudo. La finalidad de la comisión, según ella, era evitar que ese error pudiera “(...) vaciar el desarrollo del arbitraje de inversión de gran parte de su fuerza y efecto”⁹⁶. Cabe preguntarse qué disposición del Convenio CIADI prevé este importante poder que la comisión *Helnan* se arrogó unilateralmente.

Es más, lo que para la comisión *ad hoc Helnan* era un “error” del tribunal es, en realidad, una posición adoptada por varios tribunales dentro de un debate doctrinal más amplio que persiste hoy. Muestra de ello es la afirmación del ilustre tribunal del caso *Jan de Nul* según la cual “(...) existe una clara corriente jurisprudencial, como demuestra el perito jurídico de los Demandantes [el Profesor SCHREUER], que exige un intento de obtener reparación ante los tribunales locales antes de formular una demanda por violación de los estándares del TBI independientemente de cualquier obligación de agotar los recursos locales”⁹⁷. Por lo tanto, cabe también preguntarse si realmente había un error que debía ser corregido o si, por el contrario, quien erró fue la comisión *ad hoc*.

Cuando la decisión de la comisión *ad hoc* no conlleva la anulación total del laudo y lo único que está considerando la comisión es si anular parcialmente el mismo *sin ningún efecto o resultado práctico* para las partes, ¿exige y/o permite el Convenio CIADI la anulación parcial? En nuestro criterio, N° De conformidad con el Convenio CIADI, ni las comisiones *ad hoc* tienen el poder de corregir supuestos errores ni tienen por misión garantizar la estabilidad y previsibilidad futuras en el arbitraje de inversión.

Ahora bien, podría considerarse que la discreción de que disponen las comisiones *ad hoc* les permite incluir en sus decisiones las consideraciones que

⁹⁵ *Helnan*, párr. 47. Traducción libre. Versión original: “Yet it would empty the development of investment arbitration of much of its force and effect [...]”.

⁹⁶ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe del Egipto*, Caso CIADI N° ARB/04/13, Decisión sobre la jurisdicción del 16 junio de 2006, párr. 121 y nota al pie n° 38 refiriéndose a los casos *Generation Ukraine c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/00/9, y *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*.

⁹⁷ MAYER PIERRE, “To what extent can an *ad hoc* committee review the factual findings of an arbitral tribunal?”. En: GAILLARD, EMMANUEL Y BANIFATEMI, Yas editores, *IAI International Arbitration Series N° 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: Juris Publishing Inc. e International Arbitration Institute, 2004, p. 249.

estimen pertinentes, incluso contribuciones doctrinales. ¿Pero qué legitimidad tienen las comisiones *ad hoc* para enmendar las decisiones de los tribunales CIADI? No debe olvidarse que las comisiones *ad hoc* no son superiores jerárquicamente a los tribunales arbitrales. Es más, un árbitro CIADI y un miembro de una comisión *ad hoc* poseen las mismas cualificaciones (aunque su designación sigue procedimientos distintos). Nada justifica, por lo tanto, que las comisiones *ad hoc* supongan que sus conclusiones jurídicas son las correctas o tengan más legitimidad que las conclusiones de un tribunal. Como señala el Profesor PIERRE MAYER.

“(...) la única ventaja que tiene la comisión es que tiene a su disposición el resultado del trabajo llevado a cabo por el tribunal, en la forma de un laudo, sobre el cual centra su análisis”⁹⁸.

Al anular parcialmente los laudos arbitrales sin producir ningún efecto concreto para las partes en litigio, las comisiones *ad hoc* pretenden generar efectos futuros. Pero este tipo de deriva crea resultados perversos pues, por un lado, disminuye la credibilidad del laudo pronunciado por el tribunal y podría afectar a su ejecución y, por otro lado, no hace sino añadir un nuevo criterio a la cacofonía existente, incrementando así la incertidumbre. En definitiva, el criterio de la comisión *ad hoc* será un criterio más que habrá que añadir a la lista de casos que van en cierto sentido y que se oponen a otros tantos laudos y criterios de otras comisiones *ad hoc* en sentido opuesto.

Aunque parece necesario garantizar una aplicación correcta y coherente del derecho internacional de las inversiones en el contexto del contencioso entre inversores privados y Estados, esta tarea, en nuestra opinión, no corresponde a las comisiones *ad hoc* en el sistema actual del arbitraje CIADI. ¿Debe por ello pensarse en un nuevo sistema?

4. ¿ES REALMENTE NECESARIO UN NUEVO SISTEMA?

Como ha quedado demostrado en secciones anteriores, el derecho positivo no concede a las comisiones *ad hoc* el poder de revisar la interpretación y aplicación del Derecho y la apreciación de los hechos y pruebas realizadas por los tribunales arbitrales CIADI. Como también ha quedado demostrado, algunas comisiones *ad hoc*, con una interpretación amplia, por no decir libre, de las causales de anulación del artículo 52(1) del Convenio CIADI, se han extralimitados en sus funciones, sin que exista ningún mecanismo para controlar

⁹⁸ El artículo 31(3)(b) dispone que al interpretar los tratados: “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

el resultado (más allá, cuando se haya dado la anulación, de la presentación de un nuevo arbitraje, con el consiguiente costo en tiempo y dinero).

A título preliminar, debemos descartar que la práctica de las comisiones *ad hoc* hasta la fecha pueda ser constitutiva de una interpretación evolutiva de las causales de anulación del artículo 52(1) en los términos del artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena de 1969⁹⁹ pues (i) de la práctica de las comisiones no se puede deducir el consentimiento de los Estados Contratantes del Convenio CIADI a una interpretación amplia de las causales de anulación; (ii) la práctica de las propias comisiones *ad hoc* no es uniforme con respecto a la aplicación de las causales de anulación y (iii), frecuentemente, las comisiones aplican una causal de manera extensiva y, a la vez, afirman en su decisión que la causal no autoriza una revisión del laudo en cuanto al fondo.

Nuestra primera conclusión es, pues, que el régimen de anulación de laudos CIADI actual debe ser utilizado conforme a su objetivo inicial, esto es, como recurso extraordinario cuyo objetivo es garantizar la integridad y la legitimidad del procedimiento arbitral.

Somos conscientes, sin embargo, de que esta utilización conlleva el riesgo de dejar sin respuesta algunos de los problemas que se han exacerbado con el crecimiento exponencial en el número de casos CIADI en los últimos años y su notoriedad, como son la falta de coherencia y exactitud en la aplicación del derecho internacional de inversiones por los tribunales CIADI.

La primera posible solución que se ha planteado, incluida en una propuesta formal del Secretariado del CIADI en 2004¹⁰⁰, ha sido la creación de un nuevo sistema que incluya un mecanismo de apelación ante un órgano permanente. ¿Realmente resolvería esto los problemas del arbitraje CIADI? ¿Podríamos seguir hablando de arbitraje en ese caso? Las preguntas que plantea esta solución son múltiples.

Para poder entrar a considerar esta opción, primero debe existir un consenso entre los Estados Contratantes del Convenio CIADI sobre qué se quiere privilegiar: la *exactitud* y *coherencia* o la *irrevocabilidad* de los laudos. El régimen actual y la posible introducción del recurso de apelación buscan objetivos diferentes.

⁹⁹ "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration", del 22 de octubre de 2004, "Discussion Paper" de la Secretaría CIADI disponible en internet: www.worldbank.org/icsid/highlights/improve-arb.htm (en lo sucesivo "ICSID Discussion Paper").

¹⁰⁰ La Corte Internacional de Justicia también está compuesta por 15 jueces, pero con mandato de 9 años (renovable una vez), mientras que el Órgano de Apelación de la OMC está integrado por 7 miembros con mandato de 4 años (renovable una vez).

La evaluación de esta propuesta de un recurso de apelación en el sistema CIADI debe considerar sus beneficios y contraindicaciones, los que analizamos brevemente a continuación. Para ello, abordaremos los siguientes aspectos: (i) la composición del órgano de apelación; (ii) el alcance de su poder de revisión y (iii) los efectos que tendrían sus decisiones. Respecto de cada uno de estos puntos, estudiaremos la propuesta elaborada por el Secretariado del CIADI en 2004 en el *ICSID Discussion Paper* y realizaremos algunas comparaciones con otros sistemas de resolución de diferencias en derecho internacional (sobre todo, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio). Por último, consideraremos las dificultades para implementar tal recurso de apelación y qué perspectivas se ofrecen al arbitraje de inversión.

En cuanto a la composición del órgano de apelación, es esencial, si el objetivo es tener un criterio uniforme, que se trate de un órgano permanente. De lo contrario, se mantendría la cacofonía actual. Es más, bastaría con conceder poderes más amplios a las comisiones *ad hoc* para alcanzar el mismo resultado.

El *ICSID Discussion Paper* propuso un Panel de Apelación (el "Panel") constituido por 15 miembros de nacionalidades distintas¹⁰¹, con un mandato de seis años¹⁰², elegidos por el Consejo Administrativo del CIADI de entre los candidatos nominados por el Secretario General del CIADI. Esta nominación, desde nuestro punto de vista, debería ser representativa, en términos generales, de la composición de los Estados Contratantes del Convenio CIADI, similar a lo que viene sucediendo con el Órgano de Apelación de la OMC¹⁰³. Los miembros del Panel deben ser personas de reconocido prestigio, con competencia técnica acreditada en Derecho, inversión internacional y tratados de inversiones.

El *ICSID Discussion Paper* no exige la dedicación exclusiva de los miembros del Panel, algo que, en nuestro criterio, sería necesario para evitar toda discusión sobre la existencia de posibles conflictos de interés en los miembros del Panel¹⁰⁴. Entre las actividades profesionales que serían incompatibles con

¹⁰¹ Siendo que 8 de los 15 primeros miembros tendrían un mandato de seis años.

¹⁰² El Estatuto de la Corte internacional de Justicia puede también servir de inspiración para la composición del Panel de Apelación. El artículo 9 del Estatuto que establece que los miembros de la Corte en conjunto deben representar "las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo". Sin embargo, una composición representativa de los Estados Contratantes del Convenio CIADI nos parece lo más importante.

¹⁰³ Las reglas aplicables a los miembros del Órgano de Apelación de la OMC podrían servir de modelo al establecer que "*mientras dure su mandato, los miembros no aceptarán ningún empleo ni ejercerán ninguna actividad profesional que sean incompatibles con sus funciones y responsabilidades*", Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, WT/AB/WP/6, Parte 1, Miembros, Deberes y responsabilidades, artículo 2(2).

¹⁰⁴ De conformidad con el artículo S18 de los estatutos del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS en inglés), con sede en Lausana, los árbitros inscritos en su lista "*may not act as counsel for*

la de miembro del Panel, habría que incluir las de árbitro y abogado en casos relativos al derecho de inversiones internacionales¹⁰⁵.

En lo referente a la toma de decisiones, el *ICSID Discussion Paper* se inspiró en el funcionamiento del Órgano de Apelación de la OMC al disponer que cada recurso de apelación fuese juzgado por un tribunal de apelación compuesto por tres miembros (salvo acuerdo contrario de las partes) designados por el Secretario General de entre los miembros del Panel, con consulta previa a las partes, de ser posible¹⁰⁶. Una diferencia significativa con el Órgano de Apelación de la OMC es que éste adopta sus decisiones como colegio (esto es, después de que cada sección haya consultado a los demás miembros del Órgano de Apelación). Esta obligación, en nuestra opinión necesaria, no fue mencionada respecto del Panel CIADI¹⁰⁷.

El alcance del poder de revisión del Panel, según el modelo presentado en el *ICSID Discussion Paper*, incluiría un “error evidente de derecho” (además de las cinco causales del artículo 52(1) del Convenio CIADI) y “errores serios de hecho”.

Esta propuesta parece inadecuada por dos razones principales. *Primero*, si el objetivo principal del mecanismo de apelación es garantizar una aplicación correcta y coherente del derecho internacional de las inversiones, no se entiende por qué el Panel debería revisar errores de hecho. En la práctica, esto requeriría abrir una fase probatoria, con lo que eso supone en términos de tiempo y costo. *Segundo*, la exigencia de un error de derecho “evidente” añade un elemento de incertidumbre en la norma, pues no se define qué constituye un error de derecho “evidente”. Sería más adecuado inspirarse nuevamente del mecanismo de la OMC, que establece que la apelación tendrá por objeto “[...] las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las inter-

a party before the CAS”.

¹⁰⁵ Para facilitar la lectura de los comentarios a continuación, utilizaremos “Panel” para referirnos tanto a la formación colegial como a cada uno de los tribunales de apelación.

¹⁰⁶ De conformidad con los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, WT/AB/WP/6: “la sección encargada de resolver una apelación intercambiará opiniones con los demás Miembros antes de haber finalizado el informe del examen en apelación”. El objetivo es garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de las decisiones del Órgano de Apelación. En el contexto del CIADI, la propuesta del Secretariado de establecer “tribunales de apelación” no menciona la obligación de actuar como cuerpo colegial.

¹⁰⁷ De conformidad con los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, WT/AB/WP/6: “la sección encargada de resolver una apelación intercambiará opiniones con los demás Miembros antes de haber finalizado el informe del examen en apelación”. El objetivo es garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de las decisiones del Órgano de Apelación. En el contexto del CIADI, la propuesta del Secretariado de establecer “tribunales de apelación” no menciona la obligación de actuar como cuerpo colegial.

pretaciones jurídicas formuladas por éste”¹⁰⁸. En ese sentido, el mecanismo de “apelación” limitado a las cuestiones de derecho correspondería, en los países de tradición civilista, a un mecanismo de casación de los laudos.

Finalmente, en lo referente a los efectos de la decisión del Panel, el *ICSID Discussion Paper* sugiere que aquél podría, además de anular total o parcialmente un laudo de conformidad con el artículo 52 del Convenio CIADI, confirmar el laudo, modificarlo o revocarlo. La decisión del Panel será final y vinculante para las partes (en la medida en que resuelva el litigio).

La constitución de un mecanismo de apelación en el sistema de arbitraje CIADI conforme lo descrito en el *ICSID Discussion Paper* suscita dificultades muy serias.

En primer lugar, dificultades de orden práctico. ¿Cómo podría un tal mecanismo ser implementado en la práctica?

Ante la dificultad de modificar el Convenio CIADI (modificación que tendría que ser ratificada, aceptada o aprobada por todos los Estados Contratantes¹⁰⁹), el *ICSID Discussion Paper* preveía la adopción por el Consejo Administrativo del CIADI de un Reglamento del Mecanismo de Apelación. Ese Mecanismo no sería obligatorio para los Estados Contratantes, sino que dependería de su consentimiento, a ser expresado en los tratados de inversión (lo que quiere decir: en nuevos tratados de inversión o en enmiendas a los tratados de inversión ya existentes).

La solución propuesta por el Secretariado del CIADI daría lugar a una fragmentación entre los casos CIADI que podrían ser objeto de recurso de apelación y aquellos para los cuales el recurso no estaría disponible. Esto, a su vez, incentivaría, aún más si cabe, el *treaty shopping* en el arbitraje de inversión y, sobre todo, daría al traste con el objetivo de uniformidad en la aplicación del Derecho que busca la reforma del sistema.

Por otro lado, un sistema en el que algunos Estados se muestran partidarios de la apelación y otros no podría tener repercusiones difícilmente predecibles en las inversiones internacionales. ¿Por ejemplo, cómo percibirían los inversores internacionales aquellos Estados que prevean en sus tratados la apelación? Podrían pensar que esos Estados quieren este mecanismo para retrasar la resolución de cualquier disputa (pues, por definición, se trata de un sistema en el que los Estados actúan como demandados) y evadir, así, su responsabilidad internacional durante años.

¹⁰⁸ De conformidad con el artículo 17(6) del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

¹⁰⁹ De conformidad con el artículo 66 del Convenio CIADI.

A pesar del tiempo que sería necesario para conseguir la unanimidad necesaria para realizar una enmienda al texto del Convenio CIADI, creemos que éste debería ser el camino a privilegiar. La creación de un mecanismo de apelación en el CIADI (si esto es, realmente, lo que se busca) representa un cambio significativo en los objetivos y modo de funcionamiento del sistema CIADI, que estaría aproximándose a un modelo judicial, que merece el mismo consenso que presidió la adopción del texto final del Convenio hace casi medio siglo.

Si bien se ha considerado la posibilidad de crear una Corte de Apelación en materia de arbitraje de inversión mediante un nuevo tratado independiente del Convenio CIADI¹¹⁰, esta propuesta no evitaría la fragmentación del sistema, con los consiguientes riesgos señalados más arriba, ni evitaría la necesidad de revisar el texto del Convenio CIADI, especialmente la disposición del artículo 53 (1) que prevé que “[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”.

En *segundo lugar*, la existencia de un órgano de apelación permanente no necesariamente implica que sus miembros sean las personas más especializadas y competentes en la materia (especialmente si existe un régimen de incompatibilidades férreo). El riesgo es pues que el laudo de un tribunal arbitral, integrado por árbitros experimentados y especializados, sea revisado por un órgano compuesto por personas con menor experiencia. Además, existe el riesgo de que, por la naturaleza de las diferencias en materia de inversión (que cada vez más implican un cuestionamiento de políticas públicas), un órgano de apelación permanente adquiera una connotación política, la misma

¹¹⁰ Sobre la propuesta de una Corte de Apelación en arbitraje de inversiones: “a new international convention could be adopted to create the Investment Arbitration Appellate Court. While mustering the political will to enact and ratify such a convention might well prove taxing, it is by far the most practical approach as it would permit debate about the appropriate nature of an appellate body and rectify incongruities in the present system. Indeed, it would probably be more effective than the renegotiation of a network of 2100 treaties that might otherwise be required by a “legislative” approach. Creating an appellate system, for example, seems facially inconsistent with the ICSID annulment procedures. But as a review of legal issues and legal interpretation was specifically excluded from the ICSID Convention’s annulment grounds, creating a separate mechanism to review legal errors could be squared with the system. It would, however, need to be accomplished by way of a separate protocol which might, for example, permit appeals to the Appellate Body prior to permitting application for annulment. By implementing such an appellate body in a manner which is consistent with international law, but does not impinge on the enforcement mechanisms already in place, investment arbitration will ensure its long-term survival by creating a forum where diametrically opposed decisions can either be explained or corrected”, SUSAN D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *FORDHAM L. REV.*, 2005, p. 1625.

que el Convenio CIADI buscó evitar al crear una alternativa a la protección diplomática.

Tercero, ¿cuáles serían los efectos de las decisiones dictadas por el Panel CIADI respecto de la aplicación correcta del derecho? ¿Serían considerados precedentes obligatorios para futuros tribunales arbitrales y el propio Panel?

Podría argumentarse que sólo un sistema de precedente vinculante asegura la coherencia de las decisiones y contribuye a crear un *corpus juris* en materia de inversión extranjera. Sin embargo, observamos, por ejemplo, que las decisiones del Órgano de Apelación de la OMC no tienen, formalmente, valor de precedentes vinculantes¹¹¹. Los Estados miembros de la OMC no delegaron al Órgano de Apelación el poder de determinar, de manera definitiva, el sentido de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC y, aún así, el artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en el sistema OMC hace referencia a los objetivos de seguridad y previsibilidad¹¹². En la práctica, el Órgano de Apelación busca seguir la interpretación de los Acuerdos de la OMC de sus decisiones anteriores sin reconocerles, expresamente, valor de precedente. Algo similar podría darse con las decisiones del Panel en el sistema CIADI. Cuanto menos informalmente, las decisiones del Panel tendrían un efecto persuasivo importante.

Más allá de la consideración o no de precedente, cabe preguntarse ¿qué legitimidad tendrían los miembros del Panel para decidir de manera definitiva el sentido de las obligaciones asumidas por los Estados en tratados de inversión?

Esto nos lleva a formularnos una pregunta fundamental que interviene antes de considerar cualquier propuesta: ¿es correcto el diagnóstico? Es decir, ¿es realmente necesario un nuevo sistema? Creemos que no.

El derecho internacional, como demuestra la historia, ha tomado siglos en fraguarse. El derecho de la inversión extranjera directa está todavía dando sus primeros pasos, lo que explica las controversias y contradicciones, inevitables en el proceso de evolución de esta rama del derecho internacional. Definiciones

¹¹¹ De conformidad con un Panel que no siguió una decisión anterior del Órgano de Apelación: *"It is well established that panel and Appellate Body reports are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to the dispute, but that such reports create 'legitimate expectations' among WTO Members and should therefore be taken into account where they are relevant to any dispute."* Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – *Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, párr. 7.99.

¹¹² Artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias: *"Disposiciones generales. (...) El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. (...)"*.

más claras surgirán poco a poco, a la vez que se mantiene un equilibrio entre los intereses de los inversores y los intereses de los Estados.

El incremento en el número de casos de arbitraje de inversión no debe servir de excusa para interrumpir este proceso mediante la creación (difícil) de un órgano de apelación. Al contrario, este incremento permitirá que los tribunales, cada vez más numerosos, y con la ayuda de la doctrina, vayan definiendo los conceptos clave. Esto impone a los tribunales el deber de motivar más sus laudos, explicando en detalle el razonamiento seguido, incluido, de ser necesario, mediante opiniones disidentes (cada vez más frecuentes en nuestros días).

Esta labor es de los tribunales arbitrales, y no de las comisiones *ad hoc*. Son los tribunales quienes mejor conocen los hechos que subyacen a la disputa y, por ende, los mejor situados para llegar a una solución jurídica adaptada a los hechos. No puede olvidarse que son los tribunales, y no las comisiones *ad hoc*, quienes tienen por misión resolver la disputa que le someten las partes con base en el Derecho aplicable. Así debió haber sido en la práctica de las comisiones *ad hoc* y así debería ser en el futuro.

Los aportes de la reforma de 2011 del derecho francés del arbitraje internacional

JOSÉ ROSELL (*)

MARÍA BEATRIZ BURGHEITTO (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *El nuevo derecho francés del arbitraje es fruto de un trabajo conjunto.* 1.2. *La reforma que entró en vigor el 1 de mayo de 2011 consolida los avances jurisprudenciales en materia de arbitraje y adopta algunas novedades útiles.* 1.3. *La reforma mantiene el dualismo en la reglamentación del arbitraje (tratamiento separado del arbitraje doméstico respecto del arbitraje internacional).* 1.4. *La comprensión del sistema dualista se facilita mediante la remisión puntual a las normas que se aplican tanto al arbitraje doméstico como al internacional.* 1.5. *El derecho francés del arbitraje continúa siendo regido por decreto, no por ley, lo cual implica la exclusión de la reforma de ciertas cuestiones.* 1.6. *Cuál es el aporte de la reforma del derecho francés del arbitraje?* 2. *Aumento de la eficacia procesal.* 2.1. *Mejoras relativas a los actores del proceso.* 2.1.1. *Reglas más claras que tienden a facilitar y acelerar la constitución del tribunal arbitral.* 2.1.2. *Refuerzo del poder jurisdiccional de los árbitros.* 2.1.2.1. *Facultad expresa de los árbitros de ordenar medidas provisionales o cautelares y de producción de prueba.* 2.1.2.2. *Facultad expresa de los árbitros de posponer la emisión de una decisión (suspensión de la instancia arbitral).* 2.1.3. *Función de apoyo del juez estatal.* 2.2. *Mejoras atinentes al laudo.* 2.2.1. *Reducción del formalismo relativo a la notificación del laudo a las partes y al reconocimiento y/o ejecución del mismo.* 2.2.2. *Recursos contra el laudo: régimen más favorable a la parte vencedora.* 2.3. *Mejoras atinentes al procedimiento (obligaciones procesales de los árbitros y de las partes tendientes al saneamiento y celeridad del procedimiento arbitral).* 2.3.1. *Mención expresa de los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros.* 2.3.2. *Inclusión de la obligación de lealtad y celeridad, aplicable tanto a los árbitros como a las partes. Interrogante sobre la obligación de confidencialidad.* 3. *Reafirmación del carácter liberal y universal del derecho francés del arbitraje.* 3.1. *Confirmación de cierta jurisprudencia uniforme.* 3.1.1. *Afirmación expresa de la independencia del acuerdo de arbitraje con relación al contrato.* 3.1.2. *Consagración expresa del principio de kompetenz-kompetenz.* 3.1.3. *Supresión de exigencias de forma del acuerdo de arbitraje.* 3.2. *Innovaciones respecto de la jurisprudencia.* 3.2.1. *Juez de apoyo.* 3.2.2. *Introducción de la posibilidad de renuncia a los recursos contra el laudo.* 3.3. *Mantenimiento del carácter liberal (no reglamentarista) del derecho francés del arbitraje.* 4. *Conclusión.*

(*) Socio y co-dirigente del grupo de arbitraje de Hughes Hubbard & Reed LLP.

(**) Counsel, Hughes Hubbard & Reed LLP.

1. INTRODUCCIÓN

El aporte significativo al arbitraje internacional –y específicamente al arbitraje en América Latina y en la península ibérica– de BERNARDO CREMADES e YVES DERAIS es ampliamente conocido y aplaudido. Los autores de este trabajo hemos tenido numerosas ocasiones de admirar las cualidades de ambos a lo largo de nuestra práctica del arbitraje, por lo que nos sentimos honrados de poder contribuir en este libro en honor a ambos.

Desde enero de 2011 existe un “nuevo” derecho francés del arbitraje, siendo el objetivo de esta reforma convertirlo en un derecho más inteligible, especialmente para los juristas que ejercen fuera del territorio francés, y darle mayor seguridad jurídica, al codificar de cierto modo la evolución de la jurisprudencia¹. Este trabajo describe brevemente los principales aspectos de la reforma e incluye algunos comentarios críticos, aunque solamente respecto del arbitraje internacional.

Como veremos, no se trata de una reforma revolucionaria, aunque ciertamente innova en algunos aspectos importantes.

1.1. El nuevo derecho francés del arbitraje es fruto de un trabajo conjunto

Diversos intervinientes participaron, a lo largo de varios años, en la elaboración del texto final del decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011 (en adelante, el “Decreto”) que modifica los artículos del Código de Procedimiento Civil francés (en adelante, “CPC”) que regulan el arbitraje doméstico e internacional en Francia. En efecto, sobre la base de un anteproyecto presentado en 2006 por el Comité Francés del Arbitraje, el Ministerio de Justicia francés elaboró un proyecto a partir de noviembre de 2009. Dicho proyecto, luego de ser sometido a consulta a profesionales especializados e incluso al Consejo de Estado, fue elevado al Primer Ministro², acompañado de una exposición de motivos que fue posteriormente publicada, lo cual no es frecuente en Francia³. Puede decirse entonces que el “nuevo” derecho del arbitraje en Francia es producto

¹ Los autores desean expresar su agradecimiento a CHARLES BOUTTIER y a GUILLERMO SALCEDO por su valiosa contribución a la preparación del presente trabajo. La jurisprudencia citada en el presente trabajo puede ser consultada en el sitio de Internet de Legifrance (www.legifrance.gouv.fr), en los casos en que no se provee una cita de otra fuente.

² “Rapport au Premier ministre relatif au décret no 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage” (Informe dirigido al Primer ministro relativo al decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011 - referencia: NOR : JUSC1025421P, igualmente accesible en el sitio de Internet Legifrance -ver nota al pie anterior-).

³ GAILLARD, Emmanuel. *Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international*. En: *Recueil Dalloz*, 2011, p. 175, §3.

de una acción concertada entre los actores directos del arbitraje y las autoridades gubernamentales.

1.2. La reforma –que entró en vigor el 1 de mayo de 2011– consolida los avances jurisprudenciales en materia de arbitraje y adopta algunas novedades útiles

Dado que los últimos textos databan del 14 de mayo de 1980 (para el arbitraje doméstico) y del 12 de mayo de 1981 (para el arbitraje internacional), se estimó necesario consolidar la experiencia adquirida gracias a una jurisprudencia que fue evolucionando en un sentido favorable al arbitraje durante los treinta años siguientes a la última reforma de 1980-1981 e integrar asimismo conceptos considerados útiles, provenientes de derechos extranjeros o de la práctica del arbitraje, tanto a nivel doméstico como internacional.

La reforma del derecho francés del arbitraje constituye asimismo una respuesta al contexto de creciente competencia en el mundo del arbitraje, respuesta que se ha dado tanto a nivel legislativo como político⁴ y que coincidió con el riesgo concreto de que la sede de la Corte Internacional de Arbitraje de

⁴ En octubre de 2010 el gobierno francés confió a Michel Prada (Inspector General de Finanzas honorario) la misión de realizar un informe sobre cómo reforzar la competitividad jurídica de París, siendo una de las premisas que el rol de París en el arbitraje es decisivo para el atractivo del derecho francés. Por lo tanto, el objetivo de dicho informe era identificar los medios para preservar su rango en la competencia internacional, asegurar su promoción y determinar la necesidad de sancionar alguna disposición para clarificar alguna norma que constituyera un obstáculo a ese respecto. El informe, producto de consultas a profesionales, catedráticos, empresas, organismos públicos franceses y europeos y tribunales, fue publicado en marzo de 2011 y propuso, en materia de arbitraje, (i) la creación de un organismo único que agrupe al conjunto de actores del arbitraje (profesionales, organizaciones y actores económicos), constituyendo un foro de discusión de todo tema que interese al arbitraje y un centro de promoción de París como centro de arbitraje; (ii) la creación de un sitio de Internet que concentre toda la información disponible sobre arbitraje internacional en Francia (legislación, jurisprudencia, organizaciones, estudios de abogados, listas de árbitros, etc.), haciéndola accesible (en inglés y en francés) y (iii) la solución de las dificultades creadas por el precedente *Inserm* -ver apartado 1.5 más abajo-, para lo cual sugirió la reforma del artículo 2060 del Código Civil francés, para que éste incluya una autorización expresa a las entidades públicas francesas de acudir al arbitraje en los contratos relativos al comercio internacional que éstas celebren, identificando al mismo tiempo ciertos principios esenciales del derecho administrativo francés que no podrán ser violados por los laudos arbitrales que sean emitidos en dichos casos y otorgando competencia exclusiva al orden judicial para entender en los recursos contra los laudos arbitrales emitidos en los casos mencionados (con expreso control del respeto de los principios esenciales del derecho administrativo francés, cuya violación sería una de las causales de nulidad, a incluir en el artículo 1520 del CPC) (ver el informe "*Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*". "*Ciertos factores de refuerzo de la competitividad jurídica de la plaza de París*", preparado por Michel Prada en marzo de 2011, disponible en el sitio de Internet del Ministerio de Justicia francés: <http://www.justice.gouv.fr/>).

la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI") abandonara París para instalarse en otra ciudad europea⁵.

1.3. La reforma mantiene el dualismo en la reglamentación del arbitraje (tratamiento separado del arbitraje doméstico respecto del arbitraje internacional)

El derecho francés del arbitraje mantiene el estilo de los decretos anteriores y distingue en consecuencia la normativa aplicable según el carácter doméstico o internacional del arbitraje de que se trate⁶. En el ámbito europeo, solamente Francia, Suiza y Grecia poseen un sistema dualista, mientras que el sistema de regulación monista parece imponerse globalmente⁷.

La internacionalidad de un arbitraje es definida por el artículo 1504 del CPC, que califica de internacional al arbitraje que afecta los intereses del comercio internacional. Esta particular distinción de internacionalidad encuentra su más antiguo antecedente en la adopción de la doctrina *MATTER*⁸ por la Corte de Casación en 1927⁹, mantenida en los decretos de 1980 y 1981, y confirmada en la

⁵ Global Arbitration Review: <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28928/icc-move-unlikely-leave-Paris/>. Ese riesgo se habría disipado gracias a dos eventos: Por un lado, la modificación de la ley de finanzas de Francia, que permitirá que los trabajadores de la CCI gocen de un régimen de exoneración fiscal y, por otro, la oficialización de un acuerdo en virtud del cual la CCI se trasladará a un complejo más moderno en París; BOCCARA, Eve. *Arbitrage : le chant du coq*. En: *Gazette du Palais*, 8 de febrero de 2011, N° 39, p. 3. ; Global Arbitration Review: <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29064/icc-stay-Paris/>. Asimismo, la CCI presentó en septiembre de 2011 una nueva versión de su Reglamento de arbitraje, que entrará en vigor a partir del 1° de enero de 2012 (por lo tanto, citaremos en este trabajo los artículos del Reglamento de arbitraje de la CCI correspondientes a la versión 2012 del mismo).

⁶ Un análisis reciente del debate entre sistemas monistas y dualistas de regulación del arbitraje puede ser consultado en: MAYER, Pierre. *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? II. - L'arbitrage, Deuxième Séance*. En: *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 2005, Volumen 2005, N° 2, p. 361 - 374.

⁷ CLAROS ALEGRÍA, Pedro y HERVELLA, Marie-Thérèse. *Mantenimiento del dualismo y del concepto de arbitraje internacional en el Decreto N.º 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Derecho Arbitral Francés*. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2011, Volumen 2011, N° 11, p. 55 - 64.

⁸ La "doctrina Matter" fue enunciada por el Abogado General Matter en su escrito de alegato en el caso *Pélissier du Besset*, en el que se discutía la validez de una cláusula de pago en moneda extranjera en un contrato de alquiler. Mientras que el locador alegaba que la cláusula era válida porque el contrato había sido celebrado por partes de nacionalidades diferentes, una de ellas domiciliada en Inglaterra, Matter sostuvo con éxito que un contrato, para ser internacional, debía producir un movimiento de flujo y reflujo más allá de las fronteras, consecuencias recíprocas en un país y en otro - por ejemplo, la venta de mercaderías, que pasan de un país al otro, originando un pago, que pasa del país de destino al país de origen de las mercaderías -. Ver LEBOULANGER, Philippe. *La notion d' "intérêts" du commerce international - III.- Droit du commerce international, Quatrième Séance* -. En : *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 2005, Volumen 2005, N° 2, p. 487 - 506.

⁹ Corte de Casación, Sala Primera Civil, 18 de mayo de 1927, *Pélissier du Besset v. The Algiers*

reciente reforma. Esta calificación no está sujeta necesaria o exclusivamente a la presencia de elementos extranjeros en un caso –por ejemplo, los domicilios de las partes localizados en diferentes Estados, o la sede del arbitraje¹⁰– y, al contrario del artículo 1.3.c de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (en adelante, “Ley Modelo”)¹¹, no otorga eficacia alguna al acuerdo de partes de calificar el arbitraje como internacional¹². Si bien esta noción esencialmente económica del carácter internacional del arbitraje –a la que se ha acusado de ser tautológica y de haber generado soluciones jurisprudenciales casuísticas e insatisfactorias–¹³ es coherente con la concepción francesa de la “deslocalización” del arbitraje¹⁴, habría sido deseable incorporar la posibilidad que las partes pacten expresamente que la cuestión que se somete a arbitraje está relacionada con más de un Estado, tal como lo propone la Ley Modelo, para agregar mayor certeza a la noción de internacionalidad. Aunque es cierto que esto permitiría a partes de arbitrajes que actualmente serían considerados por la jurisprudencia como domésticos “evadir” las normas francesas aplicables al arbitraje doméstico. El hecho es que (i) las partes de un contrato en apariencia totalmente doméstico pueden tener razones atendibles para considerar que el mismo afecta los intereses del comercio internacional y (ii) en cualquier caso, la aplicación de las reglas del arbitraje internacional no equivale a la pérdida de la facultad de control sobre el laudo por los tribunales franceses. En efecto, un laudo emitido en Francia en un arbitraje internacional puede ser anulado por los tribunales franceses -tal como cualquier laudo emitido en un arbitraje

Land and Warehouse Co. Ltd. Como explican CLAROS y HERVELLA (Op. Cit., p. 59), este precedente aplicó la doctrina Matter respecto de la validez de ciertas cláusulas monetarias, extendiéndola posteriormente a las cláusulas compromisorias, en las siguientes decisiones: Corte de Casación, Sala Primera Civil, 19 de febrero de 1930, *Mardelé v. Muller*. En *Revue Critique de Droit International Privé*, Dalloz, 1930, p. 282 ; Corte de Casación, Sala Primera Civil, 27 de enero de 1931, *Dambricourt v. Rossard*. En *Revue Critique de Droit International Privé*, Dalloz, 1931, p. 514.

¹⁰ Ver la ley española de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, artículo 3.1, a) y b); Ley suiza de arbitraje: Ley federal sobre de derecho internacional privado, Capítulo 12, artículo 176.1, y todas las leyes basadas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI.

¹¹ Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I: aprobados el 21 de junio de 1985 y enmendados el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El artículo 3.1.c) de la ley española de arbitraje contiene esta posibilidad.

¹² En este sentido conservan su actualidad las decisiones de tribunales franceses emitidas bajo el imperio de la legislación anterior: Corte de Apelación de París, Sala Primera Civil, 1º de julio de 1997, comentada por HASCHER, Dominique. En: *Revue de l'Arbitrage*, 1998, N° 1, p. 131 ; Corte de Casación, Sala Primera Civil, 13 de marzo de 2007, Registro N° 04-10.970.

¹³ CLAROS y HERVELLA, Op. Cit., p. 61.

¹⁴ En la concepción francesa, tanto el procedimiento como el laudo arbitral son independientes de todo orden jurídico estatal: Corte de Casación, Sala Primera Civil, 29 de junio de 2007, *Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*, comentada por GAILLARD, Emmanuel. En: *Revue de l'Arbitrage* 2007, N° 3, p. 507-522.

doméstico- si se prueba que es el resultado de un procedimiento arbitral en el que no se haya respetado el debido proceso o si su ejecución es contraria al orden público internacional francés¹⁵.

1.4. La comprensión del sistema dualista se facilita mediante la remisión puntual a las normas que se aplican tanto al arbitraje doméstico como al internacional

En el texto anterior, el antiguo artículo 1495 del CPC disponía que en presencia de un arbitraje internacional con sede en Francia y, por lo tanto, sujeto al derecho francés, las disposiciones de los Títulos I (acuerdo de arbitraje), II (procedimiento arbitral) y III (laudo arbitral) solamente se aplicarían en ausencia de acuerdo específico de las partes en estas materias (sujeto a lo establecido en los artículos 1493 y 1494)¹⁶.

En el nuevo texto, en cambio, se ha preferido remitir expresa y puntualmente a las únicas normas aplicables al arbitraje doméstico que resultan asimismo de aplicación en el ámbito del arbitraje internacional, salvo pacto en contrario de las partes. Así, el artículo 1506 del CPC remite a algunas de las normas aplicables al acuerdo de arbitraje, al procedimiento, tanto ante los árbitros como ante el “juez de apoyo”¹⁷; a la instancia arbitral; al laudo y a las vías de recurso contra el mismo.

Las normas a las que el artículo 1506 del CPC no remite son aquéllas que (i) imponen ciertas restricciones relativas a la forma del acuerdo de arbitraje¹⁸, a

¹⁵ Artículo 1520, incisos 4 y 5, del CPC.

¹⁶ Artículo 1493: Directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, el acuerdo de arbitraje puede escoger el o los árbitros o prever las modalidades de su designación (...) Si para los arbitrajes con sede en Francia o para aquéllos en los que las partes hayan previsto la aplicación de la ley procesal francesa, la constitución del tribunal arbitral encontrara alguna dificultad, la parte más diligente puede, salvo acuerdo contrario, solicitar la intervención del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de París conforme a las modalidades del artículo 1457 (traducción libre).

Artículo 1494: El acuerdo de arbitraje puede, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, regular el procedimiento de la instancia arbitral; también puede someter la instancia arbitral a la ley procesal que determine. (...) Ante el silencio del acuerdo, el árbitro regula el procedimiento, en cuanto considere necesario, directamente o por referencia a una ley o a un reglamento de arbitraje (traducción libre).

¹⁷ Ver el apartado 2.1.3 más abajo, sobre la función del “juez de apoyo”.

¹⁸ Artículos 1442 a 1445 del CPC, relativos a las condiciones de validez formal de los acuerdos de arbitraje -cláusula compromisoria y compromiso arbitral-. La forma escrita es obligatoria en arbitraje doméstico, mientras que en el arbitraje internacional no existe norma equivalente. Esto es en línea con la Ley Modelo, la cual actualmente propone una opción de definición de “acuerdo de arbitraje” que tampoco exige la forma escrita -ver Opción II del artículo 7 de la Ley Modelo- en el texto Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006.

la calidad y número de árbitros¹⁹ y al plazo del cual ellos disponen para emitir el laudo²⁰; (ii) establecen la confidencialidad del procedimiento arbitral²¹; (iii) fijan las condiciones de la interrupción, suspensión y fin de la instancia arbitral y de la deliberación de los árbitros²²; (iv) establecen requisitos de forma²³ y notificación²⁴ del laudo; (v) prevén la posibilidad de apelación contra el laudo o de un pedido de interpretación y/o rectificación del laudo²⁵ y (vi) regulan las consecuencias de la presencia o ausencia de la previsión de que el laudo sea ejecutable provisoriamente²⁶. El artículo 1506 tampoco remite al artículo

¹⁹ El artículo 1450 del CPC dispone que solamente puede ser árbitro una persona física; el artículo 1451 del CPC impone un número impar de árbitros; el artículo 1461 del CPC dispone que todas las reglas del derecho francés del arbitraje relativas a la constitución y al procedimiento aplicable en las actuaciones frente a los árbitros son de orden público.

²⁰ El artículo 1463, inciso 1, del CPC prevé un plazo máximo de 6 meses para el cumplimiento de la misión de los árbitros, salvo estipulación en contrario. Este plazo se cuenta a partir de la puesta en funciones de los árbitros, definida como la fecha en la que los mismos aceptan su nombramiento -artículo 1456 del CPC- y es prorrogable por acuerdo de partes o, en su defecto, por el juez de apoyo. El Título II - sobre arbitraje internacional -, en cambio, no contiene norma alguna que imponga un plazo legal para la emisión del laudo final.

²¹ El artículo 1464, inciso 3, del CPC, impone a las partes el deber de confidencialidad respecto del procedimiento arbitral. No hay norma equivalente ni similar a ésta entre las disposiciones aplicables al arbitraje internacional.

²² El artículo 1471 del CPC define las reglas aplicables a la interrupción de la instancia, por remisión a los artículos 369 a 372 del CPC, y los artículos 1473 a 1477 del CPC establecen las condiciones y efectos de la suspensión y de la interrupción de la instancia arbitral, como también tratan sobre la deliberación de los árbitros. En arbitraje internacional, por el contrario, sólo se aplica el artículo 1472, que establece que los árbitros podrán aplazar la emisión de su decisión, de estimarlo necesario, lo cual suspenderá el curso de la instancia arbitral durante el tiempo o hasta que se produzca un hecho determinado, pudiendo los árbitros revocar o reducir dicha suspensión.

²³ El artículo 1480 del CPC impone la regla de la mayoría de votos para la emisión del laudo arbitral; los artículos 1483 y 1492 del CPC sancionan con la nulidad el laudo arbitral que no se ajuste a la regla de la mayoría o que no contenga los nombres de los árbitros o la fecha en que ha sido emitido o que no sea motivado. En arbitraje internacional, se aplica la regla de la mayoría, a menos que las partes pacte otra cosa; asimismo, a falta de mayoría, el presidente del tribunal puede decidir solo (artículo 1513). La ausencia de mayoría no ha sido incluida expresamente, por otro lado, en el artículo 1520 como causal de nulidad de los laudos.

²⁴ El artículo 1484, inciso 3, del CPC prevé que el laudo es notificado como se notifican las demandas en Francia, a menos que las partes pacten un medio de notificación diferente. En este aspecto, la misma regla se aplica en arbitraje internacional (artículo 1519, inciso 3).

²⁵ El artículo 1485, inciso 3, del CPC prevé que el juez competente para entender en el recurso de rectificación de errores materiales u omisiones, para el caso que el tribunal no pueda ser reconstituido, será el juez que hubiera sido competente en ausencia de acuerdo de arbitraje; los artículos 1489 y 1490 del CPC establecen que el laudo es susceptible de recurso de apelación si las partes así lo acuerdan. En arbitraje internacional, por el contrario, no hay recurso de apelación disponible contra el laudo, sino solamente recurso de nulidad (artículo 1518), aunque sí existe la posibilidad de solicitar a los árbitros que rectifiquen, interpreten y/o completen el laudo (en virtud de la remisión que hace el artículo 1506, inciso 3, del CPC, al artículo 1485, incisos 1 y 2, del CPC).

²⁶ Artículo 1497 del CPC. Esto implica que la ejecución provisoria de los laudos arbitrales,

1448, inciso 3, CPC, que dispone que el efecto negativo de la autonomía del acuerdo de arbitraje (principio de la *kompetenz-kompetenz*) tiene carácter de orden público²⁷. Sin embargo, es dudoso que se reconociera, en arbitrajes internacionales, un acuerdo de las partes que dispusiera, por ejemplo, que el tribunal judicial está facultado para hacer un análisis, aunque sea preliminar, sobre la validez del acuerdo de arbitraje o sobre la competencia jurisdiccional de los árbitros, ya que semejante acuerdo violaría la obligación de los tribunales franceses de remitir las partes al arbitraje en virtud del artículo II, inciso 3, de la Convención de Nueva York.

1.5. El derecho francés del arbitraje continúa siendo regido por decreto, no por ley, lo cual implica la exclusión de la reforma de ciertas cuestiones

Como en el pasado, la reciente reforma del derecho francés del arbitraje se realizó mediante la sanción de un decreto, en ejercicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo francés. En efecto, el derecho procesal civil, que incluye el arbitraje, no es materia legislativa en Francia, aunque toda reglamentación debe respetar los “principios fundamentales de las obligaciones civiles y comerciales”, los cuales son determinados por ley²⁸. Esto contrasta con otros sistemas, como los sistemas suizo, español, inglés, brasileño y otros, en los cuales el arbitraje -como asimismo la materia procesal en general- es regulado por ley²⁹. Sin embargo, ello no se ha traducido hasta ahora en una mayor inestabilidad del sistema francés, ya que desde su creación por decreto como instituto, en 1980-1981, el procedimiento arbitral no había sido reformado hasta ahora³⁰.

Una discusión contemporánea a la emisión del Decreto fue la de la arbitrabilidad de controversias internacionales que involucran a entidades de

en arbitraje doméstico, no es *de jure*, sino que debe ser expresamente ordenada por los árbitros (en cambio, en arbitraje internacional, la condena contenida en el laudo deben ser cumplida inmediatamente por la parte condenada, y sólo es necesaria una orden judicial de exequátur si dicha parte se niega a cumplirlo -Capítulo III del Título II del Decreto-artículos 1514 a 1517-).

²⁷ Es decir, las partes -bajo pena de nulidad- no pueden eliminar, por acuerdo mutuo la obligación de todo tribunal judicial de declararse incompetente si le es presentado un asunto sometido contractualmente a arbitraje, salvo en el caso que el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o inaplicable.

²⁸ Consejo Constitucional, decisión N° 85-142 L del 13 de noviembre de 1985. La decisión puede ser consultada en: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85142I.htm

²⁹ En Francia, podría concebirse la posibilidad, en teoría, de que una ley estableciera normas de procedimiento arbitral, aunque esto último pertenezca al campo de los decretos.

³⁰ Vale la pena mencionar, sin embargo, que la Ley N°.2001-420 del 15 de mayo de 2001 modificó el artículo 2061 del Código Civil francés, convirtiendo la validez de la cláusula compromisoria en un principio general, lo cual tuvo un impacto importante sobre el arbitraje doméstico.

derecho público. El artículo 2060 del Código Civil francés establece que ciertas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizados por decreto a celebrar acuerdos de arbitraje³¹. En este contexto, en una controversia que comenzó en 2008 entre la fundación Letten F. Saustad, un inversionista extranjero, y el INSERM, una entidad pública francesa, se presentó un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa francesas para decidir cuál de estas jurisdicciones era competente para entender el recurso de anulación contra el laudo³². El Tribunal de Conflictos francés, organismo encargado de resolver los conflictos jurisdiccionales entre las jurisdicciones mencionadas, decidió que, si bien en el caso examinado la competencia correspondía a la

³¹ Naturalmente, la ausencia de una definición precisa impide establecer a ciencia cierta qué categorías de entidades públicas francesas están habilitadas para celebrar acuerdos de arbitraje. Al contrario, tanto la ley peruana de arbitraje (artículo 2) como la española (artículo 4) prevén expresamente que el Estado puede celebrar acuerdos de arbitraje en materia internacional. Por otro lado, en Colombia, por ejemplo, a pesar del principio de validez de la cláusula compromisoria en contratos estatales (artículo 70 de la ley 80 de 1993), existe jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 8 de junio de 2000) y de la Corte Constitucional (sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000) que considera que los jueces administrativos tienen jurisdicción exclusiva en lo atinente a la legalidad de los actos administrativos. Por lo tanto, si el Estado colombiano, haciendo uso de sus poderes exorbitantes, dicta un acto administrativo declarando la resolución de un contrato público, en principio tal acto administrativo no podría ser declarado nulo por un tribunal arbitral, el cual vería restringida su competencia. Así, en un caso relacionado con un contrato de concesión que fue sometido a arbitraje, la entidad pública lo resolvió unilateralmente y posteriormente impugnó el laudo arbitral que le fue desfavorable, alegando que se había desconocido el acto administrativo de liquidación del contrato. La Sección Tercera del Consejo de Estado rechazó el recurso de nulidad intentado, por entender que la entidad estatal había aceptado la competencia arbitral y que el tribunal arbitral había respetado el acto administrativo de liquidación, pues solamente se había pronunciado sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato y no sobre la liquidación del mismo (lo cual implicaría que la nulidad del laudo podría ser declarada si los árbitros se hubieran pronunciado sobre la liquidación del contrato) (ver CHEMÁS JARRAMILLO, JORGE EDUARDO. *Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales*, p. 6, nota al pie 9, accesible en Internet: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Eduardo%20Chem%C3%A1s%20Jaramillo.pdf>).

³² El contencioso comenzó a raíz de diferencias en la ejecución del contrato entre las partes mencionadas, que contenía una cláusula compromisoria. La entidad pública francesa quiso presentar una acción judicial pero el juez que conoció del asunto se declaró incompetente e invitó a la entidad pública a constituir un tribunal arbitral. Luego de constituido, el tribunal arbitral emitió un laudo favorable al inversionista extranjero. La entidad pública presentó sendos recursos de nulidad contra el laudo, tanto ante la Corte de Apelación de París como frente a la Corte Administrativa de Apelación de Marsella. La Corte de Apelación de París rechazó las peticiones de la entidad mediante sentencia del 13 de noviembre de 2008. Mientras tanto, la Corte Administrativa de Apelación de Marsella reenvió el recurso de nulidad al Consejo de Estado el 31 de agosto de 2007 y fue éste último quien decidió convocar al Tribunal de Conflictos.

jurisdicción judicial, podrían existir casos en los que sería competente la jurisdicción administrativa, en particular, en presencia de contratos de un régimen administrativo de orden público³³. Esta decisión fue ampliamente criticada por la doctrina arbitralista francesa³⁴ y aún no queda clara la determinación de la jurisdicción competente en un arbitraje que involucra una entidad de derecho público francés.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la distribución de competencias jurisdiccionales es de exclusiva competencia del legislador francés, el Decreto no podía dar una solución a esta cuestión.

1.6. Cuál es el aporte de la reforma del derecho francés del arbitraje?

Por un lado, ciertas disposiciones nuevas permiten un aumento de la eficacia procesal (capítulo 2). Otras modificaciones constituyen la confirmación del carácter liberal y universalista del derecho francés del arbitraje (capítulo 3).

2. AUMENTO DE LA EFICACIA PROCESAL

2.1. Mejoras relativas a los actores del proceso

2.1.1. Reglas más claras que tienden a facilitar y acelerar la constitución del tribunal arbitral

Demostrando la voluntad de los redactores del Decreto de asegurar la celeridad del procedimiento, las nuevas normas francesas de arbitraje fijan a las partes –en defecto de acuerdo de las mismas– un plazo de un mes para designar un árbitro, plazo que se cuenta a partir de la recepción de la intimación en tal sentido de la parte contraria³⁵. En cuanto al número de árbitros, las partes siguen siendo libres de determinarlo. Sin embargo, a diferencia de la antigua legislación, el Decreto no impone la designación de un número impar de árbitros en los arbitrajes internacionales -aunque sí mantiene esta regla en

³³ Tribunal de Conflictos, T. confl., 17 de mayo de 2010, Registro N° 10-3754.

³⁴ La crítica común contra esta decisión fue que ella parece crear dos regímenes de arbitraje internacional ambiguamente delimitados; es decir, uno administrativo y otro comercial. Ver por ejemplo: GAILLARD, Emmanuel. *Masochisme français*. En: *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 21, 24 de mayo de 2010, p. 585; CLAY, Thomas. *Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage*. En: *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 21, 24 de mayo de 2010, p. 552; LOQUIN, Eric. *De la Dualité de l'Arbitrage Commercial et de l'Arbitrage Administratif*. En: *Revue de droit économique et commercial*, 2010, p. 525.

³⁵ Artículo 1452, inciso 2, del CPC. Esta norma se aplica en ausencia de plazo de designación acordado por las partes. En el caso de un tribunal de tres miembros, salvo acuerdo en contrario de las partes, los co-árbitros designados por las partes deben designar el tercer árbitro: el plazo de 1 mes se aplica también a los co-árbitros a tal efecto y el mismo se cuenta a partir de la fecha de la designación de los mismos.

arbitraje doméstico-, por lo que en principio el tribunal arbitral podría ser constituido por un número par de árbitros³⁶.

En caso de arbitraje “multipartes”; es decir, en los que hay pluralidad de sujetos en la parte actora y/o en la parte demandada, si los co-demandantes, por un lado, o los co-demandados, por el otro, no logran ponerse de acuerdo entre ellos para designar un árbitro en forma conjunta, la institución arbitral o, en su defecto, el “juez de apoyo”³⁷, procederán a la designación de la totalidad del tribunal arbitral³⁸. Esta disposición se inspira en el respeto del principio del tratamiento equitativo de las partes en la designación del tribunal. En efecto, a pesar de que una ventaja esencial del arbitraje es la facultad que tienen las partes de elegir libremente los miembros del tribunal arbitral, dicha libertad debe ceder ante la supremacía del valor de la igualdad entre las partes, tal como lo indica el artículo 1510 del CPC³⁹. Reglamentos arbitrales tales como el de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (artículo 12.6)⁴⁰; el del Centro Internacional de Arbitraje de Viena (artículo 15); el de la London Court of International Arbitration (artículo 8); el de la American Arbitration Association (artículo 6.5 del Reglamento de arbitraje del ICDR –International Center for

³⁶ Consideramos que esta circunstancia se dará en muy raras ocasiones, no sólo por ser poco práctica, sino porque en los arbitrajes sometidos a reglas de arbitraje institucionales, las partes normalmente deben designar uno o tres árbitros (ver, por ejemplo, el artículo 12.1 del Reglamento de arbitraje de la CCI -versión 2012-; artículo 5.4 del Reglamento de arbitraje de la LCIA, entre otros). Esto es incluso válido para las Reglas de arbitraje *ad hoc* de la CNUDMI (artículo 7.1). Por su parte, la Ley Modelo otorga libertad a las partes para fijar el número de árbitros, aunque, en defecto de acuerdo, se designarán tres árbitros (artículo 10.2).

³⁷ Artículo 1453 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506 inciso 2 del CPC (ver además el apartado 2.1.3 más abajo, sobre el “juez de apoyo”).

³⁸ Artículo 1453 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506 inciso 2 del CPC.

³⁹ Esta fue la conclusión de la Corte de Casación en el caso *Dutco* (Sala Primera Civil, 7 de enero de 1992, comentado por BELLET, Pierre, en *Revue de l'Arbitrage*, 1992, p. 470): en dicho caso, la sociedad *Dutco* había demandado a las sociedades *BKMI* y *Siemens* con base en un contrato que incluía una cláusula compromisoria que sometía todo diferendo a la decisión de tres árbitros conforme el Reglamento de arbitraje vigente de la CCI. Las sociedades co-demandadas, luego de solicitar sin éxito que se obligara a *Dutco* a iniciar dos arbitrajes distintos, fueron obligadas por la Corte de Arbitraje de la CCI a nombrar un único árbitro entre las dos para continuar con el procedimiento arbitral, lo que hicieron bajo reserva. Una vez constituido el tribunal arbitral, éste se declaró competente mediante laudo parcial, que fue luego impugnado por *BKMI* y *Siemens* ante la Corte de Apelación de París. Dicha Corte rechazó el recurso de nulidad, pero la Corte de Casación eventualmente anuló el laudo, con base en que el derecho de las partes de ser tratadas en un pie de igualdad con respecto a la designación de un árbitro es de orden público y que las partes no pueden renunciar a dicho derecho antes del nacimiento del litigio.

⁴⁰ Versión 2012 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vigente a partir del 1 de enero de 2012 (corresponde al artículo 10.2 de la versión de 1998 del mismo Reglamento).

Dispute Resolution-) y el de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 13(4)) contienen disposiciones en el mismo sentido.

Fuera de los arbitrajes con partes múltiples, la institución arbitral y, en su defecto, el juez de apoyo, son también los encargados de (i) designar árbitro si alguna de las partes omite hacerlo dentro del plazo fijado a tal efecto⁴¹ y de (ii) resolver todo desacuerdo respecto del mantenimiento en funciones de un árbitro que haya dado a conocer o que las partes conozcan que se encuentra en alguna circunstancia susceptible de poner en duda su independencia o su imparcialidad⁴². En efecto, el artículo 1456 del CPC establece que el árbitro debe dar a conocer toda circunstancia que pueda afectar su independencia e imparcialidad, tanto antes como después de haber aceptado su misión, durante todo el procedimiento arbitral. Aunque la jurisprudencia ya se había pronunciado en este mismo sentido⁴³, vale la pena resaltar la evolución de la noción: El antiguo artículo 1452, inciso 2, del CPC disponía que el árbitro debía revelar todas las *causas de recusación* que le concernían y que, en consecuencia, no podía aceptar su misión sin el acuerdo de todas las partes. El Decreto, además de utilizar un lenguaje más amplio que la mera referencia a las causales de recusación⁴⁴, ha suprimido este derecho de “veto” de las partes, facilitando así la constitución del tribunal. Ello es relevante, dada la

⁴¹ Artículo 1452 incisos 2 -árbitro único- y 3 -tribunal arbitral de tres miembros -, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 2, del CPC.

⁴² Artículo 1456, inciso 3, del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 2, del CPC.

⁴³ Ver Corte de Apelación de París, 12 de enero de 1999, en *Revue de l'Arbitrage*, 1999, p. 381 (la Corte decidió que las obligaciones de independencia e imparcialidad del árbitro se ven seriamente afectadas cuando éste último no revela sus nexos de parentesco con el representante de una de las partes, a pesar que dicho nexo no sea calificado como una causal de recusación por el artículo 341 del CPC) y Corte de Apelación de París, 17 de febrero de 2005, en *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 716 (la Corte estableció que las partes analizan la independencia e imparcialidad del árbitro a través del deber de información que recae sobre este último y confirmó que el alcance de dicho deber excede la mera revelación de la existencia de una o más causales de recusación del artículo 341 del CPC).

⁴⁴ El artículo 1456, inciso 3, del CPC establece la obligación del árbitro de revelar “toda circunstancia susceptible de afectar su independencia o imparcialidad”. Así, los redactores del Decreto decidieron no emplear más el término “causales de recusación” -al que remitían las antiguas normas- para los casos en que se ponga en tela de juicio el mantenimiento de un árbitro dentro del tribunal. En realidad, dicho término es a la vez inexacto, ya que la figura de la recusación es aplicable a los jueces, e insuficiente, porque las causales de recusación del artículo 341 del CPC no pueden cubrir todas las situaciones en las que pueden encontrarse los árbitros que sean susceptibles de generar sospechas sobre su independencia e imparcialidad, requisitos estos últimos que no se hallaban expresamente mencionados hasta ahora y que claramente no quedaban enteramente subsumidos en las causales de recusación de los jueces (ver HENRY, Marc. *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*. En: *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 1999, Vol. 1999, N° 2, pp. 193 - 224 y Corte de Casación, Sala Primera Civil, 28 de abril de 1998, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p. 744).

amplitud del deber de revelación al que están sujetos los árbitros y sobre todo teniendo en cuenta que no todos los hechos revelados justifican el rechazo de la designación de un árbitro o su reemplazo.

Actualmente, una vez hecha la revelación, las partes tienen la oportunidad de indagar sobre los elementos revelados y si deciden no hacerlo, se entiende que renuncian a hacerlo posteriormente⁴⁵. Por el contrario, si el árbitro ejecuta insuficientemente su deber de revelación, desde el momento en que tengan conocimiento del hecho o circunstancia que afectaría la independencia o imparcialidad del mismo, las partes podrán recusar al árbitro e incluso podrán eventualmente atacar cualquier laudo que emane del tribunal arbitral, mediante recurso de nulidad, con base en la causal de constitución irregular del mismo⁴⁶.

⁴⁵ En aplicación del artículo 1466 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC.

⁴⁶ Un ejemplo reciente de aplicación de esta causal de nulidad es el caso *Tecnimont*. En una decisión de 2009, la Corte de Apelación de París anuló un laudo parcial de un tribunal arbitral en un arbitraje bajo el Reglamento de la CCI, con base en el artículo 1502, inciso 2, de CPC (texto anterior) -es decir, constitución irregular del tribunal arbitral-, debido a que el presidente del tribunal no había revelado exhaustivamente los lazos profesionales existentes entre el despacho de abogados en el que se desempeñaba como consultor y Tecnimont, la demandante (dicho despacho tenía como cliente a la casa matriz de Tecnimont en la época en que el presidente fue nombrado, y la oficina parisina del mismo representaba además a una de las filiales de dicha empresa en un litigio pendiente de resolución incluso luego de dictado el laudo). La Corte concluyó que existía conflicto de intereses entre Tecnimont y el presidente del tribunal que este último debió revelar y que la ejecución insuficiente de ese deber de revelación constituyó una falta de independencia del árbitro en cuestión (Corte de Apelación de París, 12 de febrero de 2009; MARC HENRY, *Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente*. En: *Petites Affiches*. 21 de febrero de 2011. N° 36. p. 6). Este caso ha suscitado un marcado interés debido a que es la primera vez que un laudo es anulado en Francia por incumplimiento del deber de revelación por un árbitro. La Corte de Casación anuló posteriormente a su vez la sentencia de la Corte de Apelación de París, por entender que esta última había modificado el objeto del litigio, en violación del artículo 4 del CPC, al ignorar la alegación hecha por Tecnimont, en el sentido que la parte que impugnaba el laudo (Avax) había renunciado a su derecho al haber omitido recusar el presidente del tribunal arbitral dentro del plazo fijado para ello en el Reglamento de la CCI, cuya Corte había además rechazado dicha recusación (Corte de Casación, 4 de noviembre de 2010; THOMAS CLAY, *L'obligation de révélation de l'arbitre*. En: *Cahiers de l'arbitrage*. 20 de octubre de 2010, 1001, N° 4, p. 1147). Recientemente, la Corte de Apelación de Reims, llamada a dictar nueva sentencia en este caso, alineó su posición a la de la Corte de Apelación de París, juzgando que el árbitro tiene la obligación de ponerse en el lugar de las partes para determinar si hay un elemento que pueda poner en duda su independencia o imparcialidad. La Corte de Apelación de Reims concluyó que el árbitro, en este caso, no había ejecutado eficazmente su obligación de revelación y anuló el laudo (Corte de Apelación de Reims, 2 de noviembre de 2011 -inédito-). Esta decisión puede ser objeto nuevamente de un recurso de casación y si las causales de casación invocadas por la parte recurrente son las mismas que las invocadas contra la sentencia de la Corte de Apelación de París, el artículo L-431-6 del Código de Organización Judicial francés prevé que la Corte de Casación debe reunirse en Asamblea Plenaria para decidir definitivamente el asunto (dicha Asamblea Plenaria sería conformada por 19 miembros: el Primer

El Decreto ha mantenido la norma sobre revocación de un árbitro, que exige el acuerdo unánime de las partes⁴⁷. Sin embargo, se ha agregado una segunda frase, previendo la situación en que no exista unanimidad, en cuyo caso se puede acudir a la institución arbitral o, en su defecto, al juez de apoyo, para que éstos decidan sobre la recusación de un árbitro⁴⁸.

2.1.2. Refuerzo del poder jurisdiccional de los árbitros

2.1.2.1. Facultad expresa de los árbitros de ordenar medidas provisionales o cautelares y de producción de prueba

Las actuales normas francesas de arbitraje confieren expresamente al tribunal arbitral la facultad (i) de ordenar las medidas provisionales o cautelares que estime oportunas -salvo embargos y "garantías judiciales", que son de exclusiva competencia de los jueces-⁴⁹, combinadas con *astreintes*, de ser necesario⁵⁰, consagrando de esta manera una evolución de origen pretoriano⁵¹ y

Presidente de la Corte y tres representantes de cada una de las seis Salas de la Corte).

⁴⁷ El artículo 1458 del CPC reafirma así la voluntad de las partes como piedra angular del procedimiento: a primera frase de este artículo es una reproducción del antiguo artículo 1462 inciso 2 del CPC.

⁴⁸ Un caso en el que se presentaron dificultades con la presencia de un árbitro, a pesar de la voluntad expresa de la parte que lo nombró de revocar su nombramiento, fue el caso *Elf Neftegaz*. El hecho que el arbitraje tuviera sede en Suecia llevó a la Corte de Apelación de París a concluir, en una decisión del 6 de enero de 2011, que el juez francés no se puede inmiscuir en la constitución de un tribunal arbitral que no tiene sede en Francia, al que no le es aplicable el CPC francés - Corte de Apelación de París, 6 de enero de 2011, en *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p. 177. Esta decisión sin embargo implicaría que, si la sede hubiese sido en Francia, el juez de apoyo francés habría podido ser llamado a analizar las razones por las cuales la parte que designó el árbitro lo recusaba.

⁴⁹ Las "garantías judiciales" son aquéllas que pueden ser constituidas a título precautorio sobre ciertos bienes, en virtud de autorización judicial, como por ejemplo, una hipoteca sobre un inmueble o una prenda de un fondo de comercio, de acciones o partes sociales y otros valores mobiliarios (traducción libre de la definición incluida en CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant), cuarta edición, París: Editorial Puf, 2003).

⁵⁰ Artículo 1468 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC. Las *astreintes* son definidas como condena pecuniaria accesoria y eventual, generalmente fijada en un monto dado por día de demora, que se agrega a la condena principal para el caso en que esta última no fuera cumplida dentro del plazo fijado por el juez y tiende a obtener del deudor, mediante la amenaza de un aumento progresivo de su deuda dineraria, la ejecución en especie de una obligación que implique un acto de su parte (sea provisoria o definitiva) (traducción libre de la definición incluida en CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant), cuarta edición, París: Editorial Puf, 2003).

⁵¹ Con anterioridad al Decreto, el CPC no contenía ninguna disposición específica que permitiera concluir que el tribunal arbitral podía dictar medidas provisionales o conservatorias. Sin embargo, la jurisprudencia ya había consagrado esta posibilidad e incluso había afirmado que la repartición de competencias entre árbitros y jurisdicciones estatales no era de orden público (ver Corte de Casación, Sala Primera Civil, 18 de noviembre de 1986,

(ii) de ordenar a una parte producir un elemento de prueba que se encuentre en su poder, también combinado con *astreintes*⁵², de ser necesario⁵³, lo cual confirma igualmente la posición jurisprudencial citada⁵⁴. Los autores del Decreto no estimaron sin embargo conveniente otorgar a los árbitros el poder de obligar a un tercero -por ejemplo, un testigo recalcitrante- a comparecer ante ellos o a producir prueba bajo pena de *astreintes*, siendo en estos casos necesario recurrir a los tribunales nacionales.

En cuanto al rol del juez francés a este respecto, si bien queda confirmada la facultad de una parte de un acuerdo de arbitraje de solicitar una medida cautelar al juez francés competente antes de la constitución del tribunal arbitral, el Decreto no especifica si dicha parte podría hacerlo aún luego de constituido dicho tribunal arbitral, lo cual puede interpretarse como una prohibición, *a contrario sensu*⁵⁵. Es posible concluir, sin embargo, que sería aún admisible

Atlantic Triton v. République populaire révolutionnaire de Guinée; Corte de Casación, Sala Segunda Civil, 20 de marzo de 1989, comentada por COUCHEZ, Gérard. En: *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 494, y también Corte de Apelación de París, 7 de octubre de 2004. En *Revue de l'Arbitrage*. 2004. p. 982). La LDIP suiza contiene una disposición similar en su artículo 182, inciso 4, y la Ley Modelo, en su artículo 17, reconoce también esta facultad a los árbitros, agregando una lista de tipos de medidas cautelares y, en los artículos subsiguientes, una descripción detallada del régimen de las medidas cautelares (ver artículos 17A a 17J -texto según enmiendas de 2006).

⁵² Artículo 1467, inciso 3, del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC.

⁵³ Esta práctica ya estaba autorizada en Francia bajo la antigua legislación francesa y en las legislaciones belga (artículo 12 de la ley de arbitraje del 19 de mayo de 1998) y holandesa (artículo 1056 del Código de Procedimiento Civil), aunque controvertida en Suiza y desconocida en la mayoría de las restantes legislaciones (ver DERAINS, Yves, *La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, En *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 2004, vol. 2004, N° 4, pp. 781-802, p. 794). La doctrina reconoce por un lado las ventajas prácticas de este tipo de sanción, que contribuye a la mayor eficacia de las decisiones de los árbitros en cuanto a medidas sobre la prueba y medidas provisionales o cautelares, pero algunos autores se oponen a ella, señalando que el árbitro, que carece de *imperium*, no puede recurrir a la fuerza pública y por lo tanto, no puede imponer *astreintes* a una parte, especialmente si las partes no lo han autorizado a tal efecto o no se han sometido a un reglamento de arbitraje que prevé tal facultad (ver LEVY, LAURENT. *Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*, ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage 2001, Vol. 19, N° 1, pp. 21 - 36; VON SEGESSER, Georg y KURTH, Christoph. En KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y STUCKI, Blaise. *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International 2004, pp. 69-88 (citando MAYER, Pierre, *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*. En J. Haldy/J. M. Rapp/P. Ferrari (eds), *Etudes de procédures et de l'arbitrage en l'honneur de Jean Francois Poudret*, 1999, pp. 442-443 ; MOURRE, Alexis. *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*. En FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel y ARIAS, David (eds). *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2011, vol. 2011, N° 10, pp. 17-36).

⁵⁴ Ver *supra* nota al pie N° 51.

⁵⁵ Anteriormente, sin embargo, la jurisprudencia ya había admitido que los jueces pudiesen dictar este tipo de medidas incluso después de la constitución del tribunal arbitral - Corte de Casación, Sala Primera Civil, 28 de junio de 1989, en *Revue de l'Arbitrage*, 1989,

acudir al juez durante el arbitraje si el tribunal arbitral se encontrara ya sea imposibilitado de dictar la medida requerida⁵⁶ o, aún teniendo la facultad de hacerlo, pudiera hacerlo solamente de modo menos eficaz que el juez⁵⁷. Por otro lado, el juez francés tiene la posibilidad, incluso antes de la constitución del tribunal arbitral, de dictar medidas de instrucción *ad futurum* previstas en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, permitiendo la conservación de elementos de prueba⁵⁸.

2.1.2.2. *Facultad expresa de los árbitros de posponer la emisión de una decisión (suspensión de la instancia arbitral)*

El artículo 1472 del CPC, aplicable en materia internacional, introduce la facultad de los árbitros de posponer la emisión de sus decisiones medida que suspenderá la instancia arbitral durante el plazo fijado o hasta que se produzca un hecho determinado por los árbitros⁵⁹. Estos pueden asimismo

p. 653 -. Asimismo, la doctrina arbitralista francesa interpreta que el Decreto no prohíbe esta última posibilidad y señala que existen situaciones en las que es útil acudir ante el juez de derecho común, a pesar de que el tribunal arbitral ya se halle en funciones (ver MOURRE, Alexis y AMEZAGA, Bingen. *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo artículo 1505 del Código Procesal Civil*. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2011, Vol. 2011, N° 11, p. 95 - 107, p. 96). La citada doctrina señala además que esta disposición choca con el artículo 28.2 del Reglamento de la CCI (versión 2012), que permite acudir al juez durante el desarrollo de la instancia arbitral, aún sin contar con el consentimiento previo del tribunal arbitral. En la práctica, sin embargo, si las partes pactan la aplicación del Reglamento de la CCI, será éste el que se aplique y no el artículo 1449 del CPC, ya que este último posee un carácter supletorio a lo acordado por las partes.

⁵⁶ Esta situación se da por ejemplo en los casos en los que una de las partes requiere la producción de un documento en posesión de un tercero (artículo 1469 del CPC) (ver GAILLARD, Emmanuel. Op. Cit., §14, quien señala que, como el juez actúa en dichos casos en apoyo del procedimiento arbitral, sólo podrá hacerlo si existe consentimiento previo del tribunal arbitral).

⁵⁷ JARROSSON, Charles y PELLERIN, Jacques. *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*. En *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage 2011, Volumen 2011 N° 1), pp. 5 - 86 (pp.15-16). Estos autores apuntan que ése era el caso con anterioridad a la reforma. Por otro lado, no parecen condicionar la actuación del juez a la existencia de consentimiento de los árbitros. En todo caso, opinan que el juez deberá intervenir solamente si es necesario, situación que se dará menos frecuentemente, dadas las amplias facultades de los árbitros de dictar medidas cautelares. También señalan que en el caso específico del *référé-provision* (medida particular propia del derecho francés que permite a un acreedor ejecutar rápidamente su crédito, ante la ausencia de objeción sería contra su pretensión), éste procedimiento sólo es posible (i) si existe urgencia y (ii) si el tribunal arbitral no ha sido aún constituido.

⁵⁸ Artículo 1449, inciso 2, del CPC.

⁵⁹ Artículo aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC. En la legislación anterior, existía la posibilidad de interrupción -o de suspensión- de la instancia arbitral, en virtud del artículo 1465 del CPC, que reenviaba a los artículos 369 a 376 del CPC. Por su parte, el efecto de suspensión de la instancia de la decisión de aplazamiento de un pronunciamiento, que está previsto en el artículo 378 del CPC, no era expre-

eliminar o acortar el período de aplazamiento. Esta facultad es útil en por lo menos dos hipótesis: (i) si los árbitros emiten, por ejemplo, un laudo parcial condenando a una de las partes a realizar un acto dentro de un determinado plazo, y al mismo tiempo, suspenden la instancia arbitral por el plazo fijado a dicha parte para cumplir la condena, de forma de mantener su competencia hasta el dictado del laudo final sobre todos los puntos litigiosos y de poder supervisar la ejecución del laudo parcial⁶⁰; o (ii) si existen procedimientos judiciales paralelos al procedimiento arbitral -por ejemplo, en materia penal, administrativa o de derecho de la competencia, entre otros- o incluso otros arbitrajes paralelos, y los árbitros estiman prudente aplazar su decisión sobre el fondo hasta conocer el resultado de dichos procedimientos paralelos.

2.1.3. Función de apoyo del juez estatal

El juez encargado de dar asistencia al arbitraje internacional es, a partir de esta reforma, el “juez de apoyo” y dicha función es desempeñada por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de París, en materia internacional, salvo acuerdo contrario de las partes⁶¹. Este juez de apoyo, cuya competencia debe distinguirse de la del juez competente para dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, por ejemplo, y también de la del juez competente para ordenar la producción de prueba a un tercero⁶², interviene (i) para impedir situaciones de bloqueo en la constitución del tribunal arbitral y para todo diferendo relacionado con la misma⁶³; (ii) en caso de recusación contra un árbitro⁶⁴; (iii) en caso de renuncia de un árbitro no aceptada por una o más partes⁶⁵; (iv) en caso de solicitud de revocación de un

samente aplicable al arbitraje, aunque no existía tampoco prohibición alguna al respecto.

⁶⁰ Ver JARROSSON, Charles y PELLERIN, Jacques, Op. Cit., §45.

⁶¹ Artículo 1505 del CPC.

⁶² Artículo 1469 del CPC: El juez puede ordenar la producción de un documento sin legalizar, un documento en poder de un tercero o que ese tercero pueda ser escuchado como testigo. Esta disposición tiene por objetivo paliar una “debilidad natural del arbitraje” ya que, siendo su intervención de naturaleza contractual, el árbitro no dispone de un poder de coacción frente a terceros ajenos a la relación contractual inicial (ver BÉGUIEN, Jacques, ORTSCHIEDT, Jérôme y SERAGLINI, Charles. *Un second souffle pour l'arbitrage.- Arbitrage interne - À propos du décret du 13 janvier 2011*. En: *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 11, 14 de marzo de 2011, p. 322). Según JARROSSON, Charles y PELLERIN, Jacques, Op. Cit., §29, en esta hipótesis, la competencia territorial del Presidente del Tribunal de Primera Instancia es aquella del derecho civil (artículos 42 a 48 del CPC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1469).

⁶³ Artículos 1452 a 1454 del CPC, aplicables al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 2, del CPC.

⁶⁴ Artículo 1456 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 2, del CPC.

⁶⁵ Artículo 1457 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506,

árbitro por una parte⁶⁶; (v) en caso de prórroga de la duración de la misión de los árbitros⁶⁷ o del plazo de tres meses previsto para el dictado del laudo rectificativo⁶⁸. Si bien esta atribución de competencia al juez estatal existía ya bajo las normas anteriores, el hecho de agrupar las competencias mencionadas bajo la denominación “juez de apoyo”, inspirada en la ley suiza de arbitraje, otorga mayor relieve y claridad a esta figura, distinguiéndola de otros tipos de intervención judicial relativa al arbitraje⁶⁹.

El artículo 1505 del CPC eleva a cuatro -en lugar de dos, como anteriormente lo hacía el artículo 1493 del CPC- los supuestos de competencia del juez de apoyo francés en materia de arbitraje internacional; a saber, los casos en los que: (i) el arbitraje se desarrolla en Francia; o (ii) las partes han acordado someter el arbitraje a las normas procesales francesas; o (iii) las partes han pactado expresamente la competencia de la jurisdicción estatal francesa para que conozca de las diferencias relativas al procedimiento arbitral; o (iv) una de las partes se halla expuesta a un riesgo de denegación de justicia. Estas dos últimas hipótesis serán las menos frecuentes y, sobre todo en el caso de la última, de valor más bien declarativo que práctico, como veremos más abajo.

2.2. Mejoras atinentes al laudo

2.2.1. Reducción del formalismo relativo a la notificación del laudo a las partes y al reconocimiento y/o ejecución del mismo

En cuanto a la notificación, para los laudos dictados en Francia, el artículo 1519 del CPC, incluido en el Capítulo IV sobre las vías de recurso contra los laudos, establece en su inciso tercero que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la notificación será por “significación”⁷⁰. Esta norma otorga entonces a las partes la facultad de acordar la notificación del laudo por vía electrónica, por ejemplo, o por carta con acuse de recibo⁷¹. En cuanto a los laudos dicta-

inciso 2, del CPC.

⁶⁶ Artículo 1458 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 2, del CPC.

⁶⁷ Artículo 1462, inciso 2, del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC.

⁶⁸ Artículo 1486, inciso 2, del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC.

⁶⁹ JARROSSON, Charles y PELLERIN, Jacques, Op. Cit., §29.

⁷⁰ Notificación hecha por un oficial de justicia, conocido en el sistema judicial francés como *huissier de justice*.

⁷¹ En realidad, al someterse a reglamentos arbitrales como el Reglamento de la CCI, las partes de un arbitraje con sede en Francia acuerdan la notificación del laudo por un método diferente al de la “significación” (todo laudo es notificado a las partes por la Secretaría

dos en el extranjero, el artículo 1525, inciso 3, del CPC permite actualmente a las partes acordar otro tipo de notificación distinta a la “significación” para notificar el laudo al que se le ha acordado el exequátur⁷².

En cuanto al reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral emitido en el extranjero, según los términos del artículo 1515 del CPC, el laudo arbitral emitido en una lengua extranjera no debe ser objeto de una traducción juramentada, en principio, aunque el juez conserva la facultad de ordenarla.

2.2.2. Recursos contra el laudo: régimen más favorable a la parte vencedora

El derecho francés del arbitraje expresa actualmente en forma clara que el único recurso posible contra un laudo dictado en Francia en un arbitraje internacional es el recurso de nulidad⁷³. Asimismo, el artículo 1519, inciso 2, del CPC establece que el recurso de nulidad contra el laudo arbitral no es admisible pasado el término de un mes, contado a partir de la notificación del laudo, mientras que, en el régimen anterior, el antiguo artículo 1486, inciso 2, del CPC establecía que el término máximo de un mes se contaba a partir de la “significación” de la orden de exequátur del laudo⁷⁴. Este plazo para interponer recurso de nulidad constituye un aspecto novedoso del Decreto que los usuarios del arbitraje esperaban con impaciencia, pues pone el fin al

de la Corte de la CCI - artículo 34.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI -versión 2011- y las partes renuncian a cualquier otra notificación por parte del tribunal arbitral -artículo 34.3 del mismo Reglamento y versión-). Según cierta doctrina (SERAGLINI, Christophe y ORTSCHIEDT, Jérôme -exposición en el coloquio “*Le nouveau droit français de l’arbitrage*”, París, 28/2/11, organizado por la Universidad de Versailles), para que estas notificaciones pactadas por las partes sean reconocidas por un juez como hechas válidamente, sería necesario que el acto de notificación indique las modalidades y los recursos contra el documento que se notifica, ya que la indicación de modalidades y recursos constituye una garantía procesal fundamental, basada en el artículo 680 del CPC, juzgada por la jurisprudencia como aplicable a la notificación de un laudo arbitral (Corte de Casación, Sala Segunda Civil, 4 de febrero de 1999, en *Revue de l’Arbitrage*, 1986, p. 329, observaciones de Th. Bernard). Dado que las notificaciones de laudos efectuadas por la Secretaría de la Corte de la CCI no mencionan los recursos disponibles, ellas podrían ser declaradas nulas o ineficaces por un juez francés, según este criterio.

⁷² Entendemos que esta facultad es solamente aplicable a las notificaciones hechas en Francia, ya que, en cuanto a las efectuadas en otros Estados, deberá estarse a lo que disponga la legislación local del Estado del domicilio del destinatario de la notificación (incluidos los tratados internacionales aplicables) (ver GAILLARD, Op. Cit., §34, quien apunta asimismo que dicha legislación podría también tener un impacto en la notificación del laudo mismo, no sólo de la orden de *exequátur*).

⁷³ Artículo 1518 del CPC.

⁷⁴ Esto evidentemente acorta el plazo para presentar el recurso de nulidad contra el laudo, sobre todo en el caso en que las partes hayan pactado un modo más expedito de notificación del laudo (por ejemplo, por vía electrónica, directamente por los árbitros o la institución arbitral, como es el caso del Reglamento de arbitraje de la CCI).

riesgo que un laudo pueda ser impugnado luego de varios años de haber sido emitido, en los casos en los que no se haya solicitado el exequátur del mismo.

Así, el régimen francés del arbitraje internacional se acerca a lo dispuesto por la Ley Modelo, que en su artículo 34, inciso 3, fija un plazo de tres meses para presentar el recurso de nulidad, contados a partir de la fecha de recepción del laudo y añade además que, si se ha solicitado corrección y/o interpretación del laudo⁷⁵, dicho plazo correrá a partir desde la fecha en que tal petición haya sido resuelta por los árbitros.

En el derecho francés, en el que está ausente esta precisión, entendemos que el recurso de nulidad deberá presentarse dentro del mes de notificado el laudo, independientemente del hecho que una parte haya solicitado -o lo haga posteriormente- a los árbitros que corrijan errores, interpreten y/o completen el laudo⁷⁶.

La reforma ha precisado y acortado incluso el término para presentar una solicitud a los árbitros para que estos interpreten el laudo, corrijan errores y/u omisiones que el mismo padezca o lo completen, por haber omitido laudar sobre un reclamo. Dicha solicitud debe presentarse dentro de los tres meses, contados a partir de la notificación del laudo⁷⁷.

⁷⁵ Artículo 33 de la Ley Modelo.

⁷⁶ Otras legislaciones de arbitraje europeas fijan plazos de entre uno a tres meses, a partir de la notificación del laudo, para interponer el recurso de nulidad contra el mismo (por ejemplo, el artículo 191.1 LDIP, que remite a la ley de organización judicial suiza, la cual prevé un mes de plazo para interponer el recurso de nulidad; el artículo 828, inc. 1, del Código de Procedimiento Civil italiano, que fija un plazo de 90 días. Sin embargo, sólo algunas prevén un plazo específico en caso que se haya presentado una solicitud de corrección y/o interpretación del laudo (ejemplo: artículo 1059.3, de la ley de arbitraje alemana de 1998, que fija un plazo de tres meses desde la fecha de recepción del laudo por la parte que lo impugna, el cual será extendido por otro mes, como máximo, desde la recepción de la solicitud de corrección y/o interpretación y el artículo 34.3 de la ley sueca de arbitraje, que fija un plazo de tres meses desde la notificación del laudo para interponer el recurso de nulidad o, en caso que exista rectificación, interpretación o complemento al laudo, tres meses a partir de que la parte toma conocimiento del laudo completo). Con relación al plazo para interponer el recurso de nulidad contra el laudo, la expresión "laudo completo" puede sugerir que desde la emisión de este último comienza a correr nuevamente el plazo para interponer el recurso de nulidad (el cual se podría considerar suspendido, o hasta interrumpido durante el plazo en el que los árbitros consideran la solicitud presentada). Sin embargo, ante la ausencia de normas específicas sobre esta cuestión, entendemos que ni la solicitud de rectificación, interpretación y/o complementación del laudo, ni la emisión del laudo completo suspenden o interrumpen el plazo para interponer el recurso de nulidad.

⁷⁷ Artículo 1486, inciso 1, del CPC. En el régimen anterior, este plazo no estaba especificado, sino que el antiguo artículo 1475, inc. 3, del CPC, solamente se remitía a los artículos del CPC que rigen diferentes aspectos de las sentencias judiciales. El inciso 2 del actual artículo 1486 del CPC fija asimismo un plazo de tres meses a los árbitros -modificable por acuerdo de partes o, en su defecto, por el juez de apoyo, según el artículo 1463, inc. 2- para emitir el laudo rectificativo o completo.

Sin embargo, el aspecto más innovador de la reforma de las vías de recurso contra el laudo es la eliminación del efecto suspensivo del recurso de nulidad, conforme al artículo 1526, inciso 1, del CPC. Esto quiere decir en el plano práctico que, una vez emitido el laudo, la parte vencedora podrá solicitar el exequátur del mismo, tanto en Francia como en el extranjero⁷⁸, aún estando pendiente la resolución de un recurso de nulidad contra el mismo⁷⁹. El inciso segundo del artículo 1526 del CPC matiza sin embargo esta regla, puesto que el juez francés conserva la facultad de suspender o ajustar la ejecución del laudo cuando esta última sea “susceptible de lesionar gravemente los derechos de una de las partes”. Disposiciones similares a éstas se encuentran también en la ley española de arbitraje (artículo 45.1) y en la ley peruana de arbitraje (artículo 66), aunque estas legislaciones, a diferencia de la francesa, someten expresamente la suspensión de la ejecución del laudo al ofrecimiento de una caución o garantía por la parte ejecutada⁸⁰.

Esta innovación del derecho francés del arbitraje internacional conforta la celeridad del proceso arbitral, favorece la ejecución rápida del laudo y desalienta la presentación de recursos dilatorios contra los laudos⁸¹. Por otro lado, el derecho francés no prevé –a diferencia de la Ley Modelo– la facultad del juez que entiende en el recurso de nulidad contra el laudo de suspender el tratamiento de dicho recurso, “cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”⁸². Si bien aparentemente una disposición como ésta puede interpretarse como contraria a la intención de acelerar la ejecución del laudo,

⁷⁸ Sin embargo, el juez extranjero de un Estado signatario de la Convención de Nueva York podría sin embargo aplazar la decisión sobre la ejecución del laudo, con base en el artículo VI de dicha convención.

⁷⁹ Según KLEIMAN y SPINELLI (Op. Cit., p. 13): “esta disposición debería - hay que desearlo así - contribuir a desanimar los recursos presentados de mala fe con el solo objetivo de retardar la ejecución del laudo arbitral y de ganar alguna ventaja dentro del marco de una negociación” (traducción libre).

⁸⁰ La ley peruana es aún más detallada que la española en cuanto al tipo de garantía que debe prestarse, que deberá ser una “fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo” (artículo 66.2º, Decreto legislativo N.º 1071). El juez francés podrá igualmente exigir al deudor ejecutado la constitución de una garantía, pero podrá también tomar otras medidas de tipo provisorio, como la prolongación de los plazos o la consignación de la condena.

⁸¹ Asimismo, la ley española establece expresamente el derecho de la parte que requirió la ejecución del laudo de ser indemnizada por los daños y perjuicios que sufra a raíz de la suspensión de la ejecución del laudo (artículo 45, inciso 2, de la Ley 60/2003).

⁸² Artículo 34, inciso 4, de la Ley Modelo.

puede verse sin embargo como un medio de evitar nulidades por defectos que son en principio subsanables, como por ejemplo, la falta de pronunciamiento por los árbitros sobre un reclamo de una de las partes.

2.3. Mejoras atinentes al procedimiento (obligaciones procesales de los árbitros y de las partes tendientes al saneamiento y celeridad del procedimiento arbitral)

2.3.1. Mención expresa de los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros

El poder jurisdiccional del árbitro se justifica siempre y cuando posea dos calidades esenciales para desarrollar su labor, que deben estar presentes tanto al momento de ser designado como durante todo el procedimiento arbitral: independencia e imparcialidad. La primera de estas características es generalmente analizada bajo una óptica objetiva –en términos de la existencia de lazos de subordinación respecto de una de las partes–, mientras que la segunda lo es desde una perspectiva subjetiva –posición doctrinaria o personal respecto de la cuestión a tratar o de una de las partes–⁸³.

Como señalamos más arriba, estas dos calidades han sido consagradas expresamente en el artículo 1456 del CPC, lo cual es meritorio, ya que el texto anterior se limitaba a exigir que el árbitro no estuviera subsumido en ninguna causal de recusación. Así, el CPC incorpora la jurisprudencia en la materia⁸⁴, especificando que el árbitro debe ser imparcial e independiente y que está sujeto a un deber de revelación amplio.

Los requisitos de independencia e imparcialidad ya habían sido adoptados por la Ley Modelo (artículos 11.5 y 12.1), la ley española de arbitraje (artículo 17), la ley peruana de arbitraje (artículo 28), la ley brasileña de arbitraje (artículo 13.6) y la ley panameña de arbitraje (artículo 16), como también por el Reglamento de Arbitraje de la LCIA (artículo 5.2), las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (artículo 1, principio general)⁸⁵ y, más recientemente, por el Reglamento de la CCI

⁸³ HENRY, Marc. Op. Cit., p. 195.

⁸⁴ Corte de Casación, Sala Segunda Civil, 13 de abril 1972, Registro N° 70-12.774, en *Revue de l'Arbitrage*, 1975, p. 235; Corte de Casación, Sala Primera Civil, 20 de octubre de 2010, Registro N° 09-68131; Corte de Casación, Sala Segunda Civil, 22 de noviembre de 2001, *Sté Construction métalliques de Chevilly*; Corte de Casación, Sala Primera Civil, 6 de diciembre de 2001, *Sté Fremarc*; Corte de Apelación de París, 2 de abril de 2003, en *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 1231. ; Corte de Apelación de París, 29 de enero de 2004, *Sté Serf*, en *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 448; Corte de Apelación de París, 12 de febrero de 2009, *Sté Tecnimont* (ver nota al pie N° 46).

⁸⁵ Entre todas las fuentes citadas, que no contienen definiciones de “independencia” ni de “imparcialidad”, las Directrices constituyen la única fuente que incorpora un estándar

(artículo 11), el cual anteriormente se refería solamente a la independencia de los árbitros respecto de las partes.

En conexión con el deber de imparcialidad de los árbitros, el artículo 1510 del CPC pone actualmente en cabeza del tribunal arbitral la obligación expresa de respetar el derecho de igualdad entre las partes y el derecho de defensa de las mismas. De esta manera, el artículo consagra la jurisprudencia francesa en la materia⁸⁶ y menciona expresamente los dos principios que deben regir en todo arbitraje internacional con sede en Francia, a diferencia del régimen anterior, que se limitaba a hacer una remisión a los principios rectores del procedimiento, enunciados en ciertos artículos del CPC, y aplicables al arbitraje⁸⁷.

2.3.2. Inclusión de la obligación de lealtad y celeridad, aplicable tanto a los árbitros como a las partes. Interrogante sobre la obligación de confidencialidad

El artículo 1464, inciso 3, del CPC⁸⁸, impone expresamente -tanto a los árbitros como a las partes de un procedimiento arbitral- la obligación de lealtad y de celeridad⁸⁹, consagrando así la posición jurisprudencial en la materia⁹⁰.

Si bien estas obligaciones deben ser respetadas tanto por las partes como por los árbitros⁹¹, ellas constituyen para estos últimos verdaderas herramientas

que sirve para evaluar cuáles serían las “dudas justificadas” acerca de la independencia o imparcialidad de un árbitro que deberían llevar a éste abstenerse de actuar en un determinado caso, por existir conflicto de intereses (según la regla general 2(c), las dudas justificadas son aquellas “dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”).

⁸⁶ Corte de Casación, Sala Primera Civil, 14 de marzo de 2006, Registro N° 03-19.674, en *Revue de l'Arbitrage*, 2006, p. 653.

⁸⁷ El Decreto limitó este método al arbitraje interno (artículo 1464, inciso 2, del CPC). Ver además el antiguo artículo 1460 del CPC, que remitía a los artículos de dicho código que consagran ciertos principios del procedimiento, relativos a los hechos, la prueba, el derecho, el debido proceso, entre otros. Este artículo fue reemplazado por el actual artículo 1464, el cual ha agregado una remisión a otros tres artículos del CPC.

⁸⁸ Aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 3, del CPC.

⁸⁹ Ver comentarios a este respecto en : KLEIMAN, Elie y SPINELLI, Julie. *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et l'efficacité*. En: *Gazette du Palais*, 27 de enero de 2011, N° 27, p. 9 ; DERAIS, Yves y ADELL, Stephan. *Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés*. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2011, Volumen 2011, N° 11, p. 25-40.

⁹⁰ Corte de Apelación de París, 28 de febrero de 2008. En *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 712 ; Corte de Apelación de París, 22 de enero de 2009, Registro N° 07-19.492, en *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 233.

⁹¹ Para los árbitros, el deber de lealtad -que no debe confundirse con el deber de imparcialidad- consistiría en conducir el arbitraje de buena fe, estar disponible y no imponer a las partes exigencias egoístas (DERAIS y ADELL, Op. Cit., págs. 29-30).

para la conducción de la instancia arbitral. Asimismo, la obligación de lealtad irriga la obligación de celeridad, ya que para que los árbitros y las partes actúen con celeridad, se supone un grado de lealtad entre ellos.

En cuanto a la posible sanción por incumplimiento de estas obligaciones, algunos autores consideran que la consagración explícita de estas obligaciones por el Decreto tiene un mero carácter simbólico⁹². Otros, por el contrario, estiman que la sanción a la violación del principio de lealtad podría justificar, en el caso de un árbitro, la remoción del mismo a pedido unánime de las partes⁹³ y, en el caso de una parte, la aplicación de la figura anglosajona del *estoppel*⁹⁴.

Según la doctrina del *estoppel*⁹⁵, una parte no puede hacer valer una posición contraria a otra tomada anteriormente, si tal cambio se produce en

⁹² Ver KLEIMAN y SPINELLI, *op. cit.*, quienes agregan que las cortes francesas deberán definir el alcance exacto de estas obligaciones al entender en los recursos de nulidad contra los laudos o en las acciones de responsabilidad. Al respecto, cabe señalar que ni la legislación anterior sobre arbitraje, ni el Decreto, hacen mención alguna a la acción de responsabilidad contra los árbitros, a diferencia de otras leyes, como la ley española de arbitraje (artículo 21). Esto por supuesto no impide que una parte inicie una acción de ese tipo en Francia contra un árbitro que ha incumplido su misión. En el caso *Bompard*, el Tribunal de Primera Instancia de París sentó las bases de la acción de responsabilidad contra los árbitros, al señalar que, en el cumplimiento de su misión, los árbitros comprometen su responsabilidad civil, de acuerdo con los artículos 1442 y 1447 del Código Civil francés, en caso de inejecución o de ejecución insuficiente imputable a título de fraude, dolo o falta grave. - Tribunal de Primera Instancia de París, 13 de junio de 1990 ; *Revue de l'arbitrage*. 1996. p. 476. En el caso *Duval*, la Corte de Apelación de París anuló dos laudos arbitrales sobre el fundamento del inciso 2 del artículo 1502 del CPC, debido a la falta de independencia e imparcialidad de uno de los árbitros, ya que este fue contratado por la demandante un día después de la fecha en que los laudos fueron pronunciados. Tiempo después, la sociedad Duval demandó en responsabilidad civil al árbitro cuya falta de independencia había sido la causal de anulación de los laudos, ante el Tribunal de Primera Instancia de París. El Tribunal encontró que existe un lazo contractual entre el árbitro y las partes durante el arbitraje, que el árbitro no goza del estatus de protección del juez estatal y que en este caso, el árbitro había cometido una falta grave respecto de sus obligaciones. Por ello, el árbitro fue condenado a indemnizar a la sociedad Duval los gastos del arbitraje, además de una reparación complementaria del perjuicio causado. Esta decisión fue confirmada posteriormente por la Corte de Apelación de París el 6 de diciembre de 1994 y luego por la Corte de Casación francesa el 16 de diciembre de 1997.- Tribunal de Primera Instancia de París, 12 de mayo de 1993 ; *Revue de l'arbitrage*. 1996. p. 411.

⁹³ DERAIS y ADELL, *Op. Cit.*, pp. 29-30. Estos autores señalan que, en caso que una sola de las partes presente la solicitud de remoción, la misma podría justificarse si la "deslealtad" del árbitro se confunde con parcialidad por parte del mismo.

⁹⁴ DERAIS y ADELL, *op. cit.*, p.28, citando en apoyo de su tesis decisiones francesas que han aplicado sanciones similares al *estoppel*: Corte de Apelación de París, 21 de enero de 1997, en *Revue de l'Arbitrage*, 1997, p. 428; Corte de Casación, Sala Primera Civil, 6 de julio de 2005, Registro N° 01-15912, *Golshani* ; Corte de Apelación de Ruán, 25 de noviembre de 2004, Registro N° 03-02.661, no publicada.

⁹⁵ Aunque *estoppel* es un término utilizado en el derecho anglosajón, la institución tendría su origen en el derecho romano (*Non concedit venire contra factum proprium*) (ver CLAY, Thomas. *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges: Panorama 2005*. En: *Dalloz Recueil*.

detrimento de un tercero⁹⁶. En la exposición de motivos del Decreto se anuncia la adopción de este principio por el nuevo derecho francés del arbitraje. Sin embargo, el artículo 1466 del CPC dispone que se presume que la parte que, teniendo conocimiento de una irregularidad y sin causa legítima se abstenga de invocarla en el plazo previsto para ello, renuncia a alegar la existencia de la misma⁹⁷. Esta norma pareciera consagrar más bien la renuncia implícita que el principio del *estoppel*, por lo que habrá que esperar a ver el desarrollo jurisprudencial de esta norma para determinar de forma más precisa los requisitos y el alcance de esta figura⁹⁸.

En cuanto al principio de celeridad, las partes podrían ser sancionadas por los árbitros en el momento de repartir los costos del arbitraje, con base en la

p. 3050 ; AGOSTINI, ERIC. *Recueil Dalloz 1997 Jurisprudence*. p. 576). En Iberoamérica, este principio es conocido como la doctrina de los actos propios, definida por un autor como la idea simple según la cual "nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro" (ver LÓPEZ, Marcelo. *La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación*. Universitas, Bogotá, Colombia. N° 119, julio-diciembre de 2009. pp. 189-222).

⁹⁶ Esta es la noción en la que se basó la Corte de Casación para anular una sentencia de la Corte de Apelación de París, que había rechazado, con base en la doctrina del *estoppel*, el recurso de nulidad contra un laudo arbitral interpuesto por la demandante, Merial, quien alegaba que los árbitros se habían pronunciado sobre un reclamo (reconvención) que no entraba dentro del ámbito del acta de misión (causal de nulidad de los laudos, según los antiguos artículos 1502, inc. 3 y 1504 del CPC). La Corte de Apelación había considerado que el hecho que Merial hubiera firmado el acta de audiencia que pronunciaba la clausura del procedimiento, habiendo sido notificada de la decisión de los árbitros en el sentido que el tratamiento de la reconvención estaba comprendida dentro de su misión, sin emitir protesta alguna al respecto, constituía renuncia por parte de Merial a alegar la causal de nulidad que ahora alegaba contra el laudo, por aplicación del principio de *estoppel*. Sin embargo, la Corte de Casación entendió que el comportamiento procesal de Merial, quien había alegado anteriormente a la firma del acta de clausura del procedimiento arbitral que los árbitros excederían su misión si se pronunciaban sobre la reconvención, no constituía un cambio de posición en derecho, que pudiera inducir a la demandada a error sobre las intenciones de Merial y por lo tanto, no debía aplicarse el principio de *estoppel*, por un lado, y por otro, la ausencia de objeción de parte de Merial al firmar el acta de clausura del procedimiento arbitral no constituía, en sí misma, renuncia a alegar la improcedencia de la reconvención (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 3 de febrero de 2010, Registro N° 08-21288,

⁹⁷ La palabra "renuncia" utilizada en este artículo crea dudas sobre si el artículo 1466 consagra el principio del *estoppel* -que tiene en cuenta la conducta de ambas partes- o se refiere a la renuncia (o "waiver", en inglés), que es un acto unilateral de una persona que resulta en el abandono de un derecho de naturaleza constitucional, legal o contractual. La diferencia entre ambos conceptos reside en que, para que se configure el *estoppel*, es necesario: (i) la interacción entre dos o más partes para determinar cuál sería el comportamiento contradictorio sancionable, y (ii) que se le cause detrimento a la contraparte al ejecutar el comportamiento contradictorio (ver MUSCHNER, CLARISSA. *When Estoppel and Waiver Collide: a Commentary of Article 1466 of the French Code of Civil Procedure*. Artículo a ser publicado en *The Versailles International Arbitration and Business Law Review*, , 2011).

⁹⁸ La misma presunción de renuncia al derecho de objetar es consagrada en la Ley Modelo (artículo 4), la ley española de arbitraje (artículo 6) y la ley peruana de arbitraje (artículo 11).

actitud procesal de las mismas. Este poder de los árbitros se ha manifestado en varias ocasiones por la jurisprudencia arbitral, en particular, en los arbitrajes sobre protección de las inversiones⁹⁹. En cuanto a los árbitros, DERAIS y ADELL distinguen, por un lado, (i) la obligación de los árbitros de emitir el laudo dentro del plazo acordado por las partes, o fijado por una autoridad, cuya violación implica como sanción la nulidad del laudo, y, por otro, (ii) la obligación de los árbitros de actuar con celeridad, cuya violación puede causar perjuicios a una parte, pudiendo, en tal caso, engendrar responsabilidad de los árbitros frente a la parte perjudicada, a pesar de haber emitido los primeros el laudo dentro del plazo acordado o fijado, o incluso la revocación de los mismos, según el artículo 1458 (a pedido de todas las partes) o 1456 del CPC (a pedido de una de las partes)¹⁰⁰.

En lo que se refiere al laudo, una norma que favorece la celeridad del procedimiento arbitral es el nuevo artículo 1513, inciso 3, del CPC, el cual dispone que, a falta de mayoría, el Presidente del tribunal arbitral podrá decidir sólo. Esta disposición, que está inspirada en el derecho suizo¹⁰¹, permite evitar las situaciones de bloqueo que pueden nacer del hecho que ciertos árbitros estiman que su rol consistía en hacer triunfar la tesis de la parte que los nominó¹⁰². Se trata de una regla muy eficaz que está presente, por ejemplo, en el Reglamento de arbitraje de la CCI¹⁰³, aunque no en la Ley Modelo, la cual sólo la utiliza para cuestiones de procedimiento¹⁰⁴.

⁹⁹ Ver ROSELL, José. *Arbitration Costs as Relief and/or Damages*. *Journal of International Arbitration*, Vol. 28 (2011), N° 2, pp. 115-126.

¹⁰⁰ DERAIS y ADELL señalan asimismo que la codificación de este principio otorga a los árbitros una base legal expresa en la que basarse para manejar el procedimiento y sancionar las conductas dilatorias (ver DERAIS y ADELL, Op. Cit., pp. 35 y 36).

¹⁰¹ Ley de Derecho Internacional Privado, en adelante LDIP, artículo 189, inciso 2.

¹⁰² Ver artículo 31.1 del Reglamento de arbitraje de la CCI (idéntico al artículo 25.1 de la versión 1998 de dicho Reglamento).

¹⁰³ Ver artículo 29 de la Ley Modelo.

¹⁰⁴ Ver ROSELL, José. *Confidentiality and Arbitration*. 9 *Croatian Arbitration Handbook* 19 (2002). La Corte de Apelación de París decidió en el caso *G. Aïta c. A. Ojeh* del 18 de febrero de 1986 (1986 *Revue de l'Arbitrage* 583) que un recurso de nulidad contra un laudo extranjero presentado ante un tribunal francés manifiestamente incompetente era violatorio del principio de confidencialidad, ya que había hecho posible el debate en audiencia pública de hechos cuya confidencialidad debería haber sido mantenida, confidencialidad que era garantizada por la naturaleza misma del procedimiento arbitral. Sin embargo, la misma Corte ha sido menos terminante sobre la existencia del principio de confidencialidad en el arbitraje en un fallo del 22 de enero de 2004 (*NAFIMCO v. Foster Wheele Trading Company AG*, 2004 *Revue de l'Arbitrage* 647), al rechazar la alegación de existencia de violación de la confidencialidad en el marco de un recurso de nulidad contra un laudo emitido bajo el Reglamento de arbitraje de la CCI, por entender que la reclamante no había demostrado la existencia ni la razón de ser del principio de confidencialidad en el derecho francés del arbitraje internacional (además de considerar que el hecho de haberse sometido al Reglamento mencionado, que no prevé expresamente el deber de confiden-

Finalmente, el actual artículo 1464, inciso 4, del CPC consagra un principio de confidencialidad para el procedimiento arbitral. Sin embargo, el artículo 1506 del CPC no contempla la aplicación de dicho inciso del artículo 1464 al arbitraje internacional, al contrario de los principios de celeridad y lealtad. Puede en consecuencia concluirse que el Decreto no considera la confidencialidad como principio esencial del arbitraje internacional contrariamente a lo que se había creído, al menos en Francia, donde la jurisprudencia había consagrado la presunción de confidencialidad¹⁰⁵. Dadas estas nuevas circunstancias, las partes deberían pactar expresamente la confidencialidad del proceso si así lo desean, ya sea en el acuerdo de arbitraje o en el acta de misión, si la hubiere. En defecto de acuerdo, solo le quedaría a la parte interesada solicitar al tribunal arbitral que emita órdenes destinadas a mantener la confidencialidad de informaciones o documentos sensibles para dichas partes¹⁰⁶. Los redactores del Decreto se acercaron así a la postura de las cortes suecas¹⁰⁷ o australianas¹⁰⁸, al no reconocer la confidencialidad como un principio implícito del arbitraje¹⁰⁹. Por otro lado, además de que el alcance de la obligación de confidencialidad del arbitraje doméstico no ha sido claramente delimitado, la existencia de un procedimiento arbitral, como también la identidad de las partes y el monto en

cialidad de las partes, podría implicar una posible renuncia de las partes a su derecho de mantener la confidencialidad del arbitraje).

¹⁰⁵ Artículo 1468 del CPC, aplicable al arbitraje internacional en virtud del artículo 1506, inciso 4, del CPC.

¹⁰⁶ *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v A.I. Trade Finance Inc.* Corte Suprema de Suecia, 27 de octubre de 2000. Caso n.º. T 1881-99.

¹⁰⁷ *Esso Australia Resources Ltd. v Plowman.* Corte Suprema de Australia, 1995 183 CLR 10.

¹⁰⁸ Es pertinente señalar que los centros de administración de arbitrajes internacionales no tienen una posición unánime en este respecto. Así, el reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) no contiene ninguna provisión que sostenga que la confidencialidad se aplica en general a los arbitrajes de la CCI pero sí indica, en el artículo 22.3 que, a solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá ordenar la confidencialidad sobre el procedimiento o sobre cualquier asunto relativo al arbitraje. En este sentido ver: BAGNER, Hans. *Confidentiality-A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?*. En: *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2001, Vol. 18, N.º 2, pp. 243 - 249 ; Craig, Park y Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ª edición, Dobbs Ferry NY, Oceana, 2000. p. 313 - 314. El reglamento de la *American Arbitration Association* (ICDR) contiene una disposición similar en su artículo 20.4., acerca de la confidencialidad de las audiencias, pero establece en el artículo 34 que los miembros del Tribunal y el administrador deben mantener todo asunto relativo al arbitraje o a la sentencia de manera confidencial. En el mismo sentido, *The London Court of International Arbitration* (LCIA) establece en sus artículos 19.4 y 30.1 un principio general de confidencialidad para los arbitrajes administrados bajo el LCIA.

¹⁰⁹ Artículo 1447, inciso 1, del CPC, que retoma la solución original de la sentencia *Gosset* (Corte de Casación, Sala Primera Civil, 7 de mayo de 1963, *Gosset v. Carapelli*). En igual sentido, establece el artículo 178.3 de la LDIP suiza, el artículo 1697 inciso 2 del Código Judicial belga, el artículo 1053 del Código de Procedimiento Civil holandés, el artículo 808, inciso 3, del Código de Procedimiento Civil italiano, el artículo 22 de la ley española de arbitraje, el artículo 8 de la ley brasileña de Arbitraje y el artículo 16.1 de la Ley Modelo.

disputa son datos que en ciertas situaciones no pueden mantenerse en secreto: es el caso de los procedimientos arbitrales en los que participa un Estado o una sociedad que cotiza en un mercado bursátil –y se encuentra por lo tanto sometida a obligaciones de información más o menos estrictas–.

3. REAFIRMACIÓN DEL CARÁCTER LIBERAL Y UNIVERSAL DEL DERECHO FRANCÉS DEL ARBITRAJE

3.1. Confirmación de cierta jurisprudencia uniforme

3.1.1. *Afirmación expresa de la independencia del acuerdo de arbitraje con relación al contrato*

El Decreto confirma la existencia de la regla material según la cual el acuerdo de arbitraje es independiente del contrato al que está ligado y por lo tanto, la ineficacia de este último no lo afecta¹¹⁰. De manera simétrica, el contrato no es afectado por la nulidad de la cláusula compromisoria, la cual se considerará simplemente como no escrita¹¹¹.

3.1.2. *Consagración expresa del principio de kompetenz-kompetenz*

El artículo 1448, inciso 1, del CPC consagra el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz*, según el cual un tribunal judicial debe declararse incompetente a favor de un tribunal arbitral cuando el litigio que le es sometido se relaciona con un acuerdo de arbitraje. La solución es idéntica a la del antiguo artículo 1458 del CPC en materia de arbitraje doméstico, extendida históricamente al arbitraje internacional gracias a la jurisprudencia¹¹². Asimismo, la combinación de los artículos 1448 y 1449 del CPC¹¹³ supone la consagración del efecto positivo del principio de *kompetenz-kompetenz*, a pesar de que, por ser un principio transnacional del arbitraje internacional, su codificación resulta en realidad superflua.

¹¹⁰ Artículo 1447, inciso 2, del CPC (ambos incisos de este artículo son aplicables al arbitraje internacional, en virtud del artículo 1506.1 del CPC).

¹¹¹ Corte de Apelación de París, 29 de marzo de 1991, comentada por IDOT, Laurence, en *Revue de l'Arbitrage*, 1991, p. 478 ; Corte de Casación, Sala Segunda Civil, 10 de mayo de 1995, *Coprodag*, comentada por GAILLARD, Emmanuel, en *Revue de l'Arbitrage*, 1995, p. 617; ver también ROSELL, José. *The Principle of Competence-Competence*, IBA Committee D Newsletter, vol. VII, N° 2, §34 (octubre de 2002).

¹¹² Ambos artículos son aplicables al arbitraje internacional (salvo el último inciso del artículo 1448) en virtud del artículo 1506.1 del CPC.

¹¹³ A diferencia del anterior, el actual artículo 1443 del CPC prevé expresamente que el acuerdo de arbitraje puede resultar de un intercambio de escritos o de un documento al que se haga referencia en el acuerdo principal.

3.1.3. Supresión de exigencias de forma del acuerdo de arbitraje

En virtud del antiguo artículo 1495 del CPC, las partes podían pactar la no aplicación de la ley francesa de procedimiento arbitral a su disputa. En dicha ley existía el antiguo artículo 1443 del CPC –mantenido por el Decreto con idéntica numeración y contenido similar, aunque dándole un alcance más amplio–¹¹⁴ que exigía que la cláusula compromisoria constara por escrito. El nuevo artículo 1507 del CPC –que se refiere al “acuerdo de arbitraje”, sin limitarse a la “cláusula compromisoria”, como lo hacía el antiguo artículo 1443 del CPC– consagra de ahora en adelante la ausencia de requisitos formales del acuerdo de arbitraje, sin que las partes tengan que eliminar, mediante pacto especial, la aplicación de la ley francesa de procedimiento arbitral¹¹⁵. Esta innovación tiene particular relevancia en materia de arbitraje de inversiones, en el cual el acuerdo de arbitraje no surge necesariamente de un acuerdo escrito entre las partes del arbitraje (o cláusula compromisoria), sino de la convergencia de la oferta voluntaria del Estado signatario de un tratado de protección de las inversiones y de la aceptación del inversionista al presentar una demanda de arbitraje¹¹⁶. Como expresó GAILLARD¹¹⁷, el Decreto no define lo que es el “acuerdo de arbitraje” en materia de arbitraje internacional, por lo que puede interpretarse que la actual legislación francesa en esta materia comprende la dinámica de los litigios de inversores frente a Estados, en los que precisamente el contenido de este término es difícil de definir.

Así, por otro lado, el nuevo derecho francés del arbitraje se ha alineado a las reformas de 2006 a Ley Modelo, que no prevé –en su artículo 7 (opción II)– forma específica alguna para el acuerdo arbitral. Otras legislaciones mo-

¹¹⁴ KLEIMAN y SPINELLI, Op. Cit., p. 3. JARROSSON y PELLERIN (Op. Cit., p. 63) apuntan que esta norma es de naturaleza meramente pedagógica, ya que no sería necesario expresar en una norma que no existe regla sobre la forma de los acuerdos de arbitraje. Ello sobre todo, agregamos, porque el artículo 1506 del CPC no incluye el 1443 del CPC, que impone la forma escrita en el arbitraje interno, en su remisión a las normas aplicables al arbitraje internacional. Sin embargo, esta formulación disipa dudas razonables de quienes no son partidarios de la interpretación *a contrario sensu* que podría adoptarse, dada la mencionada inexistencia de remisión al artículo 1443 por el artículo 1506 del CPC.

¹¹⁵ CREMADES, Bernardo M. *Francia pone a punto su normativa sobre arbitraje internacional*. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2011, Volumen 2011, N° 11, pp. 127-130 (pp.128-129).

¹¹⁶ Coloquio organizado por la Universidad de Versailles el 28 de febrero de 2011 en París con motivo de la promulgación del Decreto (“Le nouveau droit français de l’arbitrage (après le décret du 13 janvier 2011)”).

¹¹⁷ Coloquio organizado por la Universidad de Versailles el 28 de febrero de 2011 en París con motivo de la promulgación del Decreto (“Le nouveau droit français de l’arbitrage (après le décret du 13 janvier 2011)”).

dernas de arbitraje, sin embargo, todavía exigen la forma escrita, aunque con cierta flexibilidad¹¹⁸.

El artículo 1507 del CPC debe analizarse asimismo a la luz de la Convención Nueva York de 1958, de la cual Francia es parte. Así, su artículo II exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito. Sin embargo, en 2006 la CNUDMI publicó una recomendación acerca de la interpretación y aplicación de dicho artículo de la Convención y sugirió que su interpretación no fuera limitada y que se tuviera en cuenta la aplicación del artículo VII (1) de la misma, según el cual se preferirá la ley nacional de arbitraje a la Convención, si la primera contiene un régimen más favorable que la segunda. Este sería el caso del derecho francés en este aspecto, ya que no exige requisito de forma al acuerdo de arbitraje, por lo que debería prevalecer sobre la Convención de Nueva York¹¹⁹.

3.2. Innovaciones respecto de la jurisprudencia

3.2.1. Juez de apoyo

El Decreto institucionaliza la existencia del juez de apoyo en el arbitraje en Francia, tanto a nivel interno como internacional. Esta función del juez nacional de apoyo al arbitraje –que describimos en el apartado 2.1.3. más arriba– tendiente a garantizar la eficacia del procedimiento arbitral, existía ya en la antigua legislación francesa de arbitraje y había sido reconocida asimismo por cierta jurisprudencia con anterioridad a la reforma¹²⁰.

¹¹⁸ Ver, entre otras, la ley peruana de arbitraje del 1 de septiembre de 2008, que dispone que la convención de arbitraje debe estar estipulada por escrito (artículo 13.2), aunque flexibiliza esa exigencia al permitir que dicho acuerdo resulte de toda forma de constancia (artículo 13.3), de un correo electrónico (artículo 13.4), de un intercambio de escritos de demanda y contestación (artículo 13.5), de una referencia dentro de un contrato principal a un documento que contenga una cláusula compromisoria (artículo 13.6). Cabe resaltar que, en el caso de un acuerdo de arbitraje oral, por ejemplo, la ley peruana de arbitraje permitiría llegar a un resultado tan favorable como el del derecho francés, al aplicar la ley más favorable a la validez del acuerdo de arbitraje (artículo 13.7), si la *lex arbitri* (elegida por las partes) o la ley aplicable al fondo de la controversia fuera el derecho francés o cualquier otro derecho que no exigiera la forma escrita. Disposiciones similares existen en la ley española (artículo 9).

¹¹⁹ CLAY, Thomas. *La Convention de New York vue par la Doctrine Française*. En: *ASA Bulletin*. Kluwer Law International 2009, Volumen 27, N° 1, p. 50-65.

¹²⁰ El antiguo artículo 1493 del CPC –mediante reenvío al antiguo artículo 1457 del CPC– establecía que el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de París era competente para intervenir en todo arbitraje internacional que tuviera lugar en Francia o en el cual las partes hayan optado por la aplicación de las normas procesales francesas, en caso que existieran dificultades en la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, como apuntan JARROSSON y PELLERIN (Op. Cit., p. 22), no existía una distinción clara entre su competencia en apoyo del arbitraje y la competencia de la que gozaba para tomar decisiones en procedimientos de urgencia, que es característica del mencionado juez, en derecho procesal francés (artículo 808 del CPC) (ver también la jurisprudencia citada por GAILLARD - Op. Cit., nota al pie 14- : Corte de Casación, Sala Primera Civil, 6 de diciembre de 2005, Bulle-

En un aspecto novedoso, el artículo 1505 del CPC otorga actualmente dos fuentes adicionales de competencia al juez de apoyo francés: Cuando las partes así lo han previsto y estipulado (inciso 3 del artículo)¹²¹ y en caso de riesgo de denegación de justicia (inciso 4 del artículo). El origen de esta última disposición se encuentra en la jurisprudencia *NIOC* de la Corte de Casación¹²². Sin embargo, en dicha decisión la Corte de Casación sostuvo que el juez de apoyo francés podría ser competente para destrabar el proceso arbitral en presencia de una denegación de justicia siempre y cuando existiera un lazo, aunque fuera tenue, con el territorio francés¹²³. Los redactores del Decreto consagraron una posición universalista del derecho francés que va más allá de la doctrina de este precedente, al eliminar el matiz formulado por la Corte de Casación: de ahora en adelante, no es necesario que exista lazo alguno con el territorio francés para que el juez de apoyo francés pueda ser competente en caso de riesgo de denegación de justicia. Según GAILLARD¹²⁴, la ausencia de la exigencia de un vínculo de conexión con Francia es una marca de la vocación universal del derecho francés del arbitraje internacional y una extensión del principio de deslocalización confirmado por la sentencia *Putrabali*¹²⁵. El nuevo texto, al poner el juez de apoyo francés al servicio de las partes que se encontraran impedidas de acceder a la justicia arbitral, refleja, una vez más, la voluntad de dotarse de un derecho vanguardista del arbitraje, proceso que fue iniciado ya en la reforma de los años ochenta.

3.2.2. Introducción de la posibilidad de renuncia a los recursos contra el laudo

El artículo 1522 del CPC establece la posibilidad de renunciar por medio de un acuerdo expreso y específico al recurso de nulidad del laudo¹²⁶. Esta

tin civil I, n° 462 ; D. 2006. 274 , con comentario de P.-Y. Gautier, y 3031, observaciones de T. Clay ; RTD civ. 2006. 144, observaciones de P. Théry ; RTD com. 2006. 299, observaciones de E. Loquin ; 22 de septiembre de 2010, N° 08-21.313, *CFCMNE c/ Banque Delubac et Cie*, D. 2010. 2235 , observaciones de X. Delpech).

¹²¹ Según JARROSSON y PELLERIN (Op. Cit., p. 58), se trata de la atribución de jurisdicción al juez francés para el contencioso del procedimiento arbitral, pero que excluye a este juez del control directo del laudo emitido en el extranjero. Estos autores señalan que es posible que se produzca un conflicto de competencia entre el juez francés y el juez extranjero, cuya competencia las partes seguramente no podrán excluir de forma válida.

¹²² Corte de Casación, Sala Primera Civil, 1 de febrero de 2005, comentada por MUIR WATT, Horatia en *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p.693.

¹²³ MAYER, Pierre y HEUZÉ, VINCENT. *Droit International Privé*. Montchrestien, 9ª edición. § 288.

¹²⁴ GAILLARD, Emmanuel, Op. Cit., §37.

¹²⁵ Corte de Casación, Sala Primera Civil, 29 de junio de 2007, comentada por LOQUIN, Eric en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2007, p. 682, en el que la Corte sostuvo: "La sentencia internacional, que no está ligada a ningún orden jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada a la luz de las reglas aplicables del país donde su reconocimiento o ejecución son exigidas."

¹²⁶ Sin embargo, las partes que hayan renunciado a interponer el recurso de nulidad, conser-

disposición, inspirada en el derecho suizo del arbitraje (artículo 192, inciso 1, LDIP) y belga (artículo 1717, inciso 4, Código Judicial belga), no limita -a diferencia de dichos ordenamientos- la posibilidad de renuncia a los casos en que ninguna de las partes (i) tenga la nacionalidad o sea residente en Francia, en el caso de las personas físicas¹²⁷, o (ii) posea su sede principal, establecimiento o sucursal en Francia, para el caso de las personas jurídicas¹²⁸. Así, la renuncia al recurso de nulidad contra el laudo es válida incluso si las dos partes del procedimiento arbitral son francesas y/o tienen su domicilio o establecimiento en Francia, siempre y cuando el arbitraje pueda ser calificado como internacional¹²⁹.

El Decreto exige dos condiciones para la renuncia: acuerdo especial y renuncia expresa, por lo que parece excluirse la posibilidad de renuncia general y tácita por sometimiento al reglamento de arbitraje de una institución como la CCI, que prevea la renuncia "a cualesquiera vía de recurso a la que puedan renunciar válidamente"¹³⁰. Por otro lado, para GAILLARD este artículo tiende a "marcar de manera clara el hecho que el principal control de la regularidad del laudo internacional se lleva a cabo en el lugar donde este tiene vocación a ser ejecutado", principio confirmado por la Corte de Casación en el caso *Putrabali*¹³¹.

3.3. Mantenimiento del carácter liberal (no reglamentarista) del derecho francés del arbitraje

Los objetivos del Decreto, como hemos apuntado más arriba, han sido (i) consolidar los aportes de la jurisprudencia que se habían desarrollado sobre la base de los textos adoptados en 1980-1981; (ii) completar dichos textos para

van la posibilidad de apelar la orden de exequátur con base en las mismas causales de nulidad fijadas en el artículo 1520 del CPC.

¹²⁷ artículo 1717, inc. 4, de la ley belga de arbitraje. Por su lado, el artículo 192, inc. 1, LDIP, no incluye la nacionalidad de las personas físicas, sino que se refiere solamente a su domicilio o residencia habitual se encuentren fuera de Suiza.

¹²⁸ El artículo 192, inc. 1, LDIP se refiere a la noción de "establecimiento", mientras que el artículo 1717, inc. 4, de la ley belga incluye también la noción de "sucursal".

¹²⁹ Ver *supra* apartado 1.3, sobre la determinación de la internacionalidad del arbitraje.

¹³⁰ artículo 34.6 del Reglamento de arbitraje de la CCI. Ver, en este sentido, KLEIMAN y SPINELLI, Op. Cit., p. 9.

¹³¹ GAILLARD, Emmanuel, Op. Cit., §40. En este sentido, la exposición de motivos del Decreto señala que, a pesar de que el Decreto guarda silencio al respecto, no está en discusión el principio consagrado por la jurisprudencia, según el cual la regularidad de un laudo internacional, al no hallarse éste ligado a orden jurídico estatal alguno, debe ser examinada según las reglas aplicables en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y su ejecución -Corte de Casación, Sala Primera Civil, 29 de junio de 2007, *Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, comentada por GAILLARD, Emmanuel. En: *Revue de l'Arbitrage* 2007, N° 3, pp. 507-522. -. Según la exposición de motivos del Decreto, la consagración legal de este principio habría necesitado la intervención del legislador.

hacerlos más eficaces y (iii) adoptar ciertas normas inspiradas en derechos de arbitraje extranjeros cuya utilidad ha sido demostrada por la práctica¹³².

Con relación al último de dichos objetivos, es preciso señalar que el Decreto no ha, sin embargo, adoptado ciertas disposiciones contenidas en la Ley Modelo que reglamentan de forma más detallada el procedimiento arbitral, a saber: (i) la norma que dispone en qué condiciones se considera recibida una comunicación escrita (artículo 3); (ii) la norma que dispone que los árbitros serán tres, a falta de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros (artículo 10); (iii) las normas que disponen en qué momento debe oponerse la excepción de incompetencia del tribunal arbitral y qué tratamiento deberá darle el tribunal arbitral (artículo 10, incisos 2 y 3); (iv) el régimen detallado de las medidas cautelares y órdenes preliminares (artículos 17A a 17J); (v) la norma que dispone que, a falta de acuerdo de partes, el lugar o sede del arbitraje será fijado por el tribunal arbitral (artículo 20); (vi) las normas que determinan en qué momento y de qué forma se inicia y se termina la instancia arbitral (artículos 21 y 32)¹³³ y las que disponen sobre los efectos de la transacción de las partes (laudo por acuerdo de partes) (artículo 30) y (vii) diversas normas que regulan aspectos del procedimiento arbitral, como la determinación del idioma o idiomas a emplear, el nombramiento de peritos, el contenido de la demanda y de la contestación, la celebración de audiencias y los efectos de la rebeldía de una de las partes (artículos 22 a 26).

La no adopción de normas como las mencionadas en el párrafo anterior es, por un lado, coherente con la tendencia liberal –en el sentido de no reglamentarista– del derecho francés del arbitraje, que opta por dar amplia libertad a las partes y al Tribunal Arbitral en cuanto al diseño del procedimiento arbitral, el cual se encuentra en la práctica regido en forma detallada en los reglamentos de las instituciones arbitrales. Por otro lado, dicha libertad que se otorga a las partes requiere cierta experiencia de las mismas –y de sus abogados– en el área específica del arbitraje, para poder asegurar el desarrollo eficaz del procedimiento y con el menor grado de invidentes posibles.

4. CONCLUSIÓN

La reciente reforma del derecho francés del arbitraje -fruto de la reflexión de especialistas en arbitraje y del carácter liberal de la jurisprudencia francesa- cumple de forma eficaz sus objetivos principales, ya que ordena y hace más

¹³² Ver cuarto párrafo de la exposición de motivos del Decreto.

¹³³ La Ley Modelo prevé otras formas de terminación de la instancia arbitral diferentes del laudo (retiro de la demanda por el demandante; acuerdo de partes para dar por terminadas las actuaciones; comprobación por el tribunal que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible).

inteligible este derecho, al recoger evoluciones útiles de la práctica arbitral que hasta ahora sólo habían sido consagradas por la jurisprudencia y emplear una técnica legislativa más clara (remisión expresa a las normas aplicables al arbitraje internacional).

Se trata de una reforma que mantiene ciertas características del derecho francés del arbitraje, como el dualismo y la limitación de las causales de anulación del laudo, pero que lo transformen en un derecho más progresista, al admitir la renuncia al recurso de nulidad contra el laudo y la adopción de métodos alternativos de notificación de los laudos y que implementa mejoras tendientes a facilitar la constitución del tribunal arbitral, reafirmar o reforzar algunas de sus facultades y deberes y delinear más claramente la función judicial de apoyo al procedimiento arbitral.

Si bien la reforma del derecho francés del arbitraje no puede calificarse como revolucionaria en todos sus aspectos si ha optado por distinguirse de la Ley Modelo, para establecer un sistema más autónomo confirmando así el carácter eminentemente favorable al arbitraje de este derecho.

La extinción del arbitraje forzoso en Guatemala

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL (*)

“ubi partes sunt concordēs...”

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El sometimiento de disputas a arbitraje: ¿Es un derecho fundamental?* 3. *La extinción del “arbitraje forzoso” en Guatemala.* 3.1. *La tentación.* 3.2. *La norma impugnada.* 3.3. *El examen de constitucionalidad.* 4. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

De las acepciones de la palabra “homenaje” que nuestro Diccionario de la Lengua Española contiene, me quedo con aquella que significa tener respeto hacia alguien. Respeto por su trayectoria personal y profesional, lo que significa a su vez, el tener a esa persona como referente y como ejemplo.

El libro del cual este pequeño ensayo forma parte, busca rendir homenaje no a uno, sino a dos profesionales del Derecho que justamente encarnan aquello que para mí significa alcanzar ese respeto auténtico, desinteresado, honesto.

YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES son Juristas. A pesar de mi relativa corta experiencia como Miembro por Guatemala en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no obstante ello, me permite, con toda la extensión posible que conlleva el contacto con ambos, con sus ideas y con su trabajo, afirmar justa y holgadamente eso: que son Juristas.

Pero, ¿qué significa el término “Jurista”? Para mí, es el más alto calificativo que un profesional del Derecho se puede merecer. Siguiendo al emérito profesor mexicano IGNACIO BURGOA, quien nos legó lo que él mismo calificó como un “opúsculo”, titulado “El Jurista y el Simulador del Derecho”, se me

(*) Licenciatura en Derecho, Universidad Rafael Landívar (1986); Maestría en Leyes (LL.M.), Columbia University (1990); Candidato a Doctorado en Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala; Ex-decano, Facultad de Derecho, Universidad Rafael Landívar; Miembro por Guatemala, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; Ex-Juez Ad-hoc, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Tiu Tojín vs. Guatemala).

rece ese calificativo solamente aquella persona que es libre, auténtica, veraz, civilmente valiente, honesta y con un hondo sentido de justicia, “no sólo en lo que tradicionalmente se considera como justicia conmutativa (*constants et perpetua voluntas suum cuique tribuere*) sino, por modo primordial, en lo que debe entenderse por justicia social”¹.

Si la labor de un árbitro o un consagrado al arbitraje se ve con sentido común, inmediatamente se entiende que tiene una función vital: Resolver disputas y decir qué es el Derecho. En ello, su rol social es tan importante como el del Juez. En la semblanza particular que hace BURGOA cuando se refiere a los jueces como Juristas, precisa además que el supuesto humano cualitativo indispensable en ellos está comprendido por la honestidad, la preparación cultural, el conocimiento del Derecho, la comprensividad para los altos valores del espíritu y de la sociedad, el valor civil y el patriotismo.

Juez y árbitro administran justicia, y ambos deben aspirar a consagrarse como juristas al realizar esa labor trascendental. Como lo describe, quizás mejor que nadie, BRUNO OPETTIT: “(...), tanto el árbitro como el juez extraen, así sea en proporciones variables, su *ratio decidendi* de fuentes idénticas, ya sea de la ley, de los usos, de la equidad o de los principios generales del derecho, y ambos están legalmente obligados a conformarse al orden público”².

Veo por eso, en la labor y la proyección de YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES, la plena configuración de los juristas a quienes hoy se rinde merecido y respetuoso homenaje.

Llenan con creces todas esas cualidades necesarias para entrar al espacio de los consagrados. Basta ver cómo se comportan, cómo predicán con el ejemplo. Y la vida me ha brindado la fortuna de poderlo atestiguar.

2. EL SOMETIMIENTO DE DISPUTAS A ARBITRAJE: ¿ES UN DERECHO FUNDAMENTAL?

El 7 de julio de 2011, la Corte de Constitucionalidad (CC) emitió la sentencia recaída en el expediente N° 387-2010³, mediante la cual se analizó una disposición de la Ley de Arbitraje contenida en el decreto 67-95 del Congreso de la República y que se relaciona con el tema del “arbitraje forzoso”. Dicha sentencia es el objeto de análisis de este ensayo. Pero como antesala para el abordaje y comentarios sobre lo resuelto por el máximo órgano contralor de

¹ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *El Jurista y el Simulador del Derecho*; 2ª. Edición. México: Editorial Porrúa, 1989, p. 23

² OPETTIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Traducido por SILVA ROMERO, Eduardo; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio; CAICEDO DEMOULIN, José Joaquín. Legis Editores, S.A. 2006. P. 61

³ Publicada en el Diario Oficial de Centroamérica en su edición del martes 26 de julio de 2011

la constitucionalidad de las leyes en Guatemala, previamente es necesario referirse al fundamento del arbitraje y resolver si el derecho a someter la resolución de disputas a ese mecanismo alternativo o no-judicial es o no un derecho fundamental, o por el contrario, una concesión graciosa del Estado que en cualquier momento puede restringirle o inclusive, suprimirle a las personas.

Porque no es sino hasta la sentencia antes referida que se empieza a despejar esta duda en mi país. Hasta ahora, una norma constitucional contenida en la parte orgánica de la Carta Magna guatemalteca había sido considerada la portadora del basamento constitucional del arbitraje. Me refiero al artículo 203 que, en lo relevante, dispone: *“La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República de Guatemala. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca (...)”*

Siempre me he opuesto a que estas disposiciones normativas sean consideradas como el pilar constitucional sobre el cual está erigido el andamiaje arbitral. Pues flaco favor se le haría a la institución jurídica del arbitraje si algún día, por acto de poder público, el Organismo Legislativo simplemente decidiera derogar la Ley de Arbitraje. La aparente lógica de la argumentación que es el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) la que provee ese fundamento esencial, es la referencia a que es un acto legislativo el que establece la posibilidad de la constitución de tribunales arbitrales. Y ello, ante la lapidaria expresión que *“la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta”* por la suprema corte de la Nación y los demás tribunales creados o reconocidos por acto legislativo, que puede incluir por supuesto, el acto de aprobación de un tratado o convenio internacional que a su vez, establezca el sometimiento a arbitraje internacional de ciertas o determinadas controversias, ya sea con el Estado o entre particulares.

La pregunta, sencillamente, es: ¿Los ciudadanos tienen derecho inherente a someter la resolución de sus controversias ante un árbitro, si la materia es arbitrable, o solamente pueden hacerlo si el Estado los faculta para ello, aún estando ante materia eminentemente arbitrable? Otro tema sería también analizar si el Estado puede restringir irrazonablemente eso que damos en llamar la *“materia arbitrable”*, pero quizás eso sea objeto de otro ensayo. Basta con señalar que Guatemala, hoy se adscribe plenamente al principio que efectivamente lo es todo aquél asunto en el cual las partes tengan libre disposición.

Estas disquisiciones fuerzan a recordar que ya, desde 1791, la Constitución Francesa adoptó, en el artículo 5, el principio que *“el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo.”* O sea, desde los orígenes de la

liberación ante el Antiguo Régimen, queda asentada la naturaleza de derecho fundamental, o más contemporáneamente, de derecho humano, de la facultad que los ciudadanos tienen de elegir el arbitraje como otra opción frente a su acceso a la justicia estatal.

Para no ir tan lejos geográfica y temporalmente, en la misma región centroamericana hay interesantes ejemplos del reconocimiento expreso en algunas Constituciones en cuanto a que el uso del arbitraje es precisamente un derecho humano. Por ejemplo, la Constitución Política de la República de Costa Rica, aprobada el 7 de noviembre de 1949, estableció por vez primera con rango constitucional, en el artículo 43, el derecho de toda persona *“a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”* Pertinente es señalar que el artículo 43 está inmerso en el capítulo constitucional costarricense que reconoce los derechos humanos individuales en ese hermano país (Título IV, Capítulo Único). Pero aún más cerca de las fronteras de mi país, El Salvador, con contundente claridad, al vincular el derecho a elegir el arbitraje con la libertad de negociación, en el artículo 23 de la Constitución Política de El Salvador de 1983, prescribe: *“Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.”*

El artículo 23 constitucional Salvadoreño está inmerso en el Título II de dicha magna carta, titulado *“Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona”* y más concretamente, en el capítulo I de ese Título, denominado *“Derechos Individuales y su Régimen de Excepción.”*

Luego de este breve examen comparativo y ante la clara insuficiencia del artículo 203 de la CPRG para decir con toda propiedad que en dicha norma está el fundamento constitucional en Guatemala para que los ciudadanos puedan utilizar el arbitraje como medio legítimo y eficaz para resolver sus controversias, la Corte de Constitucionalidad, en el caso 387-2010 mediante el cual examinó la figura del arbitraje forzoso y su incompatibilidad con el sistema constitucional guatemalteco, también incluyó, como punto de partida para tal determinación, una valiosa labor hermenéutica mediante la cual, sienta la base jurisprudencial para establecer con más pertinencia, cuál es el fundamento constitucional de los ciudadanos para someter sus disputas a arbitraje.

En el numeral IV de la parte considerativa de la sentencia de mérito, puede leerse lo siguiente: *“Para la práctica a nivel internacional de los métodos alternativos de solución de conflictos, existen centros que cuentan con el personal especializado y todos los recursos necesarios para ello, en los cuales actualmente se tramitan particularmente el arbitraje, la conciliación y la mediación. En esos centros,*

el trámite de los métodos alternativos se hace ante árbitros, conciliadores o mediadores escogidos de su lista de expertos en la práctica de cada uno de ellos, con sujeción a su propio reglamento y con base en las tarifas fijadas para ese efecto por cada centro. Tales circunstancias tienen su fundamento en la autonomía de la libertad, de la cual gozan los comerciantes, implícita en el artículo 43 constitucional⁴, en el que se reconoce la libertad de comercio. Esa autonomía de la voluntad se evidencia cuando las partes exteriorizan mediante acuerdo o convenio su intención de someterse a arbitraje y su renuncia a los fueros judiciales, así como la aceptación de condiciones para conferir poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de la libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. Por ello, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes constituye el sustrato mismo del arbitraje; por consiguiente, quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición." (Los énfasis son agregados).

Ciertamente, podría cuestionarse qué ocurriría si la materia en disputa no es de naturaleza mercantil o comercial, sino civil o de cualquier otra naturaleza pero que esté inmersa de todas formas en un ámbito del actuar humano en donde las partes tengan libre disposición. El fallo de la Corte de Constitucionalidad vincula como un derecho implícito al derecho humano individual de la libertad de comercio, el poder someter disputas comerciales a la resolución de árbitros, pero siguiendo la misma lógica del razonamiento vertido en la labor exegética, podría decirse que mientras haya libertad de contratación, autonomía de la voluntad de las partes, y por ende, libre disposición de derechos, la facultad de elegir la vía arbitral en sustitución de la vía jurisdiccional es efectivamente un derecho inherente adscrito o inmerso al de la libre disposición o contratación, sea mercantil o no la materia objeto de la disposición.

Sea como sea, me parece que el reconocimiento que el derecho a someter a árbitros la resolución de una disputa sea parte implícita de otros derechos constitucionalmente reconocidos, está acorde con el principio "pro hominem" que ciertamente recogen otros dos artículos constitucionales guatemaltecos.

Me refiero, respectivamente, a las normas contenidas en las disposiciones 44 y 46 de la ley fundamental guatemalteca: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana" y "Se establece el principio general de que

⁴ Artículo 43 CPRG: "Libertad de Industria, Comercio y Trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o motivos de interés nacional, impongan las leyes".

en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno."

Así, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras" (Convención de Nueva York de 1958), debidamente aceptada y ratificada por Guatemala, cobra especial relevancia en este tema, especialmente si se toma en cuenta el contenido del artículo II de dicha Convención, que exige respeto y cumplimiento por parte de los Estados ante los acuerdos arbitrales de los particulares.

El caso 387-2010 sirve de haz de luz para ubicar correctamente el fundamento toral en el ordenamiento jurídico guatemalteco sobre el derecho que tienen sus ciudadanos para someter a arbitraje la resolución de sus conflictos y dejar atrás el superficial y peligroso supuesto basamento constitucional que quiso encontrarse en la norma del artículo 203 de la CPRG ante la ausencia de norma expresa.

3. LA EXTINCIÓN DEL "ARBITRAJE FORZOSO" EN GUATEMALA

Para no dejar lugar a dudas, cuando me refiero al "arbitraje forzoso", me refiero a aquél que pretende nacer, no del acuerdo de voluntad y la libre disposición de las partes, sino de aquel que surge de la disposición unilateral de voluntad de quien ostenta el poder público, más concretamente, el poder legislativo.

3.1. La tentación

A mayor debilidad institucional en un Estado, y especialmente, a mayor debilidad del sistema de administración de justicia en dicho Estado, lógicamente mayor tentación de "desestatalizar" o "desjudicializar" la resolución de la mayoría de controversias y remitirlas a la vía arbitral, o más ampliamente, a la vía alternativa de resolución de conflictos. Dicho de otra manera, si la confianza ciudadana en los tribunales de justicia está en entredicho por diversas razones (tales como la duda sobre la imparcialidad y capacidad profesional de los jueces, la opacidad en el sistema de justicia, o simplemente la abultada carga de casos sin resolverse oportunamente), parecería lógico intentar remitir forzosamente la resolución de disputas a otros mecanismos que presuntamente podrían dar respuesta a la necesidad de una justicia más pronta y cumplida, y es ahí donde puede aparecer entonces esa tentación de utilizar al arbitraje como esa supuesta panacea, ante las percepciones negativas de la ciudadanía en cuanto a su sistema de administración de justicia.

Éste podría ser el caso en Guatemala. Es por ello que aparecen ciertas leyes, como la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, o el Código de Comercio,

que para determinadas disputas intentan obligar, o como mínimo, inducir a las partes a que recurran al arbitraje, con exclusión del acceso tradicional a los tribunales del Estado.⁵ Se puede llegar hasta a afirmar que en los últimos años, ha existido una “política legislativa” de establecer arbitrajes forzosos o “cuasi-forzosos”.

No obstante que es inclinación es entendible, y más allá de si es o no compatible con el andamiaje constitucional guatemalteco dicha inclinación (cuestión que se aborda puntualmente en las secciones siguientes), me parece que todo arbitraje que no nace de un auténtico acuerdo de voluntad de las partes, no tiende a arrojar los resultados que normalmente se pueden esperar del que sí nace de tal acuerdo. Quizás el refrán popular que indica que “árbol que nace torcido, nunca se endereza”, sintetiza y hace más elocuente lo que intento decir.

El caso que se expone en lo sucesivo, no constituye aún “doctrina legal” o “jurisprudencia constitucional”, pues aún no se han dado tres fallos contestes o en el mismo sentido⁶. No obstante ello, sí se ha establecido un criterio

⁵ Por ejemplo; el artículo 69 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías establece lo siguiente: “Solución de Conflictos: Los conflictos entre las partes, derivados de un contrato de bolsa, entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, o entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán ser resueltos, salvo pacto en contrario, por arbitraje de equidad, el cual, si las partes en conflicto no dispusieron otra cosa, se sustanciará conforme a las reglas o normas del Centro de Dictamen, Conciliación y Arbitraje (CDCA). El laudo podrá dictarse en rebeldía de la parte que no comparezca dentro del proceso arbitral. Por su parte, el Código de Comercio, reformado mediante decreto 11-2006, en materia de contratos de distribución y agencia, prescribe lo siguiente en el artículo 291. Controversias. Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieron de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial. En caso que la controversia se resuelva en proceso judicial en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos; de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados. En el contrato respectivo, las partes también pueden optar por el arbitraje o por la vía judicial en proceso sumario, para resolver cualquier clase de controversia derivadas de dicho contrato. Para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial. En todo caso, los procesos judiciales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo a las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales.

⁶ Conforme la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente), para que se forme “doctrina legal”, el artículo 43 de dicha ley, requiere lo siguiente: “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma

jurisprudencial que, por las motivaciones expuestas para llegar a la decisión respectiva, difícilmente pueda variar si se vuelve a examinar a nivel de dicha Corte el mismo tema. O sea, aunque no sea aún un precedente transformado en norma de observancia general, lo decidido por el máximo contralor de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala, es persuasivo y debería ser tomado en cuenta para futuras regulaciones en materia de resolución de conflictos por medio del arbitraje.

3.2. La norma impugnada

Mediante Decreto 11-2006 del Congreso de la República, se emitió una ley contentiva de sendas reformas legislativas en Guatemala, con el fin de promulgar normas de implementación del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (el denominado “DR-CAFTA”).

En el segundo considerando del decreto antes mencionado, puede leerse lo siguiente: *“Que con la aprobación del citado Tratado de Libre Comercio, el Estado de Guatemala adquirió compromisos para realizar reformas a su sistema jurídico, especialmente en aquellos sectores que forman parte de la normativa del instrumento, a través del cual se establecen reglas claras, transparentes y que proporcionan certeza jurídica a la relación comercial que se otorga en dicho marco.”*

Bajo dicha consideración, y quizás de manera extralimitada en cuanto al tema de “Solución de Controversias”, se dispuso reformar la Ley de Arbitraje de Guatemala (LAG), mediante la adición de un párrafo nuevo, el tercero, al artículo 2 de dicha Ley.

El texto de ese nuevo párrafo es (era, en realidad, por su declaratoria reciente de inconstitucional) el siguiente:

“Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverán de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje”.

Independientemente de la calidad literal o textual, o el uso adecuado del idioma contenido en dicha norma, es importante comentar dos cosas:

La LAG está fundamentalmente basada en la versión original del Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y el párrafo mencionado fue agregado al que sería

Corte...”

el numeral 3, del artículo 1 de dicho Modelo de Ley, que define cuándo el arbitraje es internacional.

Además del comentario anterior, que persigue facilitar al lector ubicar en dónde encontraría tan singular norma si estuviera revisando el modelo dado por la CNUDMI, baste decir que, en mi opinión, esa disposición legislativa no era un requisito realmente necesario para implementar el DR-CAFTA, pues dicho tratado comercial, en su capítulo sobre solución de controversias, regula en realidad las que surjan entre el inversionista de un Estado Parte, como sujeto activo, con el Estado anfitrión de la Inversión también Estado Parte. Es decir, no es de la incumbencia directa del DR-CAFTA la determinación por parte de los particulares sobre la vía procesal mediante la cual decidan o quieran decidir resolver sus controversias.

Finalmente, la referencia a una institución arbitral en particular como la “elegida legislativamente” (foro “por default”) para resolver controversias derivadas de la contratación internacional generó cierto repudio hacia la norma, independientemente de su validez o invalidez constitucional.

Quizás alguien, con ciertos síntomas de “arbitralitis”⁷ consideró oportuno introducir en el decreto de implementación legislativa del DR-CAFTA esta extraña norma, con el fin de hacer avanzar así la práctica arbitral internacional en Guatemala y a la que no se ha arribado aún en ausencia de una verdadera “cultura arbitral”.

Pero paso ahora a referirme al objeto toral de este ensayo.

3.3. El examen de constitucionalidad

En el año 2010, se presentó una acción de inconstitucionalidad general parcial, contra el artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 y su reforma, contenida en el artículo 117 del Decreto 11-2006, ambos del Congreso de la República. El texto impugnado es el que aparece resaltado en la sección anterior.

Los principales razonamientos o argumentos de la impugnación, fueron los siguientes:

- Violación al artículo 29⁸ de la Constitución: el libre acceso a tribunales de justicia; pues la elección del arbitraje es voluntaria y debe ser probada,

⁷ “Arbitralitis” es un término que escuché utilizar por primera vez a Ignacio SUÁREZ ANZORENA, junto con el de “Arbitrofobia”, a los cuales me referiré en la parte conclusiva de este ensayo.

⁸ Libre Acceso a Tribunales y Dependencias del Estado: Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía

porque la libre elección de las partes de resolver sus controversias por medio del arbitraje implica la renuncia a los recursos y protecciones de las garantías del proceso judicial que establecen las normativas procesales y constitucionales en las distintas jurisdicciones.

- violación al artículo 12^º de la Constitución, por contravenir la garantía del juez natural y la inviolabilidad de la defensa.
- Violación al artículo 4¹⁰ de la Constitución, ya que el legislador creó una diferenciación entre las personas privadas inmersas en una controversia derivada de una contratación internacional y las personas privadas encontradas en un conflicto derivado de otra clase de contratación, pues unos tienen acceso a los tribunales nacionales del Organismo Judicial para decidir sus controversias, salvo que convengan resolver las mismas vía arbitraje, mientras que las personas privadas envueltas en una controversia derivada de una contratación internacional únicamente tienen acceso al arbitraje de la Corte internacional de Arbitraje (salvo que pacten otro foro de arbitraje). Esta diferenciación es inconstitucional por violar el principio de igualdad.

Luego de agotado el procedimiento respectivo de la acción de inconstitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad resolvió la misma el 7 de julio de 2011 como se indicara anteriormente. Dentro de las motivaciones que llevaron a tomar la decisión de dicho órgano máximo de jurisdicción constitucional, las siguientes podrían ser las más reveladoras:

"(...) se denota la idea de que ese derecho fundamental (el de libre acceso a tribunales y dependencias del Estado) está integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial, y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. De esa cuenta, el contenido esencial (el libre acceso) es la parte que no admite límite; está vedada a toda limitación, lo que no ocurre con el contenido accesorio (el ejercicio de las acciones y la defensa de derechos) que es objeto de regulación legal y de las limitaciones que el legislador establezca, con la condición de que estén debidamente justificadas. Por ello, resulta

diplomática en caso de denegación de justicia. No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas.

- ⁹ Derecho de Defensa: La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.
- ¹⁰ Libertad e Igualdad: En Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

inconstitucional tanto un precepto legal que establezca límites desproporcionados a ese derecho fundamental como una norma que impida su ejercicio y disfrute”.

Puede acá apreciarse la nítida separación entre la llamada “parte nuclear” y la “parte periférica” del derecho humano individual que reconoce el libre y voluntario acceso a los tribunales de justicia. La parte nuclear no puede ser objeto de regulación alguna; la periférica sí, mientras no se haga irrazonable o arbitrariamente.

“El primero de los problemas jurídicos a resolver, derivado de las posiciones encontradas entre los intervinientes dentro de la presente acción, es si la norma impugnada es imperativa –como lo afirman el interponente¹¹ y la Cámara de Comercio de Guatemala- o si esa norma es dispositiva –como lo indicaron el Congreso de la República, el Ministerio de Economía y el Ministerio Público-; es decir, debe determinarse si la norma impone acudir al Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.”

En este párrafo de la parte considerativa del fallo, se parte de un análisis sobre la naturaleza o el tipo de norma sujeta a examen constitucional, haciéndose la diferenciación entre “normas imperativas” y “normas dispositivas”. Como se podrá apreciar más adelante, aún cuando se arribó a la conclusión que la norma es, en su estructura, de naturaleza dispositiva, aún así, su contenido vulnera derechos fundamentales.

“El supuesto de hecho de la norma impugnada es: el surgimiento de controversia derivada de las contrataciones internacionales entre privados y la consecuencia jurídica es la de resolver tales controversias “(...) de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de (...); es decir, que si las partes no expresaron su voluntad de acudir a un foro de arbitraje específico, supletoriamente se aplica la voluntad del legislador que es la de resolver las controversias conforme a la regulación del foro indicado (...). Nace ex lege la sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje regulado en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional” (CCI).

En esta parte del razonamiento de la Corte de Constitucionalidad, puede apreciarse que no obstante considerar que la norma es dispositiva, ya que opera la aplicación del arbitraje bajo el Reglamento de la CCI únicamente a falta de acuerdo expreso en contrario, no obstante, ese acuerdo en contrario solamente permite otro “foro arbitral”.

“De esa cuenta, la norma jurídica que se analiza resulta ser dispositiva, pues contiene una regla con su respectiva excepción, ya que las partes contratantes deben realizar la consecuencia jurídica expresada en la norma, si no pactan otra; no obstante, en ambos casos el legislador asigna la vía arbitral

¹¹ El “interponente” es el accionante, que en el caso concreto, fue el Dr. Luis Fernando BERMEJO QUINÓNEZ.

como solución de controversias, derivadas de contrataciones internacionales, y como consecuencia, excluye la vía judicial”

“Con base en lo anteriormente analizado, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona –al disponer la aplicación de una reglamentación arbitral específica, salvo pacto expreso de otro foro arbitral- establece un arbitraje obligatorio con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial”. (el subrayado es nuestro).

Es evidente, aunque no lo dice expresamente la Corte de Constitucionalidad en este último fragmento de la parte considerativa de la sentencia, que la regulación pretendida en el artículo impugnado no está dirigida a crear condiciones o requisitos para el libre acceso a tribunales estatales, es decir, su parte periférica, sino más bien atañe directamente a la parte nuclear de tal derecho fundamental. Por ello, de suyo inviable en nuestro ordenamiento constitucional. El texto transcrito que sigue, lo demuestra más claramente:

“(...) El artículo 29 indica que esa libertad debe ejercerse de conformidad con la ley, lo cual permite al legislador configurar y determinar los requisitos para acceder a los tribunales de justicia, pero esa facultad legislativa no puede abolir el contenido esencial de ese derecho, por lo que el legislador no puede imponer para su ejercicio, obstáculos o dificultades arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, salvo que tal dificultad esté en algún modo justificada por el cumplimiento de un fin constitucionalmente lícito.”

“El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente del reconocimiento del Estado y que discurre en el marco de los derechos renunciables.”

En texto anterior, de alguna forma deja algún grado de mal sabor o preocupación ante una primera lectura, o quizás mejor dicho, una lectura superficial. Ello, porque cabría preguntarse entonces qué sucedería si el Estado no hiciera un reconocimiento de esta institución que establece procedimientos de arreglo de disputas. Sin embargo, ante un análisis más cuidadoso, es parte del Constitucionalismo moderno saber que, el reconocimiento de los derechos humanos no constituye jamás la creación en constituciones, tratados o leyes, de listas taxativas o *numerus clausus* de tales derechos, sino más bien constituyen listados abiertos, progresivos, aceptando el reconocimiento tácito de otros derechos de la misma naturaleza¹².

¹² Artículo 44 de la CPRG: “Derechos Inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

El postulado general según el cual, el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, recoge, en términos generales, el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez).

Sutilmente, si se quiere, acá la Corte de Constitucionalidad de plataforma constitucional a los principios de “kompetenz-kompetenz” y el de la autonomía del acuerdo arbitral, recogidos en la LAG. Las siguientes transcripciones de la parte considerativa de la sentencia de dicha Corte que comento en este ensayo, tienden a dar mayor solidez a dicha plataforma:

“Por lo tanto, el arbitraje constituye un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros (...)”

“El arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. Por ello, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes constituye el sustrato mismo del arbitraje (...)”

“La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la ley prescinda de la voluntad de las partes para someter la controversia al arbitraje, pues la libertad de acceder a los tribunales implica la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo” (el énfasis es agregado)

Y ya abordando el asunto principal de la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 2 de la LAG, reformado por el Decreto 11-2006, el tribunal constitucional expuso sus argumentos conclusivos, de los cuales vale la pena resaltar los siguientes:

“De esa cuenta, una norma legal que imponga la vía arbitral para la solución de controversias, conlleva una regla arbitraria, pues su finalidad no es otra que la elusión del derecho al juez natural (...)”

No dice expresamente que se está afectando así la “parte nuclear” del derecho al libre acceso a tribunales de justicia que conforman parte de la organización del Estado, pero así debe entenderse conforme consideraciones antes mencionadas.

“El legislador (...) establece un impedimento para el ejercicio del libre acceso a los tribunales de Justicia del Estado y, con ello, elimina el contenido esencial de ese derecho fundamental que consiste precisamente en la prestación de la actividad jurisdiccional desarrollada por jueces y magistrados competentes y preestablecidos; por lo que resulta violatorio de los artículos 12 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por ser contrario al principio del juez natural e impedir el libre acceso a los tribunales de justicia del Estado, según las razones expuestas”

El contralor máximo de la constitucionalidad en Guatemala, después de este lapidario fragmento de su sentencia, consideró inclusive innecesario seguir examinando y por ende, pronunciarse, sobre los demás señalamientos de inconstitucionalidad reparados por el interponente de la acción respectiva, y es por ello que ya no se refirió a otros interesantes aspectos de la acción, como por ejemplo, si la norma impugnada violaba o no el artículo 4 constitucional, que garantiza la igualdad entre las personas. Probablemente, si se hubiera continuado con el análisis y resolución de todos las causales de impugnación expuestas, el tribunal hubiese también podido arribar a la conclusión que la imposición del arbitraje por la vía de una norma emanada del congreso, viola la igualdad de los sujetos destinatarios de dicha norma, frente a otros sujetos que en condiciones similares o iguales, no están obligados a utilizar el arbitraje sino que mantienen el derecho a acceder, si así lo desean, a la justicia ordinaria y frente al “juez natural”.

Es definitivo: el arbitraje forzoso no es que tenga los días contados en Guatemala; no es una especie en vías de extinción. Los razonamientos vertidos en el fallo constitucional me parecen tan evidentemente acertados; tan persuasivos en cuanto a no dudar que es la voluntad de las partes, y por ende, el libre albedrío, el verdadero fundamento del arbitraje, que todo nuevo intento de establecer el arbitraje por la imposición de la voluntad del legislador, o toda otra norma ya existente que pretende imponer el arbitraje directa o indirectamente, afectando de cualquier manera la parte nuclear del derecho al libre acceso a la justicia ante juez natural, será declarada, más temprano que tarde, inconstitucional, al igual que la norma examinada en el caso que es el objeto central de este ensayo.

No se ha sentado aún “doctrina constitucional” o “jurisprudencia” en el sentido al que se refiere la norma de orden constitucional citada en la nota al pie de página número 6, pues para ello se requiere, más que requisitos cualitativos, requisitos cuantitativos o repetitivos, pero ciertamente el criterio jurisprudencial me parece sumamente acertado. Contiene abundantes razonamientos que no solamente colocan en su justa dimensión constitucional al arbitraje, pues no se elude mencionar que su límite es la materia arbitrable (aquello donde las partes tengan libre disposición), sino además y ante todo, lo cimienta de una buena vez como un derecho inherente a las personas implícitamente reconocido en la parte “dogmática” de la Magna Carta guatemalteca.

Aún está por verse si otras disposiciones “más creativas” como las mencionadas en la nota al pie de página número 5, podrían sobrevivir un examen de compatibilidad constitucional. Ese tipo de disposiciones normativas que establecen un “arbitraje cuasi-forzoso”, o “cuasi-voluntario” según como se quiera enfocar, podría sobrevivir eventualmente una acción de inconstitu-

cionalidad si se aplica el criterio que la normas en cuestión son dispositivas y no imperativas, y que al dejar eventualmente abierto el acceso a tribunales de justicia del Estado si así se pactó expresamente la reserva, por ende no se afectaría la parte nuclear del derecho contenido en el artículo 29 de la CPRG, sino en todo caso, se estaría estableciendo un requisito para acceder al mismo, y que aún así habría que determinar finalmente si de todas formas es compatible con la “parte periférica” de tal derecho.

4. CONCLUSIÓN

¿Qué hace que el legislador de un país intente, por la vía del poder legislativo, imponer el arbitraje como El Medio exclusivo y excluyente para resolver determinado tipo de controversias? ¿Será su convencimiento que es lo mejor, considerando que el arbitraje tiene más ventajas que desventajas, frente a la opción jurisdiccional estatal? ¿O será que considera que ante la debilidad institucional judicial de su país, en lugar de fortalecer y modernizar la misma, lo mejor es, de alguna manera “privatizar” la justicia y remitir la resolución de controversias a centros privados de administración de procesos resolutivos de conflictos? O más dramáticamente, ¿podrá deberse a ciertos fanatismos o fundamentalismos conceptuales que normalmente pueden apreciarse en todo aquel que tiende a considerar al arbitraje como la panacea de las panaceas?

La combinación de todas las respuestas a las preguntas anteriores también puede ser que se constituya en la respuesta definitiva: es la pérdida de la fe en el pacto social, particularmente en la cláusula que es el Estado quien administra justicia ordinariamente y para todos los ciudadanos; lo que nos puede llevar a lo que ya antes se refirió como “arbitralitis”.

Y seguro que tarde o temprano, todo síntoma de “arbitralitis”, terminaría en “arbitrofobia”. Aquella aversión o temor a que lo que debería haber nacido de la voluntad, del convencimiento nato, e inclusive de la vocación cultural, venga por la vía de la imposición del poder público.

Plain Packaging: Un futuro incierto para el uso de marcas registradas

MARTIN HUNTER ^(*)

JAVIER GARCÍA OLMEDO ^(**)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.2. Plain packaging y la diferencia entre ‘non-word marks’ y ‘word marks’. 2. El ADPIC y la Ley uruguaya. 2.1. El ADPIC. 2.2. La Ley por la que se rigen los derechos de marcas comerciales en Uruguay. 2.3. La Ley uruguaya antitabaco. 2.3.1 La Resolución 514/009. 2.3.2. El Decreto 287/009 y la Ordenanza 466/009. 3. Plain packaging: ¿Una violación de los ‘derechos’ de PMI? 4. Derechos de propiedad intelectual en tratados bilaterales de inversión. 5. Derecho a la salud vs. derechos de propiedad intelectual. 6. Conclusiones.

Conozco y admiro a BERNARDO CREMADES y YVES DERAINS, tanto profesional como personalmente, desde hace más de treinta años. BERNARDO es un jurista de reconocido prestigio internacional, fundador del despacho que lleva su nombre. YVES fue el Secretario General de la Corte de Arbitraje Internacional durante una etapa que resultó crucial para el desarrollo de dicha institución, y desde entonces ha destacado profesionalmente en el campo del arbitraje internacional.

1. INTRODUCCIÓN

Decía el filósofo alemán THEODOR W. ADORNO “*Los más afectados, como en todas partes, son los que no tienen otra opción*”. Esta célebre cita pone de manifiesto la polémica suscitada a raíz de un asunto de carácter jurídico e internacional

^(*) Profesor EMÉRITO (Nottingham Trent University, Reino Unido); Árbitro y Barrister especializado en Arbitraje Internacional (Essex Court Chambers, Londres).

^(**) Abogado especializado en Arbitraje Internacional. Actualmente trabaja con el profesor M. Hunter. LLM (King’s College London, Reino Unido); Licenciado en Derecho (Universidad de Granada, España).

Los autores agradecen la ayuda de ISABEL PORTO RODRÍGUEZ en la traducción de esta contribución.

relacionado con marcas registradas de tabaco, el cual está teniendo graves repercusiones de carácter socioeconómico, afectando las relaciones comerciales existentes entre inversores y estados.

Las medidas *plain packaging*¹ de productos de tabaco están generando ciertas dudas respecto a la compatibilidad entre la protección de derechos de propiedad intelectual (DPI) y normas internacionales sobre salud pública. Gobiernos y organismos de salud internacionales parecen determinados a reducir el consumo de esta sustancia mediante la adopción de medidas estrictas anti-tabaco contra compañías tabacaleras. Dichas medidas pueden atentar contra los derechos de marcas comerciales, incorporados en normativas nacionales e internacionales y tratados bilaterales de inversión (TBI).

El 19 de Febrero de 2010, la multinacional *Philips Morris International* (PMI) presentó una demanda contra el Estado de Uruguay² ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), más conocido como ICSID³. PMI ha impugnado tres normativas antitabaco adoptadas por el Gobierno uruguayo, las cuales están causando graves pérdidas económicas para la subsidiaria de la tabacalera en este país: *Abal Hermanos S.A.* Además, la multinacional argumenta que dichas regulaciones implican la expropiación de sus DPI⁴ y, por lo tanto, violan el Acuerdo Suiza-Uruguay sobre la Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras⁵. Por estos conceptos, PMI reclama una indemnización económica de dos millones de dólares.

Antes de continuar con el desarrollo expositivo de la cuestión objeto del presente estudio, es importante destacar que PMI es la primera compañía de tabaco en demandar a un gobierno ante el ICSID por la expropiación de sus

¹ PLAIN PACKAGING es un término inglés que hace referencia al etiquetado o empaquetado sencillo de productos de tabaco, el cual constituye el eje central de este artículo. Se trata de un concepto que será definido en el epígrafe siguiente.

² Philip Morris Brand Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs La República Oriental del Uruguay (Caso CIADI Número ARB/10/7). El caso está pendiente y el Tribunal organizó su primera sesión, vía conferencia telefónica, el 25 de Mayo de 2011. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>

³ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es una Institución del Banco Mundial especialmente diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Esta Institución se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio), texto disponible en el siguiente enlace http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

⁴ El texto en inglés que contiene la demanda de arbitraje interpuesta por PMI se puede consultar en el siguiente enlace http://www.smoke-free.ca/eng_home/2010/PMIvsUruguay/PMI-Uruguay%20complaint0001.pdf

⁵ TBI celebrado entre Uruguay y Suiza, texto disponible en el siguiente enlace <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue16176.htm>

DPI. No obstante lo anterior, es posible predecir que la demanda interpuesta por PMI contra el Gobierno uruguayo no será el único caso en donde una tabacalera inicie un procedimiento judicial contra un estado ante la mencionada institución del Banco Mundial. De hecho, el Gobierno Federal australiano se ha sumado a la lucha para erradicar el consumo de cigarrillos mediante el lanzamiento de una propuesta legislativa que también introduce las medidas *plain packaging*. Australia pretende incorporar dicho proyecto en su Ordenamiento Jurídico a partir de Enero de 2012, momento a partir del cual se prohibirá el uso de elementos publicitarios en paquetes de tabaco, tales como logos, marcas, colores y textos. De ser así, se trataría de una de las medidas más restrictivas adoptadas por un gobierno hasta la fecha. Por lo tanto, no es de extrañar que PMI amenace con emprender acciones legales contra el Gobierno australiano, fundándose para ello en el Tratado Bilateral celebrado entre Australia y Hong Kong, ya que la propuesta australiana supondría una violación de sus DPI⁶. Esta tendencia a proteger la salud pública se está extendiéndose también a otros países tales como Inglaterra, EE.UU y Canadá, los cuales están considerando implementar sus leyes antitabaco de una manera más estricta.

La decisión que adopte el Tribunal Arbitral en el caso de PMI contra Uruguay será determinante, puesto que, en cualquier caso, alterará la interpretación y aplicación relativas a los DPI conferidos, no sólo a PMI, sino también a todas las compañías de tabaco afectadas por estas medidas.

Son varias las cuestiones que se suscitan en este contexto: ¿Está el Estado uruguayo legitimado para restringir y/o prohibir el uso de marcas comerciales mediante la imposición de medidas *plain packaging* sin contravenir los DPI de PMI? ¿Se podría decir que el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)⁷, confiere una protección 'absoluta' sobre los derechos reclamados por PMI? ¿Es posible establecer un balance entre una protección 'efectiva' de derechos de marcas comerciales y la salud pública? Éstas y otras preguntas quizás encuentren respuesta durante el desarrollo del presente estudio.

En cuanto a los objetivos perseguidos en este artículo, destacan los siguientes:

En primer lugar, se llevará a cabo un análisis crítico del ADPIC y los derechos que protegen las marcas de comercio bajo el Ordenamiento Jurídico

⁶ El artículo que hace mención a la propuesta del Gobierno australiano se encuentra disponible en el siguiente enlace <http://www.guardian.co.uk/business/2011/jun/27/philip-morris-australia-cigarettes-packaging>.

⁷ Organización Mundial del Comercio, Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, texto disponible en el siguiente enlace http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_03_s.htm.

dico uruguayo, incluyendo las normativas antitabaco incorporadas en el mismo. El propósito de dicho análisis es determinar si las medidas *plain packaging* son incompatibles con el marco legal aplicable a la controversia en cuestión.

En segundo lugar, se examinará el TBI celebrado entre Uruguay y Suiza para establecer si el término 'inversión' incluye DPI como activos que deben ser objeto de protección en el marco de dicho tratado.

En tercer y último lugar, este artículo emprenderá un análisis comparativo a través del cual se pretende determinar el grado de compatibilidad existente entre las obligaciones derivadas del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT OMS)⁸ y del ADPIC, de los cuales Uruguay es miembro.

1.1. Plain packaging y la diferencia entre 'non-word marks' y 'word marks'

Es necesario destacar la existencia de dos tipos de marcas de comercio. En primer lugar, las '*non-word marks*', aquellas marcas de carácter gráfico que suelen estar representadas mediante el uso de elementos figurativos, tales como logos, signos, colores, etc. Y, en segundo lugar, las '*word marks*', aquellas marcas que representan el nombre de la marca, también denominadas '*word brand name*'.

Las medidas *plain packaging* hacen referencia al empaquetado genérico y simple de productos de tabaco. Éstas pueden variar dependiendo del grado de restricción y/o prohibición. Las adoptadas por Uruguay conllevan, por un lado, la prohibición del uso de '*non-words marks*' en los paquetes de cigarrillos y, por otro, la restricción en el uso de '*word marks*'.

Llegado este punto, el lector podría plantearse si consumidores de cigarrillos tendrían la capacidad de identificar sus marcas habituales de consumo únicamente a través del uso de '*word marks*'. Ello hace alusión a la denominada 'capacidad de distinguir', siendo éste el elemento principal de una marca comercial. PMI podría argumentar que la prohibición del uso de las '*non-word marks*', y la restricción en el uso de las '*word marks*', contraviene dicho elemento o función principal.

⁸ Organización Mundial de la Salud. El Convenio Marco para el Control del Tabaco es el primer tratado negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud. El Convenio, que, actualmente está cerrado a la firma, cuenta con 168 signatarios, entre ellos la Comunidad Europea, lo que lo convierte en uno de los tratados más respaldados de toda la historia de las Naciones Unidas. El texto del Convenio está disponible en el siguiente enlace http://www.who.int/fctc/text_download/en/index.html

2. EL ADPIC Y LA LEY URUGUAYA

Cabe recordar que el primer objetivo de este artículo es analizar las leyes aplicables al caso que nos ocupa, las cuales se materializan en tres textos normativos: El ADPIC, la Ley por la que se rigen los derechos de marcas comerciales en Uruguay y las nuevas normativas antitabaco.

2.1. El ADPIC

Artículo 15 (1) → La función principal de marcas comerciales

1. *“Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas (...)”*

Como ya se ha mencionado, también pueden entenderse por marcas de comercio los nombres personales, letras, números, elementos figurativos, formas gráficas y colores, o una combinación de cada uno de ellos. Del artículo 15(1) se desprende que las marcas no deben ser idénticas o similares hasta el punto en que dicha identidad o similitud dificulte la diferenciación entre una marca y otra. Este concepto ejemplifica la ya mencionada función principal de una marca, esta es la ‘capacidad de distinguir’. En definitiva, el valor de una marca se vería perjudicado en el momento en que ésta generase cierto nivel de confusión con otras marcas coexistentes en el mercado.

Artículo 16(1) → derechos conferidos

“El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso”.

El artículo 16(1) confiere dos derechos. El primero de ellos establece el derecho exclusivo de los titulares de marcas comerciales a impedir que terceras partes utilicen sus marcas sin su consentimiento. El segundo, hace referencia a derechos preexistentes, haciéndose alusión, de manera indirecta, a aquellos derechos regulados por el ordenamiento interno del Estado Miembro en cuestión. Por lo tanto, resulta necesario adentrarse en la legislación uruguaya para hallar, así, cuáles son las normas que protegen los derechos de marcas.

Es interesante mencionar que el citado precepto otorga únicamente un derecho ‘exclusivo’ a los propietarios de marcas registradas para impedir el

uso de las mismas por terceros, pero no un derecho 'positivo' –o, mejor dicho, 'protegido'–, a usar la marca. En el caso *Anheuser-Busch Inc v Balducci Publications*, el Octavo Distrito de la Corte de Apelación de EE.UU dictaminó que, a diferencia de los propietarios de derechos de autor y patentes, los propietarios de marcas no poseen plenos derechos sobre sus marcas.

“Cuando una marca comercial es legítimamente registrada, el titular de la misma posee un derecho ‘negativo’ en virtud del cual tendrá la potestad de impedir el uso por parte de terceros, sin el consentimiento del titular, de signos similares o idénticos que representen bienes o servicios siendo estos idénticos o similares a aquellos respecto de los cuales la marcha ha sido registrada”⁹.

Se podría sostener que el derecho a registrar una marca de comercio confiere un derecho inherente a usarla, o dicho de otra forma, existe un derecho a usar la marca una vez que esta es registrada. Resulta evidente que la creación de una marca antecede el uso de la misma, por lo tanto, no sería ilógico suponer que el propietario de una marca tiene un derecho 'positivo' o 'protegido' a usarla *per se*. Sin embargo, esta presunción no es correcta, ya que el derecho a registrar una marca no confiere a su titular un derecho 'positivo' para disponer de su uso, sino un derecho 'negativo' a impedir su uso por parte de terceros. En otras palabras, no hay un derecho 'expreso' a usar marcas de comercio dentro del marco normativo del ADPIC. No obstante, sería más razonable considerar el uso de una marca como un derecho 'positivo' en aquellos casos en los que dicho uso constituye un requisito de obligatorio cumplimiento para obtener o mantener el registro de la marca. En cualquier caso, el ADPIC zanja esta cuestión al revelar que dicho requisito no es obligatorio, sino opcional¹⁰.

No se puede obviar que PMI tiene un interés manifiesto en disponer de espacio suficiente en el paquete de tabaco para poder usar sus marcas de comercio. Por lo tanto, resulta absolutamente necesario que la protección del derecho vaya dirigida al uso de la marca, convirtiéndolo así en un derecho 'protegido' o 'positivo', algo que se obvió durante el proceso de elaboración del ADPIC.

Artículo 8 (1)

1. *“Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”.*

⁹ JEREMY PHILLIPS Y LLANAHSIMON, *Trade Mark Use*, Oxford University Press (2005), p. 288.

¹⁰ Artículo 15(3) del ADPIC.

A tenor de lo estipulado en este artículo, Uruguay podría argumentar que el Gobierno llevó a cabo una implementación de la Ley antitabaco con el propósito de proteger la salud pública, justificando así lo injustificable, a tenor de lo establecido en los artículos 17 y 20. Siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con lo establecido en el propio ADPIC.

Artículo 17 → Excepciones

“Los Miembros podrán establecer excepciones limitadas de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, por ejemplo el uso leal de términos descriptivos, a condición de que en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros”.

Hasta el momento, y en consonancia con los artículos analizados en los apartados precedentes, se ha hecho referencia únicamente a los derechos de marcas de comercio otorgados a PMI. Sin embargo, resulta llamativo que el artículo 17 no haga alusión a derechos, sino a intereses legítimos relativos al uso de la marca, planteándose con ello la posibilidad de que las medidas adoptadas por el Gobierno uruguayo puedan conllevar una vulneración de dichos intereses pertenecientes a PMI. Por lo tanto, es esencial aportar una definición sobre el concepto ‘interés legítimo’, así como delimitar el alcance del mismo. Para ello, es necesario aludir al Informe de la Organización Mundial del Comercio (WT/DS174/R) de 15 de Marzo de 2005, que versa sobre una reclamación interpuesta por EE.UU. contra las Comunidades Europeas sobre la Protección de las Marcas de Fábrica o de Comercio y las Indicaciones Geográficas en el Caso de los Productos Agrícolas y los Productos Alimenticios.¹¹ Dentro del mismo, habría que destacar los párrafos 7.662 and 7.664:

(7.662) “Las excepciones limitadas están sujetas a la condición de que “en ellas se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros” para poder beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 17. Tenemos que establecer, en primer lugar, lo que son “intereses legítimos”. Interpretados en su contexto, los “intereses legítimos” del titular de una marca de fábrica o de comercio contrastan con los “derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio” que también pertenecen al titular. Dado que el artículo 17 crea una excepción a los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio, los “intereses legítimos” del titular de la marca de fábrica o de comercio tienen que ser algo distinto del pleno goce de esos derechos. Los “intereses legítimos” del titular de una marca de fábrica o de comercio se comparan también con los de “terceros”, que no disfrutan de derechos conferidos por la marca de fábrica o de comercio. En consecuencia, los “intereses legítimos”, al menos los de terceros, son algo distinto del simple goce de los

¹¹ Informe de la Organización Mundial del Comercio (WT/DS174/R), de 15 de Marzo de 2005, texto disponible en el siguiente enlace http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/174r_s.pdf.

derechos que les reconocen las disposiciones legales. Así lo confirma el uso de la expresión verbal “se tengan en cuenta”, que es menos que “se protejan”.

(7.664) “La legitimidad de algún interés del titular de una marca de fábrica o de comercio se da por sentada porque el artículo 17 identifica específicamente a dicho titular. El propio Acuerdo sobre los ADPIC enuncia lo que todos los Miembros de la OMC consideran normas y principios adecuados por lo que respecta a la protección de las marcas de fábrica o de comercio. Aunque establece normas concernientes a los derechos conferidos por disposiciones legales, también ofrece orientación sobre la opinión compartida de los Miembros de la OMC acerca de las políticas y reglas que afectan a las marcas de fábrica o de comercio, y en consecuencia a lo que podrían ser los intereses legítimos de los titulares de marcas de fábrica o de comercio. Por referencia al párrafo 1 del artículo 15 se entiende que las marcas de fábrica o de comercio tienen la función de distinguir los bienes o servicios de las empresas en el curso de operaciones comerciales. Cada titular de una marca de fábrica o de comercio tiene un interés legítimo en preservar ese carácter distintivo, o capacidad para distinguir, de su marca de fábrica o de comercio de modo que pueda cumplir esa función. Esto incluye su interés en usar su propia marca en relación con los bienes y servicios pertinentes de sus empresas propias y autorizadas. Si ese interés legítimo se tiene en cuenta se tendrá también en cuenta el interés del titular de la marca de fábrica o de comercio en el valor económico de su marca derivado del renombre de que disfruta y de la calidad que denota”.

Como se puede apreciar, este informe traza una línea distintiva entre derechos e intereses legítimos, estableciendo cuáles son dichos intereses. Un factor importante a puntualizar en este contexto es que el uso de una marca no es considerado como un derecho, sino antes bien, como un ‘interés legítimo’. Ello conduce inevitablemente al planteamiento de dos preguntas: ¿Confiere un derecho la misma protección legal que la otorgada por un interés legítimo? ¿Violan las medidas adoptadas por Uruguay los intereses legítimos de PMI y, por ende, el ADPIC?

Artículo 20 → Otros requisitos

“No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa”.

El objeto de la reclamación de PMI no es el uso de sus marcas por parte de terceros sin su consentimiento. El artículo 20 no otorga de manera expresa el derecho a usar marcas comerciales, aunque hace referencia al uso de las mismas. En esencia, el citado precepto prohíbe cualquier menoscabo al uso de

la marca, a menos que el mismo sea justificable. En otras palabras, cualquier acción que, carente de justificación, obstruya el uso de la marca por parte del Estado Miembro en cuestión, constituiría una violación del artículo 20, siempre y cuando se vea menoscaba la capacidad de distinguir los bienes o servicios de una empresa respecto a los de otras empresas. Llegado este punto, es imprescindible plantear la siguiente cuestión: ¿Cómo deberían ser interpretados los conceptos ‘menoscabar’ e ‘injustificable’ y su alcance?

Es necesario señalar que el ADPIC no define de manera detallada ninguno de estos dos términos ni el alcance de los mismos. Lo cual puede generar cierta incertidumbre, dejando la puerta abierta a interpretaciones opuestas. ¿Deben las medidas *plain packaging* ser consideradas como una acción que menoscaba la capacidad de distinguir?

Sería interesante observar el artículo 1708(10) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), también conocido como NAFTA, el cual establece que “ninguna de las Partes podrá dificultar el uso comercial de una marca mediante el establecimiento de requisitos especiales, tales como un uso que disminuya la función de la marca como indicación de procedencia, o un uso con otra marca”¹². Cabe destacar que, a diferencia de lo estipulado en el artículo 20 del ADPIC, el precepto del NAFTA incluye el término ‘disminuir’ y no el de ‘menoscabar’. Este último responde a una concepción más abstracta, mientras que la expresión disminuir aporta mayor objetividad y certeza a la hora de determinar si la ‘capacidad de distinguir’ se ha visto ‘menoscabada’. En este sentido, no es lo mismo afirmar que la función principal de la marca es disminuida a decir que es menoscabada. Por lo tanto, se podría concluir que el artículo 1708(10) del NAFTA confiere un mayor nivel de protección que el artículo 20 del ADPIC.

¿Hasta qué punto la protección de la salud pública puede ser un factor que ‘justifique’ la adopción, por parte de los Estados, del *plain packaging*? El término ‘justificable’, tal y como ha sido incorporado en el ADPIC, resulta genérico y ambiguo. La delimitación y alcance del mismo favorecería su interpretación a la hora de determinar lo que es ‘justificable’, estableciendo así, con mayor certeza, si la Normativa uruguaya menoscaba ‘injustificablemente’ la función principal de marcas de comercio. En este sentido, sería conveniente observar en qué medida el CMCT OMS despejaría dicha ambigüedad, transformando la Normativa uruguaya en una medida justificativa para la lucha contra el tabaco y que, por tanto, no exista una violación de los DPI de PMI.

¹² Artículo 1708(10) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, texto disponible en el siguiente enlace [http://www.comex.go.cr/acuerdos/canada/Documents/TLCAN%20\(NAFTA\).pdf](http://www.comex.go.cr/acuerdos/canada/Documents/TLCAN%20(NAFTA).pdf).

2.2. La Ley por la que se rigen los derechos de marcas comerciales en Uruguay

El texto legal que regula los derechos y obligaciones de las marcas comerciales en Uruguay es la Ley N° 17.011, de 25 de Septiembre 1998 (la Ley).¹³ El Capítulo IV de la Ley contiene diez artículos relativos a los derechos conferidos a los titulares de una marca una vez ésta es registrada. A tenor de lo expuesto en este trabajo hasta el momento, es necesario remitirse únicamente a los artículos 14 y 19.

Artículo 14

“El derecho de oponerse al uso o registro de cualquier marca que pueda producir confusión entre productos o servicios corresponderá a la persona física o jurídica que haya llenado los requisitos exigidos por la presente ley”.

Es de suma importancia señalar que este precepto es similar al artículo 16(1) del ADPIC, ya que alude, por un lado, al ya mencionado derecho ‘negativo’ otorgado a los titulares de marcas comerciales, siendo éste prohibir que terceros usen sus marcas sin su consentimiento y, por otro, hace referencia a la función principal de una marca (capacidad de distinguir).

Artículo 19

“El uso de la marca es facultativo. El uso podrá ser obligatorio cuando necesidades de conveniencia pública lo requieran y así se declare por decreto del Poder Ejecutivo”.

Este precepto sostiene, de una manera concisa y expresa, que el uso de una marca comercial es facultativo, estipulando a su vez que dicho uso puede ser obligatorio por razones de interés público, si así se decreta por el Poder Ejecutivo. Por tanto, se puede concluir que el ‘uso’ no es un requisito expresamente regulado para mantener u obtener el registro de una marca, y por lo tanto no puede ser considerado como un derecho ‘positivo’. Además, es interesante observar cómo, al igual que sucede con el ADPIC, la Ley no contiene ningún artículo que reconozca el ‘uso’ de marcas comerciales como derecho, razón por la cual no es menester reiterar los argumentos expuestos en la sección anterior.

¹³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, conocida por sus siglas en inglés (WIPO), el texto de la Ley se encuentra en la página web oficial de dicha Organización y puede consultarse en el siguiente enlace http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=ES&id=3946.

2.3. La Ley uruguaya antitabaco

La Ley antitabaco fue incorporada al Ordenamiento Jurídico uruguayo en Marzo del 2008¹⁴. Su contenido hace referencia tanto al uso de cigarrillos como a su publicidad y promoción. Sin embargo, esta Ley no ha sido la única en regular medidas contra el tabaco. En 2009, se aprobaron tres nuevas y drásticas normativas cuyo objetivo primordial es acabar con el consumo de tabaco en el país. A continuación se procede a analizar detalladamente el contenido y los posibles efectos de dichas normativas.

2.3.1. La Resolución 514/009¹⁵

Esta normativa prohíbe a las empresas tabacaleras adoptar estrategias de marcas diferenciadas para incrementar el consumo. La diferenciación de marcas implica el uso de la misma marca ya conocida como Marlboro®, para una familia entera de productos (por ejemplo: “Marlboro Regular;” “Marlboro Light®;” and “Marlboro Mild®” or “Marlboro Red®;” “Marlboro Gold®;” and “Marlboro Green®”). Como consecuencia, la subsidiaria de PMI en Uruguay (Abal Hermanos S.A.) se vio obligada a retirar siete de los doce productos que venía comercializando en Uruguay hasta ese momento.

2.3.2. El Decreto 287/009¹⁶ y la Ordenanza 466/009¹⁷

Estas normativas poseen connotaciones similares a las establecidas en la Regulación 514/009. A través de las mismas, el Ministerio de Salud ha seleccionado seis imágenes para presentar Advertencias Sanitarias sobre los riesgos que conlleva el consumo de cigarrillos, las cuales deberán ocupar el 80% de ambas caras principales de los paquetes de tabaco. Además, uno de los laterales del paquete debe estar totalmente cubierto con la frase: “Este producto contiene nicotina, alquitrán y monóxido de carbono”.

A continuación, se encuentran las imágenes que representan cómo las tabacaleras deben vender los paquetes de cigarrillos tras las nuevas regulaciones.

*Antes de las normativas*¹⁸

¹⁴ El texto de la Ley 18.256 se encuentra disponible en el siguiente enlace <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18256&Anchor>.

¹⁵ El texto de la Resolución 514/009 se encuentra disponible en el siguiente enlace http://www.presidencia.gub.uy/_web/resoluciones/2009/06/06_2009.htm.

¹⁶ El texto del Decreto 287/009 se encuentra disponible en el siguiente enlace http://www.presidencia.gub.uy/_web/decretos/2009/06/06_2009.htm.

¹⁷ El texto de la Ordenanza 466/009 se encuentra disponible en el siguiente enlace http://www.msp.gub.uy/uc_3410_1.html.

¹⁸ Estas imágenes se pueden encontrar en la página web oficial de Philip Morris International a través del siguiente enlace <http://www.plain-packaging.com/>.



*Después de las normativas*¹⁹



Para finalizar, es imprescindible poner de manifiesto que las Normativas antitabaco descritas fueron requeridas por el CMCT OMS. Este dato podría conducir al lector a responder a las preguntadas planteadas en relación con el artículo 20 del ADPIC.

3. *PLAIN PACKAGING*: ¿UNA VIOLACIÓN DE LOS ‘DERECHOS’ DE PMI?

La nueva legislación antitabaco uruguaya sólo permite a las tabacaleras usar *word marks* en los paquetes de tabaco, pudiendo sostenerse, así, que las medidas *plain packaging* generan cierto grado de confusión a la hora de distinguir un producto del otro. Como ya se ha mencionado, el artículo 20 del ADPIC establece la prohibición de obstaculizar el uso de la marca de tal modo que menoscabe la función principal de la misma, esto es, la ‘capacidad de distinguir’. Sin embargo, un

¹⁹ Estas imágenes fueron publicadas por el Ministerio de Salud Pública de Uruguay, encontrándose disponibles en el siguiente enlace www.msp.gub.uy/andocasociado.aspx?3410,17643

factor determinante a tener en cuenta es que el *brand word name* puede estar impreso en el 20% restante del espacio disponible en el paquete de tabaco, configurándose éste (el *brand word name*) como un elemento crucial a la hora de diferenciar una marca de tabaco de otra distinta. Otros elementos que componen una marca comercial, tales como logos, colores y gráficos (*non-word marks*), son, en efecto, factores significantes que representan el valor comercial de una marca, pero no son, sin embargo, elementos esenciales y necesarios para ‘distinguir’ la misma. Los compradores que deseen adquirir cigarrillos, podrían, en cierta manera, identificar la marca en cuestión mediante la lectura del *word Brand name* impreso en el paquete. Por lo tanto, existe cierto género de duda a la hora de determinar si las medidas *plain packaging* afectan, o para ser más precisos, ‘menoscaban’ totalmente la función principal de las marcas comerciales.

El uso de marcas de comercio juega un papel crucial para los titulares de las mismas, y no hay duda de que las medidas *plain packaging* afectan, en cierto modo, dicho uso. Sin embargo, el derecho a ‘usar’ una marca comercial no está recogido en ninguno de los textos normativos que han sido estudiados en este trabajo. El uso de una marca de comercio no es un derecho, sino un ‘interés legítimo’. Tal y como queda regulado por el artículo 17 del ADPIC, los Estados Miembros deben tener en cuenta los ‘intereses legítimos’ del titular de la marca antes de establecer excepciones que limiten los derechos conferidos por una marca. Por lo tanto, las medidas adoptadas por Uruguay podrían contravenir los ‘interés legítimos’ de PMI, ya que éstos incluyen el uso de la marca, el cual ha sido afectado.

En todo caso será necesario esperar para conocer la decisión del Tribunal Arbitral, que determinará si las restricciones y prohibiciones impuestas en el uso de las marcas comerciales pertenecientes a PMI deben considerarse, o no, como una acción ‘justificable’ por parte del Gobierno a tenor de lo establecido en el ADPIC y el CMTC OMS.

En cuanto a lo establecido en la Legislación uruguaya, la Ley N° 17.011 no hace alusión a la protección de los intereses legítimos de los titulares de marcas comerciales, careciendo, igualmente, de artículo alguno que reconozca el ‘uso’ de las mismas como derecho. Por lo tanto, de acuerdo con esta Ley, sería recomendable determinar si el *plain packaging* afecta la función principal de una marca. En este sentido, de acuerdo con lo sostenido respecto al ADPIC, no queda del todo claro si dichas medidas alteran totalmente tal función.

En definitiva, es posible afirmar que las nuevas Normativas uruguayas antitabaco no parecen constituir, de conformidad con las leyes

analizadas hasta el momento, una violación de los ‘derechos’ de PMI. Una vez analizados el ADPIC y la Legislación uruguaya, se dará paso al examen de los derechos de marcas comerciales otorgados a PMI bajo el TBI vigente entre Uruguay y Suiza.

4. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

El incremento sucesivo del número de TBI es una realidad que fomenta la inversión entre inversionistas y los estados parte del ICSID. En efecto, el objetivo principal de esta Convención es ayudar a promover el aumento de los flujos de inversión a nivel internacional mediante la protección otorgada a inversores bajo estos tratados. Es por ello que la inclusión de DPI en TBI es una cuestión de suma importancia, ya que estos derechos representan un valioso activo intangible para la productividad y competitividad del comercio internacional. Sin embargo, la definición del término ‘inversión’ ha sido un tema más bien controvertido desde los comienzos del arbitraje de inversiones. En tal sentido, se han sucedido varios intentos para proveer la definición más objetiva posible de dicho concepto, no sólo en el contexto de los TBI, sino también en los contratos de inversión. La importancia de definir este término resulta crucial para determinar la clase de activos a considerar como inversión. Los TBI más modernos tienden a incorporar DPI como activos a ser protegidos bajo el marco normativo del tratado en cuestión.

El TBI celebrado entre Uruguay y Suiza estipula, en su artículo 1, lo siguiente:

“El término “inversiones” incluirá todo tipo de activo y en particular:

d) derechos de autor, derechos de propiedad industrial (tales como patentes de invención, modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, marcas de servicio, nombres comerciales, indicaciones de procedencia o denominaciones de origen), conocimientos tecnológicos y valor llave”²⁰.

Este artículo protege marcas de comercio como derechos de autor, estando estos activos incluidos bajo el término inversión. Sin embargo, hay otros TBI celebrados por Uruguay en los que se puede observar un ámbito de protección más limitado en lo referente a marcas comerciales. Por ejemplo, el artículo 1 del TBI celebrado entre EE.UU y Uruguay lleva a cabo una elaboración más limitada a la hora de incluir DPI susceptibles de protección:

²⁰ TBI celebrado entre Uruguay y Suiza, texto disponible en el siguiente enlace <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue16176.htm>.

“inversión: todo activo de propiedad de un inversor o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas entre otras las siguientes: compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo. La inversión puede adoptar diversas formas, a saber: (f) derechos de propiedad intelectual”²¹.

La mayoría de los TBI sólo hacen referencia a los DPI en la definición de ‘inversión’, razón por la que la protección concedida a los propietarios de marcas de comercio dependerá del alcance de dicha definición. En otras palabras, si los TBI que incorporan DPI como activos dentro del término inversión ofrecen definiciones limitadas, el ámbito de protección de estos derechos será limitado. Esto plantea la cuestión de si los derechos de marcas comerciales pertenecientes a inversores como PMI gozan de protección suficiente bajo estos tratados. Con fundamento en lo anterior, el asunto a considerar será el planteamiento sobre la necesidad de ampliar dicha protección, especialmente en situaciones donde normativas antitabaco adoptadas por estados pueden considerarse como una expropiación indirecta de DPI.

5. DERECHO A LA SALUD VS. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Organismos nacionales e internacionales protectores de la salud están constantemente advirtiendo sobre los devastadores efectos que conlleva el fumar. Es por ello por lo que se ha producido un continuo incremento referente a la creación e implementación de normativas, tanto nacionales como internacionales, para combatir el consumo de tabaco. El problema se suscita a raíz de una posible confrontación entre los DPI conferidos por acuerdos internacionales y las políticas concernientes a la salud pública. El CMCT OMS adquiere relevancia para la presente discusión. Dicho Convenio tiene como objetivo evitar la propagación de la ‘epidemia’ del tabaquismo, reafirmando el derecho de todas las personas al más alto nivel posible de salud. En esta sección se van analizar los artículos más notables conforme a lo discutido hasta el momento.

Artículo 2 → Relación entre el presente Convenio y otros acuerdos e instrumentos jurídicos

1. *“Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional”.*

²¹ TBI celebrado entre EE.UU y Uruguay, texto disponible en el siguiente enlace http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf.

Este precepto anima a los Estados Miembros a adoptar medidas más estrictas que las exigidas por la propia Convención, siempre y cuando dichas medidas estén en concordancia con lo establecido en el derecho interno y las normativas internacionales. Por lo tanto, se puede concluir que los Estados Parte deben tener en cuenta sus obligaciones nacionales e internacionales a la hora de embarcarse en la creación de medidas para combatir el consumo de cigarrillos.

Artículo 5 → Obligaciones generales

1. *Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido.*

2. *Con ese fin, cada Parte, con arreglo a su capacidad:*

a) *establecerá o reforzará y financiará un mecanismo coordinador nacional o centros de coordinación para el control del tabaco; y*

b) *adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.*

Este artículo obliga a los Miembros de la OMS a implementar sus legislaciones nacionales. Así mismo, el artículo 21 requiere a los Estados que presenten informes periódicos sobre la aplicación del presente Convenio, incluyendo información relativa a las medidas legislativas adoptadas con el fin de dar cumplimiento al mismo.²² Por este motivo, el Gobierno uruguayo introdujo tres normativas en su Ordenamiento Jurídico, modificando de este modo su Legislación nacional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, 5,11 y 21²³.

Por otro lado, Uruguay debe dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el ADPIC y su Ley nacional, como establece el mencionado artículo 2 del CMCT OMS. Dicho de otro modo, las medidas adoptadas por Uruguay no pueden ser incompatibles con su Ordenamiento Jurídico ni con el ADPIC. Sin embargo, y en lo referente al ADPIC, cabe destacar que este mismo permite a los Estados Miembros adoptar medidas que limiten los derechos conferidos por una marca, siempre y cuando éstas se justifiquen. Dicha justificación puede provenir, por un lado, del CMCT OMS, en concreto su artículo 11, y por otro, del artículo 8 del ADPIC, amparando este último, no una obligación *per se*,

²² Artículo 21 del CMCT OMS.

²³ Para obtener más información al respecto, es necesario referirse a la Conferencia de las Partes (COP), órgano rector del CMCT perteneciente a OMS e integrado por todas las Partes en el Convenio. La Conferencia mantiene bajo examen regular la aplicación del Convenio y adopta las decisiones necesarias para promover su aplicación efectiva; además, puede adoptar protocolos, anexos y enmiendas del Convenio. Para más información, consultar el siguiente enlace <http://www.who.int/fctc/cop/es/index.html>.

sino la ‘concesión’ de un derecho que permite a un Estado acoger medidas que menoscaben los derechos recogidos en el ADPIC, no incurriendo de este modo en una acción incompatible con el artículo 2 CMCT OMS. Por lo tanto, se podría decir que la regla general apunta lo siguiente: la prohibición expresa incorporada en el artículo 2 del CMCT OMS no será contravenida en aquellos casos en los que el ADPIC lo permita ‘justificablemente’. Todo ello conduce a las cuestiones planteadas en relación a los artículos 20 y 17 del ADPIC respecto a la delimitación y alcance del término ‘justificable’ en relación a aquellas acciones que tienen por objetivo la protección de la salud pública.

Es fundamental examinar el artículo 11 del CMCTS OMS para comprobar si éste justificaría de forma más concisa las medidas adoptadas por Uruguay.

Artículo 11 → Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas.

El artículo 11(1)(b)(iv) ofrece directrices para el envasado y etiquetado de los productos de tabaco. Es curioso observar como este precepto otorga a los Estados un derecho implícito a prohibir el uso de *non-word marks* y *word marks*. No sería de extrañar que tales medidas extremas se empezaran a adoptar en algunos países, siendo Australia el que encabece el listado. La imagen ofrecida a continuación muestra el formato para la venta de productos de tabaco en Australia a partir de Enero de 2012²⁴.



²⁴ El artículo en el cual se pueden encontrar las medidas australianas puede ser consultado en el siguiente enlace <http://www.iccmex.mx/intranet/documentos/australia042011.html>

Estas medidas no sólo afectarían indiscutiblemente la función principal de una marca, sino que también violarían los intereses legítimos de los titulares de las mismas de acuerdo con lo recogido en el ADPIC. Resulta en todo caso interesante que el propio CMCT OMS sea el que legitima, obliga, y anima a sus Miembros a contravenir lo establecido en el ADPIC, cuando su artículo 2 proclama la necesidad de proteger el derecho internacional y nacional. Quizás exista un cierto grado de incompatibilidad entre ambas convenciones. De todos modos, la cuestión que surge a raíz de lo establecido en el artículo 11 es si esta libertad concedida va a prevalecer sobre los DPI de empresas tabaqueras, anteponiéndose así el derecho a la salud a los derechos de marcas comerciales. La respuesta a dicha cuestión dependerá no sólo de cómo los Estados justifiquen el alcance de sus acciones, sino también de cómo futuros tribunales, tanto arbitrales como judiciales, apliquen conjuntamente el ADPIC y el CMCT OMS.

Hasta el momento, el primer caso registrado en el ICSID relativo a los DPI de compañías de tabaco es el que ha sido objeto de estudio en este trabajo. Uruguay no ha alcanzado los extremos permitidos, y al mismo tiempo prohibidos, por el CMCT OMS. Las imágenes seleccionadas por el Ministerio de Salud deben ocupar sólo el 80% de ambas caras principales de los paquetes de tabaco, permitiendo el uso de las *word marks*, lo que equivale, sin duda alguna, a medidas más compatibles con las obligaciones y derechos recogidos por la Ley uruguaya y, especialmente, por el ADPIC. Es importante, por otro lado, recordar que el TBI entre Uruguay y Suiza regula vagamente la protección de DPI, por lo que sería interesante observar como PMI defenderá sus derechos en función a lo establecido en dicho tratado.

6. CONCLUSIONES

Si hay alguna palabra que defina el problema que se ha venido analizando en este comentario, esa debe ser 'incertidumbre'. Una incertidumbre que afecta al uso de marcas registradas y, relativamente, protegidas por el derecho nacional e internacional. Resulta un tanto irónico que la cita que ha dado comienzo a este artículo eluda una situación del todo realista en la que se encuentra PMI. El Gobierno de Uruguay introdujo Normativas antitabaco para dar cumplimiento al primer tratado negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud, dejando a PMI la única opción de demandar al país ante un organismo internacional.

Es razonable argumentar que las medidas antitabaco están destinadas a prevenir e informar a los consumidores sobre los efectos devastadores de esta sustancia. Sin embargo, la prohibición del uso de las '*non-words marks*' por parte de un gobierno parece ser una medida un tanto desproporcionada,

ya que se está destruyendo el propósito originario por el que se crearon: el uso de la marca. No obstante, es aún más irónico que dicho propósito no este expresamente protegido por las normativas examinadas. En todo caso, este 'insignificante' detalle carece de importancia si la protección del derecho a la salud va a tomar precedencia sobre los DPI. No obstante, sería interesante observar el alcance de estas medidas en cuanto a los efectos que causarán en la reducción del consumo de tabaco.

La decisión que ponga fin al conflicto entre PMI y Uruguay va a generar repercusiones sobre el uso de marcas registradas en todo el mundo. Todo apunta a una lucha interminable entre grandes y pequeños estados contra multinacionales del tabaco, la cual determinará si las marcas de comercio de estas compañías van a ser erradicadas. Solo el tiempo y el sistema de resolución de controversias que conozca de las disputas presentes y futuras tendrán la última palabra.

¿Es de naturaleza pública la función del árbitro internacional?

ANTONIO CRIVELLARO ^(*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La teoría tradicional.* 3. *La comunidad de los comerciantes internacionales y su ordenamiento.* 4. *El arbitraje internacional como ordenamiento autónomo.* 5. *Las opiniones prevalentes.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Disponiéndome a homenajear a dos colegas del prestigio de BERNARDO CREMADES e YVES DERAINS, la pregunta que me surge espontáneamente es la de saber si el rol de un árbitro internacional es de naturaleza privada, o pública, o presenta caracteres de ambas.

En cuanto miembros de tribunales arbitrales internacionales, frecuentemente en calidad de presidentes, tanto BERNARDO como YVES han emitido, o contribuido a emitir, decenas de laudos internacionales. Lo han hecho tanto en el sector del arbitraje comercial en sentido estricto, como en el ámbito de arbitrajes relativos a inversiones extranjeras, en los cuales una de las partes siempre es, inevitablemente, un Estado.

Es igualmente cierto que ellos han actuado en calidad de abogados en muchos arbitrajes importantes, circunstancia que seguramente ha enriquecido su experiencia y maestría. Tampoco olvido una ulterior calidad que completa a estas dos personalidades, o sea su vasta producción doctrinal, constelada de innumerables publicaciones sobre los más variados aspectos del arbitraje internacional.

^(*) Professor of Law International Trade - University of Padua. Specialist in international commercial law (mainly construction and arbitration law). Arbitrator Member of the tribunal in numerous ICC, UNCITRAL, and European Development Fund arbitration proceedings, both international and domestic.

Sin embargo, el ejercicio de la profesión de abogado pertenece a la esfera de los intereses privados. Lo mismo puede decirse de la actividad cultural que se manifiesta en la expresión escrita del pensamiento científico. Aun cuando desarrollada a un nivel muy ducto, como en el caso de los homenajeados, tratase de una actividad que deriva de una propensión individual. No obstante la difusión doctrinal a una indistinta pluralidad de lectores contribuye a formar la *communis opinio* y, como tal, no es desprovista de un interés colectivo, siempre se trata de una actividad personal.

Por lo tanto, a fin de responder a la pregunta relativa a la naturaleza del rol del árbitro es necesario referirse solamente a la práctica de Bernardo e Yves como miembros de tribunales que deciden controversias internacionales, o sea a la que podemos definir como "jurisdiccional". Es solamente ésta la que inspira el presente artículo.

Naturalmente, cuando me refiero a BERNARDO e YVES, lo hago considerándolos como dos ejemplos emblemáticos, pero siendo evidente que la misma cuestión puede ponerse en relación a cualquier árbitro internacional.

Adelanto desde ya que la respuesta a la cuestión en objeto es en mi opinión afirmativa: el árbitro internacional desempeña una función de naturaleza pública, por varias y válidas razones.

2. LA TEORÍA TRADICIONAL

Hay una corriente que postula la naturaleza privada del rol del árbitro y también del arbitraje internacional, y debemos tenerla en cuenta. Por mucho tiempo, se sostuvo que el árbitro internacional satisface la exigencia de dos (o más) partes que recurren a él para resolver controversias surgidas entre ellas a raíz de sus relaciones comerciales internacionales instrumentadas en uno o más contratos. En este sentido, el árbitro internacional es simplemente un mandatario común de las partes que comparecen ante él. Por efecto de la aceptación del cargo, el árbitro se encuentra vinculado a las partes por una obligación de diligencia y lealtad profesional. Es por dicha razón que las normas a las cuales tradicionalmente se hace referencia para encuadrar la relación jurídica entre árbitro y partes son, precisamente, aquellas que regulan el mandato.

Según esta tesis, el árbitro no responde a ninguna otra parte ni autoridad y, por lo tanto, su función es privada. Igualmente, el producto de su actividad -el laudo- interesa sólo a las partes comparecientes, las únicas respecto de las cuales el laudo asume el valor de un pronunciamiento vinculante y definitivo. En fin, la actividad arbitral es puesta al servicio de sujetos privados determinados, hace justicia solamente entre ellos, en una palabra concierne solamente a estos últimos. Es en este sentido que, habitualmente, se define al arbitraje como una "justicia privada".

Visto de esta manera, el árbitro internacional nunca sería asimilable a un juez estatal, pues la función de este último es regulada por normas legales de carácter público. Son precisamente las normas que tutelan uno de los valores primarios del Estado, el de impartir justicia a través de decisiones tomadas por sus propios órganos.

Todo ello es correcto, pero ofrece una visión muy parcial de la actividad del árbitro, sobre todo del árbitro internacional. En particular, la teoría tradicional define el rol del árbitro confinándolo a su relación con las partes del procedimiento. Así haciendo, ella omite encuadrarlo en el más amplio contexto de la comunidad de los operadores comerciales internacionales, quienes son los verdaderos creadores y usuarios del arbitraje internacional.

Si no se tiene en cuenta la existencia de dicha comunidad, cuya peculiaridad es el hecho de que sus miembros tienen intereses comunes acerca de las modalidades de resolución de sus controversias, se corre el riesgo de equivocarse o de dar una imagen incompleta del rol que ejerce el árbitro internacional en dicha comunidad.

La distinción entre público y privado es típica del ordenamiento estatal. En lo que se refiere a la función jurisdiccional, esta es básicamente atribuida a los órganos del Estado, así como lo son las funciones legislativa y ejecutiva.

Sin embargo, el ordenamiento estatal no es el único que existe. Cada comunidad dotada de intereses y principios comunes se encuentra regulada por su propio ordenamiento. Por lo tanto, para comprender si la función arbitral es de carácter público hace falta averiguar si el árbitro ejerce su función en el interés de una comunidad determinada y de conformidad con los principios y reglas que regulan las relaciones entre sus integrantes.

3. LA COMUNIDAD DE LOS COMERCIANTES INTERNACIONALES Y SU ORDENAMIENTO

No me parece que existan dudas acerca de la existencia de una comunidad de comerciantes internacionales. El concepto de "comunidad" exige que sus miembros tengan en común ciertos intereses fundamentales. Ahora bien, los intereses básicos que comparten los comerciantes internacionales son muchos e importantes. Entre ellos se destacan el interés en la seguridad de las relaciones comerciales, aquel relativo a la certeza del derecho que las regula, el interés en que los contratos del comercio internacional sean considerados vinculantes (*pacta sunt servanda*), y también el interés a que la violación del contrato o simplemente de la buena fe contractual sean sancionadas en forma adecuada y fiable.

En el tiempo, muchas reglas se establecieron de forma espontánea y consuetudinaria para satisfacer las necesidades de la comunidad de los “*international traders*”. Muchos colegas tienden a clasificar las reglas en cuestión bajo la etiqueta de *lex mercatoria*. La más calificada codificación de ellas son los *Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales*, que son ahora usualmente aplicados por tribunales arbitrales internacionales, sea por acuerdo de las partes, como también por su propia iniciativa en los casos en que es necesario interpretar o integrar la ley nacional aplicable a la controversia para adaptar la decisión a las peculiaridades del comercio internacional.

Según el jurista italiano SANTI ROMANO, que escribió y enseñó en la primera mitad del siglo pasado, el concepto de ordenamiento jurídico no se agota en aquel del Estado, ni consiste exclusivamente en un complejo de normas. Las normas son solo una parte. Lo que caracteriza a el ordenamiento es la “institución” o sea la organización de la comunidad social que acepta ser regulada por las normas. Es la institución la que mueve las normas como un medio para sus actividades antes que como perno de su estructura. En resumen, el derecho no se agota en las normas o reglas, ni tampoco en su suma algebraica. Antes y por encima de ellas está el reconocimiento de su utilidad y obligatoriedad, compartido por los miembros de la comunidad. La norma no es más que la manifestación o la “voz” con la cual la institución se expresa en el nombre de la comunidad.

Cada grupo social organizado es una suerte de ordenamiento jurídico: todo lo que hace falta es que haya una colectividad de personas agrupadas por una afinidad de intereses, un orden social representado por los principios compartidos, y una aunque mínima e informal organización reconocida por la comunidad como protectora de los valores pre-jurídicos que caracterizan las necesidades sociales¹.

El ordenamiento jurídico que define SANTI ROMANO puede ser superior o inferior al ordenamiento nacional, o entrelazarse con éste de varias maneras, conservando su propia autonomía. El autor menciona varios ejemplos de ordenamientos: el de la comunidad internacional de Estados, el de la Iglesia y otros grupos religiosos, el de las asociaciones deportivas, aquel de las asociaciones profesionales y de otras asociaciones reconocidas o no reconocidas, e incluso el de las asociaciones criminales.

Al tiempo en el cual SANTI ROMANO formuló su pensamiento, el comercio internacional en el sentido actual no existía sino en una fase embrionaria. Si viviera hoy, no hay duda que SANTI ROMANO incluiría la comunidad de los

¹ ROMANO, SANTI, *L'Ordinamento Giuridico*, originariamente publicado en Pisa en 1918, republicado en 1945 por Sansoni, Firenze, pp. 11 y s.

comerciantes internacionales y el arbitraje internacional como ejemplos que perfectamente se encuadran en su concepto de ordenamiento jurídico².

La globalización del tráfico comercial tuvo como consecuencia la creación de un conjunto de reglas deslocalizadas o sea no-nacionales que han formado un ordenamiento jurídico autónomo, distinto del derecho interno y del derecho internacional. El fenómeno no sorprende si se considera que desde mucho tiempo el monopolio legislativo nacional ha cesado de regular todas las relaciones jurídicas entre privados. Pensemos, por ejemplo, a los derechos de las uniones comerciales regionales (Unión Europea, Pacto Andino, MERCOSUR). Piénsese también a importantes convenciones internacionales que han unificado el derecho en sectores particulares: en materia de venta internacional, por ejemplo, la fuente jurídica principal es ahora la *Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías* (Viena 1980). En fin, es necesario tener en cuenta los principios generales de derecho (*lex mercatoria*) que fueron elaborados en la práctica del comercio y del arbitraje internacional.

Al respecto, UGO DRAETTA se refiere a un naciente “derecho internacional de los privados”³ como ordenamiento independiente. Otros se refieren al derecho “transnacional” para describir el mismo fenómeno. La característica común de dichas opiniones es una visión que podría definirse “fluida” del derecho, tan fluida cuanto lo es la realidad, en particular, la realidad del comercio internacional y de su globalización.

Trátase de una visión pluralista del derecho, que trasciende el territorialismo y el estatismo como requisitos típicos del derecho y que rechaza los modelos dogmáticos tradicionales.

También SANTI ROMANO era un pluralista, y en este sentido fue un digno adversario de KELSEN y de su doctrina formalista de la norma-base como fundamento último del ordenamiento jurídico (*Grundnorm*), movido por la convicción que el derecho tiene que fundarse en la realidad social y los juristas no pueden ajustar la realidad a sus propias teorías.

Es un placer constatar que después de casi un siglo, los juristas que se ocupan de definir el derecho del comercio internacional llegan a conclusiones

² Es de la misma opinión PAULSSON, JAN, “Arbitration in Three Dimensions”, en *Working Papers de la London School of Economics*, 2/2010, pp. 16 y s., según el cual el arbitraje internacional constituye un ordenamiento jurídico en los términos formulados por Santi Romano.

³ DRAETTA, UGO, “Internet et commerce électronique en droit commercial des affaires”, en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 314, 2005, *passim*; DRAETTA, UGO, “L'arbitrato internazionale può svolgere una funzione pubblica?”, relación presentada en la *Giornata di studio in onore di Giorgio Sacerdoti* en la Cámara Arbitral de Milán, 27 de junio de 2011.

similares, sean ellos conscientes o no de la coincidencia con el fundador de la teoría de la fluidez del derecho.

4. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO ORDENAMIENTO AUTÓNOMO

El ordenamiento jurídico que, entrelazado de varias maneras con los derechos nacionales competentes, regula la comunidad de los comerciantes internacionales, regula también el sistema común o preferencial de resolución de sus controversias. Indudablemente, este sistema es el arbitraje internacional.

Hay una recíproca alimentación entre arbitraje y las reglas jurídicas que regulan las relaciones comerciales internacionales. El primero aplica de manera constante dichas reglas desvinculándolas de los derechos internos y compatibilizando las leyes nacionales con la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, más aptos para responder a las exigencias de los operadores económicos internacionales. Las segundas, o sea el derecho sustancial aplicable, se desarrollan a través de un proceso de continua integración precisamente por medio de las decisiones tomadas por los árbitros, cuya jurisprudencia entra a formar parte de un cuerpo normativo definido por reglas constantes, o sea por los “precedentes” relativos a casos similares.

Es más, es por esta misma razón que el arbitraje internacional es en gran medida preferido al juicio ordinario frente a las cortes nacionales. Estas últimas son plenamente aptas para aplicar su propio derecho, pero no para dar aplicación correcta a las reglas del comercio internacional. Es el mundo de los árbitros –que frecuentemente pasan de un caso a otro como árbitros, o abogados, o peritos en derecho– el que conoce los usos internacionales, la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comunes a las diferentes jurisdicciones, o sea las fuentes normativas más importantes para la resolución de controversias comerciales internacionales.

Es a la luz de estos principios comunes que el contrato particular del que surge la controversia busca su más apropiada interpretación, en el contexto de los precedentes en que fue debatido el significado y las implicaciones prácticas de las cláusulas contractuales en casos análogos. Los contratos internacionales son usualmente redactados sobre modelos uniformes, sector por sector de la economía o de la industria, lo que, dado su uso universal, contribuye a la ulterior formación de usos consuetudinarios. El árbitro está dotado de una competencia específica al respecto, siendo normalmente un especialista de la materia objeto de la controversia.

Obviamente, cuando las partes acuerdan someter el mérito de la controversia a un derecho nacional específico, los árbitros no dejan de cumplir con su mandato, pero lo hacen interpretando la ley nacional a la luz de la prác-

tica internacional. Esta tarea no es normalmente desempeñada por un juez nacional, cuya cultura y sensibilidad está totalmente inmersa en su propia legislación y jurisprudencia. En aquellas raras veces en las cuales el juez local osa considerar la realidad jurídica fuera de sus propios confines, generalmente lo hace de manera insatisfactoria.

Cuando se estudian los laudos internacionales, se descubre que existe una cultura arbitral autónoma, en la cual el derecho sustancial es internacionalizado, deslocalizado y aplicado en constante armonía con las reglas internacionales del comercio.

Ello no basta. Paralelamente a una *lex mercatoria* constituida por normas de derecho material, se ha también formado una *lex communis* procesal, constituida por las reglas procesales que regulan el desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

El arbitraje internacional ha pescado sus normas procesales tanto de la tradición de *common law* como de la tradición de *civil law*. De la primera ha salvado las reglas relativas a las pruebas, sobre todo las pruebas testimoniales (por ejemplo la praxis del depósito de deposiciones escritas de los testigos con anterioridad a la audiencia y las técnicas de *direct examination* y *cross examination* de los testigos). De la segunda ha sobre todo recepcionado el carácter escrito más que oral del proceso a través del intercambio de memoriales antes y después de la audiencia. Además, el proceso arbitral internacional ha creado sus propias normas, cuya formación ha sido favorecida por los principios de autonomía y flexibilidad establecidos en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales⁴.

5. LAS OPINIONES PREVALENTES

Como subraya JULIAN LEW, ha sido la Convención de New York de 1958 la que ha abierto el arbitraje a su internacionalización⁵. No se puede disentir con esta opinión. De hecho, la Convención aisló los laudos arbitrales extranjeros de la revisión judicial local en el proceso de ejecución, creó reglas uniformes relativas a la forma de la cláusula arbitral y del laudo, obligó a los Estados contratantes (que ahora son 144, incluyendo a los mayores exportadores e importadores) a respetar la obligatoriedad tanto de las cláusulas arbitrales como de los laudos extranjeros que satisfacen los criterios definidos en la

⁴ Al respecto ver CRIVELLARO, ANTONIO, "Advocacy in International Arbitration: an Art, a Science, or a Technique?", relación presentada en el Congreso ICCA, Río de Janeiro, Mayo de 2010, en curso de publicación en *ICCA Congress Series*.

⁵ LEW, JULIAN, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", en *Arbitration International*, 2006, pp. 179 y s.

misma Convención, armonizó e unificó los casos excepcionales en que el juez nacional puede desaplicar o desconocer la validez de la cláusula compromisoria o rechazar la ejecución del laudo.

Así haciendo, la Convención de New York ha fuertemente contribuido a dar al arbitraje internacional la fisonomía de un ordenamiento autónomo y universal que se pone por encima de las reglas procesales de la sede territorial del arbitraje. Esta novedad se comprende mejor si se compara la Convención con sus antecedentes de 1923 (Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales) y de 1927 (Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros), ambos basados en el principio que la constitución del tribunal así como el procedimiento arbitral permanecían sometidos a la voluntad de las partes y a la ley del país en cuyo territorio el arbitraje tenía lugar.

Es así que Julian concluye que el arbitraje internacional es y debe ser reconocido como un proceso autónomo para la resolución de todo tipo de controversia comercial internacional: "*it has its own space independent of all national jurisdictions*"⁶.

El hecho de formar un foro autónomo no impide al arbitraje internacional apoyarse en las leyes nacionales, las que confieren eficacia a la cláusula arbitral y al laudo. Sin embargo, la existencia de soportes nacionales no elimina la existencia de un foro dotado de un propio ordenamiento autónomo.

A conclusiones similares ha llegado EMMANUEL GAILLARD en su importante curso en la Academia de Derecho Internacional de la Haya de 2008⁷. Emmanuel expone tres posibles concepciones del arbitraje internacional.

La primera asimila al árbitro al juez nacional del lugar del arbitraje, siendo el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje la única fuente normativa de los poderes del árbitro. Esta teoría fue principalmente patrocinada por FRANCIS MANN en 1967 bajo el notorio aforismo *Lex Facit Arbitrum*⁸ y es compartida por los autores que consideran que la equiparación del árbitro al juez local refleja la implícita intención de las partes al momento de elegir una sede arbitral en vez de otra. Escogiendo la sede, ellas escogen el derecho procesal aplicable y una determinada "nacionalidad" del laudo que será emitido⁹.

⁶ LEW, JULIAN, "Achieving the Dream (...)", Cit., p. 181.

⁷ GAILLARD, EMMANUEL, *Aspects philosophiques de l'arbitrage International, Les Livres de Poche de l'Académie de droit International de la Haye*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, especialmente p. 60 y s.; ver también del mismo autor "The Representations of International Arbitration", en *Journal of International Disputes Settlement*, 2010, pp. 1-11.

⁸ MANN, FRANCIS, "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1967, p. 152.

⁹ Al respecto ver PLOUDRET, JEAN FRANÇOIS y BESSON, SÉBASTIEN, *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, LGDJ, 2003.

La segunda es la concepción de un arbitraje multi-localizado, en el sentido de que cada Estado es libre de determinar en su propio territorio los efectos del laudo. Emmanuel define esta teoría como “westfaliana” dado que la asimila a la contraposición entre Estados soberanos surgida del Congreso de Westfalia de 1648.

La tercera concepción considera al derecho del arbitraje internacional como un ordenamiento transnacional autónomo. Es ésta la concepción predilecta de EMMANUEL GAILLARD. Según ella el árbitro no administra justicia por cuenta de un Estado determinado, sino por cuenta y a beneficio de la comunidad internacional. En conclusión, el árbitro puede hoy ser considerado como “órgano de un ordenamiento jurídico autónomo”.

Manifiesto mi adhesión a las conclusiones de JULIAN LEW, EMMANUEL GAILLARD y otros colegas que comparten sus ideas. Lo hago porque considero persuasivas las razones que han inspirado sus reflexiones. Además, la misma conclusión está respaldada por la cantidad y calidad de las instituciones que, en el sentido de SANTI ROMANO, sostienen y promueven el arbitraje internacional. Por ejemplo, cámaras arbitrales como la CCI, la LCIA, el CIADI, el Instituto Arbitral de Estocolmo y también la Cámara Arbitral de Milán han elaborado y siguen elaborando reglamentos arbitrales que en su conjunto constituyen un notable cuerpo normativo.

Es un sistema bastante uniforme y seguramente universal, que da cuerpo a la *lex communis* procesal a la cual me refería más arriba.

Tengo también en consideración las reglas de *soft law* emitidas por asociaciones tales como la UNCITRAL, el UNIDROIT, el American Law Institute o la IBA. Dichas reglas no son vinculantes por sí mismas, pero lo devienen cuando las partes o los tribunales arbitrales las hacen propias en un caso determinado. No se trata de casos esporádicos, sino de la práctica más frecuente.

Dichas instituciones operan y producen sistemas normativos importantes para la comunidad internacional en la convicción, declarada o implícita, de actuar en el interés de una comunidad general y como instrumento de su propio ordenamiento.

Sería inconcebible que lo hicieran dentro de una visión nacional o territorialista del arbitraje.

6. CONCLUSIONES

Creo que se pueda concluir como sigue. El rol del árbitro internacional tiene dos facetas. Una es la función de mandatario de las partes en una visión del arbitraje como producto de la autonomía privada. Sin embargo, este aspecto cubre sólo una parte y la menos importante del rol del árbitro internacional.

Mucho más importante es la segunda faceta, la que lo encuadra como instrumento de un ordenamiento jurídico autónomo, en el cual el árbitro se mueve como un protagonista esencial, aplicando derecho, administrando justicia y resolviendo controversias en el interés de la comunidad como tal.

BERNARDO CREMADES e YVES DERAIS, dada su experiencia ejemplar, pertenecen a dicha categoría. Han innegablemente contribuido a la formación del ordenamiento arbitral internacional en el beneficio de una comunidad universal.

The parties right to choose a person as arbitrator and the prohibition of discrimination: An unstable balance. A comment on the judgments given by the Court of Appeal (Civil Division) overturning the judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court) - Part One - and by the Supreme Court (Trinity Term), overturning the judgment of the Court of Appeal, in the Jivraj v. Hashwani case -Part Two- ^(*)

GIORGIO BERNINI ^(**)

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The judgment given by the Court of Appeal (Civil Division) overturning the judgment of the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court). 3. The issues under consideration in the instant case. 4. The Arbitration clause. 5. The dispute and the conflicting judgments of the Commercial Court and of the Court of Appeal. 6. The application to appoint the arbitrator and the requirement of the arbitrator being a member of the Ismaili community. 7. The arbitrator is not an employee. 8. There exists a critical need of a fair and stable balance between the ambit in which discrimination is prohibited and the sphere of the parties autonomy in setting the terms and conditions of a contract including an agreement to arbitrate. 9. Public policy (ordre public) as a critical borderline between admissible and prohibited discriminations. 10. Notes on the Ismaili community. 11. The Ismaili community in the words of the Court of Appeal judgment. 12. The test of public policy as a possibly paralyzing external factor. 13. The 1950 European Convention on Human Rights was not intended to apply to voluntary arbitration. 14. The reference to the "Ismaili community" as a

^(*) The edited version of this article is published in the American Review of International Arbitration (ARIA).

^(**) LL.M., S.J.D., Michigan Law School, formerly full Professor, University of Bologna, Chairs: Commercial Law, National and International Arbitration, Senior Partner, Studio Bernini e Associati, Honorary President of ICCA.

particular case of "list system" arbitration. Part two. 15. The judgment given by the Supreme Court (Trinity Term), overturning the judgment of the Court of Appeal. 16. The factual and legal background of the *Jivraj* case and the conclusions of the Court of Appeal as summarized by the Supreme Court. 16.1. The issues in the Court of Appeal as summed up by the Supreme Court. 16.2. The notion of employment and the legal status and function of an arbitrator. 16.3. Provisions of the Regulations which cannot apply to an arbitrator. 16.4. The Regulations are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators. 17. It is the opinion of the High Court of Justice that being an Ismaili is a genuine occupational requirement, so that a different conclusion such as that of the Court of Appeal is in the view of Lord Clarke too legalistic and technical, narrowing the function of arbitral proceedings to a mere application of a national law. 18. The arbitrator's contract is neither an agency agreement nor an agreement for the provision of services, but a *sui generis* agreement giving rise to a unique set of rights and duties. 19. Lord Mance agrees with Lord Clarke's distinction between persons under the direction of another and arbitrators who perform an independent role free from such control, and both the parties' autonomy in setting the requirements applicable to the arbitrators to be appointed and the prohibition of discrimination are worthy causes to be safeguarded. 20. The divergence between the judgments of the Court of Appeal and of the High Court of Justice, the latter confirmed by the Supreme Court, on the religious and ethical values of the Ismaili Community as elements apt to justify a selection, and hence a limitation, of the potential number of candidates to the appointment as arbitrators. 21. Reasons which may lead the parties to set qualifications regarding the appointment of arbitrators of their choice. 22. Difficulty in setting guidelines for the identification of discrimination in the appointment of arbitrators: the role of public policy. 23. Public Policy to curb discrimination at national as well as European and international levels. 24. Protection against discrimination realized by causing the invalidity of the arbitration agreement as compared with protection realized through the enactment of *ad hoc* prohibiting legislation of European and/or national origin aimed at safeguarding human rights. 25. The 1950 Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the issue of its application to voluntary arbitration as distinguished from mandatory arbitration: uncertainties in providing a univocal answer to a debated conclusion. 26. Under the "waiver doctrine" Human Rights bodies have often upheld voluntary international commercial arbitration clauses and proceedings.

First of all my deepest thanks to Professor CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA for his invitation to pay homage to the international arbitrators D. YVES DERAINE and D. BERNARDO CREMADES under the coordination of the *Instituto Peruano de Arbitraje*.

This homage takes the form of a contribution to a book dedicated to them, as eminent scholars who have enriched the science of law as academicians and members of the legal profession, fostering the cause of arbitration in Latin America.

YVES DERAINE and BERNARDO CREMADES are world known experts of arbitration and this field has always been the favourite ground for the tireless

expenditure, on their part, of an intense activity. The scope of their cultural interests is vast and varied, as testified by a high number of academic and professional engagements coupled with a rich and bulky set of publications. Arbitration at large has always been their privileged, but not the sole, field of endeavour. YVES DERAINE and BERNARDO CREMADES are accomplished jurists, versed in the basic aspects of the legal science, personal witnesses of the undisputable truth that it takes a good lawyer to make a good arbitrator.

I feel entitled to claim a sincere and long lasting friendship with both of them, born and developed in numberless occasions in the context of congresses, seminars, arbitrations and other academic and professional engagements. The three of us shared the membership in the International Council for Commercial Arbitration (ICCA), where I served as president for almost two decades and I am now honorary President. Through the activity spent together in the furtherance of the institutional purposes of ICCA, I became familiar with the *modus operandi* of Yves and Bernardo, characterized by a marked talent in coupling theoretical speculation with pragmatic operative action. This talent did harmoniously fall in the main stream of ICCA's purposes and procedures, aimed at promoting arbitration through the definition *in primis* of the mission entrusted to its protagonists: i.e. the arbitrators themselves.

On this crucial theme may I be permitted to recall a conclusion at which I arrived a long ago, on May 9, 1986, in the capacity of incoming President commenting upon the VIIIth International Arbitration Congress held in New York under the *aegis* of ICCA:

"Personally, I left the conference rooms with the strengthened conviction that an abysmal difference exists between "arbitration on the book" and "arbitration in action". Whilst learned scholars are indulging in sophisticated querelles at the level of comparative substantive and procedural law, wise users are happily arbitrating whenever and wherever necessary, which in turn proves that through intelligence, goodwill and self-restraint one may successfully carry out international arbitrations even if the parties in dispute (and their attorneys) come from different cultural and legal environments." (G. Bernini, *The Future of ICCA: Some Perspectives, Yearbook, Commercial Arbitration, XII, 1987, p. XVII*).

The lapse of time did not affect this settled belief of mine.

The recall of this remote citation is meant as a sign of appreciation for Yves and Bernardo, who always accomplished the satisfactory result of bringing arbitration down to earth through a smooth landing. In order to do so, however, in addition to the specific rules governing the arbitral proceedings, one must obviously master the pertinent rules of substantive law applicable to the matter in dispute. This engaging endeavour calls for study, practice, sense of responsibility, cultural neutrality and spirit of sacrifice.

YVES and BERNARDO are gifted with these qualities and, as a consequence, successfully arbitrated for years, earning a status of brilliance which deserves the respectful homage that we are now paying to them in recognition of the professional merits that they have achieved.

It gives me great pleasure, as a colleague and as a friend, to congratulate YVES and BERNARDO most warmly, and to convey to them the most sincere wishes, by participating in a scientific contribution which also seals a welcome collaboration of mine with the *Instituto Peruano de Arbitraje* and more generally with the arbitration *milieu* in Latin America.

1. INTRODUCTION

The necessity of an explanatory introduction stems from the circumstance that this article consists of two parts written at different times.

The chronological hiatus was inevitable since the comment on the Court of Appeal judgment was licensed for publication before the enactment of the Supreme Court Judgment.

It follows that the two comments identified hereinbelow as Part One and Part Two have been conceived as self-sufficient in terms of reading and understanding, but the overall logic of the Jivraj case makes the analysis of the judgments of the Court of Appeal and of the Supreme Court complementary, as evidenced *inter alia* by the frequent cross references between the two comments.

All the more so, as the decisions of the Court of Appeal and that of the Supreme Court are largely contradictory, and also differ in terms of underlying reassuming and style of arguing. It follows that the overall understanding of the case cannot ignore the elements of connection between the two judgments as regards their underlying reasoning and conclusions, with a corresponding repercussion on the way in which the two comments are drafted, bearing in mind the need of avoiding, to the advantage of the reader, the annoyance of moving from one text to the other. This precaution, however, does not prevent the possibility of a comprehensive separate apprehension of the content of each comment.

PART ONE¹

2. THE JUDGMENT GIVEN BY THE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) OVERTUNING THE JUDGMENT OF THE HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN'S BENCH DIVISION (COMMERCIAL COURT)

The conflicting judgments laid down by the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court) and by the Court of Appeal (Civil

¹ Part one of this article was also published in the World Journal of Arbitration (in Arabic, "Majallat Attahkim Al-Alamiya"), 11/2011 from page 35 to 56.

Division)² in the *Jivraj v. Hashwani* case are extremely important as they tackle some issues which are likely to affect to a considerable extent a number of the laws and principles applicable to domestic as well as to international arbitration³.

The point of departure of the two judgments calls for the interpretation of an arbitration agreement which may be deemed unusual only to a certain extent. It is indeed frequent that the parties when writing their arbitration agreement require that a certain set of qualifications apply to the arbitrators, and hence govern the formation of Arbitral Tribunal and the implementation of the proceedings.

This is certainly not new. For centuries business operators have negotiated clauses in commercial contracts providing for arbitration, and traditionally London has been considered a *forum conveniens*.

As it has been recently recalled by Michael Mustill “*the dispute resolution mechanisms of the post-classical mercantile world were conducted within, and drew strength from, communities consisting either of participants in an individual trade or of persons enrolled in bodies established under the auspices and control of geographical trading centers*”⁴. René David or Eugenio Minoli, constantly observed that “*arbitration was mainly conceived of in the past as in the institution of peace, the purpose of which was to maintain harmony between persons*”⁵.

After reporting the above opinions, Fabrizio Marrella, points out that “*a conception certainly very close to the religious and ethical values traditionally prevailing in many countries and regions, and more recently embodied in the increasing favor towards ADR methods. Maritime arbitration and commodity arbitrations are still characterised by the fact that arbitrators belong to a specific “club” and perhaps the smooth functioning of such arbitrations is due to the professional skills, neutrality, impartiality and independence of the same persons*”⁶.

The above remarks are solidly grounded upon an undisputable truth: a growing number of countries is involved in international arbitration. These countries, however, still greatly differ in political and cultural background

² Decision published on 22, 2010.

³ On this general subject see G. Bernini. *Recent Legislations and International Unification of the Law on Arbitration*, in *Proceedings of the 1st International Commercial Arbitration Conference*, Wilson e Lafleur, Montreal, 1986, from page 315 to 350.

⁴ This is the view of M. Mustill, *Is it a bird...?*, in *Liber amicorum* Claude Reymond, Paris, Lexis Nexis, 2004, at page 209 ff.

⁵ R. David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer, 1985, at page 2 ff.

⁶ Professor Fabrizio Marrella (LL.D Paris Sorbonne and Bologna, Dipl. The Hague Academy of Int. Law, University Ca’ Foscari, Venice) is preparing an article on the *Jivraj* Case and the quotation reported in the text is taken from his manuscript.

and in experience in arbitration. In some places international arbitration is still treated with suspicion, especially when sovereign states or public entities are parties to it; in others is accepted as a fact of life, especially in international trade⁷. This situation calls a preliminary indispensable caveat. The expanded use of international arbitration should be accompanied by the awareness of the differences existing in many countries and/or regions. These differences are not limited to the legal field but touch upon socio-political and religious matters as well. As a welcome reaction national legislations striving for unification, or, at least, harmonization, have developed to a considerable extent. Arbitral bodies and institutions have been created in various parts of the world with a view to promoting arbitration at regional level⁸.

The above situation reveals that one is faced with two potentially conflicting phenomena, which are present, and indeed represent, the main issue in the instant case. On the one hand, there exists a need for harmonization at world level to meet the requirements of business concerns operating in the framework of the so-called global market. On the other hand, the accentuation of differences at national and/or regional level is likely to create cultural and legal barriers which not only affect the use of international arbitration on the world scene, but are likely to weaken the fundamental features of arbitration as such as an accepted instrument to resolve disputes⁹.

This undesirable result may be the consequence of the judgment rendered by the Court of Appeal in the instant case. As a remedial action, in the hope that the Supreme Court may reverse the judgment of the Court of Appeal, a few basic arguments are worthy of mention by way of suggestions to be duly considered.

International arbitration, as opposed to domestic arbitration, is aimed at fulfilling general needs stemming from trade and economic cooperation at world level. The affinity of these needs in different parts of the world should

⁷ G. Bernini. *Trade and investments disputes: the role of international arbitration*. Speech delivered at the Conference *Kuwait International Arbitration Conference*, organized by the Ministry of Justice of Kuwait, Kuwait City 27-29 April 1997; and *Introductory Speech* of the Conference *International Arbitration in a Changing World* as President of the International Council for Commercial Arbitration - ICCA, Bahrain, 14-16 February 1993.

⁸ G. Bernini, *Principles on which countries must agree in order for International Commercial Arbitration to reach its potential*, in *Businessmen's Guide. Euro-Arab Arbitration System*, Euro-Arab Chamber of Commerce, Paris, 1988, from 65 to 66. See also, Walid J. Kassir, *Réflexions d'un Juriste Arabe - Méditerranéen face à la Mondialisation à l'aube du XXIème siècle (2000-2010)*, Beyrouth, 2009, at page 119 ff.

⁹ G. Bernini. *Is there a growing International Arbitration Culture*. Speech delivered at the Conference *International Disputes Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, organized by International Council for Commercial Arbitration - ICCA, Seoul 10-12 October 1996.

be duly stressed and agreement on a number of generally acceptable principles should be sought if arbitration is to play its universal role. In as much as possible national legislation should not be placed in collision course with general principles internationally accepted¹⁰.

These principles are the outward expression of basic requirements of fairness and legality which are to be viewed as inalienable guarantees for the parties and for the arbitrators as well¹¹. Compliance with the principles in question will favor the use of international arbitration in a wider legal, cultural and geo-political perspective, thus avoiding unwelcome contrast with national rules.

To ensure a *modicum* of harmony, the arbitrators should *in primis* strictly adhere to the parties' contractual intent as regards the implementation of arbitration proceedings as distinguished from conciliation proceedings. Conciliation, to be viewed in the framework of ADR techniques, has its great merits, but it should be carried out only when the parties so request.

The arbitrators may settle the dispute in equity, or *ex aequo et bono*, or as *amiable compositeurs*, only upon the parties' express authorization.

The arbitrators should be independent of the parties, neutral and impartial, and their qualifications should not be restricted in terms of principle on grounds of nationality and/or religion and/or political belief. Admissible limitations should be evaluated on a case-by-case *basis*. The Jivraj case is a typical example of this flexible approach as argued hereinbelow.

The method for designating and appointing the arbitrators should always ensure that the autonomy of the parties is respected to the maximum possible extent especially as regards the qualifications set for the appointment as arbitrators.

When signing the arbitration agreement states and other public entities should be deemed to have waived any and all sovereign prerogatives and immunities.

¹⁰ G. Bernini, *The Twelve Tables of Arbitration: an Agreement on Fundamental Principles Strengthening its International Diffusion*. Speech delivered at the Conference organized by the Institute of International Business Law of the University of Münster, Münster 24 settembre 1992. For a recent *mise au point* of the situation see the Report delivered by G. Bernini, *International Arbitration: A Contemporary Perspective*, delivered at the *International Arbitration Seminar - LLM Bologna Programme*, Loyola Law School - Los Angeles, Alma Mater Studiorum - University of Bologna, Bologna 5 Juin 2008.

¹¹ G. Bernini, *The Ethical Implications of the Arbitral Function: Standards of Behaviour of Arbitrators*, in *Comparative Law Review* (The Institute of Comparative Law in Japan - Chuo University, Tokyo), Vol. XXIII, N° 3, 1989, from page 49 to 72.

In international trade no national laws should be successfully invoked to contravene contractual obligations into which states or other public entities have freely entered, nor should the same be permitted to successfully challenge, after the difference has arisen, their own standing to appear in arbitration.

Whether or not international arbitration is made the object of national legislation, its specificity should be recognized by national legislators and judiciaries, and its regulations should be substantially patterned upon principles compatible with the provisions of the New York Convention of 1958 and with the philosophy which has inspired the UNCITRAL Model Law.

In establishing procedural rules, the arbitrators should see that fair standards be set, ensuring *inter alia* the parties' basic right to be heard and to contradict on equal terms.

In international trade the grounds upon which an award may be set aside should be the same as those upon which recognition and enforcement of the award may be refused, and the scope of such grounds should substantially coincide with the provisions of the New York Convention of 1958¹².

When invoked in the realm of international trade, the ground of public policy should be narrowly construed and its ambit should be confined to international public policy as opposed to national (or domestic) public policy¹³. Likewise even national public policy should be invoked solely when strictly necessary and the common will of the parties should be safeguarded in as much as possible as the expression of their contractual autonomy¹⁴.

Hence, one of the most fundamental features (if not the most fundamental) of arbitration is the possibility for the parties *to choose their arbitrators* (and take the risk of such choice!), something that *per se* justifies the need of a special (international and national) regulation to keep arbitration as a distinguished process from national State courts adjudication¹⁵.

¹² The literature on the 1958 New York Convention is immense. At present its members are 145. Initiatives are being proposed to update and/or to modify it when deemed necessary. See the text, status and related documents in www.uncitral.org

¹³ T. Varady, J.J. Barceló, A.T. Von Mehren, *International Commercial Arbitration, A transnational perspective*, Thomson West, 4th edition, 2009 at 695 ff; H. Holtzmann and J. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, The Hague, Kluwer, 1989, at 1054 ff; Alexander J. Blohlávek, *Arbitration, Ordre Public and Criminal Law. Vol. III*, KYIV TAXON, 2009, at 1269 ff; F.F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, London, Sweet&Maxwell, 2007 at page 798 ff.

¹⁴ P. Rescigno, *Arbitrato e Autonomia Contrattuale*, in: *Rivista dell' Arbitrato*, 1991, at page 13 ff.

¹⁵ International arbitration is progressively acquiring its intrinsic features be it the object of a separate piece of legislation or else included in the general arbitration law. These features have been summarized through the use of expressions like the "Twelve tables of arbitration" or else the "Decalogue of arbitration" (see *ex-multis* G. Bernini and the doctrinal

There is no surprise, then, to find that arbitration clauses may include requirements for nationality and other qualifications of arbitrators: an expression of the fundamental principle of parties' autonomy. But how far is it possible to go in specifying the requirements of arbitrators in full respect of these principles pointed out above?

Generally speaking, one has always avoided restraining the parties' autonomy even when amounting to agreements which provide for the appointment of arbitrators on the basis of nationality, religion or belief, age, race, sex or sexual orientation. The agreement of parties on such matters has always been considered the cornerstone of the arbitration process, provided, however, that the will of such parties is genuine and not vitiated by mistake, fraud and/or other pathological factors.

Interestingly, both the ICC (artículo 9 (1)) and the LCIA (artículo 6)¹⁶ have rules that provide for the appointment of an arbitrator on the basis of nationality to ensure the neutrality of arbitrators (i.e. the President of the arbitration tribunal) and this practice has proved successful for disputes resolution. And the same may be said for religious institutions that provide arbitration services for their community members, including the Beth Din of the Jewish community¹⁷.

In such a context, one may note that the UK Court of Appeal ruling in *Hashwani v. Jivraj* provides an "English solution" to a complex transnational problem. Hence, the proper interpretation of this case is useful, if not to finally dispose of the issues at stake, at least to start a debate about them. In this connection it is noteworthy to recall that the ruling of the Court of Appeal was already brought before the Supreme Court and that the case has been already heard¹⁸. Presumably the decision will be handed down in the very near future.

3. THE ISSUES UNDER CONSIDERATION IN THE INSTANT CASE

After these premises aimed at putting the case in the proper light, some remarks will be presented on the specific issue aimed at establishing whether an arbitration agreement can provide that the arbitrator must belong to a particular religion, a question related to the broader issue of the application of human rights in international commercial arbitration agreements. Further-

references cited *retro*, footnote 10).

¹⁶ See Y. DERAÏNS & E. A. Schwartz, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition, The Hague, 2005, at page 154 ff.

¹⁷ Philip Clifford and Hussein Haeri, *Jivraj v. Hashwani: arbitrator nationality and the law of unintended consequences*, Latham & Watkins, March 2010.

¹⁸ The case was heard on the six April 2011 before the UK Supreme Court (Cases UKSC2010/0158 and UKSC2010/0170).

more, it will be discussed if an arbitrator is an “employee” of the parties and, finally, whether or not an arbitration agreement providing for the arbitrator to belong to a particular religion is void.

In the case under consideration the agreement of the parties provides *inter alia* as follows: “(1) *If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8 (5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the H.H. Aga Khan National Council for the United Kingdom for the time being. All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of the high office within the community.*

(2) The arbitration shall take place in London and the arbitrators’ award shall be final and binding on both parties.”¹⁹

4. THE ARBITRATION CLAUSE

In 1981 Mr. Jivraj e Mr. Hashwani entered into a joint venture agreement relating to investment in real estate around the world. The agreement contained an arbitration clause prescribing that “*All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community.*”

The SHIA Ismaili Muslims are a community ethically and culturally well identified and identifiable, headed by His Highness Prince Karim Aga Khan as their spiritual leader. A further reference to the distinguishing features of the Ismaili Community will be forthcoming, as it is of the essence to know whether in the specific context of an arbitration clause the Community may be deemed to express values, rules of conduct and ethical principles pertaining to the settlement of disputes apt to soundly support the assertion of unique *mores* (i.e. accepted uses) deeply rooted stemming from its historical and cultural traditions which may be said to characterize the community as such²⁰.

5. THE DISPUTE AND THE CONFLICTING JUDGMENTS OF THE COMMERCIAL COURT AND OF THE COURT OF APPEAL

In 1988 the parties decided to terminate their joint venture agreement and appointed three members of the Ismaili community as conciliators in the

¹⁹ Decision of the Court of Appeal (Civil Division) published on 22, 2010. Case N° [2010] EWCA Civ. 712.

²⁰ On these point see *retro* at footnote 17.

process of dividing the assets. Not all issues were settled amicably by way of conciliation and some of them remained unresolved. Consequently in 2008 Mr. Hashwani asserted a claim and notified Mr. Jivraj that he had appointed Sir Anthony Coleman as the arbitrator of his choice. Mr. Hashwani argued that the requirement to appoint as arbitrator a member of the Ismaili Community was to be deemed void in the light of the anti-discrimination provisions of the English employment legislation, in particular the Employment Equality (religion and belief) Regulations 2003 (hereinafter the "Regulations").

Mr. Jivraj rejected the argument and the dispute concerning the requirement to appoint a member of the Ismaili Community as arbitrator was submitted to the Commercial Court. Mr. Justice David Steel found in favor of Mr. Jivraj. The principle laid down by the Commercial Court was that the relationship between an arbitrator and the parties to an arbitration is not a contract of employment falling within the scope of the Regulations. Furthermore, even if were not so, the Court held that the case fell within the exception made in the Regulations for general occupational requirement.

Mr. Hashwani appealed and the Court of Appeal accepted his argument, finding that arbitrators are to be deemed "employees" for the purposes of the Regulations, because they act under "a contract personally to do any work". By so holding the Court of Appeal adopted a rather broad interpretation of the Regulations, in the sense that their purpose was identified in rather general terms with the promotion of equality and in the elimination of unjustified discrimination. Consequently, the Court of Appeal reversed the Commercial Court finding which excluded arbitrators from the requirement of membership in the Ismaili Community. The Court of Appeal further held that if one finds that the selection of an arbitrator on religious grounds contravenes the prohibitions set in the Regulations, it then logically follows that the provision requiring that all arbitrators be Ismaili cannot be severed from the rest of the arbitration agreement, so that the whole of this agreement as accepted by both parties is rendered null and void²¹.

The vicissitudes of the case at issue bring upon the carpet a number of crucial issues touching on rules and principles whose reach crosses the border of the domain of arbitration law, as they deal with national and international public policy (*ordre public*); contract law issues at large; relationship between

²¹ Functionally the notion of severability brings about comparable results in civil and common law countries. Its meaning is that if a provision is found null and void, this circumstance will not affect other provisions which remain valid. Under the civil law terminology of absolute and relative nullity is also used. On the notion of severability see also Abdul Hamid El-Ahdab, *Arbitration with the Arab Countries*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer Boston, 1990, from page 72 to 73.

the parties and the arbitrators; cultural neutrality and arbitral justice; severability of contractual provisions.

6. THE APPLICATION TO APPOINT THE ARBITRATOR AND THE REQUIREMENT OF THE ARBITRATOR BEING A MEMBER OF THE ISMAILI COMMUNITY

It emerges from the judgments that the application to appoint the arbitrator was made pursuant to section 18 (2) of the English Arbitration Act of 1996. The application was based on the assumption that the requirement of the arbitrators being members of the Ismaili community, although lawful when the agreement was made, had been rendered unlawful and was void because it contravened the Employment Equality (Religious and Belief) Regulations 2003. Mr. Hashwani also thought to rely on the Human Rights Act 1998 as the expression of public policy values in support of his case. Furthermore the Regulations were made to give effect to the Council Directive 2000/78/EC which established a general framework for equal treatment in employment and occupation. The Directive (number 8 of the Judgment of the Commercial Court) is concerned with discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation. It is therefore much wider in the scope than the Regulations which are concerned only with discrimination on the grounds of religion or belief.

The explanation lies in the fact that the United Kingdom had already introduced legislation dealing with discrimination on most of the other grounds covered by the Directive in connection with employment and occupation. A detailed reference is made in both judgments to the legislation prohibiting a discrimination on the grounds of sex and sexual orientation, race, disability, age and religion or belief.

It is the view of the Court of Appeal that the Regulations closely follow the earlier legislation, in particular in defining "employment" in such a way as to include a contract personally to do work of any kind. It follows that the ambit of an illegal discrimination is to be defined in a broad sense, so that, as recognized by the Court itself, its decision has a far wider significance than the case at issue.

7. THE ARBITRATOR IS NOT AN EMPLOYEE

With respect, the inclusion of arbitrators within the scope of an employment contract raises well grounded perplexities. The parties and the arbitrators are bound by a relationship under which an arbitrator is chosen for the purpose of hearing the parties "contentions" and giving judgment between them, to which binding decision (award) the litigants submit themselves under the law. In the perspective of the civil law, the relationship is

legally classified as a contract of mandate, gratuitous, in its historical origin, granted in the joint interest of the parties. Under the common law, given that the above element of gratuity collides with the doctrine of consideration, the relationship between the parties and the arbitrators fall *lato sensu* within the scope of an agency relation²².

Be it as it may from a strict legal viewpoint, the arbitration agreement involves a waiver of jurisdiction under the civil law. Under the common law, the mutual obligation stemming from the agency relation gives rise to a condition precedent providing that the arbitration proceedings must be implemented before any claim may be brought before the Judiciary. Coherently, if a Court of justice is seized before the inception of the arbitration, under the civil law the judge will find that he/she has no jurisdiction. Under the common law the judge will issue an order to stay proceedings²³.

Again common to both systems is the conclusion that the arbitrator, whether viewed as a mandatary or classified within the category of the agency relations, acts in full independence, exercising his/her professional discretion in the absence of any subordination as regards the appointing parties, joint mandatories or principals as they may be classified²⁴.

8. THERE EXISTS A CRITICAL NEED OF A FAIR AND STABLE BALANCE BETWEEN THE AMBIT IN WHICH DISCRIMINATION IS PROHIBITED AND THE SPHERE OF THE PARTIES AUTONOMY IN SETTING THE TERMS AND CONDITIONS OF A CONTRACT INCLUDING AN AGREEMENT TO ARBITRATE

If carried out too far the prohibition of discrimination may have an adverse effect on the parties' autonomy. In particular, on the right and interest of such parties to insert the detailed qualifications that they deem of the essence in their arbitration agreements and, more generally, to predetermine the rules under which the occurrence of an arbitration may be reasonably met and properly

²² See for example, Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, 2004, at 241 ff. and Ph. Fouchard, *Les rapports entre les arbitres, les parties et l'institution arbitrale*, in *Ecrits : droit de l'arbitrage, droit du commerce international*, Paris, 2007, at 427 ff. See further and ample references in F.F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, cit. at page 367 ff.

²³ See G. Bernini, *L'arbitrato, diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, 1993, at page 211 ff, and at page 225 ff citing the famous case *Scott v. Avery* (1856) 5 H.L.C. 811; 25 L.J. EX. 308. For an analysis of this doctrine see Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration*, London, 1982, from page 127 to 131; Russell, *The Law of Arbitration*, London, 1979, 19th ed. from page 185 to 187 and from page 209 to 211; E. Lee, *Encyclopedia of Arbitration Law*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1984, from page 4 to 25.

²⁴ On the qualifications, rights and responsibilities of the arbitrators, see T. Varady, J.J. Barceló, A.T. Von Mehren, *International Commercial Arbitration, American Casebook Series*, cit., at page 282 ff.

disposed of. Prohibition of discrimination in absolute terms could come to the extreme of paralyzing an arbitration because one can hardly conceive that the parties omit to hand down any rules concerning the qualifications of the arbitrators and the way in which the proceedings are to be carried out. The setting of rules that are too strict obviously exclude from the possibility of being appointed arbitrators a greater number of subjects. Nonetheless the existence of guidelines in the choice, and hence the *modus operandi*, of an arbitrator must be taken as a fact of life. It follows that whenever there exist conditions and qualifications as a prerequisite for the choice of a suitable candidate, whoever fails to qualify as arbitrator is inevitably destined to be excluded.

This, however, does not mean that every exclusion is to be equated with a discrimination. To come back to earth, it seems fair and legitimate to draw a *bona fide* workable distinction between a "reasonable discrimination", acceptable as such, and an "unreasonable discrimination", to be prohibited. It seems impossible, to the point of becoming vexatious, to apply indiscriminately sweeping rules and principles with a view to preventing all sorts of discrimination. Any choice brings about a selection on the basis of pre-determined qualifications. It would be paradoxical if a person excluded for lack of proper and legitimate qualifications were allowed to claim discrimination.

This in any and all circumstances would be especially true in arbitration, where each evaluation concerning the prototype of the wanted arbitrators to be chosen upon designation of a party, must be made on a case by case basis. There may be cases in which no special features are required as regards the arbitrators, and cases in which, on the contrary, special qualifications are expected for a person serving as arbitrator to carry out his/her mission.

9. PUBLIC POLICY (*ORDRE PUBLIC*) AS A CRITICAL BORDERLINE BETWEEN ADMISSIBLE AND PROHIBITED DISCRIMINATIONS

Can public policy be invoked as a testing ground to adjudge on the boundaries of lawfulness of a discrimination? The answer is affirmative in principle, but a selective process is not easy to apply. The scope and ends of this issue are crystal clear: even admitting that the parties may set severe criteria of qualification, susceptible to enlarging the number of the subjects potentially to be excluded, can one invoke public policy (*ordre public*) canons and/or other principles aimed at protecting public interest at large?

The answer is affirmative with caution, in the sense that the problem poses itself with the same limits which exist whenever a contract is deemed in general null and void if it contravenes canons of public policy (*ordre public*) and/or any other rules that the parties cannot circumvent.

Not all types of discrimination can be deemed to conflict with public policy (*ordre public*) canons, to be appraised with reference to international or national public policy as the case may be. More specifically, with reference to the principles pertaining to arbitration, the impact of discrimination apt to render the arbitration agreement null and void must be confined to situations in which the right of the parties to set the rules and qualifications which are to govern their arbitration is vitiated by capricious and/or unworthy justifications.

This is the issue with reference to which the judgment of the Court of Appeal cannot be approved mainly for two reasons. In the first place, it does not put enough weight on a definition of discrimination in general terms. In the second place, it does not examine with the attention which is to be expected when facing an issue of such a momentum, the importance that membership in the Ismaili community may have as regards the appointment to the function of arbitrator in a dispute like the one which characterizes the case at issue.

The judgment offers an illustration of the Ismaili community which does not penetrate the essential values of such community, especially as regards the identification of the attributes which may be considered in harmony, and therefore coherent, with the validity of an arbitration clause. The judgment omits to argue in depth on this crucial issue and this omission is worthy of criticism, since the ability to restrict appointments to persons having specific experience and qualification is certainly of the utmost importance as regards the agreement of the parties whose will and intent are entitled to respect.

In the instant case the parties stipulated that the arbitrators should be drawn from the Ismaili Community and undoubtedly they had good reasons for doing so. This choice is indeed to be seen as an essential part of the agreement to arbitrate and not as a provision that can be disregarded as being of no real significance. One can hardly deny that the features of the Ismaili community must be carefully appraised because they show a clear favor towards arbitration. This cannot, and should not, be underestimated.

10. NOTES ON THE ISMAILI COMMUNITY

In the case submitted to the Court, a reference is made to the Ismaili as being a particularly interesting community which represents a part of the great Islamic societies. More specifically, Ismailism is referred to as a second largest branch of *Shi'ite* belief and doctrine. Furthermore, as underlined by Lorenzo Ascanio, a strict interdependence may be perceived between the Ismaili community and its jurisdictional and authoritative powers, as evidenced *inter alia* by a series of documents focusing on different forms, procedures and rules for the settlements of disputes within the community. This, with a view to establishing an institutionalized system aimed at encouraging intra-

community resolution of differences: i.e. in a more convenient, less expensive and certainly less troublesome method as confronted with litigation in court. In addition, the system is meant to strengthen the legal and judicial unity of a community, like the Ismaili, located in many different countries, but operating at international level, under the supreme authority of Imam whose power is exercised over and in respect of the tradition, customs and laws of Ismaili Muslims²⁵.

11. THE ISMAILI COMMUNITY IN THE WORDS OF THE COURT OF APPEAL JUDGMENT

The judgment does not fail to spend a word on “the history and development of the Ismaili community”, a significant feature of which is an “*enthusiasm for dispute resolution contained within the Ismaili community*” (n. 28). Nonetheless it also holds that “*if the arbitration clause had empowered the Tribunal to act ex equo et bono it might have been possible to show that on an Ismaili could be expected to apply the moral principles and understanding of justice and fairness that are generally recognized within that community as applicable to its members, but the arbitrators function under clause 8 is to determine the dispute between the parties in accordance with the principles of English law. That requires some knowledge of the law itself, including the provisions of the Arbitration Act 1996, and an ability to conduct the proceedings fairly in accordance with the rules of natural justice, but it does not call for any particular ethos. Membership of the Ismaili community is clearly not necessary for the discharge of the arbitrator’s functions under an agreement of this kind and we are unable to accept, therefore, that the exception provided in regulation 7 can be invoked in this case. It follows that the final sentence of clause 8 (1) of the contract offends against the Regulations and is void*”²⁶.

With respect, we fail to share this reasoning. Our argument rests upon the conclusions drawn from contract law under which the parties are free to set their own rules concerning the qualifications for the appointment as arbitrator, provided that they have a legitimate and a reasonably genuine interest for establishing a set of criteria aimed at limiting the width of their choice.

If one admits, as the Court of Appeal does upon consideration of the history and development of the Ismaili community, that such Community is the

²⁵ The author is grateful to Prof. Lorenzo Ascanio, PHD in Comparative Law University of Firenze, aggregated Professor of Islamic Law and Society, University of Macerata. Professor Ascanio was kind enough to provide exhaustive information on important aspects of Islamic Law as reflected in the Jivraj Case and more generally, on the religious and ethical values of the Ismaili Communities, characterized *inter alia* by a declared propensity towards arbitration.

²⁶ At n. 30 of the Court of appeal judgment.

depository of “moral principles and understanding of justice”, there is no need to hypothesize the necessity that the arbitrators be empowered to act *ex equo et bono*. The mutual agreement of the parties has already set worthy criteria of arbitral justice by way of contract. Might one add that the establishment *ad hoc* qualifications is not new in the field of arbitration agreements. Whenever such agreements provide for the deferral to arbitration of disputes of a specialized nature, *ad hoc* qualifications are indeed required as regards the appointment of the arbitrators. This is the case *ex multis* when one deals with quality arbitrations or with arbitration in newly developing fields. Even in historical perspective we have illustrious precedents with reference to the ties between arbitration and the community in the Guild System.

In the light of the above it follows that the Jivraj case opens a very interesting and suggestive cultural debate, concerning the perspective of arbitration as means for giving expression to the voice of the communities founded on a particular religion or tradition. Furthermore, a perspective of this nature brings upon the carpet a wider issue regarding the role of a community viewed in its socio-political aspect as regards the formation of legal rules, jurisdictional bodies and customary as well as religious tradition. To cite a brocard of Roman Law extraction, this socio-political aspect bordering with a geo-political evaluation, can be identified by means of the Latin expression “*ubi societas ibi ius*” .

This opening to cultural enrichment represents a methodological “must” when faced with the interpretation of multinational arbitral agreements, giving rise to the need of securing cultural neutrality as a prerequisite to arbitral justice. It goes without saying that in order to be culturally neutral, one has to be sufficiently conversant with the characterization features of the socio-political *habitat* wherein the matter at issue. Coherently, the basic assumption on which the requirements that arbitrators have to rely in order to achieve neutrality is twofold: first, it presupposes a knowledge extended to the environment in which the arbitration is to take place; second, it is bound to express an intellectual and ethical attitude to be verified in each individual case, i.e. within the scope of the arbitrators’ *ad hoc* jurisdiction, conferred on them through the parties agreement²⁷.

For the foregoing reasons, given the unanimously recognized propensity of the Ismaili community as regards the favor towards the out-of-court settlement of disputes, it is our conclusion that the clause restricting the appointment

²⁷ This proposition is developed by G. Bernini, *Cultural Neutrality: A Prerequisite to Arbitral Justice*. In Memoriam William W. Bishop, Jr. - Part I, in “Michigan Journal of International Law”, Vol. 10, N° 1, 1989, from page 39 to 56.

as arbitrators to “respected members of the Ismaili community” is not to be deemed void and therefore that despite its restrictive scope it holds good.

All the more so, as the parameter under which the limitations imposed upon the appointment as arbitrators are to be evaluated is not a contract of employment. The arbitrators are not employees. As pointed out above, their mission is jurisdictional in nature and the relationship between the parties (all parties and not only the party appointing the arbitrator) calls for an independent, and by no means subordinate, performance of an institutional function *quasi judicial* on the part of the arbitrator.

12. THE TEST OF PUBLIC POLICY AS A POSSIBLY PARALYZING EXTERNAL FACTOR

Even if the validity of the Ismaili clause is to be deemed valid in the light of contract law, such validity extending to the whole agreement, there remains another test to be performed. I.e. whether the valid contractual clause setting special requirement to the appointment as arbitrator can be paralyzed on the ground of an alleged violation of the public policy principles prohibiting discrimination. This, to the end of safeguarding the general interest calling for the protection of the fundamental rights to the benefit of all members of the community²⁸.

The Court of Appeal makes specific reference to English law which can be deemed as very severe in prohibiting discrimination. In the words of the Court the English legislation, however, is fundamentally based upon international law principles as embodied in particular into the Council Regulations already cited. It follows that as regards the overall impact of external sources, principles and conventions upon contractual provisions agreed upon by the parties, the issue of discrimination as emerging from the International Human Rights regime deserves the rank of top priority. The legal effects of this priority, however, are not immune from debated interpretations as reported hereinbelow.

13. THE 1950 EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR) WAS NOT INTENDED TO APPLY TO VOLUNTARY ARBITRATION: AN ACCEPTABLE CONCLUSION STILL TO BE BLESSED WITH UNANIMITY OF THOUGHT

The history of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 november 1950, shows that it was intended to introduce international State responsibility for the operation of its court sys-

²⁸ On these aspects see in particular I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI, 1994-V, v. 249, at page 369 ff.

tem; it was not meant to apply to private justice.²⁹ The wording of Article 6 makes reference to a 'tribunal established by law'. It does not refer to an arbitral tribunal even though it is established by agreement between the parties and ultimately may derive its binding force from law.³⁰

The doctrine of contractual waiver was established by the European Commission of Human Rights since its first decision touching arbitration matters, *X v. Federal Republic of Germany*,³¹ and has been developed by the Strasbourg Court in *Deweer v. Belgium*, where it clearly stated that:

*"In the Contracting States' domestic legal system, a waiver of this kind is frequently encountered both in civil matters, notably in the shape of arbitration clauses in contracts... the waiver which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, does not in principle offend against the Convention".*³²

The same point was made in *Axelsson v. Sweden* where the Commission noted that insofar as arbitration is based on agreement between the parties to the dispute, it is a natural consequence of their right to regulate their mutual relations as they see fit. From a more general perspective, arbitration procedures can also be said to pursue the legitimate aim of encouraging non-judicial settlement and of relieving the courts of excessive burden of cases'.³³ Consequently, in this respect, no violation of Article 6 of the 1950 European Convention, was found.

Moreover, the European Court of Human Right (ESCHR) has even shown a pro-arbitration attitude by facilitating the enforcement of arbitration awards.

In 1994, the ECHR decided a case in which a corporation, Stran Greek Refineries, challenged the Greek Government. The latter claimed that it had

²⁹ See on such a matter the clear remarks by F. Marrella, *Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* in Benedek, De Feyter, Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, CAMBRIDGE: CUP, 2007, at pages 266-310.

³⁰ O. Jacot-Guillarmod, 'L'arbitrage privé face à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme', in F. Matscher and H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension: Studies in Honour of Gérard J. Wiarda* (Cologne: Heymann, 1988), at page 291.

³¹ (1962) 5 *Yearbook HR* 88.

³² (1980) 2 *EurHR Rep.* 439, at 460. The European Commission, in *Nördstrom-Janzone and Nördstrom-Lehtinen v. the Netherlands* (Application 28101/95 (1996) 87 A *EurCommHR*, Dec. & Rep. 112) dismissing the application, noted: '...in the first place that the proceedings of which the applicants complain are arbitration proceedings. In the present case the arbitration was based on a joint-venture agreement and a subsequent Deed of Settlement concluded between the parties concerned. The arbitration was thus based on a voluntary agreement according to which disputes between the parties should not be settled by the ordinary courts but under a special arbitration system. Consequently, there was a renunciation by the parties of a procedure before the ordinary courts satisfying all the guarantees of Article 6 of the Convention ... the Commission notes that in the present case it has not been alleged that the arbitration was concluded under duress'.

³³ App. N. 12213/86, (1990) 86 *Eur. Comm. HR*, Dec. & Rep. 99.

terminated by statute both a construction contract of a refinery together with the arbitration clause contained in it, despite an award having already been made on the basis of the arbitration clause³⁴. The Strasbourg Court held that the unilateral termination of a contract does not pre-empt the effect or validity of certain essential clauses of the contract, such as the arbitration clause, thus making a contribution to the recognition of the principle of the autonomy of an arbitration agreement from a human rights perspective. Finally, the same Court concluded that there was an interference even with the applicants' right of property as guaranteed by Article 1 of Protocol N° 1³⁵.

Thus, the European Court of Human Rights ruled against the Greek Government, upholding the validity and enforcement of the arbitral award.

The pro-arbitration position of the European Court of Human Rights has been recently restated in *Kin-Stib & Majkic v. Serbia*. Here, it was held that failure to enforce an arbitral award amounts to violation of the right to peaceful enjoyment of possession.

In particular, it held that Serbia violated Article 1 of Protocol 1 of the European Convention on Human Rights –the right to peaceful enjoyment of possession– by the partial non-enforcement of an arbitral award issued in favour of *Kin-Stib*, a company based in the Democratic Republic of Congo, and a former Serbian national *Milorad Majkic*. Failure to enforce an arbitral award amounts to expropriation only if the award is final and enforceable as such, and it is not practically possible to enforce it in another jurisdiction.

Further arguments in this respect may be found in the Judgment of the European Court of Human Rights in the case “*Regent Company v. Ukraine*” rendered on 3 April 2008. This case originated in an application (N° 773/03) against Ukraine lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by a company with its registered office in the Seychelles, *Regent Company* (“the applicant company”), on 12 October 2002. The applicant company complained, in particular, under Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol N° 1 about the non-enforcement of an arbitration award made on 23 December 1998 by the International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry. In particular, it alleged that the judgment remained unenforced on account of an omission by the State Bailiffs' Service and the

³⁴ *Stran Greek Refineries et al. v. Greece*, Dec. 9, 1994, A 301-B, 19 Eur. Comm. HR, Dec. & Rep. 293. See also the commentary by Ali Bencheneb, in *Revue de l'Arbitrage* (1996), 181; as well as observations by P. Tavernier, *Journal de Droit International* 122 (1995), 796.

³⁵ Protocol to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris 20 March 1952, ETS N° 9.

enactment of Law no. 2864-III of 29 november 2001 on the introduction of a moratorium on the forced sale of property.

Assessing preliminary objections of Ukrainian government, the ECHR stated (paragraph 54) that Article 6 “*In so far as the Government raised an objection to the applicability of Article 6 § 1 of the Convention to arbitration proceedings, the Court reiterates that Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle disputes between private entities. Indeed, the word “tribunal” in Article 6 § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country (see, inter alia, Lithgow and Others v. the United Kingdom, judgment of 8 July 1986, Series A N° 102, pp. 72-73, § 201)*”.

It further considers that the Arbitration Tribunal was a “*tribunal established by law*”, acting in accordance with the 1994 International Commercial Arbitration Act and internal procedural rules. The proceedings before the Arbitration Tribunal were similar to those before an ordinary State civil or commercial court and due provision was made for appeals to the Kyiv City Court of Appeal (as applicable), which could review the award on the grounds specified in the 1994 Arbitration Act. *It therefore concluded that an Arbitration Tribunal remains the only arbitration body in Ukraine that may, in accordance with the 1994 Arbitration Act, decide on “commercial disputes with a foreign element”. Under the 1994 Arbitration Act and section 3(1) of the Enforcement Proceedings Act, the Arbitration Tribunal’s award is treated as equivalent to an enforceable court judgment*”.

For the foregoing reason, if the only dispute resolution system available in a country for certain matters defined by statute law is arbitration, there is no true agreement to arbitrate and then, being a mandatory arbitration, it must follow all requirements of State procedures. Mandatory arbitration may in fact turn into an instrument of oppression or reduction of the freedoms that the 1950 European Convention on Human Rights seeks to endow and protect; hence, full transfer of judicial function to arbitrators by a nation State amounts to transfer to arbitral bodies the obligation to respect international human rights law.

It is dutiful to state, however, that the above principles are not unanimously constituted in terms of a general system self supporting without logical incoherences, so that there remains margin of debate still open. Be as it may at the level of doctrinal and jurisprudential dispute, in terms of *de facto* findings, it is unquestionable that under the waiver doctrine human rights bodies have often upheld *voluntary* international commercial arbitration clauses and proceedings³⁶.

³⁶ This margin of uncertainty allows the conclusion that no clear-cut distinction has so far

Furthermore, this pro-arbitration attitude is positively relevant in the interpretation of the clauses agreed upon by the parties, which, if held null and void, may severely limit the implementation of the arbitration agreement as a whole.

This result appears to be the unwelcome consequence of the instant case, whose effect, stemming from an ample interpretation of the notion of discrimination, has caused the whole arbitration agreement to become null and void, thus frustrating the common intent of the parties to submit their disputes to private out-of-court justice.

A like happening, in addition to a criticism on the ground of contract law collides with the case law reported above with reference to the Strasbourg Court. It is true that the cases in question deal mainly with mandatory arbitration, but the principles that they establish are broad enough to cover arbitration at large, including as a logical consequence voluntary arbitration. This conclusion can be safely proclaimed in general terms although, as pointed out above, no clear cut distinction has so far been made between voluntary and mandatory arbitration as regards the provisions stemming from international sources as is the case *in primis* for the 1950 European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The margin of uncertainty increases if one considers *inter alia* that mandatory arbitration is not allowed under certain national legislations.

Be once more as it may, as regards the Human Rights' aspect of the subject matter into which the issue of discrimination is to be placed, one should further remember that the Convention creates obligations for Governments which are Contracting Parties to it, and for their Courts. It follows that if the operation of an arbitral tribunal contravenes the ECHR (and the Human Rights Act of 1998 is just the instrument of enforcement of the ECHR in the UK) or the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), no Government can be held *per se* responsible. It then follows that as regards discrimination the limits of coexistence between the ambit of the prohibition set by the International Convention and the autonomy of the parties in prescribing qualifications applicable to the appointment of arbitrators of their choice is ultimately to be determined by the wise discretion of national courts. This conclusion may strengthen the protection afforded by the Convention against discrimination, but cannot be deemed to apply as such to voluntary arbitration, where the will of the parties is meant to prevail if freely and lawfully expressed.

been made between voluntary and mandatory arbitration: see *inter alia* S. Adam, 'Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights: An Anglo-Centric View', *Journal of International Arbitration* 21 (2004), from pages 413 to 438.

14. THE REFERENCE TO THE "ISMAILI COMMUNITY" AS A PARTICULAR CASE OF "LIST SYSTEM" ARBITRATION

If even international human rights law does not prohibit *per se* private arbitration, confirming, as pointed out above, a wide freedom of contract to business parties, there is one final argument undermining the decision of the English Court of Appeal.

In virtually, in all jurisdictions in the world, in many arbitral institutions and even in the UNCITRAL Rules of procedure³⁷, the practice of having lists of arbitrators from which the parties may choose is widely admitted. Leaving aside the "listing practice" used by a prestigious instance such as the Permanent Court of Arbitration (who has scandalized nobody over more than one century!) it is a fact that many Chambers of commerce or business associations compile lists of potential arbitrators. One has just to remind the short and incisive observation by Alan Redfern and Murtin Hunter in their classical work, where they observe: "[m]any groups or associations of merchants and traders throughout the world, whether diamond merchants in New York or commodity traders in London, prefer to resolve disputes by arbitration amongst themselves rather than by recourse to national courts or arbitration in the classical mode"³⁸. They rightly add that "English Courts, respecting the autonomy of the parties have traditionally been tolerant of this practice"³⁹.

On the contrary, if the Jivraj decision is confirmed by the Supreme Court, then the whole field of international commercial arbitration will be adversely affected to a considerable extent.

Once again, let us reiterate the conviction that in arbitration the parties should have the widest choice, provided that such a choice is neither blateritly illegal nor merely capricious. Is it capricious to select an arbitrator from a list provided from the Court of Arbitration for Sport- CAS, in sport arbitration? The Swiss Federal Tribunal has held that even a list of arbitrators satisfies the "constitutional requirements of independence and impartiality applicable to arbitral tribunals"⁴⁰.

From the above notes, it follows that, in terms of effect, in the Jivraj case, the reference to "respected members of the Ismaili Community" can be reasonably equated with a "list system" arbitration. The list is open and contains the names

³⁷ See for example A. Von Mehren, J. Barceló III and T. Varady, *International Commercial Arbitration. A transnational perspective*, cit., at page 430.

³⁸ A. Redfern & Hunter, cit., at page 190.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ The case is reported by F.F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, cit, at page 340.

of the persons who can be appointed as arbitrators. It follows that, being a legitimate choice agreed by the parties in the arbitration clause, in the instant case, the discrimination argument is open to a founded criticism⁴¹.

PART TWO

15. THE JUDGMENT GIVEN BY THE SUPREME COURT (TRINITY TERM), OVERTURNING THE JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL

The judgment in question⁴² is to be read in conjunction with the conflicting judgments laid down by the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court) and by the Court of Appeal (Civil Division).

Before the issuance of the Supreme Court judgment, in a comment on the Court of Appeal judgment, which reversed the High Court of Justice judgment, I wrote that the conflicting judgments "*are extremely important as they tackle some issues which are likely to affect to a considerable extent a number of laws and principles applicable to domestic as well as to international arbitration*"⁴³.

I also pointed out that at present a growing number of countries is involved in international arbitration, but they still greatly differ in political and cultural background and in experience in arbitration. London undoubtedly represents a "*forum conveniens*" as regards the execution of arbitral agreements and the implementation of arbitral proceedings worldwide, so that what happens in London is to be regarded as crucial in a wider geographic, legal and socio-political ambit⁴⁴.

The judgment of the Court of Appeal, with which I respectfully, but firmly, disagree, laid down a set of principles which may seriously jeopardize the cause of international arbitration at world level. This is why I did not hesitate in stating that "*This undesirable result may be the consequence of the judgment rendered by the Court of Appeal in the instant case. As a remedial action, in the hope that the Supreme Court may reverse the judgment of the Court of Appeal, a few basic arguments are worthy of mention by way of suggestions to be duly considered*"⁴⁵.

My omen came true and I can say with a touch of satisfaction that the basic conclusions at which I arrived in my comment on the judgment of the Court of Appeal found an authoritative validation in the judgment given by the

⁴¹ The criticism is well argued in the Appeal to the Supreme Court.

⁴² UK Supreme Court, Trinity Term Judgment, Jivraj (Respondent) *v* Hashwani (Appellant), Jivraj (Appellant) *v* Hashwani (Respondent), given on 27 July 2011, case ID UKSC2010/0158, in: <http://www.supremecourt.gov.uk>

⁴³ See *retro* paragraph 2.

⁴⁴ See for example Y. Dezalay, B. Garth, *Dealing in virtue*, University of Chicago press, 1996.

⁴⁵ See *retro* paragraph 2.

Supreme Court. Obviously the Supreme Court prose, in substantial assonance with the lines of thought that I ventured regarding the judgment of the Court of Appeal, differs in terms of logical construction and legal motivation from my comment, which is inspired by, and aims at, a valuation stemming from an international and comparative law outlook, where the accent is placed on the function and purposes of international arbitration as a powerful instrument of promotion of world trade and economic cooperation⁴⁶. Conversely the *ratio decidendi* and the *decisum* of the Supreme Court judgment mainly rest on a refined analysis of English law, as the applicable national law, carried out with sophisticated and elegant Common Law style privileging case law, enriched through references to European law, and “to many other statutory provisions in other parts of the world and indeed many other international codes, including the UNCITRAL (United Nations Commission of International Trade Law), Model Law on International Commercial Arbitration 1985, the ICC Rules and the London Court of International Arbitration (the LCIA) Rules to similar effect”⁴⁷.

16. THE FACTUAL AND LEGAL BACKGROUND OF THE JIVRAJ CASE AND THE CONCLUSIONS OF THE COURT OF APPEAL AS SUMMARIZED BY THE SUPREME COURT

Also the issues tackled in my comment to the judgment of the Court of Appeal and the content of the judgment of the Supreme Court do not completely coincide. They have, however, two topics in common, representing the core of the decisions rendered on the disputed matters : i.e. the nature and features of the relation between the arbitrators and the parties, and the margin of discretion allowed to the parties themselves in setting the qualifications of the arbitrators to be appointed without endangering the validity of the arbitration agreement and the regular implementation of the ensuing proceedings.

The best way to approach a complex and diversified subject matter, such as that dealt with in the three judgments given in the Jivraj case, is to adhere to the methodology adopted by the Supreme Court, and to reproduce *verbatim* some excerpts from its judgment where the factual and legal background of the case and the conclusions reached by the Court of Appeal are lucidly summarized with detailed comments.

⁴⁶ Von Mehren, Barceló, Varady, *International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective*, 4th ed., West, 2009, at 1 ff.. See also, in this respect, A. Hamid El Ahdab, *Arbitration gained the confidence of the Arab world to become a means for alternative dispute resolution instead of war*, in *Liber amicorum Serge Lazareff*, Paris, Pedone, 2011, at 219 ff.; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *Receuil des cours*, Volume 329 (2008), from page 49 to page 216.

⁴⁷ See at page 18 of the UK Supreme Court Judgment.

16.1. The issues in the Court of Appeal as summed up by the Supreme Court

The Supreme Court summed up the issues in the Court of Appeal as follows:

“On 7 October 2009 Sir Richard Buxton granted permission to appeal limited to the issues on the Regulations and on severance. Permission was refused on the HRA and public policy issues. The issues in the Court of Appeal were therefore these:

- i) Are arbitrators persons who are under a contract to do work so as to fall within the Regulations and, if so, do parties who make an arbitration agreement specifying religious qualifications for eligible arbitrators thereby make an arrangement for the purpose of determining to whom they should offer employment or do they agree to offer, or deliberately not to offer, employment within the meaning of the Regulations?*
- ii) If so, in the circumstances, did the requirement for all the arbitrators to be members of the Ismaili Community constitute a genuine occupational requirement (“GOR”) which it was proportionate to apply within regulation 7(3)?*
- iii) If not, did the whole arbitration agreement fail or was only the discriminatory provision void?*

The unanimous judgment of the Court of Appeal, which comprised Moore-Bick and Aikens LJ and Sir Richard Buxton, was handed down on 22 June 2010: see [2010] EWCA Civ 712, [2010] ICR 1435. The Court of Appeal reached a different conclusion from the judge on the principal points. It held that the appointment of an arbitrator involved a contract for the provision of services which constituted “a contract personally to do any work”, and therefore satisfied the definition of “employment” in regulation 2(3). It followed that the appointer was an “employer” within the meaning of regulation 6(1) and that the restriction of eligibility for appointment as an arbitrator to members of the Ismaili Community constituted unlawful discrimination on religious grounds, both in making “arrangements ... for the purpose of determining to whom he should offer employment” contrary to regulation 6(1)(a), and by “refusing to offer, or deliberately not offering” employment contrary to regulation 6(1)(c). The Court of Appeal further held that being a member of the Ismaili Community was not “a genuine occupational requirement for the job” within the meaning of the exception in regulation 7(3). It is submitted on behalf of Mr. Jioraj that both those conclusions were wrong.

Finally the Court of Appeal held that, although there would be no difficulty in operating the agreement if the offending requirement was struck out, so doing would render the agreement substantially different from that originally intended, the term was void in its entirety under paragraph 1(1) of Schedule 4 to the Regulations and Mr. Hashwani’s nomination of an arbitrator was invalid. It is submitted on behalf of Mr. Hashwani that both the judge and the Court of Appeal were wrong on this point, which I will call “the severance issue”⁴⁸.

⁴⁸ See at page 9 of the UK Supreme Court Judgment.

16.2. The notion of employment and the legal status and function of an arbitrator

The above citation shows that in evaluating the contrast between the judgments of the High Court of Justice and of the Court of Appeal, the Supreme Court focusses its attention on the notion of employment as referred to the legal *status* and function of an arbitrator. In the view of Lord Clarke, with whom Lord Phillips, Lord Walker and Lord Dyson agree, the critical question is whether the Court of Appeal was right to form a different view from the High Court on this point. In the opinion of Lord Clarke it was not.

This conclusion resurrects the finding of the High Court of Justice that the *status* of an arbitrator cannot be equated *tout court* with that of an employee, the latter being characterized by the element of subordination. On the contrary, as stated by Lord Clarke:

“it is in my opinion plain that the arbitrators’ role is not one of employment under a contract personally to do work. Although an arbitrator may be providing services for the purposes of VAT and he of course receives fees for his work, and although he renders personal services which he cannot delegate, he does not perform those services or earn his fees for and under the direction of the parties as contemplated in para 67 of Allonby. He is rather in the category of an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the parties who receive his services, as described in par. 68”⁴⁹.

In the view of the Supreme Court, then, independence is the main feature of the mission entrusted to an arbitrator, characterized by the requirement of neutrality, impartiality and independence as regards the interests of the parties. As the International Chamber of Commerce (“the ICC”) puts it, *the arbitrator must determine how to resolve competing interests of said parties. He is in no sense in a position of subordination to the parties; rather the contrary. He is in effect a “quasi-judicial adjudicator”*: *K/S Norjarl A/S v Hyundai Heavy Industries Co Ltd* [1992] QB 863, 885⁵⁰.

16.3. Provisions of the Regulations which cannot apply to an arbitrator

As pointed out in the judgment of the Supreme Court: *“under English rule, the arbitrator’s role is spelled out in the 1996 Act. By section 33, he has a duty to act fairly and impartially as between the parties and to adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case so as to provide a fair means of determination of the issues between the parties. Section 34 provides that, subject to the right of the parties to agree any matter, it is for the arbitrator to decide all procedural matters.*

⁴⁹ See at page 18 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁰ See at page 18 of the UK Supreme Court Judgment.

Examples of the width of those powers can be seen in the particular examples in section 34(2). Section 40 provides that the parties shall do all things necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitration, which includes complying with any order of the arbitrator, whether procedural or otherwise. Once an arbitrator has been appointed, at any rate in the absence of agreement between them, the parties effectively have no control over him. Unless the parties agree, an arbitrator may only be removed in exceptional circumstances: see sections 23 and 24. The court was referred to many other statutory provisions in other parts of the world and indeed many other international codes, including the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration 1985, the ICC Rules and the London Court of International Arbitration ("the LCIA") Rules to similar effect.

The Regulations themselves include provisions which would be wholly inappropriate as between the parties and the arbitrator or arbitrators. For example, regulation 22(1) provides:

"Anything done by a person in the course of his employment shall be treated for the purposes of these Regulations as done by his employer as well as by him, whether or not it was done with the employer's knowledge or approval..."

It is evident that such a provision could not apply to an arbitrator"⁵¹.

16.4. The Regulations are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators

In coherence with the above arguments, Lord Clarke, with whom Lord Phillips, Lord Walker and Lord Dyson agree, unequivocally states the following:

"For these reasons I prefer the conclusion of the judge to that of the Court of Appeal. I agree with the judge that the Regulations are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators. It follows that I would hold that no part of clause 8 of the JVA is invalid by reason of the Regulations and would allow the appeal on this ground"⁵².

The above mentioned conclusion is strengthened by a reference to the national legislation of the Member states and to the general principles of European Union law under which *"in the case of occupational activities within churches and other public or private organizations the ethos of which is based on a person's religion or belief, a difference of treatment based on a person's religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person's religion or belief constitute*

⁵¹ See at page 19 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵² See at page 22 of the UK Supreme Court Judgment.

a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organization's ethos"⁵³.

17. IT IS THE OPINION OF THE HIGH COURT OF JUSTICE THAT BEING AN ISMAILI IS A GENUINE OCCUPATIONAL REQUIREMENT, SO THAT A DIFFERENT CONCLUSION SUCH AS THAT OF THE COURT OF APPEAL IS IN THE VIEW OF LORD CLARKE TOO LEGALISTIC AND TECHNICAL, NARROWING THE FUNCTION OF ARBITRAL PROCEEDINGS TO A MERE APPLICATION OF A NATIONAL LAW

This reference to ethical and religious values as requirements apt to avoid the risk of discrimination concerning the qualifications of prospective arbitrators to be appointed by the parties, represents the *Leimotiv* of the findings of the Supreme Court. The evaluation of this element brings about as a logical *sequitur* a thorough and detailed analysis of the main features of the Ismaili Community described in the context of its history and development.

These detailed findings by far exceed the somewhat simplistic conclusion of the Court of Appeal that the requirement of the membership in the Ismaili Community as a prerequisite for the appointment of an arbitrator is to be deemed discriminatory. This, in sharp contrast with the conclusion of the High Court of Justice holding that "*being an Ismaili is a genuine occupational requirement*"⁵⁴. A different conclusion, such as that of the Court of Appeal, is in the view of Lord Clarke "*too legalistic and technical*", narrowing the function of arbitral proceedings which would be reduced to a mere application of a given national law to the dispute: in the case at issue English law⁵⁵.

This, I repeat, is not for the view of the Supreme Court, as evidenced by the crystal clear statement of said Court reading as follows:

"I prefer the approach of the judge. For the reasons given earlier, I am not persuaded that the test is one of necessity. The question is whether, in all the circumstances the provision that all the arbitrators should be respected members of the Ismaili community was legitimate and justified. In my opinion it was..."

For these reasons I would, if necessary, have allowed the appeal on the basis that article 8 was a GOR within regulation 7(3). This conclusion makes it unnecessary to consider whether it also satisfied regulation 7(2)"⁵⁶.

A like conclusion attributes to the arbitration the whole of its significance, magnifying the freedom of thought and action which is to be viewed as the

⁵³ See at page 23 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁴ See at page 24 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁵ See at pages 26 and 30 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁶ See at page 30 of the UK Supreme Court Judgment.

inborne characterization of the arbitral function. This interpretation of the mission entrusted to the arbitrators is completed by a further conclusion of Lord Clarke: i.e. whether, or not, there exists the need to refer any of the questions arising in the *Jivraj* case to the European Court of Justice. His negative answer is framed as follows:

"I would not refer any of the questions which arise in this appeal to the Court of Justice. On the first question, the only questions of EC law which arise relate to the true construction of the Directive. The Court of Justice has resolved those issues in a number of cases, notably Allonby [2004] ICR 1328. To my mind the principles are now acte clair. On the second question, the principal issue between the parties relates to the application of the relevant principles to the facts. As to the correct construction of regulation 7(3), I have accepted Mr. Brindle's submission that it does not involve a wholly subjective question on the ground that the relevant provision must be not only genuine, but also legitimate and justifiable. In these circumstances, I see no basis for a reference in relation to GOR, which was in any event not determinative of the appeal."

In the light of the above it is not surprising that Lord Clarke frames his *decisum* in the following clear and succinct terms: *"I would allow the appeal"*⁵⁷.

18. THE ARBITRATOR'S CONTRACT IS NEITHER AN AGENCY AGREEMENT NOR AN AGREEMENT FOR THE PROVISION OF SERVICES, BUT A SUI GENERIS AGREEMENT GIVING RISE TO A UNIQUE SET OF RIGHTS AND DUTIES

On the *status* of the arbitrator in the framework of a contract of employment, Lord Mance supports unconditionally Lord Clarke's conclusion by stating the following:

*"I have read and agree entirely with the judgment of Lord Clarke on the first point: that is, whether the arbitrators contemplated by article 8 of the Joint Venture Agreement are persons who would be engaged in "employment under ...a contract personally to do work" within the meaning of regulation 2 of the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, interpreted in the light of Council Directive 2000/78/EC to which the Regulations aim to give effect"*⁵⁸.

Lord Mance grounds his opinion on a comparative law reference to the German *Reichsgericht* and to a modern doctrinal source: i.e. Gary B. Born's authoritative work on International Commercial Arbitration, who discusses the general international legal understanding of the nature of an arbitrator's engagement as follows⁵⁹:

⁵⁷ See at page 31 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁸ See at page 31 of the UK Supreme Court Judgment.

⁵⁹ GARY B. BORN'S, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2009, Vol. I pp. 1607-1609.

"It does not seem permissible to treat the arbitrator as equivalent to a representative or an employee or an entrepreneur. His office has an entirely special character, which distinguishes him from other persons handling the affairs of third parties. He has to decide a legal dispute in the same way as and instead of a judge, identifying the law by matching the relevant facts to the relevant legal provisions. The performance expected from him is the award, which constitutes the goal and outcome of his activity. It is true that the extent of his powers depends on the arbitration agreement, which can to a greater or lesser extent prescribe the way to that goal for him. But, apart from this restriction, his position is entirely free, freer than that of an ordinary judge".

"There is also debate about how to characterize the arbitrator's contract, particularly in civil law jurisdictions where the characterization of contracts is often essential to determining their effects. Some commentators consider the arbitrator's contract to be an agency agreement, where the arbitrator serves as the parties' agent. Other authorities have suggested treating the arbitrator's contract as an agreement for the provision of services. A third approach has been to regard the arbitrator's contract as a sui generis or hybrid form of agreement, not being categorizable in conventional terms and instead giving rise to a unique set of right and duties.

The proper analysis is to treat the arbitrator's contract as a sui generis agreement. That is in part because this characterization accords with the specialized and distinct nature of the arbitrator's mandate: as noted above, that mandate differs in fundamental ways from the provision of many other services and consists in the performance of a relatively sui generis adjudicatory function. It is therefore appropriate, and in fact necessary, that the arbitrator's contract be regarded as sui generis.

At the same time, there are no other satisfactory characterizations of an arbitrator's contract. It makes no sense to treat the arbitrator's contract as an agency agreement. Under most legal systems, that characterization would require the arbitrator to follow the parties' directions and to provide the parties with information and an accounting – all of which can only with difficulty, if at all, be assimilated to the adjudicative role of an arbitrator.

Moreover, the role of an agent is inconsistent with the arbitrator's adjudicative function – which is precisely to be independent of the parties. This was underscored by a French appellate decision, which held that an agreement for the parties' 'representatives' to resolve their dispute could not be an arbitration agreement:

"A stipulation of that kind is incompatible with the actual concept of arbitration, since the arbitrators, though appointed by the parties, can under no circumstances become their representatives. That would imply, in particular, that they represent the parties and account for their functions. Such a role, and the obligations it entails, are alien to the functions of an arbitrator, which are judicial in nature."

Equally, regarding the arbitrator as a service provider, like an accountant, investment banker, lawyer, or other professional, ignores the essential adjudicative character of his or her mandate. Arbitrators do not merely provide the parties with a service, but also serve a public, adjudicatory function that cannot be entirely equated with the provision

of service in a commercial relationship. The proper analysis is therefore to regard the arbitrator's contract as a sui generis agreement specifying the terms on which this adjudicative function is to be exercised vis-à-vis particular parties and on particular terms"⁶⁰.

19. LORD MANCE AGREES WITH LORD CLARKE'S DISTINCTION BETWEEN PERSONS UNDER THE DIRECTION OF ANOTHER AND ARBITRATORS WHO PERFORM AN INDEPENDENT ROLE FREE FROM SUCH CONTROL, AND BOTH THE PARTIES' AUTONOMY IN SETTING THE REQUIREMENTS APPLICABLE TO THE ARBITRATORS TO BE APPOINTED AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION ARE WORTHY CAUSES TO BE SAFEGUARDED

The above citations made by Lord Mance catch and mark the essence of Lord Clarke's distinction between persons under the direction of another and arbitrators who perform an independent role, free of such control. They also reveal that the opinions expressed by Lord Clarke and agreed upon by Lord Mance testify that the Common Law and Civil Law approaches to arbitration with all implications thereof, practical as well as theoretical, have been brought to substantial coherence in the context of European law.

This finding, already anticipated *inter alia* in my comment to the judgment of the Court of Appeal, is reassuring and justifies optimism as to the future development of international arbitration. Conversely, the judgment of the Court of Appeal was likely to cause an adverse fall-out as regards the prospective recourse to arbitration in trade and investment disputes across the national borders.

The choice of English law as applicable law, and of London as venue of the arbitration still maintains a sound *raison d'être*. It would have been unfortunate if the judgment of the Court of Appeal had not been properly down-sized by the Supreme Court. In truth, the finding of the Court of Appeal risked to represent a source of instability in the delicate *equilibrium* between the right of the parties to choose a person as arbitrator and the prohibition of discrimination.

Both the parties' autonomy expressed in all phases of the arbitral process as well as the prohibition of discrimination are worthy causes and should be safeguarded. However, the borderline between the necessary rules to be complied with in order to protect the values inherent in each of such worthy causes, cannot be set *a priori*, but must be duly calibrated taking into account the peculiarities of each individual situation. What is certain is that the prevalence of one of the safeguarded values over the other, will cause a correspondingly opposite effect by reducing the ambit of protection of the value thus sacrificed. Synthetically, the terms of this challenge may be summed up

⁶⁰ See at pages 32 and 33 of the UK Supreme Court Judgment.

as follows: the narrower is the parties' freedom of choice of the arbitrators to be appointed, the greater is the danger of discrimination.

The Jivraj case and the vicissitudes of conflicting judgments, emanating from three instances of jurisdiction, are emblematic. They indicate that the governing criterion under which one can properly argue on the legitimacy of a set of qualifications aimed at restricting the number of potential appointees to the function of arbitrator, resides in the evaluation, positive or negative, of the inherent worthiness of the reasons motivating the restriction.

20. THE DIVERGENCE BETWEEN THE JUDGMENTS OF THE COURT OF APPEAL AND OF THE HIGH COURT OF JUSTICE, THE LATTER CONFIRMED BY THE SUPREME COURT, ON THE RELIGIOUS AND ETHICAL VALUES OF THE ISMAILI COMMUNITY AS ELEMENTS APT TO JUSTIFY A SELECTION, AND HENCE A LIMITATION, OF THE POTENTIAL NUMBER OF CANDIDATES TO THE APPOINTMENT AS ARBITRATORS

As a demonstration one can recall that in the Jivraj case the outcome of the dispute was influenced by the different criteria applied by the High Court of Justice and by the Court of Appeal in evaluating the intrinsic values of the Ismaili Community as elements apt to justify the restrictive qualifications imposed upon the parties regarding the appointment of the arbitrators of their choice.

This divergence of views explains the opposite outcome of the judgments of the Court of Appeal and of the High Court of Justice, the latter confirmed, to a large extent, by the judgment of the Supreme Court. Both the High Court of Justice and the Supreme Court acknowledged the religious and ethical values leading to an institutional favor towards conciliation and arbitration which characterizes the Ismaili Community, whereas the Court of Appeal found that the membership in the Ismaili Community did not justify a selection, and hence a limitation, as regards the potential number of candidates to the appointment as arbitrators, thus giving rise to a discrimination.

By mortifying the salvific impact of the membership in the Ismaili Community, the Court of Appeal caused an adverse effect apt to seriously jeopardize the choice of arbitration as a proficient instrument to solve disputes nationally and internationally, with the ensuing disrupting effect of obstructing the simplicity and workability of the arbitral process. The safeguard of the freedom of choice of the arbitrators, to be reserved to the parties' autonomy, can indeed be quoted as a fundamental feature of arbitration and can hardly be pretermitted.

This freedom of choice includes the possibility for the parties themselves to designate the arbitrators, thus assuming the relative responsibility and risk. The range of the parties' autonomy, however, is not absolute. It may be limited in the context of the arbitration agreement by setting the qualifications of the arbitrators to be appointed, with a view to safeguarding fundamental human rights by curbing discrimination, as in the *Jivraj* case, on the basis of nationality, religion or belief, age, race, sex or sexual orientation.

These grounds are the object of *ad hoc* prohibitions at international, European, as well as national levels. And English law is one of the most severe on this matter.

21. REASONS WHICH MAY LEAD THE PARTIES TO SET QUALIFICATIONS REGARDING THE APPOINTMENT OF ARBITRATORS OF THEIR CHOICE

Limitations affecting the number of the candidates to be appointed as arbitrators may also pragmatically derive from more prosaic and practical reasons. The parties may indeed choose an arbitrator taking into account his/her professional skills, or vocation, or experience in a particular field, just to quote banal, but realistic, examples⁶¹.

The realm of the so called quality arbitration, dealing with goods and commodities of well identified and special nature, is paradigmatic. Can one mortify the legitimate right of the parties to choose their own arbitrator with a view to satisfying very practical needs, by bringing into the picture the hideous notion of discrimination? Is it too daring to envisage a distinction between reasonable qualifications, causing equally reasonable limitations of the number of prospective appointees as arbitrators, and unreasonable qualifications to be equated as such with discrimination?

In the *Jivraj* case the reasons adduced to justify the required qualifications of the arbitrators to be appointed were high and noble. They dealt with the intrinsic qualities of the Ismaili Community, the holder of a set of values of recognized ethical and religious content, to be institutionally implemented through out-of-court procedures centered around conciliation and arbitration. The history of the Community offers ample evidence of this trend.

⁶¹ See for example the classical works by G. Mirabelli, "Contratti nell'arbitrato", in *Rass. Arb.*, 1990, at 3 ff.; Ph. Fouchard, "Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale", in *Le statut de l'arbitre*, Bull. CIA de la CCI, num. spec., 1996, at page 12 ff.; Redfern & Hunter, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, 2004 at pages 4-21 ff.; as well as, more recently, S. Lazareff, "De la qualité des arbitres", in *Cahiers de l'arbitrage*, 2004, at 3; B. Hanotiau, "L'arbitre garant des valeurs de l'arbitrage", in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, at page 370.

This elevated standard of values is not always required when the issue of the qualification of the arbitrators to be appointed is frowned upon through the accusation of reducing the number of potential appointees, thus incurring the risk of discrimination.

The matter is fluid, and, in terms of fact, the nature and scope of the qualifications that the parties may wish to require are vast and varied, as I pointed out *inter alia* in my comment to the judgment of the Court of Appeal:

*"There is no surprise, then, to find that arbitration clauses may include requirements for nationality and other qualifications of arbitrators: an expression of the fundamental principle of parties' autonomy"*⁶².

This reference touches upon one of the most frequent dangers against which protection against discrimination should be provided for: i.e. nationality. Otherwise the propensity of the parties for arbitration may be adversely affected.

As underlined in the judgment of the Supreme Court, English law is very attentive in curbing discrimination in harmony with the implementation of the European Directive. This combined comparative approach is underlined by the Supreme Court, which did not share the conclusions of the Court of Appeal. However, even the Supreme Court, busy as it was, in moving at the highest peaks of discrimination, did not ignore the day-to-day danger, incumbent upon the parties, of being faced with the application of sweeping rules and principles aimed at preventing discrimination as an evil per se, irrespective of the intrinsic value of the reasons given in order to justify it. As I pointed out in my comment to the judgment of the Court of Appeal⁶³:

"Any choice brings about a selection on the basis of pre-determined qualifications. It would be paradoxical if a person excluded for lack of proper and legitimate qualifications were allowed to claim discrimination". Even worse, if a person could be penalized in any/and all circumstances, without a proper evaluation of the reasons given in support of his/her exclusion. It seems imperative that guidelines be set with a view to establishing an acceptable equilibrium.

22. DIFFICULTY IN SETTING GUIDELINES FOR THE IDENTIFICATION OF DISCRIMINATION IN THE APPOINTMENT OF ARBITRATORS: THE ROLE OF PUBLIC POLICY

The difficulty in setting guidelines to be applied to matters calling for a case by case approach is obvious. This is certainly true when dealing with

⁶² See *retro* paragraph 2.

⁶³ See *retro* paragraph 8.

discrimination, a notion that can hardly be placed in the framework of a rigorous classification.

Light can be thrown on this unclear situation by placing the issue on a terrain already stepped in by less uncertain explorers. To sort out of the metaphor, the desired result can be achieved, or at least facilitated, by englobing this particular issue within the boundaries of a wider and deeply argued issue from time immemorial.

Reference is made to public policy, wittingly often defined as “unruly horse”⁶⁴ a notion debated at national as well as international levels with reference to a variety of subjects. To put it in operational terms, can public policy be used as a testing ground to define the boundaries of lawfulness in a situation which might otherwise be treated as discriminatory?

This possibility appears plausible in principle, but for the sake of clarity the issue of discrimination must be dealt with analytically in the context of an additional evaluation concerning the nature and effects of the qualifications applicable to the arbitrators to be appointed. Can the setting of these qualifications be deemed an anomaly so serious as to render the arbitration agreement invalid: more specifically null and void ?

This brings us into the realm of contract law, as discrimination is the only one of such anomalies. It can be deemed as a *species* to be included, as a component, in the more general *genus* of vices that may pollute a contract to the extent of rendering it null and void. Not all types of discriminations, however, may cast upon the contract to the extreme sanction of nullity. As generally known there exists a “hierarchy” of severity in the sanctions applicable to the different types of contractual pathologies. As regards discrimination, the setting of too stringent qualifications regarding the appointment of arbitrators represents a serious, but not the sole, obstacle likely to frustrate the recourse to arbitration. More precisely, it may vitiate the appointment of the arbitrators and even affect the validity of the arbitration agreement in its entirety if the restricting clause cannot be severed from the remaining provisions of the contract.

This possibility is envisaged in the judgment of the Supreme Court, which, as pointed out above, made express reference to the “*severance issue*”, in the context of an hypothetical question that it phrased in describing the issue tackled, with an opposite answer, by both the High Court of Justice and the Court of Appeal: i.e. whether the whole arbitration agreement would fail or was only this discriminatory provision void if the “*Ismaili Community clause*”

⁶⁴ *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing.229 at 252, [1824-34] All E. R. 258, per BURROUGH J., quoted in Redfern & Hunter at page 499, footnote 10.

did not constitute a genuine occupational requirement. In the case at issue, however, the question remained purely rhetorical, since the Supreme Court held that the requirement for all arbitrators to be members of the Ismaili Community was not discriminatory.

In conclusion, as I pointed out in my comment to the judgment of the Court of Appeal, *“the vicissitudes of the case at issue bring upon the carpet a number of crucial issues touching on rules and principles whose reach crosses the border of the domain of arbitration law, as they deal with national and international public policy (ordre public); contract law issues at large; relationship between the parties and the arbitrators; cultural neutrality and arbitral justice; severability of contractual provisions”*⁶⁵.

23. PUBLIC POLICY TO CURB DISCRIMINATION AT NATIONAL AS WELL AS EUROPEAN AND INTERNATIONAL LEVELS

The Supreme Court judgment reveals, as pointed out above (retro, at Par. 7), that English law is very attentive in curbing discrimination in harmony with the implementation of the European Directive. This means that with reference to the censurable hypothesis of discrimination, i.e. the prohibition of discrimination on the basis of nationality, religion or belief, age, race, sex or sexual orientation, the primary sources of the above prohibition are to be traced to rules drawn from international and European legal precepts, binding as such upon States, as subjects of the international community. As to its object and scope, the protection against discrimination can properly be qualified as the direct expression of canons of international and European public policy. This means the acceptance of fundamental principles, generally recognized as the expression of legal and ethical values, rules of conduct and basic human rights to be deemed untouchable in as much as they represent the foundation of the European, and indeed of any democratic society governed by the rule of law. Also the citizens of some Member States may be directly bound by the observance of these principles if they come from self-executing European sources, given the higher rank of such sources with respect to sources of domestic law. In addition, once made a part of the national system of any Member State, the above mentioned rules and principles of European extraction are englobed in the national system concerned, as a part, and with the rank, of rules and principles which have been absorbed into the body of national (or domestic) public policy.

⁶⁵ See *retro* paragraph 5.

24. PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION REALIZED BY CAUSING THE INVALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT AS COMPARED WITH PROTECTION REALIZED THROUGH THE ENACTMENT OF AD HOC PROHIBITING LEGISLATION OF EUROPEAN AND/OR NATIONAL ORIGIN AIMED AT SAFEGUARDING HUMAN RIGHTS

The ambit of domestic public policy is wider than that of international public policy, so that the scope of the prohibition of discrimination at domestic level may vary if compared with the scope of the prohibition at international and European levels.

A more detailed analysis on this specific argument would exceed the bounds of this comment⁶⁶. However, as regards the protection against discrimination, one cannot fail to mention the different impact of prohibitions stemming from the principles governing contract law as distinguished from prohibitions set in *ad hoc* pieces of legislations, international, European and/or national as they may be, whereby discrimination is forbidden *per se* and not necessarily as one of the causes, or reasons, which must be pondered in adjudging upon the validity of a contract.

In my comment on the Court of Appeal judgment I made a specific reference to the above dichotomy, based on the different nature and impact of the source of prohibition of discrimination. The occasion for this reference took the form of a criticism regarding a conclusion of the Court of Appeal whereby, after admitting that a significant feature of the Ismaili Community is the “*enthusiasm for dispute resolutions contained within the Ismaili Community*”, nonetheless the Court also held that “*if the arbitration clause had empowered the Tribunal to act ex equo et bono it might have been possible to show that on an Ismaili could be expected to apply the moral principles and understanding of justice and fairness that are generally recognized within that community as applicable to its members, but the arbitrators function under clause 8 is to determine the dispute between the parties in accordance with the principles of English law. That requires*

⁶⁶ Among many authors having discussed such a topic in specialised literature, reference here, *brevitatis causa*, has to be made to the excellent essays by Dicey, Morris & Collins, *The conflict of laws*, London, 2006, at 1626, as well as to I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI, 1994, v. 249, at page 377 ff.. See also, Van den Berg, *Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few in Arbitration in the Next Decade* (ICC Bulletin - 1999 Special Supplement) at page 86 and Fouchard, *Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. Gaillard and Savage, Kluwer, 1999, paras. 1645-1662. It is well established that the ambit of international public policy is narrower than that of domestic public policy: this means that not every rule of law which belongs to the *ordre public interne* is necessarily part of the *ordre public international*. International public policy, both in arbitration and in private international law in general, should be confined to violation of fundamental features of the legal system of the country concerned viewed in the context of the international community.

some knowledge of the law itself, including the provisions of the Arbitration Act 1996, and an ability to conduct the proceedings fairly in accordance with the rules of natural justice, but it does not call for any particular ethos. Membership of the Ismaili community is clearly not necessary for the discharge of the arbitrator's functions under an agreement of this kind and we are unable to accept, therefore, that the exception provided in regulation 7 can be invoked in this case. It follows that the final sentence of clause 8 (1) of the contract offends against the Regulations and is void "⁶⁷.

With respect I fail to share this reasoning. My argument rests upon the conclusions drawn from contract law under which: "*The parties are free to set their own rules concerning the qualifications for the appointment of an arbitrator, provided that they have a legitimate and a reasonably genuine interest for establishing a set criteria aimed at limiting the width of their choice*"⁶⁸.

If one admits, as the Court of Appeal does upon consideration of the history and development of the Ismaili Community, that such Community is the depository of "*moral principles and understanding of justice*", there is no need to hypothesize the necessity for powers to act *ex equo et bono*.^o The mutual agreement of the parties has already set worthy criteria of arbitral justice by way of contract. Might one add that the establishment of *ad hoc* qualifications is not new in the field of arbitration agreements. Whenever such agreements provide for the deferral to arbitration of disputes of a specialized nature, *ad hoc* qualifications are indeed required as regards the appointment of the arbitrators. This is the case *ex multis* when one deals with quality arbitrations or with arbitration in newly developing fields. Even in historical perspective we have illustrious precedents with reference to the ties between arbitration and the community in the Guild System.

As to public policy viewed as an external factor apt to curb discrimination, I elected to complete the argument by adding the following:

"Even if the validity of the Ismaili clause is to be deemed valid in the light of contract law, such validity extending to the whole agreement, there remains another test to be performed. I.e. whether the valid contractual clause setting special requirement to the appointment as arbitrator can be paralyzed on the ground of an alleged violation of the public policy principles prohibiting discrimination. This to the end of safeguarding the general interest calling for the protection of the fundamental rights to the benefit of all members of the community.

⁶⁷ At n. 30 of the Court of Appeal judgment.

⁶⁸ See *retro* paragraph 11.

The Court of Appeal makes specific reference to English law which can be deemed as very severe in prohibiting discrimination. In the words of the Court the English legislation, however, is fundamentally based upon international law principles as embodied in particular into the Council Regulations already cited. It follows that as regards the overall impact of external sources, principles and conventions upon contractual provisions agreed upon by the parties, the issue of discrimination as emerging from the International Human Rights regime deserves the rank of top priority"⁶⁹.

25. THE 1950 CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE ISSUE OF ITS APPLICATION TO VOLUNTARY ARBITRATION AS DISTINGUISHED FROM MANDATORY ARBITRATION: UNCERTAINTIES IN PROVIDING A UNIVOCAL ANSWER TO A DEBATED CONCLUSION

It is not my intent to repeat here what was already argued in my comment to the judgment of the Court of Appeal. However, it is undeniable that the Jivraj case opens the door to a series of reflections having a marked fallout on the parties' power to appoint arbitrators of their choice. This is why I elect to complete the present comment with a summary of the main principles already illustrated in my previous comment to the judgment of the Court of Appeal, considering that the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 is the mother of all legal prohibitions against discrimination in the domain of arbitration.

Without indulging on the history of the Convention itself it is of the essence to recall as pointed out in my comment to the Court of Appeal judgment⁷⁰, that the Convention itself was intended to introduce international (*rectius* European) State Responsibility for the operation in the national Court System: it was not meant to apply private justice such as that carried out by means of voluntary arbitration⁷¹. In fact, the wording of article 6 of the Convention makes reference to a "*Tribunal established by law*". It does not refer to an arbitral Tribunal established by agreement between the parties, although the ensuing award may ultimately derive its binding force from the law.

This doctrine, commonly defined "*of contractual waiver*", was established by the European Commission of Human Rights starting from its earlier decisions, which in time became a consistent body of precedents, as pointed out in

⁶⁹ See *retro* paragraph 12.

⁷⁰ See *retro* paragraph 13.

⁷¹ See on this debate F. Marrella, *Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade* in Benedek; De Feyter; Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, from page 266 to page 310 and P. De ly, *Arbitration and the European Convention on Human Rights in Liber amicorum Lazareff*, cit., at page 181 ff.

my comment to the Court of Appeal Judgment⁷². In addition, one may safely state that the European Court of Human Rights has shown a pro-arbitration attitude by facilitating the enforcement of arbitration awards.

Also the case law and the principles established by the domestic Courts confirm the principle that the arbitration agreement is not totally immune from the Human Rights perspective, with the ensuing adverse effect upon the freedom of the parties to set the terms and conditions of such arbitration agreement.

The attitude of the European Court of Human Rights went so far as to trespass on the subject matter of recognition and enforcement of arbitral awards. With reference to the above, the Strasbourg Court bluntly stated that *“failure to enforce an arbitral award amounts to a violation of the right to peacefully enforcing possession”*⁷³. A limiting codicil, however, is attached to the above sweeping statement, establishing that *“failure to enforce an arbitral award amounts to expropriation only if the award is final and enforceable as such and it is not practically possible to enforce it in another jurisdiction”*⁷⁴. To support this line of thought, the European Court of Human Rights further held that *“article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to set a dispute between private entities. Indeed, the word ‘tribunal’ in article 6, § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of a classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country... The arbitration tribunal (in the case submitted to the European Court of Human Rights) was a ‘Tribunal established by law’, acting in accordance with the 1994 International Commercial Arbitration act and internal procedure of rules”*⁷⁵.

In conclusion the European Court of Human Rights, as one may infer from the precedents, holds that judicial functions may also be transferred to arbitration established by law (i.e. a mandatory arbitration), such transfer including the obligation of the arbitral bodies to respect International Human Rights Law. Conversely, under the “waiver doctrine” Human Rights bodies have often upheld voluntary international commercial arbitration clauses and proceedings. To say the truth *“no clear-cut distinction has so far been made between voluntary and mandatory arbitration”*⁷⁶.

⁷² See *retro* paragraph 13.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ S. Adam, ‘Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights: An Anglo-Centric View’, *Journal of International Arbitration* 21 (2004), from page 413 to 438.

This is the “*vexata quaestio*” which is still waiting for an answer beyond unaffected by a margin of reasonable doubt, with the result that the status of this matter still remains uncertain, as evidenced by the body of judicial precedents and detailed arguments referred to and commented upon by Marrella⁷⁷.

The lack of definitiveness still surrounding the conclusions pertaining to this debated subject matter, is largely due to the difficulty of transplanting a set of principles applicable to situations characterized by the presence of subjects which are members of the international community, mainly States, to different situations where private subjects act as protagonists. It is undeniable that regarding the prohibition of discrimination, the basic philosophy is the same. However, it is hard to hide perplexities if, and when, asked to attribute *tout court* to the parties of a voluntary arbitration the power of setting rules and qualifications of such an amplitude as to make the arbitral agreement and the ensuing proceedings totally immune from restrictive provisions aimed at protecting against discrimination as dictated by a rigid construction of the notion of international public policy.

26. UNDER THE “WAIVER DOCTRINE” HUMAN RIGHTS BODIES HAVE OFTEN UPHELD VOLUNTARY INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION CLAUSES AND PROCEEDINGS

Coherently I elect not to proceed further with the intent of solving the above controversial issue aimed at clarifying to what extent under the waiver doctrine, discrimination should be prohibited also if provided for in arbitral agreements, ensuing proceedings and final awards, placed in the context of a voluntary arbitration. A conclusion on this complex issue would have to be based upon a clear answer to a question arising out of a double uncertainty: firstly the persisting difficulty of a clear-cut distinction between voluntary and mandatory arbitration, and secondly the lack of a univocal answer to the question as to whether also in the context of the voluntary arbitration one should fight discrimination to the point of prohibiting it *per se*.

As pointed out above prohibiting discrimination is indeed a worthy endeavor, but the success of such endeavor is put into danger by the existence of a further element of uncertainty: i.e. the exact identification of a dividing line between an admissible limitation caused by the imposition of untenable qualifications (and hence limitations) concerning the arbitration agreement and the arbitrators to be appointed, as opposed to a legitimate (*rectius* dutiful) prohibition of discriminations which are not generated by reasonable and ethical motives.

⁷⁷ See Marrella’s exhaustive article cited *retro*, at footnote 6.

The above methodological doubt sets the borderline of a large terrain to be sawn without unrealizable velleities and ideological ardor. Once again a sound pragmatism should guide the interpretation of principles whose intrinsic values exceed the bounds of the strictly legal field. Such borderlines shall have to be defined by the wise holding of the Judiciary, with a view to implementing principles and values affecting not only the interest of the parties, but of society at large.

One basic finding, however, is real and cannot be ignored, as I did not ignore it, in the final conclusion of my comment to the Court of Appeal Judgment by respectfully submitting the following:

If even international human rights law does not prohibit private arbitration confirming, as we have seen, a wide freedom of contract to business parties there is one final argument undermining the decision of the English Court of Appeal. In virtually all jurisdictions in the world, in many arbitral institutions and even in the UNCITRAL Rules of procedure, the practice of having lists of arbitrators from which the parties may choose is widely admitted. Leaving aside the "listing practice" used by a prestigious instance such as the Permanent Court of Arbitration (who has scandalized nobody over more than one century!) it is a fact that many Chambers of commerce or business associations compile lists of potential arbitrators. One has just to remind the short and incisive observation by Alan Redfern and Murtin Hunter in their classical work where they observe that groups or associations of merchants and traders throughout the world, whether diamond merchants in New York or commodity traders in London, prefer to resolve disputes by arbitration amongst themselves rather than by recourse to national courts or arbitration in the classical mode. They rightly add that "English Courts, respecting the autonomy of the parties have traditionally been tolerant of this practice". If the Jivraj decision is confirmed by the Supreme Court, then all this entire field of international commercial arbitration will be at risk of extinction, or at least adversely affected to a considerable extent.

Once again, let us reiterate the conviction that in arbitration the parties' should have the widest choice provided that such a choice is not merely capricious. Is it capricious to select an arbitrator from a list provided from the CAS, in sport arbitration? The Swiss Federal Tribunal has held that even a list of arbitrators satisfies the 'constitutional requirements of independence and impartiality applicable to arbitral tribunals'.

From the above notes, it follows that, in the Jivraj case, the reference to 'respected members of the Ismaili Community' can be reasonably equated with a 'list system' arbitration. The list is open and contains such members. Therefore, being a legitimate choice agreed by the parties in the arbitration clause, the discrimination argument is open to a founded criticism⁷⁸.

⁷⁸ See retro paragraph 14.

It goes without saying that the above remarks are not meant to hint any sort of homogeneity between the requirements of being a "*respected member of the Ismaili Community*" and that of being included into a pre-fabricated list of arbitrators qualified for appointment. The assimilation of the two situations does not imply any value judgment and is to be viewed in its purely technical significance. In other words, the reference to the membership in the Ismaili Community is cited solely as an hypothetical possibility of including this qualification within the scope of the so called "list system", on the assumption that such a system, as pointed out above, is legally admissible as one of the techniques whereby the discretionary power of the parties to choose the arbitrators to be appointed is recognized without incurring the risk of discrimination.

Coexistencia del acuerdo de arbitraje y la sumisión a tribunales judiciales en la misma relación jurídica

CARLOS LOPERENA RUIZ (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Planteamiento del problema.* 1.2. *Pacta sunt servanda.* 1.3. *Efectos de cada cláusula.* 2. *Solución propuesta.* 2.1. *Derecho mexicano.* 3. *Conclusión final.*

Como la obra en donde se publica este ensayo, es un homenaje a los doctores BERNARDO CREMADES e YVES DERAINS, es oportuno que mencione la relación que me ha unido a ellos. Es muy sencillo, dado el campo profesional en el que nos desarrollamos. Ellos son grandes conocedores del arbitraje con un prestigio internacional fuera de toda duda y yo practico la profesión en este mismo campo; con menos fama y menos prestigio y definitivamente, con menos experiencia. Con ambos he tenido relación en procedimientos arbitrales en donde ellos han actuado como árbitros; no puedo dejar de afirmar su profesionalismo.

También he tenido relación con ellos desde el punto de vista académico en la materia del arbitraje y concretamente en el grupo latinoamericano de arbitraje de la CCI, en donde, a pesar de ser europeos, han sido aceptados como nuestros pares, con gran gusto de los integrantes de ese grupo.

Les deseo a ellos que continúen aportando al mundo del arbitraje su experiencia y conocimientos y que sigan teniendo esa vitalidad que los caracteriza a ambos.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método para resolver controversias que encuentra su esencia en el hecho de que no intervengan los tribunales judiciales en la decisión del fondo del asunto, como es universalmente aceptado.

(*) Abogado por la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México, socio de Loperena, Lerch y Martín del Campo, profesor de Medios Alternativos de Solución de Controversias en la Escuela Libre de Derecho, Presidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (2009-2011).

Esa forma de resolver controversias es casi tan antigua como la humanidad, pero el arbitraje moderno se da propiamente a partir de los cambios del siglo XX, con la celebración de la Convención de Nueva York de 1958 y la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre *Arbitraje Comercial Internacional* (1985) a que más adelante me referiré. Desde el punto de vista hemisférico, también se celebró la CONVENCIÓN DE PANAMÁ de 1975 y se ha incorporado la mencionada ley modelo en muchos países del mundo a su legislación ordinaria, con lo cual se ha logrado una uniformidad en las disposiciones internas y en la forma de entender esta figura jurídica.

Para que se dé el arbitraje, es necesario que las partes convengan en someter la controversia a esta forma de solución heterocompositiva. La forma más común de acordar el sometimiento de las controversias al arbitraje, es a través de lo que se llama modernamente acuerdo de arbitraje.

Este acuerdo de arbitraje se llamó tradicionalmente de distintas maneras en nuestro medio, y se le denominó cláusula arbitral, cláusula compromisoria, convenio de arbitraje y de otras maneras.

A partir de la Ley Modelo de UNCITRAL el término “acuerdo de arbitraje”, vino a crear un género en donde caben todas las formas de pactar el arbitraje, sea a través de una cláusula inserta en un contrato, sea a través de un documento aparte en donde se pacta este tipo de procedimiento o bien a través de intercambio de cartas o de otras comunicaciones, para llegar a lo que se denomina en dicha ley modelo de esa manera.

El acuerdo de arbitraje, al ser el cimiento de la existencia del arbitraje, es un tema importantísimo, sobre el cual va a descansar todo el procedimiento. Así, se puede pactar un procedimiento institucional o un procedimiento *ad hoc*. También se puede pactar un arbitraje en estricto derecho o en amigable composición; se puede pactar arbitraje de tres árbitros o de uno solo.

El acuerdo de arbitraje debe ser cuidadosamente redactado para que surta todos los efectos que las partes quieren darle, antes de que surjan las controversias. Por esa razón, ahora trataré un tema que se relaciona con la forma de interpretar la coexistencia del acuerdo de arbitraje en un contrato, con el sometimiento a los tribunales judiciales de las mismas controversias.

1.1. Planteamiento del problema

Con mucha frecuencia en los contratos comerciales internacionales y también en los nacionales, la cláusula de solución de controversias es la última que se incluye y comúnmente se dice que es la cláusula de “al cuarto para las doce”; esto es, a media noche o más tarde aún, cuando ya están todos los

términos comerciales, financieros, industriales y demás, discutidos, negociados, convenidos y escritos.

Por esa razón, la cláusula de solución de controversias no siempre es la que mejor se redacta en el contrato e incluso ni siquiera se negocia mayormente en muchos casos.

Entre las cláusulas de resolución de controversias evidentemente está el acuerdo de arbitraje, en donde los abogados encargados de la redacción del contrato, no siempre conocedores de los principios legales que rigen al arbitraje, incluyen la que primero encuentran en otro contrato; la que les recomendó un amigo que tampoco sabe de arbitraje; la que ellos encontraron en un reglamento de arbitraje y la modificaron pues les parecía que no era totalmente lógica, para los conocimientos que ellos tienen del arbitraje; o simplemente se vuelven creativos y crean cláusulas de sometimiento al arbitraje con problemas prácticos a las que se les ha llamado “patológicas”.

Dentro de todos estos vicios que se dan al pactar la resolución de controversias en un contrato, también es frecuente que contenga dos cláusulas distintas, una sometiendo las diferencias al arbitraje y otra sometiéndolas a la jurisdicción de los tribunales judiciales de determinado lugar.

También se pueden dar en dos documentos distintos, caso en que, si son de la misma fecha, surge el mismo problema que trato en este artículo, ya que si son de fechas distintas, puede válidamente considerarse que el posterior refleja la más reciente voluntad de las partes y por tanto implícitamente ha dejado sin efectos al previo.

El problema que se presenta aquí, ante la coexistencia de las cláusulas en la misma relación jurídica e incluso en el mismo documento, es cuál de las dos cláusulas prevalece, si la del sometimiento a los tribunales judiciales o la del sometimiento al arbitraje. Ambas cláusulas se encuentran firmadas por las partes; ambas cláusulas tienen la validez que la ley que rige el contrato les da; y ambas cláusulas no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes, miradas aisladamente¹.

El problema es determinar cuál fue la verdadera intención de las partes si las cláusulas son contradictorias y determinar cómo pueden coexistir y tener efectos jurídicos, o si una sola de ellas los debe tener.

¹ Código Civil Federal mexicanaNº Artículo 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

1.2. Pacta sunt servanda

Prácticamente en todo el derecho comercial de los distintos países que integran el mundo civilizado, el principio *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse)², rige la contratación. Así sucede en los países de Iberoamérica que, herederos del derecho romano, del derecho canónico, del derecho francés, del derecho español y del derecho portugués, tienen este principio³.

Lo que no se puede hacer en este caso, es cumplir con los dos pactos, ya que, o bien la controversia se ventila ante los tribunales judiciales o bien se plantea ante un tribunal arbitral que dé vida al acuerdo de arbitraje contenido en el propio contrato.

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, versión 2004, incluyen este principio en su artículo 1.3 que señala:

“Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.”

1.3. Efectos de cada cláusula

La cláusula de sometimiento a los tribunales judiciales, puede tener efectos específicos que no se darían si no existiera ésta, ya que señala cuál es el foro en donde se resolverán las controversias y cuál es el tribunal que las partes han elegido para ello. Esto se da cuando las partes tienen sus domicilios en lugares distintos, pues en materia procesal el domicilio de las partes es en ocasiones el dato determinante para atribuir competencia por territorio a un órgano judicial.

Hay casos en que, de no existir esa cláusula, la competencia la tendrían los mismos tribunales judiciales que la cláusula ha señalado como los competentes para resolver la controversia. Si un contrato en donde ambas partes tienen el domicilio en la misma ciudad, se celebra el contrato en esa ciudad y

² “Regla tradicional la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos”. Constituye este principio general del derecho una manifestación de la autonomía de la voluntad y el alma del negocio jurídico. Diccionario Espasa Jurídico. Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001.

³ CÓDIGO CIVIL FEDERAL mexicana^o Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

el lugar de cumplimiento es la misma, la cláusula que somete las controversias a los tribunales de ese lugar, es simplemente innecesaria y hasta tautológica.

En cambio, el acuerdo arbitraje siempre tiene un efecto que no se daría *per se* si no se pacta expresamente.

El acuerdo de arbitraje excluye la jurisdicción de los tribunales que de suyo la tienen ya que la ley se las otorga. Los árbitros no tendrán facultad para conocer de una controversia si las partes no les otorgan esa facultad expresa o implícitamente, según lo prevea la legislación del lugar del arbitraje.

Por tanto, los efectos del acuerdo de arbitraje son claramente excepcionales, mientras que los efectos de la cláusula de sometimiento a tribunales no necesariamente produce un cambio en la situación jurídica de no haberse pactado la misma. Los efectos de la cláusula de sometimiento de tribunales son efectos ordinarios de todo contrato y pueden darse con o sin la misma. La cláusula de sometimiento a la autoridad judicial, no le otorga jurisdicción a un tribunal que no la tuviera antes. Simplemente señala, entre dos o más órganos competentes, a cuál de ellos deciden las partes someterse.

2. SOLUCIÓN PROPUESTA

La solución que propongo es que, ante estas cláusulas que son contradictorias, se busque darle preeminencia a aquélla que crea una excepción a la regla general.

Considero que debe prevalecer la cláusula que somete las controversias al arbitraje, pues es la que es verdaderamente excepcional, ya que sin ella las controversias irían a los tribunales judiciales, aunque no existiera cláusula de sometimiento a éstos.

Por tanto, la existencia de la cláusula arbitral excluye de la competencia a los tribunales judiciales, mientras que la existencia de la cláusula de sometimiento a tribunales judiciales simplemente ratifica una situación que se daría incluso sin la misma. Lo único que la cláusula de sometimiento a tribunales judiciales cambia en un momento dado es el lugar de la competencia, pero la jurisdicción, siempre la tendrá alguna autoridad judicial con y sin cláusula.

Las cláusulas no sólo contienen pactos que deben ser obligatorios a la luz del principio *pacta sunt servanda* Sino que además no deben ser ociosas. Las cláusulas en un contrato se convienen para que tengan efectos no para que no los produzcan.

2.1. Derecho mexicano⁴

En el derecho mexicano existe el principio de que las cláusulas de los contratos deben interpretarse de la manera más adecuada para que produzcan efectos. Así, el artículo 1853 del Código Civil Federal establece:

“Artículo 1853.- Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

Ante la existencia de dos cláusulas que pueden considerarse contradictorias, se debe tener en cuenta el contenido del artículo 1854 del mismo código que dice:

“Artículo 1854.- Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

De ahí a que, aun teniendo en cuenta la contradicción entre las dos cláusulas, se debe dar prioridad a la que somete las controversias al arbitraje, debido a que las dos no pueden tener efectos al mismo tiempo y llevar dos litigios: el arbitral y el judicial en forma paralela, sin serias consecuencias adversas a la seguridad jurídica y a la lógica. Por ello, al tener en cuenta ambas cláusulas y buscar la interpretación armónica del contrato, la cláusula arbitral debe prevalecer, sin lastimar la esencia de lo que las partes intentaron convenir, a pesar de la contradicción existente.

Vuelvo a los Principios UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS Comerciales Internacionales, versión 2004, los que en su artículo 4.5 establecen lo siguiente:

“Artículo 4.5.- Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.”

Este principio, es acorde a lo establecido en el derecho mexicano que he expuesto hasta aquí, en la parte relativa a interpretación de los contratos.

México es parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Este tratado se celebró en el año 1993⁵ y entró en vigor el 1 de enero de 1994. Fue celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México y tiene por objeto promover el comercio en forma libre en el área de los tres estados parte. Entre sus disposiciones se encuentran medios de solución de controversias de diversos tipos. Su articulado incluye disposiciones que establecen el fomento al arbitraje comercial entre particulares, para lo el cual en su artículo 2022.1 establece la obligación de los estados parte a fomentar el arbitraje en la zona de libre comercio,⁶ por lo que una interpretación en favor de la prevalencia

⁴ Debido a que el autor es mexicano, la referencia al derecho de ese país es natural.

⁵ Diario Oficial de la Federación de 20 de diciembre de 1993.

⁶ Artículo 2022.- Opción para la solución de controversias comerciales. 1. En la medida de

de la cláusula que remite al arbitraje a las controversias surgidas del contrato, debe considerarse apoyada por el texto del mencionado tratado.

En ese sentido, también puede invocarse el artículo II. 3 de la Convención de Nueva York⁷ que ordena la remisión al arbitraje a los jueces de los estados parte en los términos siguientes:

“3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Ni la Convención de Nueva York, ni el Código de Comercio mexicano ni la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), dicen que el acuerdo arbitral debe prevalecer sólo en el caso de que no haya otro pacto que lo contradiga. Son claros al decir que, ante la existencia del acuerdo, el juez debe remitir a las partes al arbitraje. La excepción que estos ordenamientos señalan a la remisión al arbitraje es cuando el juez compruebe que ese acuerdo arbitral es nulo, ineficaz, inaplicable o de ejecución imposible.

Es evidente que la coexistencia de las cláusulas a que me he referido, no hace al acuerdo de arbitraje nulo ni ineficaz ni de ejecución imposible, por lo que la excepción que se señala, no es aplicable a este caso.

México es parte de la Convención de Nueva York pues la suscribió y ratificó sin hacer reserva alguna. La misma fue promulgada⁸ y por tanto forma parte del orden jurídico mexicano. La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó recientemente que la jerarquía de las leyes en México, cuando está en conflicto un tratado internacional con una ley del Congreso de la Unión, en el sentido de que debe darse prioridad al tratado internacional.

Por tanto, frente a la ley interna, los tratados internacionales han adquirido una fuerza que antes la interpretación jurisprudencial y la doctrina misma no les concedía.

Independientemente de lo anterior, México también es parte –pues suscribió sin reservas y la ratificó–, de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional⁹, conocida como Convención de Panamá. Todo esto indica una propensión del derecho mexicano en favor del arbitraje,

lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

⁸ Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1971.

⁹ Diario Oficial de la Federación de 27 de abril de 1978.

lo que también debe argumentarse en favor de la subsistencia de la cláusula arbitral en el caso que analizo.

En el año de 1993, se reformó el Código de Comercio mexicano para incorporar dentro de su texto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre *Arbitraje Comercial Internacional*, la cual fue adoptada íntegramente.

Esta ley modelo, fue discutida por los países miembros de la UNCITRAL y fue finalmente aprobada en el año de 1985. Esta ley se ha puesto en vigor en muchos países y resulta uno de los esfuerzos más destacados para la uniformidad del derecho comercial internacional en nuestra época.

Por ello, es importante referirnos al antecedente legislativo de la ley mexicana en materia de arbitraje, que es el mismo antecedente en muchos países del mundo.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre *Arbitraje Comercial Internacional* se pronuncia en ese sentido en su artículo 8.1¹⁰, el cual se ha incorporado al derecho mexicano en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio¹¹.

Desde el punto de vista procesal mercantil, el Código de Comercio mexicano contiene una disposición en el sentido de que, cuando haya dos jueces competentes, será preferido el que escoja el actor, por lo que, si bien el, árbitro no es un juez, donde hay la misma razón debe haber la misma norma (*ubi idem ratio ibi idem jus*). Entonces, incluso en el caso de que no fuera convincente con los argumentos antes esgrimidos, si el que inicia la controversia acude al arbitraje antes de que cualquier otra parte acuda a la jurisdicción ordinaria, se debe considerar que el arbitraje debe seguirse y no acudirse ante los tribunales judiciales.

3. CONCLUSIÓN FINAL

Por lo antes tratado, sostengo que, ante la coexistencia del acuerdo arbitral y la cláusula de sometimiento a la jurisdicción ordinaria, debe prevalecer el acuerdo de arbitraje.

Se puede concluir que el principio en pro del arbitraje, se impone ante las dudas surgidas de las cláusulas a que me he referido en este artículo, tanto

¹⁰ Artículo 8.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

¹¹ El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

desde el punto de vista del derecho mexicano, como desde el de los tratados internacionales que he invocado en el mismo y los Principios de UNIDROIT que transcribí.

Por supuesto que se puede elaborar mucho más al respecto. Hay argumentos adicionales basados en resoluciones de los tribunales y en la doctrina.

Esta es la opinión que considero válida según el derecho mexicano con la esperanza de que, al publicarse este texto en una obra de difusión internacional, por estar dedicada a dos árbitros ampliamente conocidos en el mundo del arbitraje, pueda ser utilizada para que juristas de otros países elaboren sus conclusiones que bien pueden ser coincidentes con las mías, sobre todo en países que han adoptado legislativamente la Ley Modelo de la *CNUDMI* sobre *Arbitraje* Comercial Internacional o han ratificado la Convención de Nueva York.

¿Cuándo *pacta es servanda*?:

Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Importancia. 1.2. Noción. 1.3. Prolegómeno: reclamaciones bajo tratado y bajo contrato. 1.4. Un ejemplo, no muy distante. 2. El Debate. 2.1. El Efecto. 2.1.1. La diferencia jurisprudencial. 2.1.1.1. Postura escéptica. 2.1.1.2. La cláusula paraguas significa lo que dice. 2.1.2. Comentario. 2.1.2.1. Significado de 'internacionalizar' una reclamación. 2.1.2.2. Preocupaciones y argumentos en contra de las posturas expansivas. 2.1.2.3. Teoría de los contratos internacionalizados. 2.2. Alcance jurisdiccional. 2.2.1. La interrogante. 2.2.2. La respuesta jurisprudencial. 2.2.2.1. Jurisdicción aún ante cláusula de foro o arbitral. 2.2.2.2. Ausencia de jurisdicción ante cláusula de foro o arbitral. 2.2.3. Comentario. 2.3. El Alcance Material. 2.4. EL Alcance Subjetivo. 2.4.1. ¿A quién abarca? - Alcance del lado del Estado. 2.4.1.1. Diferencia jurisprudencial. 2.4.1.2. Comentario. 2.4.2 ¿A quién cobija? - Alcance del lado del Inversionista. 2.4.2.1. Diferencia jurisprudencial. 2.4.2.2. Comentario. 3. Implicaciones para México 3.1. Cláusulas paraguas à la mexicaine. 3.2. Arbitraje en materia de Contratación Gubernamental.

1. INTRODUCCIÓN

No encuentro mejor manera de homenajear a dos titanes del arbitraje internacional, YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES, de quienes tanto he aprendido, que escribiendo un ensayo sobre un tema importante y vigente.

El tema de las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión reúne dichas cualidades.

(*) Árbitro y abogado postulante en casos nacionales e internacionales. Profesor de arbitraje, arbitraje de inversión y arbitraje deportivo, Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Panamericana. Miembro de la Corte de la *London Court of International Arbitration*, del Instituto Mexicano del Arbitraje, Club Español del Arbitraje. Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo (*Tribunal Arbitral du Sport*).

1.1. Importancia

Las cláusulas paraguas prometen cobrar importancia para México. El motivo es triple. Entidades de la administración pública mexicana han llevado a cabo obras importantes de infraestructura en México, repletas de inversión extranjera. Segundo, la (variopinta) práctica en relación con las cláusulas paraguas. Tercero, el estatus de dicha materia: controversia e indefinición. Y México no sólo no escapa el problema, sino que lo invita.

A continuación se explicará por qué. Comenzaré por recordar lo que es una cláusula paraguas y resumir un prerrequisito conceptual (la distinción entre reclamaciones bajo tratado y reclamaciones bajo contrato). Describiré el debate que genera (§II), para continuar con un comentario sobre sus implicaciones para México (§III).

1.2. Noción

Muchos tratados de inversión contienen, además de las cláusulas de protección estándar, una capa adicional de protección: exigen que los Estados anfitriones observen las obligaciones y los compromisos adquiridos frente a inversionistas extranjeros. Por ejemplo, el artículo 10(2) del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (“Apri México-Suiza”) dice:¹

“Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte”.

¿Qué significa dicho texto?

Ésta pregunta ha mistificado a varios. Variantes de la misma han sido: ¿Significa que el Estado se hace, mediante un tratado de inversión, ‘obligado solidario’ ante el inversionista por el cumplimiento de *todas* las obligaciones relacionadas con la inversión? ¿Que el tribunal arbitral de inversión puede conocer de *cualquier* problema relacionado con la inversión? ¿O simplemente que el Estado cumplirá las obligaciones que *directamente* adquiera con el inversionista?

La incógnita ha dividido a varios. Y la doctrina y jurisprudencia internacional refleja la división.

A continuación se abordará, no sin antes recordar un prerrequisito conceptual necesario: la distinción entre reclamaciones contractuales e internacionales.

¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 1998.

1.3. Prolegómeno: Reclamaciones bajo tratado y bajo contrato

Solía existir duda sobre si un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de inversión (“*Tribunal de Inversión*”) era competente para conocer de disputas contractuales, y si el agotamiento del mecanismo contractual aplicable a éstas (vgr., litigio local o arbitraje comercial) era un prerequisite para continuar con la misión del Tribunal de Inversión.

El paradigma en vigor proviene del Comité *ad hoc* en *Vivendi*² que, al tener que resolver sobre la nulidad de un laudo arbitral de inversión que había determinado que carecía de competencia para ventilar cuestiones contractuales, determinó que:³

“(...) donde “la base fundamental de la reclamación” en un tratado asentando un estándar independiente mediante el cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación del tratado (...). Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado (...) una cosa es ejercer jurisdicción contractual (presumiblemente otorgando competencia exclusiva a los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido una violación de un estándar independiente del derecho internacional, como aquél reflejado en el artículo 3 del [Tratado de Inversión]”.

¿Pero qué es la ‘base fundamental de la reclamación’? La pregunta es relevante dada la posibilidad que existan petitorios similares, a veces idénticos, inclusive cuando la causa (el fundamento) cambie. Un tribunal de inversión reciente pone el dedo en la llaga⁴:

“Lo que considero que es necesario es determinar si una reclamación tiene la misma fuente normativa. Pero inclusive esta aseveración abstracta puede ser poca de guía para

² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux) v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, laudo de 20 de agosto de 2007, p. 101.

³ Traducción del autor de “(...) where “the fundamental basis of the claim” is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard (...) A state cannot rely on an exclusive jurisdiction clause in a contract to avoid the characterization of its conduct as internationally unlawful under a treaty (...) it is one thing to exercise contractual jurisdiction (arguably exclusively vested in the administrative tribunals of Tucumán by virtue of the Concession Contract) and another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as that reflected in Article 3 of the BIT.”

⁴ *Pantechniki SA Contractors and Engineers v. Albania*, Caso CIADI N° ARB/07/21 laudo del 28 de julio de 2009 (*Pantechniki v Albania*), p.62.

permitir decisiones rápidas. Las fronteras entre petitorios no siempre son claras. Cada situación debe ser analizada con discernimiento.

[What I believe to be necessary is to determine whether claimed entitlements have the same normative source. But even this abstract statement may hardly be said to trace a bright line that would permit rapid decision. The frontiers between claimed entitlements are not always distinct. Each situation must be regarded with discernment].

La ‘fuente normativa’ es el alfa –mas no el omega– del análisis. Constituye un punto de partida para discernir la ‘base fundamental de la reclamación’,⁵ que encapsula el paradigma en vigor, y ha sido seguido en casos diversos.

1.4. Un ejemplo, no muy distante

Dado que este ensayo comienza alertando sobre la importancia del tema para México, un ejemplo –que usaré a lo largo de este estudio– puede ser ilustrativo. Piénsese en una entidad de la administración pública (la “*Entidad*”) que otorga una concesión a favor de la subsidiaria⁶ mexicana de una trasnacional para construir y desarrollar una planta regasificadora (el “*Inversionista*”).⁷ La concesión establece un régimen sofisticado y detallado de derechos y obligaciones entre las partes, una de las cuales es someter cualquier disputa al arbitraje⁸. La trasnacional proviene de Suiza, país con el cual México ha celebrado un tratado de inversión: El Apri México-Suiza.

Surge una disputa entre la empresa Suiza y la entidad mexicana. La disputa se materializa en dos géneros de reclamaciones: Contractuales y de inversión. Las primeras versan sobre (supuestas) violaciones a la concesión por ambas partes (que por simplicidad aludiré como “Reclamaciones Contractuales”). Las segundas por (supuestas) violaciones por México al Apri México-Suiza como resultado de los hechos u omisiones que tuvieron lugar y que (según el inversionista) impactaron la inversión (por simplicidad: “Reclamaciones Internacionales” o “Reclamaciones bajo Tratado”).

2. EL DEBATE

Las cláusulas paraguas han generado divergencia y debate impresionante. En mi opinión, el debate no versa sobre *un* aspecto, sino varios. Por facilidad expositiva, los desmenuzaré de la siguiente manera:

⁵ El término proviene del caso *Woodruff* (1903) de la Comisión Mixta Estados Unidos-Venezuela (*America-Venezuela Mixed Commission*), y fue revitalizado en el caso *Vivendi*.

⁶ Esta subsidiaria fue constituida *ex profeso* para poder firmar el contrato de concesión.

⁷ El ejemplo escogido obedece a la sofisticación técnica de la materia, aunado a su requerimiento de (cuantioso) capital para llevarlo a cabo. Cualquier otro parecido es coincidencia.

⁸ Por ejemplo, dada la naturaleza y sofisticación de la relación, al Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).

- a) Su efecto;
- b) Su alcance jurisdiccional;
- c) Su alcance material; y
- d) Su alcance subjetivo.

A continuación se abordarán.

2.1. El efecto

Se cuestiona el efecto jurídico de una cláusula paraguas. Dada la distinción entre Reclamaciones bajo Tratado y Reclamaciones Contractuales, la pregunta que surge es si, por virtud de una cláusula paraguas, puede el Tribunal *de Inversión* conocer de Reclamaciones *Contractuales*.

2.1.1. La diferencia jurisprudencial

El debate sobre si una violación *contractual* puede, por virtud de la cláusula paraguas, convertirse en una violación al tratado de inversión, ha propiciado dos corrientes de opinión: (a) Quienes les niegan efecto; y (b) quienes les dan efecto.

2.1.1.1. Postura escéptica

La postura que la cláusula paraguas no tiene el efecto de convertir una violación contractual en una violación al derecho internacional encontró eco en *SGS v. Pakistán*⁹, *Joy Mining v. Egipto*¹⁰ y *El Paso v. Argentina*¹¹.

El comentario debe empezar por donde la teoría empezó: en el caso *SGS v. Pakistán* el tribunal, aunque admitía que la postura contraria era posible, la rechazó en base a seis motivos¹²:

i) Textual: una interpretación textual del tratado conllevaría una expansión ilimitada¹³;

ii) Presunción en contra: una ‘presunción’ en contra de dicho significado dado el trasfondo de derecho internacional que una violación contractual no implica una violación a derecho internacional¹⁴;

⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, laudo de 6 de agosto de 2003 (*SGS v. Pakistán*).

¹⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, 6 de agosto de 2004 (*Joy Mining v. Egipto*).

¹¹ *El Paso Energy International Company v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, 27 de abril de 2006 (*El Paso v. Argentina*).

¹² *SGS v. Pakistán*, p. 166.

¹³ *SGS v. Pakistán*, p. 166.

¹⁴ *SGS v. Pakistán*, p. 167.

iii) Efecto: el efecto que tendría: desplazar cláusulas de solución de disputas contenidas en contratos¹⁵;

iv) Geografía: su geografía dentro del tratado de inversión. Al estar en la parte trasera del tratado, en forma no muy prominente, se rehusó a darle tanta importancia¹⁶;

v) Intención de las partes: Consideró que no existían pruebas exógenas que abogaran a favor de la interpretación amplia (por ejemplo la historia de negociación o intención de las partes); y

vi) ‘Transubstanciación’: darle la interpretación amplia convertiría los *contratos* de inversión en *tratados* de inversión.

Aunado a las (importantes) consecuencias prácticas de la interpretación expansiva, y el impacto de adoptarla ante otras protecciones sustantivas del tratado, fue persuadido en contra¹⁷. *Joy Mining v. Egipto* continúa con la postura, razonando que¹⁸:

“no se puede sostener que una cláusula paraguas insertada en un Tratado, y no de manera muy prominente, puede tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias de inversión bajo el Tratado, a menos que existiera una violación clara a los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud como para provocar la protección del Tratado, que no es el caso.

[it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case]”.

El Paso v. Argentina concluyó que una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamación contractual en una reclamación bajo el tratado, puesto que ello necesariamente implicaría que *cualquier* compromiso del Estado con respecto a inversiones, inclusive los más pequeños, se transformarían en reclamaciones bajo el tratado. Y esto era una consecuencia importante. Demasiado. En sus palabras¹⁹:

¹⁵ *SGS v. Pakistán*, p. 168.

¹⁶ *SGS v. Pakistán*, pp. 169-170.

¹⁷ Los párrafos 163 a 173 son especialmente ilustrativos. Analizan la aseveración de la parte reclamante que la cláusula tiene un efecto “elevador” o de “espejo” al hacer que las violaciones del contrato bajo derecho local se conviertan en violaciones bajo derecho internacional (el tratado de inversión). En el razonamiento pesó en forma importante el principio *in dubio pars est sequenda* (o más concisamente *in dubio mitior*).

¹⁸ *Joy Mining v. Egipto*, p. 81.

¹⁹ *El Paso v. Argentina*, p.82. Traducción del autor de “[In conclusion, in this Tribunal’s view, following the important precedents set by Tribunals presided over by Judge Feliciano,

En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el Juez Feliciano, Juez Guillaume y el Profesor Orrego Vicuña, *una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado*. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, han sido bien entendidas y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada “cláusula paraguas” en el caso *SGS v. Pakistán* que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras incorporados en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso de derecho nacional o internacional “con respecto a las inversiones”.

Este Tribunal tiene la firme convicción de que los inversores no usarán la debida moderación –¿y no tendría por qué hacerlo?– si los tribunales del CIADI les brindan recursos inesperados. La responsabilidad de mostrar la debida moderación recae más bien en los tribunales CIADI.

Como puede verse, razonamiento de la postura escéptica es doble. Primero, dudar que el efecto buscado por los inversionistas es (era) el deseado por las partes contratantes al incluir dicha cláusula en su texto. Segundo, preocupación sobre el efecto de llegar a dicha conclusión, el cual se tilda genéricamente como ‘demasiado’ grande.

Judge Guillaume and Professor Orrego Vicuña, *an umbrella clause cannot transform any contract claim into a treaty claim, as this would necessarily imply that any commitments of the State in respect to investments, even the most minor ones, would be transformed into treaty claims*. These far-reaching consequences of a broad interpretation of the so-called umbrella clauses, quite destructive of the distinction between national legal orders and the international legal order, have been well understood and clearly explained by the first Tribunal which dealt with the issue of the so-called “umbrella clause” in the *SGS v. Pakistán* case and which insisted on the theoretical problems faced. It would be strange indeed if the acceptance of a BIT entailed an international liability of the State going far beyond of the obligation to respect the standards of protection of foreign investments embodied in the Treaty and rendered it liable for any violation of any commitment in national or international law “with regard to investments”.

It is the firm conviction of this Tribunal that the investors will not use appropriate restraint – and why should they? – if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests rather in the hands of the ICSID tribunals”.

2.1.1.2. La cláusula paraguas significa lo que dice

La postura a favor de considerar que la cláusula paraguas sí tiene por efecto convertir violaciones a contratos en violaciones de tratados de inversión fue seguida por *SGS v. Filipinas*²⁰, *Eureko v. Polonia*²¹, *Noble Ventures v. Rumania*²² y *Enron v. Argentina*²³.

En *SGS v. Filipinas* comenzó por diferir de su (único, en aquel entonces) antecesor (*SGS v. Pakistán*) indicando²⁴:

"(...) con frecuencia será el caso que un Estado anfitrión asume la obligación con respecto a inversiones específicas al momento de entrada, incluyendo inversiones realizadas en base a contratos con entidades distintas. El que garantías colaterales, garantías o seguridades por escrito (letters of comfort) otorgadas por el Estado anfitrión para inducir la entrada de la inversión sean obligatorias o no, es decir, si constituyen obligaciones genuinas, o simples anuncios, será una cuestión para determinación bajo el derecho aplicable, generalmente del Estado anfitrión. Pero si los compromisos realizados por un Estado hacia la inversión específica involucran obligaciones vinculantes o compromisos bajo el derecho aplicable, parece ser totalmente consistente con el objeto y propósito del tratado de inversión el decidir que están amparados por el artículo X(2) del tratado de inversión".

Eureko v. Polonia se fundamentó en el principio ('cardinal' en sus palabras) de interpretación de los tratados de darle efecto a cada palabra. Es su opinión, el texto del tratado era claro, no era ambiguo. Por ende, en sus palabras "la cláusula paraguas significa lo que dice"²⁵.

En el caso *Noble Ventures v. Rumania* se adoptó el mismo razonamiento que *Eureko*. En palabras del tribunal²⁶:

²⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, 29 de enero de 2004 (*SGS v. Filipinas*).

²¹ *Eureko B.V. v. República de Polonia*, Tribunal Arbitral *ad hoc*, laudo de 19 de agosto de 2005 (*Eureko v. Polonia*).

²² *Noble Ventures, Inc. v. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/01/11, laudo de 12 de octubre de 2005 (*Noble Ventures v. Rumania*).

²³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, laudo de 14 de enero de 2004 (*Enron v. Argentina*).

²⁴ *SGS v. Filipinas*, p. 117. Traducción del autor de "(...) it will often be the case that a host State assumes obligations with regard to specific investments at the time of entry, including investments entered into on the basis of contracts with separate entities. Whether collateral guarantees, warranties or letters of comfort given by a host State to induce the entry of foreign investments are binding or not, i.e. whether they constitute genuine obligations or mere advertisements, will be a matter for determination under the applicable law, normally the law of the host State. But if commitments made by the State towards specific investments do involve binding obligations or commitments under the applicable law, it seems entirely consistent with the object and purpose of the BIT to hold that they are incorporated and brought within the framework of the BIT by Article X(2)".

²⁵ "Article X(2) means what it says" fueron sus palabras exactas. (p.256).

²⁶ *Noble Ventures v. Rumania*, p. 53

“Una cláusula paraguas es generalmente vista como transformadora de obligaciones de derecho municipal en obligaciones directamente reconocidas en derecho internacional

[An umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law]”.

Razonó que es una excepción al principio general que la violación de un contrato por un Estado no genera responsabilidad internacional por parte del Estado. Como resultado, “internacionaliza” el contrato, dándole un “recurso garantizado internacionalmente” (“*internationally secured legal remedy*” fueran dos palabras)²⁷.

En *Enron v. Argentina*²⁸ el tribunal,²⁹ después de recordar que, conforme al artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los tratados deben ser interpretados de ‘buena fe y conforme al significado ordinario que tienen bajo el tratado’, determinó que³⁰:

“274. El significado común de la frase ‘cualquier obligación’ se refiere a obligaciones sin importar su fuente. Los tribunales que han interpretado esta expresión han determinado que abarca tanto obligaciones contractuales como pago, así como obligaciones asumidas mediante ley o regulación. Las ‘obligaciones’ cubiertas bajo la ‘cláusula paraguas’ están limitadas por su objeto: ‘con respecto a inversiones’. (...).

277. El Tribunal concluye que la violación a la obligación citada adoptada tanto conforme al contrato y el derecho y la regulación con respecto a la inversión han resultado en la violación a la protección proveída bajo la cláusula paraguas del artículo II(2)(c)”.

2.1.2. Comentario

La diferencia jurisprudencial merece mucho comentario. Me centraré en tres: (a) qué significa ‘internacionalizar’ la obligación; (b) el mérito de las preocupaciones; y (c) la teoría de los contratos internacionalizados.

²⁷ *Noble Ventures v. Rumania*, p.p. 52 a 55.

²⁸ Porciones de este laudo fueron anuladas. La porción sobre la forma de entender y aplicar la cláusula paraguas se mantuvo incólume. (ICSID Caso CIADI N° ARB/01/3, laudo de 30 de julio de 2010.)

²⁹ El artículo II(2)(c) del tratado de inversión decía “Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

³⁰ Traducción de:

274. Under its ordinary meaning the phrase ‘any obligation’ refers to obligations regardless of their nature. Tribunals interpreting this expression have found it to cover both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or regulation. ‘Obligations’ covered by the ‘umbrella clause’ are nevertheless limited by their object: ‘with regard to investments’.

(...).

277. The Tribunal concludes accordingly that the breach of the obligations noted undertaken both under contract and law and regulation in respect of the investment have resulted in the breach of the protection provided under the umbrella clause of Article II(2)(c).]

2.1.2.1. Significado de 'internacionalizar' una reclamación

Comencemos por el significado del paso. ¿Qué significa aceptar la 'elevación' o 'internacionalización' de una violación contractual?

Quisiera dividir la respuesta en forma conceptual y práctica.

En lo conceptual, ¿significa que la cláusula paraguas cambia el derecho aplicable? Usando las palabras de *SGS v. Pakistán*, ¿'transubstancia' la reclamación?

La respuesta es negativa. La fuente y régimen de la obligación es la misma. Si, por ejemplo, el derecho aplicable es mexicano, éste continúa siendo aplicable. Dicho de otra manera, la *elevación* no significa *internacionalización*³¹. El régimen de la creación, modificación, transmisión o extinción de la obligación permanece incólume.

Sobre este punto existe (aún otro) debate interesante. Para la mayoría de comentaristas, la cláusula impone una obligación a cargo del Estado anfitrión de cumplir con sus pactos hacia inversiones, incluyendo pactos contractuales. Bajo dicha postura, una falta de cumplimiento con una obligación *inclusive comercial* constituye una violación *al tratado de inversión*. Otros comentaristas (los minoritarios) abogan por una postura más estrecha. La cláusula paraguas no abarca cuestiones comerciales, sino que impone una prohibición al gobierno de afectar el pacto mediante el uso de poderes gubernamentales diversos al derecho contractual aplicable³².

En lo práctico, siguiendo nuestro ejemplo, imaginemos que, mientras que las Reclamaciones Contractuales versan sobre falta de pago, las Reclamaciones Internacionales consisten en la aseveración que autoridades locales tomaron medidas que tuvieron por efecto la asfixia de la operación de la inversión, violando por ello tres obligaciones: Trato mínimo,³³ medidas equivalentes a expropiación³⁴ y plena protección³⁵.

¿Podrían ambos géneros de reclamaciones ser ventiladas por el Tribunal de Inversión? O llevémoslo al extremo: ¿podría la Reclamación Contractual *desnuda*³⁶ ser ventilada por el Tribunal de Inversión? De aceptarlo, ello implicaría

³¹ En cuanto al derecho aplicable, pues sí significa ello en cuanto a vía de reclamación (arbitraje conforme a tratados de inversión).

³² Por ejemplo, rescisión administrativa, abrogación, repudiación o cualquier interferencia.

³³ Artículo 4.1 del Apri México-Suiza.

³⁴ Artículo 7 del Apri México-Suiza.

³⁵ Artículo 4.1 del Apri México-Suiza.

³⁶ Por 'desnuda' me refiero a que la violación contractual no se esgrima como parte de una violación al tratado de inversión o derecho internacional.

que el Tribunal de Inversión podría determinar que el Estado Anfitrión responde por el incumplimiento (meramente) *contractual* de la entidad mexicana.

Por virtud de la cláusula paraguas ya no sería necesario perfilar la violación contractual como una violación al Apri México-Suiza, sino que sería sólo por la violación a la cláusula *x* de la concesión. En el ejemplo, se haría responsable al Estado mexicano por el incumplimiento de la obligación de pago bajo la concesión.

2.1.2.2. Preocupaciones y argumentos en contra de las posturas expansivas

Los argumentos ofrecidos en contra de dar efectos plenos a las cláusulas paraguas y admitir la jurisdicción de tribunales de inversión sobre reclamaciones contractuales adolecen de dos vicios genéricos. Primero, no son persuasivos. Segundo, propician otros problemas.

i) Insuficiencia

La postura a favor de darle efectos a las cláusulas paraguas y competencia a tribunales de inversión sobre cuestiones contractuales es fácilmente defendible con dos líneas argumentativas. Primero, principios de interpretación. Segundo, las preocupaciones son amorfas. Pero existe una tercera que no ha sido esgrimida: *el resultado temido es precisamente el objetivo deseado*.

1. Principios de interpretación

La postura a favor de considerar que la cláusula paraguas ‘significa lo que dice’ es fácilmente defendible mediante principios de interpretación (como la literal)³⁷ aunados al principio *pacta sunt servanda*. Si una interpretación literal de la letra escrita de los tratados arroja dicho sentido, constituye un acto interpretativo formidable restárselo. Inclusive, no faltará quien considere que sería una interpretación derogatoria: amputa el radio de acción de la norma.

2. Preocupaciones

Detecto dos géneros de preocupaciones. Primero, que las consecuencias serían ‘muy graves’. Segundo, precaución.

Sobre la primera, casos que adoptan la postura restrictiva transpiran la preocupación que *cualquier* violación a un contrato se convertiría en una reclamación *internacional*. ¿Pero cuál es la gravedad de ello? No sería la primera vez que un Estado responde por actos de sus organismos internos³⁸. Por ende, el temor que persuade a los tribunales a pronunciarse en pro de la postura restrictiva puede estar exagerado.

³⁷ Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁸ Por ejemplo, en *Himpurna v Indonesia* la reclamación en contra del Estado por las violaciones de Pertamina fue enderezada en base a una ‘comfort letter’ emitida por el ministro

Finalmente, la regla consistente en que una violación *contractual* no es una violación al derecho internacional descuida que existe una corriente de opinión internacional que considera que sí lo es – aunque tengo que admitir que es minoritaria. Pero aunque sea minoritaria, ello refuta la ‘presunción en contra’ de la cual partió *SGS v Pakistán*. El trasfondo de derecho internacional simplemente no es totalmente adverso a la cuestión.

Con respecto a precaución, el tribunal del caso *SGS v. Pakistán* justificó la interpretación restrictiva en base a la máxima *in dubio pars mitior est sequenda*³⁹. Pero ello exige la pregunta: ¿*mitior* para quién? Tomar dicha postura reduce protección, lo cual es menos conveniente –menos prudente– desde la perspectiva del inversionista.

No es que se prefiera proteger o no a una parte. El punto que deseo transmitir es que amputar el alcance de una disposición expresa por considerarlo ‘prudente’ suena paternalista. ¿Qué no sabían las partes lo que hacían?

3. El resultado temido es precisamente el objetivo deseado

Se ha argumentado que la postura restrictiva merece preferencia pues la postura amplia nubla la distinción entre el derecho nacional e internacional, elevando violaciones contractuales (locales) al plano internacional.

La premisa es correcta, la conclusión es cuestionable.

Aunque cierto, ello es verdad de los tratados de inversión en general. De hecho, es su propósito: crear la posibilidad de que un ente privado (un inversionista) entable una reclamación internacional. Ante la regla internacional que los particulares no tienen *standing* internacional, la postura que eleva violaciones contractuales al plano internacional es más consistente con el *leitmotiv* de la disciplina: crear un foro imparcial y neutral para la resolución de controversias transnacionales *en el plano internacional* –distanciándose del foro local–, despolitizando controversias de inversión⁴⁰.

El propósito de una cláusula paraguas es añadir una capa adicional de protección al inversionista. En su esencia, ello implica un doble compromiso. Por un lado, el compromiso derivado de la relación contractual entre el Estado y el inversionista. Por otro, el compromiso (mediante tratado) entre Estados que cumplirán sus compromisos contractuales con

de finanzas. (*Himpurna California Energy Ltd. v. The Republic of Indonesia*, Laudo Interino de fecha 26 de septiembre de 1999 y el Laudo Final del 16 de octubre de 1999, ICCA Yearbook of Commercial Arbitration, Volumen XXV-2000, pp. 109-215).

³⁹ Que significa que, en caso de duda, debe preferirse el camino conservador.

⁴⁰ Para entender porqué, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Arbitraje de inversión, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009, pp. 17-28.

los inversionistas que compartan su nacionalidad. La aseveración no es mía. Es histórica⁴¹. Si se estudia la trayectoria de las cláusulas paraguas se observará que la intención al negociarlas es justamente permitir que una violación contractual se torne en una violación internacional⁴². Posiblemente ello explique que la postura expansiva sea favorecida por expertos sobre la materia⁴³.

Y el objetivo no se ha quedado en intenciones. Laudos importantes han sido pronunciados en base a actos similares. Ante ello, temer dicho resultado parece no llevar el pacto a los extremos que sus redactores desearon, y por motivos que no son claros.

ii) Malos resultados

Las posturas restrictivas propician riesgos adicionales⁴⁴:

1. Invita decisiones contradictorias con el tribunal que ventile las reclamaciones contractuales⁴⁵.
2. Amputado el alcance de su jurisdicción, se invitan decisiones subóptimas. Decisiones basadas en información incompleta.
3. Pretender divorciar ámbitos de competencia puede situar a un tribunal de inversión en la difícil situación de tener que resolver una controversia en un vacío⁴⁶.

⁴¹ Después de 1945 existió diferencia de opinión sobre el estatus de los contratos de inversión sujetos al derecho del Estado anfitrión de la inversión o como compromisos de derecho internacional. En 1939 la Corte Permanente de Justicia sostuvo (caso de los empréstitos Serbios) que cualquier contrato no realizado entre Estados como sujetos de derecho internacional está basado en derecho local. (PCIJ, Judgment N° 14, Series A, N° 20, p. 41). Ante dicho trasfondo, dada la necesidad de ofrecer seguridades a inversiones cuantiosas y de larga duración, se creó la figura de la cláusula paraguas como mecanismo para puentear dos extremos: acuerdos privados y derecho internacional.

⁴² Ver ANTHONY A. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, 20 *Arbitration International*, 2004, p. 411. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2009, p. 440 *et seq.*

⁴³ Por ejemplo, Schreuer no sólo comulga dicha corriente de opinión, sino que indica que no hay razón alguna por la que un tribunal no le pueda dar efectos. (SCHREUER, en Weiler, Todd, *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, London, 1a, 2005, p. 301.)

⁴⁴ Para una postura aún más enérgica, ver GAILLARD, p. 334, en Weiler, *International Investment Law*, Op. Cit., p. 334.

⁴⁵ Es de admitirse que el argumento tiene otra cara de la moneda. Al interpretar en forma expansiva se corre el riesgo de traslape jurisdiccional, lo cual contraría el objetivo indicado (y voluntad putativa) de un sólo foro.

⁴⁶ Piénsese en el tribunal que debe analizar hechos diversos para determinar si violan el tratado de inversión. Si se parte de la postura restrictiva, bien puede suceder que una porción de los hechos escape su competencia. Ello propicia decisiones subóptimas, tanto en contenido como alcance. Podría refutarse que el problema no es causado por el tribunal,

2.1.2.3. Teoría de los contratos internacionalizados

Existe un común denominador a las problemáticas apuntadas: la internacionalización de un contrato. Dicho tema ha sido discutido en el pasado, y ha dado origen a la teoría de los ‘contratos internacionalizados’: contratos celebrados por la administración pública de un Estado e inversionistas extranjeros cuyo derecho aplicable no es un derecho nacional, sino un orden distinto, e internacional.

Dicha teoría es fruto de la actividad de privatización de los años sesenta y setenta que dio lugar, en los años ochenta, a un debate interesante: La posibilidad que Estados pactaran con extranjeros la aplicación de un derecho distinto al nacional⁴⁷. El motivo es cuádruple: la *asimetría* entre las partes contratantes atada a los *incentivos* que se detonan del lado del Estado ya realizada la inversión, la (larga) *duración* de los proyectos de inversión y la *variabilidad* de los funcionarios públicos.

Mucho puede decirse sobre dicho desarrollo. De lo que deseo dejar constancia en este contexto es que, aunque la teoría tuvo detractores, y sus argumentos no eran débiles⁴⁸, en base a ella laudos importantes fueron dictados^{49 50}.

La internacionalización de reclamaciones contractuales guarda relación con nuestro tema en que, es de admitirse, al principio parece raro. Pero se trata de una instancia de ingeniería jurídica dirigida a resolver un problema: la necesidad de encontrar un derecho contractual aplicable equidistante a ambas partes. Un cuerpo normativo que no de ventaja a una parte sobre de otra.

Tómese en cuenta que los programas de atracción de inversión buscan incentivar que el mercado local sea preferido por sobre alternativas. Pero ocurrida la inversión, las autoridades locales tienen incentivos para apropiar-

sino por los redactores del contrato. Disentiría. El texto permite ambas interpretaciones y es el tribunal (partidario de la postura restrictiva) quien ha optado por la que propicia el problema, pudiendo optar por una interpretación que lo resuelve.

⁴⁷ Existieron variantes sobre cómo se dio el paso. Por ejemplo, mientras en algunos contratos se pactó como derecho aplicable “los principios comunes a las naciones civilizadas”. En *Aminoil (Government of Kuwait v American Independent Oil Company*, laudo de 24 de marzo de 1982) la cláusula aplicable decía: “The Law governing the substantive issues between the Parties shall be determined by the Tribunal, having regard to the quality of the Parties, the transnational character of their relations and the principles of law and practice prevailing in the modern world”.

⁴⁸ Por ejemplo, que la utilización del Derecho Internacional a actos privados era una desnaturalización, además de una quimera.

⁴⁹ *Aramco* (1958), *Sapphire* (1951), y, más recientemente, *Desert Line v Yemen*.

⁵⁰ Además de referencias en *dicta* en sentencias de tribunales internacionales.

la. Después de todo, los beneficios ya están dados. Si se toma en cuenta que muchos proyectos de inversión tienen que durar mucho tiempo,⁵¹ y que las autoridades que dieron su palabra para atraer la inversión con toda seguridad no serán las mismas en el mediano y largo plazo, el Derecho tiene que ofrecer una alternativa que resuelva dicha problemática. De lo contrario, operaciones socialmente deseables simplemente no tendrán lugar, e (irónicamente) menos en los países que más lo necesitan.

2.2. Alcance jurisdiccional

2.2.1. La interrogante

Estando claro que existe una distinción entre Reclamaciones Contractuales y Reclamaciones bajo Tratado, y que una cláusula paraguas puede internacionalizar las primeras, surge la duda sobre si el Tribunal *de Inversión* puede conocer de Reclamaciones *Contractuales* aún cuando los instrumentos que documentan la inversión contienen una cláusula de foro o arbitral.

2.2.2. La respuesta jurisprudencial

La duda ha generado diferencia. Y ello se refleja en la jurisprudencia.

2.2.2.1. Jurisdicción aún ante cláusula de foro o arbitral

Existe una corriente de opinión, visible en razonamiento (explícito o implícito) de casos así como en foros, doctrina y expertos, que apoya que un Tribunal de Inversión conozca de una controversia contractual aún en presencia de una cláusula de foro o arbitral⁵². No abundaré mucho sobre ella. Sólo dejo constancia que la misma existe y que parece ser minoritaria (inclusive sujeta a matices⁵³).

2.2.2.2. Ausencia de jurisdicción ante cláusula de foro o arbitral

El caso más ilustrativo de la tendencia es *SGS v. Filipinas*, cuyo tribunal arbitral planteó la duda de la siguiente manera:

140. (...) la cuestión es si el artículo VIII(2) [la cláusula de solución de disputas bajo el tratado de inversión] tenía como propósito desplazar una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato de inversión, con respecto a reclamaciones contractuales.

⁵¹ *Inter alia*, para amortizar la inversión.

⁵² Además, comentaristas y expertos diversos han dado eco a la noción.

⁵³ Por ejemplo, *SGS v. Pakistán* (pp. 167 y 173), mismos que se encuentran en la sección de análisis sobre la posibilidad de convertir reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado.

[140. (...) *The question is whether Article VIII(2) [the treaty dispute resolution clause] was intended to override an exclusive jurisdiction clause in an investment contract, so far as contractual claims are concerned*].

Después de una interesante disertación sobre los principios y variables⁵⁴, el Tribunal la contestó negativamente. Su conclusión se basó en dos premisas⁵⁵:

1. *Generalia specialibus non derogant*: el tratado de inversión es una norma general que no puede derogar la especial: la cláusula de jurisdicción exclusiva.
2. *Teleológico*: el tratado de inversión busca apoyar y suplementar la protección a la inversión, no desplazarla o reemplazarla.

En sus palabras:

"155. (...) *el Tribunal no debe ejercer su jurisdicción sobre la reclamación contractual cuando las partes han acordado cómo dicha reclamación debe resolverse, y lo han hecho de forma exclusiva. SGS no debe aprobar y reprobar con respecto al mismo contrato: si reclama bajo contrato, debe cumplir con el contrato con respecto a la materia que es la base de la reclamación. Los tribunales filipinos están disponibles para ventilar la reclamación de SGS. Hasta que la cuestión del alcance o ámbito de la obligación de pago del Demandado sea esclarecida –ya sea mediante convenio entre las partes o mediante procedimientos ante tribunales Filipinos según el artículo 12 del Contrato CISS– una decisión sobre la reclamación de pago de SGS por este Tribunal sería prematura.*

[155. (...) *the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. SGS should not be able to approve and reprobate in respect of the same contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim. The Philippine courts are available to hear SGS's contract claim. Until the question of the scope or extent of the Respondent's obligation to pay is clarified –whether by agreement between the parties or by proceedings*

⁵⁴ A lo largo de los párrafos 113 a 155 del laudo.

⁵⁵ p. 141, que dice: "Two considerations lead the majority of the Tribunal to give a negative answer to this question. The first consideration involves the maxim *generalia specialibus non derogant*. Article VIII is a general provision, applicable to investment arrangements whether concluded "prior to or after the entry into force of the Agreement" (Article II). The BIT itself was not concluded with any specific investment or contract in view. It is not to be presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties. As Schreuer says, "[a] document containing a dispute settlement clause which is more specific in relation to the parties and to the dispute should be given precedence over a document of more general application." The second consideration derives from the character of an investment protection agreement as a framework treaty, intended by the States Parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host."

in the Philippine courts as provided for in Article 12 of the CISS Agreement— a decision by this Tribunal on SGS’s claim to payment would be premature]”.

Un caso reciente e interesante muestra la misma *ratio*⁵⁶:

“(...) ¿dónde está el pacto que fue incumplido y que ahora es vindicado mediante arbitraje de inversión? No pueden ser los Contratos; éstos estipularon un foro distinto (...).

[(...) where is the pactum that was dishonoured and is now sought to be vindicated through Treaty arbitration? It cannot be the Contracts; they stipulated a different arbitral forum (...)]”.

Como puede verse, tal parece que dicha aproximación constituye el paradigma en vigor.

2.2.3. Comentario

Como puede verse, el ángulo que el tribunal *SGS v. Filipinas* tomó consistió en determinar qué jurisdicción prevalece⁵⁷. Hay quien ha cuestionado el paradigma. Inclusive, admito que en algún momento razoné que, ante un *traslape* jurisdiccional, el análisis de *prevalencia* (¿qué foro prevalece?) podría no ser el mejor⁵⁸.

Después de un análisis cuidadoso he concluido que no es la mejor opinión. Ello puede dar lugar a lo que Douglas califica de una ‘ironía molesta’ (*disturbing irony*)⁵⁹:

⁵⁶ *Pantechniki v. Albania*, p. 92.

⁵⁷ También existió análisis sobre si la reclamación es admisible. (Ver párrafos 154 *et seq* de *SGS v. Filipinas*).

⁵⁸ El razonamiento propiciaba una lectura alternativa ¿Porqué no considerar que, en vez de *prevalencia*, existe *traslape*? Y el *traslape* genera opciones. Es decir, *una jurisdicción no desplaza a otra*. Están *encimadas*, mas no *peleadas*. Si existe pluralidad de mecanismos de solución de controversias aplicables como resultado de concurrencia de instrumentos y fuentes normativas, *respetarlas*, mas que *jerarquizarlas* (sea por criterios temporales—como ocurrió en *SGS v Filipinas*— u otros criterios). Siguiendo dicha teoría, un tribunal de inversión al que se le presente una Reclamación Contractual no tiene que dejar de conocer de la misma por ser ‘inadmisible’ o porque el contrato de inversión es posterior. Simplemente analizará si la pretensión no es *res iudicata*. Así, un reclamante, ante pluralidad de mecanismos, puede escoger de entre los mismos dónde ventilará su pretensión contractual. Después de todo, el escenario que se le presenta es justamente ese: pluralidad de mecanismos. Opciones. De entre ellas, puede escoger la que desee. Pero la elección supondrá una renuncia. Una vez que obtiene un laudo, dicho *petitum* será *res iudicata* y no puede enderezar de nuevo la pretensión ante otro foro—contractual o de inversión. De esta manera, la posibilidad de abuso procesal está autocontenido: habiendo obtenido de un Tribunal de Inversión un laudo que decide *inter alia* una cuestión contractual, no puede entablar *la misma pretensión* ante el tribunal arbitral contractual, pues la misma ha sido decidida. Y viceversa.

⁵⁹ ZACHARY Douglas, *The International law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2009, p. 366.

“El propósito de una cláusula de solución de disputas es crear un clima de certeza jurídica en las relaciones contractuales entre las partes y evitar litigio sobre el foro apropiado para resolver disputas y el riesgo de procedimientos múltiples. Al aceptar la jurisdicción sobre disputas contractuales sujetas a un foro distinto, un tribunal derivado de un tratado de inversión subvierte esta claridad contractual en detrimento de las partes⁶⁰”.

Al prestar soporte doctrinal a la habilidad de una parte a aprobar o reprobar con respecto a un mismo contrato, los tribunales de inversión le han restado autoridad a la santidad de los compromisos comerciales⁶¹.

“[The purpose of a dispute resolution clause is to create a climate of legal certainty in the contractual relations between the parties and avoid litigation over the proper forum for the resolution of disputes and the potential risk of multiple proceedings. By accepting jurisdiction over contractual disputes subject to a different forum, an investment treaty tribunal subverts this contractual certainty to the detriment of the parties (...)]”.

“By lending doctrinal support to the ability of one party to approbate or reprobate in respect of the same contract, investment treaty tribunals have undermined the sanctity of commercial undertakings (...)]”

Ante ello, la postura que ha prevalecido es que, si existe pacto de jurisdicción (arbitral o judicial) expreso, las cuestiones que surjan del contrato deben ser canalizadas a dicho foro. Si se presentan ante un Tribunal de Inversión, aunque éste cuente con jurisdicción, la pretensión es inadmisibles⁶².

⁶⁰ Douglas, Op. Cit., p. 365.

⁶¹ Douglas, Op. Cit., p. 366.

⁶² JAN PAULSSON describe con claridad el motivo en Jurisdiction and Admissibility, en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, p. 601. En materia deportiva, un laudo reciente (Tribunal Arbitral du Sport, Caso CAS 2008/A/1739, marzo 2010) pone el dedo en la llaga y diferencia los conceptos en el contexto de reclamaciones ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA y el Tribunal Arbitral du Sport:

49. ... Esta Formación desea defender la idea que mientras que *admisibilidad* involucra cuestionamientos a la *reclamación*, los cuestionamientos sobre *jurisdicción* se dirigen al órgano (en este caso, la Formación).

50 Una pregunta puede servir de guía para distinguir: ¿La reclamación no puede ser atendida? o ¿no puede ser atendida *aquí*? Si el motivo por el cual se rechaza responde la primera pregunta, se trata de una cuestión de admisibilidad. Si responde a la segunda, será de jurisdicción.

51. Es de admitirse que la pregunta puede en ocasiones no dar respuestas claras. El motivo no obedece a un defecto del modelo sino a una realidad de las defensas: los defectos legales que puede sufrir una reclamación pueden impactarla sustantiva o adjetivamente. Pueden versar sobre el fondo de la misma o sobre el foro que la conozca. Y pueden también impactar ambos. Es decir, traslaparse.

52. Para añadir a la dificultad, es de admitirse que, según se plantee, puede variar el resultado. Por ende, el modelo se propone como punto de partida del análisis, no como fin.

2.3. EL Alcance Material

Aun suponiendo que se permita ‘internacionalizar’ una disputa contractual, ¿cómo se litiga? ¿Debe formar parte de una reclamación de inversión? ¿O puede recurrirse en forma aislada? Siendo una reclamación internacional la que se endereza, ¿basta con decir que el incumplimiento con una violación contractual es *ipso iure* una violación al Tratado de Inversión? ¿O es necesario añadir algo más? ¿Un ingrediente de derecho internacional?

Contextualizado a nuestro ejemplo, si el Inversionista reclama ante el Tribunal de Inversión que México es responsable internacionalmente por el incumplimiento de la obligación de pago de la Entidad, con ello es suficiente? ¿Será la falta de pago una violación no sólo a la cláusula *x* del Contrato (la concesión), sino también una violación a la cláusula 10(2) del Apri México-Suiza? ¿O es necesario vestir la reclamación de elementos de derecho internacional de la inversión extranjera?

Este punto ha merecido poca atención. Aunque la *ratio* de los tribunales que han tratado temas de cláusulas paraguas parece dejar claro que podría enderezarse la reclamación ‘desnuda’, algunos tienen dudas.

Suponiendo que la cláusula paraguas internacionaliza la reclamación y que el problema jurisdiccional ha sido vencido, todo indica que la reclamación contractual *desnuda* podría ser ventilada ante el Tribunal de Inversión.

Entendido así, la ‘elevación’ no sería en verdad una ‘internacionalización’ de la reclamación. Simplemente se haría responsable a un segundo ente (el Estado) por incumplimiento del primero (la Entidad). Pero dado que la fuente de la obligación es contractual, no el *ius gentium*. Al respecto, un pasaje de *SGS v Filipinas* es relevante⁶³:

“128. Para resumir las conclusiones del Tribunal sobre este punto, el artículo X(2) establece que el que el Estado anfitrión no cumpla con sus compromisos obligatorios constituye una violación, incluyendo los compromisos contractuales que ha asumido en relación con inversiones específicas. Pero no convierte la cuestión de alcance o contenido de dichas obligaciones en una cuestión de derecho internacional. Esa cuestión (en este

⁶³ *SGS v. Filipinas*, p.128. Traducción de “128. To summarize the Tribunal’s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different.”.

caso, la cuestión de qué tanto es pagadero por servicios prestados bajo el Contrato CISS) todavía se encuentra regulada por el contrato de inversión. A falta de otros factores, esto podría decidirse por un tribunal constituido de conformidad con el artículo VIII(2). El derecho aplicable al Contrato CISS es el derecho de Filipinas que, en cualquier caso, este Tribunal debe aplicar de conformidad con lo establecido por el artículo 42(1) del Convenio CIADI. Por otra parte, si algún otra corte o tribunal tuviera jurisdicción sobre el Contrato, la posición podría ser diferente”.

2.4. EL Alcance Subjetivo

El alcance subjetivo ha generado diferencias, y en dos vertientes: tanto a quién abarca, como a quién cobija. ¿Abarca la cláusula paraguas únicamente al Estado o también a sus órganos? ¿Cobija al inversionista o también a sus subsidiarias?

Tomemos cada una por separado.

2.4.1. ¿A quién abarca? Alcance del lado del Estado

2.4.1.1. Diferencia jurisprudencial

Existe diferencia sobre si la cláusula paraguas hace responsable al Estado por obligaciones adquiridas por organismos diversos al Estado. Mientras que algunos opinan que sí, otros dicen que no. Los tribunales de *Impreglio v. Pakistán*, y *Azurix v. Argentina*⁶⁴ tomaron la postura que la cláusula paraguas no internacionaliza obligaciones adquiridas por organismos estatales distintos al Estado mismo. Por contra, *SGS v. Pakistán*, *Eureko v. Polonia* y *Noble Ventures v. Rumania* tomaron la postura contraria.

El razonamiento de los primeros fue simplemente que, siendo que el contrato que documenta la inversión estaba celebrado entre un ente distinto al Estado, aunque fuera una empresa con participación estatal totalitaria, el principio de personalidad jurídica independiente militaba en contra de hacer responsable al Estado mismo. En *Azurix v. Argentina* se esgrimió un segundo argumento: Que el contrato vinculaba a una provincia y no al Estado mismo. El siguiente párrafo de *Impreglio v. Pakistán* es ilustrativo del razonamiento⁶⁵:

⁶⁴ *Azurix Corp. v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, 8 de diciembre de 2003 (*Azurix v. Argentina*).

⁶⁵ En sus palabras “*In the Tribunal’s view, given that the Contracts were concluded by Impreglio with WAPDA, and not with Pakistan. Impreglio’s reliance upon Article 3 of the BIT takes the matter no further. Even assuming arguendo that Pakistan, through the MFN clause and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered. On the contrary, the Contracts were concluded by a separate and distinct entity*”.

En opinión del Tribunal, toda vez que los Contratos fueron celebrados por Impreglio con WAPDA, y no con Pakistán, la dependencia de Impreglio en el artículo 3 del tratado de inversión no lleva este tema más lejos. Inclusive suponiendo que Pakistán, a través de la cláusula de Nación más Favorecida y el tratado de inversión entre Suiza y Pakistán, ha garantizado la observancia de compromisos contractuales asumidos junto con los inversores italianos, dicha garantía no cubriría estos Contratos – dado que son contratos en los que no formó parte. Por el contrario, los Contratos fueron concluidos por una entidad separada y distinta. (notas omitidas. Énfasis añadido.)

El razonamiento de la segunda línea de casos (el Estado sí es responsable) en el plano internacional, es ilustrado por *SGS v Pakistán*.⁶⁶

“(...) los “compromisos” que deben ser cumplidos por una Parte Contratante para “garantizar constantemente” no se encuentran limitados a los compromisos contractuales. Los compromisos de referencia pueden encontrarse en, por ejemplo, las medidas legislativas o administrativas municipales o en otras medidas unilaterales de alguna de las Partes Contratantes. La frase “garantizar constantemente el cumplimiento” de algún compromiso reglamentario, administrativo o contractual, no necesariamente indica en nuestra opinión la creación y aceptación de una nueva obligación de derecho internacional por parte de la Parte Contratante, en donde claramente no había obligación con anterioridad. Adicionalmente, los “compromisos” objeto del artículo 11 pueden, sin hacer violencia excesiva en el texto mismo, ser compromisos del Estado mismo como una persona legal, o de cualquier ministerio, entidad o subdivisión (unidades locales de gobierno) o representante legal del mismo cuyos actos sean, bajo la legislación de responsabilidad estatal, atribuibles al Estado mismo. Por lo tanto, textualmente, aunque consiste sólo en una oración, el alcance del artículo 11 del tratado de inversión es susceptible de una expansión casi indefinida”. (notas omitidas. Énfasis añadido.)

2.4.1.2. Comentario

Es de pronosticarse que la diferencia de opinión persista. Son muchos los argumentos de derecho interno que pueden esgrimirse para perpetuar la noción que contratos celebrados por organismos internos no pueden detonar responsabilidad internacional del Estado mismo. Por ejemplo, tomando

⁶⁶ *SGS v. Pakistán*, p. 166. Traducción de “(...) The “commitments” the observance of which a Contracting Party is to “constantly guarantee” are not limited to contractual commitments. The commitments referred to may be embedded in, e.g., the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase “constantly [to] guarantee the observance” of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. Further, the “commitments” subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself. As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion”.

como base el caso mexicano, si el contrato es celebrado entre entidades⁶⁷ es fundamentalmente distinto a si es celebrado por dependencias⁶⁸. Nociones elementales de derecho administrativo pueden citarse en apoyo de dicha postura.

Deseo cuestionar éste ángulo de abordar el tema. Tomar como punto de partida derecho interno (inclusive derecho administrativo) parece no sólo perpetuar la diferencia,⁶⁹ sino perder de vista el verdadero *quid*: si, bajo derecho internacional, el Estado anfitrión responde, lo cual se resuelve en base al Derecho Internacional de la Responsabilidad Internacional del Estado, no bajo derecho interno⁷⁰.

Tomando éste como punta de partida, la respuesta no la da la naturaleza jurídica del órgano, sino si su conducta (acto u omisión) es atribuible al Estado mismo. Dicha interrogante no se agota en este momento. Lo relevante a mencionar es que los artículos de Responsabilidad regulan dicho tema en forma exhaustiva⁷¹. Es en base a dicho terreno jurídico que debe resolverse dicha interrogante. No derecho local.

2.4.2. ¿A quién cobija? Alcance del lado del inversionista

Existe división sobre si la protección se extiende únicamente al inversionista reclamante, o si puede cobijar (beneficiar) también a sus subsidiarias.

Antes de detallar el estatus del debate, es importante mencionar que este es un tema práctico importante. Un porcentaje elevado de inversiones son realizadas mediante vehículos societarios locales *ex profeso* creados para realizar la inversión con miras a cumplir con el régimen local aplicable. Por ende, la definición de esta cuestión tiene implicaciones importantes en relación con el alcance de protección y la forma en que serán estructuradas las inversiones.

2.4.2.1. Diferencia jurisprudencial⁷²

Los tribunales de *Azurix v. Argentina* y *Siemens v. Argentina*⁷³ sostuvieron que la cláusula paraguas no cobijaba al contrato celebrado entre la subsidia-

⁶⁷ Por ejemplo, Petróleos Mexicanos o Comisión Federal de Electricidad.

⁶⁸ Y no se diga de otras formas (organismos, entidades, etcétera) que contempla la administración pública como organismos públicos descentralizados, entes desconcentrados, fideicomisos públicos, empresas de participación estatal, administradoras portuarias, etcétera.

⁶⁹ Después de todo, cada país tiene nociones e instituciones diversas de derecho administrativo.

⁷⁰ Concretamente, artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*).

⁷¹ Artículos 4 a 6 de los artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos.

⁷² Existe un caso relevante a este tema que ha sido imposible conseguir: *Nagel v República Checa* (laudo 49/2002 de la Stockholm Chamber of Commerce, IIC 176 (2003), 9 de Septiembre de 2003.)

⁷³ *Siemens A.G. v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, laudo de 6 de febrero de

ria del inversionista reclamante. Por el contrario, *CMS v. Argentina, Enron v. Argentina* y *Sempra v. Argentina*⁷⁴ determinaron que sí.

El razonamiento de la primera línea de casos es escueto. Por ejemplo, en *Siemens v. Argentina* se sostuvo que:⁷⁵

"204. El Tribunal considera que el artículo 7(2) tiene el significado que expresan sus términos, a saber, que a falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes en un Tratado en relación con cualquier inversión particular, se convierte por esta cláusula en una violación al Tratado. Ya sea que un tribunal arbitral sea el tribunal con jurisdicción para considerar la violación, o si debe ser considerado por los tribunales del Estado anfitrión del inversor, es una cuestión que no debe analizar este Tribunal. El Demandante no es una parte del Contrato y SITS no es parte de estos procedimientos.

[204. The Tribunal considers that Article 7(2) has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty. Whether an arbitral tribunal is the tribunal which has jurisdiction to consider that breach or whether it should be considered by the tribunals of the host State of the investor is a matter that this Tribunal does not need to enter. The Claimant is not a party to the Contract and SITS is not a party to these proceedings]".

La línea de casos que cobija a las subsidiarias lo hizo en base a criterios diversos. Por ejemplo, *CMS v. Argentina* simplemente dijo⁷⁶:

"(...) la obligación contenida en la cláusula [paraguas] (...) en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados por el Tratado.

[(...) the obligation under the umbrella clause (...) has not been observed by the Respondent to the extent that the legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty]".

El tribunal de *Enron v. Argentina* lo hizo bajo el criterio de 'relación estrecha' al decir:⁷⁷

"Los Demandantes no pueden ser considerados como remotamente conectados con los arreglos legales que rigen la privatización, está fuera de cualquier duda que los propie-

2007 (*Siemens v. Argentina*).

⁷⁴ *Sempra Energy International v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, 28 de Septiembre de 2007 (*Sempra v. Argentina*).

⁷⁵ *Azurix v. Argentina*, p.204

⁷⁶ *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, 12 de mayo de 2005 (*CMS v. Argentina*), p.303.

⁷⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina*, 14 de enero de 2004 (*Enron v. Argentina*), p.56.

tarios de la inversión realizada y sus derechos están protegidos bajo el Tratado pues los derechos bajo tratado, y no sólo contractuales, se relacionan con algún intermediario.

[Claimants cannot be considered to be only remotely connected to the legal arrangements governing the privatization, they are beyond any doubt the owners of the investment made and their rights are protected under the Treaty as clearly established treaty-rights and not merely contract rights related to some intermediary].”

Y en *Sempra v Argentina* se rechazó el argumento indicando que ello había sido decidido en la decisión jurisdiccional⁷⁸, aunque es difícil de encontrar dónde en la decisión sobre jurisdicción⁷⁹ se razona dicha cuestión.

2.4.2.2. Comentario

Deseo postular que, el que la cláusula paraguas beneficie al inversionista, es una cuestión que debe resolverse no sólo mediante un análisis textual de la cláusula paraguas, o mediante el criterio que la inversión están estrechamente relacionados (‘closely connected’), sino en base a si la subsidiaria forma parte de la “inversión”, según se define en el tratado de inversión relevante.

Tomando como base nuestro ejemplo, la subsidiaria posiblemente estaría cobijada dado lo amplio de la definición de ‘inversión’ bajo el artículo 1(3) del Apri México-Suiza⁸⁰. Aunque admito que ello es discutible, lo que deseo es persuadir al lector no es sobre la *respuesta* sino el *razonamiento*: la cadena de razonamiento sobre el alcance de la cláusula paraguas debe incluir el eslabón ‘inversión’. Otros criterios que se asoman en la jurisprudencia no encuentran fundamento textual. Para mi gusto, pierden de vista el punto relevante.

Existe un desarrollo es importante. Se solicitó la nulidad del laudo de *CMS v. Argentina* justamente por la ausencia de explicación sobre la no-aplicación de la cláusula paraguas a cuestiones contractuales. La solicitud prosperó. Al respecto, el Comité *ad hoc* de nulidad sostuvo:⁸¹

“No queda claro cómo el Tribunal llegó a la conclusión que CMS podía ejecutar las obligaciones de Argentina a TGN (...).

En estas circunstancias existe un vacío significativo en el Laudo que imposibilita al lector a seguir el razonamiento sobre este punto (...). Por ende, la determinación del Tribunal sobre la cláusula paraguas debe ser anulada por falta de motivación.

⁷⁸ *Sempra v. Argentina*, p.241.

⁷⁹ *Sempra Energy International v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de mayo de 2005.

⁸⁰ Admito que ello es discutible. No agoto la discusión en este con

⁸¹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Decision on application for annulment, Caso CIADI N° ARB/01/8, IIC 303 (2007), laudo de 25 de septiembre de 2007, pp. 96-97.

[It is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN (...).

In these circumstances there is a significant lacuna in the Award, which makes it impossible for the reader to follow the reasoning on this point ... Accordingly, the Tribunal's finding on [the umbrella clause] must be annulled for failure to state reasons]".

El Comité *ad hoc* de nulidad CMS hizo una observación que con toda probabilidad influirá en los siguientes casos⁸²:

- (a) Al hablar de "los compromisos que hubiera *contraído con* respecto a las inversiones", parece claro que el artículo II(2)(c) se refiere a obligaciones consensuales que derivan independientemente del propio tratado de inversión (i.e. conforme al derecho del Estado receptor o posiblemente al derecho internacional). Más aún, debe tratarse de obligaciones específicas relativas a la inversión. Estas no comprenden requisitos generales impuestos por el derecho del Estado receptor.
- (b) Las obligaciones consensuales no se contraen *erga omnes* sino con respecto a personas determinadas. En forma similar, el cumplimiento de dichas obligaciones o requisitos se produce entre deudor y acreedor.
- (c) El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las *partes* de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas.
- (d) La obligación del Estado comprendida en el artículo II(2)(c) a menudo es una obligación bilateral o una obligación intrínsecamente asociada a las obligaciones de la sociedad de inversión. Pero un accionista, aunque

⁸² Caso CIADI N° ARB/01/8, p. 95. Traducción de:

(a) *In speaking of "any obligations it may have entered into with regard to investments", it seems clear that Article II(2)(c) is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State.*

(b) *Consensual obligations are not entered into erga omnes but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee.*

(c) *The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the parties to the obligation (i.e., the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason of the umbrella clause.*

(d) *The obligation of the State covered by Article II(2)(c) will often be a bilateral obligation, or will be intrinsically linked to obligations of the investment company. Yet a shareholder, though apparently entitled to enforce the company's rights in its own interest, will not be bound by the company's obligations, e.g. as to dispute settlement (...)*".

aparentemente facultado para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio beneficio, no estará vinculado por las obligaciones de la sociedad, por ejemplo, en cuanto a la solución de controversias...

Como puede verse, dichas observaciones echan luz sobre algunos de los puntos neurálgicos del debate. Sin duda, serán de utilidad en casos futuros.

3. IMPLICACIONES PARA MÉXICO

Existen tres circunstancias por las que el debate descrito es relevante para México. Primero, la apertura al arbitraje en materia de contratación gubernamental. Segundo, que entidades de las administración pública mexicana han implementado proyectos de infraestructura complejos e importantes que están repletos de inversión extranjera. Tercero, la práctica mexicana sobre cláusulas paraguas.

3.1. Cláusulas paraguas a la mexicaine

Los textos utilizados por los tratados de inversión mexicanos invitan el debate apuntado en este ensayo. Comencemos por el más simple. El Apri México-Suiza dice⁸³:

“Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte”.

Dicho texto permite cualquiera de las posturas anteriormente descritas. Sin embargo, el texto más frecuentemente utilizado dice⁸⁴:

“Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que haya asumido por escrito con relación a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante. Sin embargo, las controversias que se deriven de dichas obligaciones serán dirimidas únicamente conforme a los términos establecidos en los contratos respectivos”.

De este texto se desprende la obligación de observar los compromisos adquiridos. Pero la segunda oración es interesante. La oración “las controversias que se deriven de dichas obligaciones serán dirimidas únicamente conforme a los términos establecidos en los contratos respectivos” parece tomar en cuenta el debate existente y dejar claro que las reclamaciones contractuales no pueden ser enderezadas ante un Tribunal de Inversión.

⁸³ Artículo 10(2) Apri México-Suiza.

⁸⁴ Artículo 8 Apri México-Islandia, artículo 19(2) Apri México-República Helénica, artículo 18(2) del Apri México-Portugal, artículo 10(2) del Apri México-Francia, artículo 9 del Apri con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, artículo 8(2) Apri México-Alemania, artículo 9 Apri México-Austria y artículo 3(4) Apri México-Países Bajos. (Referencias y nomenclatura tomada de González de Cossío, Arbitraje de Inversión, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009).

Dicha diversidad invita *forum shopping*. Proyectos de inversión importantes buscarán estructurarse para hacerse de la protección de las cláusulas paraguas que no resuelven el debate en forma negativa, máxime la frecuente ausencia de disposiciones de denegación de beneficios o anti-triangulación⁸⁵.

3.2. Arbitraje en materia de contratación gubernamental

Recientemente, México ha abierto la puerta a la posibilidad de pactar arbitraje en materia de contratación gubernamental⁸⁶. El artículo 80 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (*LAPS*) y 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (*LOPS*) permiten pactar el arbitraje.

Mucho puede decirse sobre la génesis de la reforma y peculiaridades de la misma⁸⁷. En este contexto, deseo dejar constancia que existe una plausible predisposición favorable de funcionarios por permitir y utilizar el arbitraje en contratación que así lo justifica.

El desarrollo es importante, no sólo por el resultado evidente, sino por la forma en que se realizó⁸⁸. Percatándose del valor agregado que brinda el arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias⁸⁹, y su utilidad en la atracción de inversión en proyectos importantes, funcionarios clave han decidido deshacerse de prejuicios que son óbice para atraer inversiones.

El paso es de aplaudirse, pues México necesita de dicho capital para continuar con las obras de infraestructura de las cuales está sediento.

⁸⁵ Como la que existe en el Tratado de Libre Comercio (artículo 1113(2)) que requiere 'actividades comerciales sustanciales'.

⁸⁶ El decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones *inter alia* de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2009.

⁸⁷ Para ello, puede acudir a *De Leyes y Embutidos: el arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios con el sector público*, conferencia presentada en el Evento de Arbitraje en Materia de Obra Pública organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional en abril de 2010, publicado en Pauta, Boletín de CCI México, 2010 y Revista del Club Español del Arbitraje, 2010. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

⁸⁸ Divulgo que el autor participó como asesor en dicha modificación.

⁸⁹ Como los *Dispute Boards*.

Ética en el arbitraje

FERNANDO ESTAVILLO CASTRO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Noción. 3. Ética del árbitro. 3.1. Independencia e imparcialidad. 3.2. Deber de revelación. 3.3. Capacidad profesional. 3.4. Disponibilidad. 3.5. Deber de actuar con el debido cuidado. 3.6. Desempeño directo de los deberes como árbitro. 3.7. Diligencia en el desempeño de las funciones. 3.8. Igualdad de trato a las partes. 3.9. Oportunidad a las partes para hacer valer sus derechos. 3.10. Confidencialidad. 3.11. Comunicación con las partes. 3.12. Esfuerzo en asegurarse de que el laudo sea ejecutable. 3.13. Transacción entre las partes. 3.14. Honorarios. 4. Ética de las partes. 4.1. Respeto del acuerdo de arbitraje. 4.2. Actuar de buena fe en el procedimiento. 4.3. Declaraciones de testigos y expertos. 4.4. Comunicación individual con los árbitros. 4.5. Prácticas engañosas y chicanas en relación con la anulación o con el reconocimiento y ejecución de laudos.

1. INTRODUCCIÓN

Me alegró enterarme de que el Instituto Peruano de Arbitraje estaba organizando un homenaje a los doctores YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, que incluiría la publicación de un Libro Homenaje y la celebración de un Congreso Académico sobre Arbitraje Internacional, y por tanto no dudé en aceptar la honrosa invitación a participar en el homenaje contribuyendo con un artículo para el libro.

La selección del tema no fue difícil, tomando en cuenta que el proyecto del Instituto Peruano de Arbitraje tiene por objeto hacer un merecido reconocimiento a quienes son no sólo dos distinguidos académicos y conferencistas, sino además dos connotados abogados que han dedicado una parte sustancial de sus vidas y de sus carreras a la práctica del arbitraje, en la que eventualmente

(*) Socio del despacho Miranda & Estavillo, S.C., de la ciudad de México. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y del Grupo de Arbitraje Latinoamericano de la ICC; miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, del Consejo de Usuarios Latinoamericanos y del Caribe de la London Court of International Arbitration (LCIA), de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de Comercio (CANACO) y de la Comisión de Arbitraje de ICC México, y miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA).

se enfrentan problemas que con más frecuencia de lo deseable son coincidentes en diversas jurisdicciones y no sólo inquietan sino que afectan a quienes se dedican al arbitraje, proporcionando un buen número de temas para discutir.

Este trabajo deriva de algunas reflexiones en relación con la ética en el arbitraje, que escribí hace algún tiempo por invitación de CECILIA FLORES RUEDA para formar parte del Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial, editado por ella, que fue publicado en México por Editorial Themis en 2010. Posteriormente escribí otro artículo sobre el mismo tema, para participar en el libro de homenaje al doctor BERNARDO CREMADES, que editó el Club Español de Arbitraje bajo la coordinación de MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y DAVID ARIAS y publicó La Ley en Madrid en 2010. El presente trabajo deriva de este último artículo.

Como advertirá inmediatamente cualquier lector, lo que sigue es más bien una breve lista de cuestiones sobre las que las respuestas de quienes se dedican al arbitraje no siempre son claras y frecuentemente no son unánimes, pero sé bien que esas respuestas vendrán paulatinamente de amigos y colegas de Yves y de Bernardo que están mucho más versados sobre los temas y problemas que aquí se plantean, o vendrán de los propios homenajeados como una contribución más de su parte, desde esa perspectiva única que resulta de su vastísima y exitosa experiencia en el campo del arbitraje en una impresionante diversidad de jurisdicciones, para enriquecer la doctrina arbitral; y espero contar con la indulgencia de quienes lean este trabajo, que con el mayor respeto y reconocimiento dedico afectuosamente a nuestros dos homenajeados.

Si bien inicialmente este trabajo estaba destinado a referirse exclusivamente a la *ética del árbitro*, durante su redacción advertí que la práctica actual del arbitraje tanto doméstico como internacional obligaba a ampliar su alcance, para incluir algunas breves reflexiones relativas a la *ética de las partes en el arbitraje*. Se dice con frecuencia que *la calidad de un arbitraje suele ser directamente proporcional a la calidad de los árbitros a cargo del caso*, y considero que la validez de este aserto no excluye la verdad de que *la calidad del procedimiento arbitral es también directamente proporcional a la calidad de las partes que en él intervienen y de sus abogados*; y si bien cabría decir también que *el desarrollo, calidad y consolidación del arbitraje en un país determinado, suele ser también directamente proporcional a la calidad de la judicatura que existe en él*, abundar en ello rebasaría el alcance de este trabajo. La experiencia de numerosos arbitrajes, en diversas jurisdicciones, parece confirmar todo esto.

En un artículo notable sobre comportamientos indebidos, conducta ilícita e ilegalidad en procedimientos arbitrales, BERNARD HANOTIAU –distinguidísimo árbitro– enfoca sabiamente su tópico de discusión al decir que *la conducta ilícita de un árbitro, un testigo o una de las partes en un procedimiento arbitral, constituyen*

comportamientos indebidos que tienen generalmente la intención de afectar el curso del procedimiento o la decisión del tribunal arbitral; y con toda razón señala que, dependiendo de la gravedad del comportamiento indebido, éste puede ser ilegal, puede estar sujeto a acción penal, puede dar lugar a responsabilidad civil, o puede llegar a fraude, corrupción o violación del orden público.

El artículo del profesor HANOTIAU describe y discute muy bien diversas situaciones que actualmente aparecen con frecuencia en la práctica del arbitraje internacional, y leer sobre las mismas es realmente esclarecedor. El propio doctor CREMADES también ha escrito sobre corrupción y arbitraje de inversión, y su artículo sobre este tema, que se cita en la bibliografía, es de lectura obligada por su utilidad.

Este trabajo no se limita a la discusión de la conducta indebida del árbitro, y se extiende también a la conducta indebida de testigos, peritos, partes y sus abogados, que también se comenta brevemente.

2. NOCIÓN

Dado que el origen de este tema parte de los valores, y con frecuencia los tratadistas modernos en materia de arbitraje hacen referencia a ciertos valores, es importante distinguir brevísimamente entre los términos *Moral*, *Ética* y *Deontología*, ya que aun cuando se les utiliza generalmente como sinónimos, son distintos.

En efecto, la *Moral* tiene por objeto de estudio las conductas que idealmente debe seguir el ser humano si se quiere desarrollar íntegramente como tal, con lo cual señala ideales de perfección; y no es una disciplina empírica ni descriptiva, sino una disciplina filosófica que plantea en el plano de las últimas causas (la perfección integral del ser humano y los valores a que debe tender), el problema de las conductas debidas, las permitidas y las prohibidas.

La *Ética*, a su vez, emana de la llamada *moralidad positiva*, y tiene una naturaleza empírica y descriptiva; la *Ética* es aquella parte de la *Moral* que se cumple, se practica y se exige de hecho a la generalidad del grupo, porque ese mismo grupo es capaz de practicarla; por tanto, se puede decir que en general -lo cual es comprensible- en todo grupo social existe un cierto distanciamiento entre los ideales de su *Moral*, y los ideales que practica en su *Ética*, que a su vez refleja las aspiraciones morales predominantes en el grupo, y éste las hace explícitas en exigencias que hace obligatorias para sus miembros.

La *Deontología*, por su parte, etimológicamente viene a ser la disciplina que estudia los deberes, y así existen deontologías aplicables a diversas profesiones, entre ellas la jurídica. Las deontologías profesionales no constituyen el producto de filósofos o moralistas, sino que son elaboradas por asociaciones

de profesionales para regir la conducta de sus miembros, teniendo desde luego como principios subyacentes los de la Moral y de la Ética, sólo que con un carácter eminentemente pragmático que les permita atender la problemática práctica de una determinada actividad profesional. Así, en términos generales podría decirse que la *deontología arbitral* constituiría una subespecie de la *deontología jurídica*, hecha la salvedad de que la función arbitral y la actividad arbitral no necesariamente se limitan a los abogados, aun cuando generalmente éstos intervienen de alguna manera, ya sea desempeñando la función arbitral o bien como asesores o representantes de parte.

En este campo, además de aquellas *deontologías* destinadas específicamente a los abogados, como serían el Código Internacional de Ética (*International Code of Ethics*) de la International Bar Association, el Código de Ética para Árbitros en Controversias Comerciales (*Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*) de la American Bar Association, o el Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, existen algunas *deontologías arbitrales*, como las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales (Rules of Ethics for International Arbitrators) de la International Bar Association ("IBA"), complementadas por las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) de la misma asociación, que bien pueden calificar como una de esas *deontologías arbitrales* en virtud de que en caso de conflicto con las disposiciones de las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales, o de silencio de éstas, deben prevalecer las disposiciones de dichas Directrices.

Independientemente de lo expresado en párrafos anteriores, es importante tener presente que si bien en diversas ocasiones se ha planteado la pertinencia de elaborar reglas o códigos de conducta de alcance universal que a la luz de la experiencia de las últimas décadas de práctica del arbitraje comercial moderno regulen las cuestiones de índole ética relacionadas con la práctica arbitral, particularmente por lo que hace a la conducta de los árbitros, o bien lo hagan en detalle las instituciones arbitrales en sus respectivos reglamentos de arbitraje, a la fecha ha prevalecido el criterio de que el establecimiento de criterios rígidos y detallados al respecto podría dar lugar a mayores problemas de los que se desearía resolver o evitar, e incluso podría dar pie a fomentar injustificadamente procedimientos de recusación o de impugnación de laudos arbitrales, y ha prevalecido el criterio de que resulta más favorable mantener dichos reglamentos en el plano muy general en que a la fecha existen.

En este contexto es importante tener presente que las citadas Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, por disposición expresa del párrafo 6 de las mismas en forma alguna constituyen disposiciones legales y por tanto no prevalecen sobre cualesquiera leyes na-

cionales o sobre las reglas de arbitraje (sean *ad hoc* o institucionales) elegidas por las partes; por tanto, únicamente se les debe reconocer el carácter de lineamientos o recomendaciones no vinculantes para los árbitros, las partes o las instituciones arbitrales, cuyos criterios orientadores cada uno de ellos podrá considerar o abstenerse de considerar discrecionalmente.

Consecuentemente, los conceptos que siguen no necesariamente derivan de cualquiera de las reglas de ética que se han mencionado (aunque por supuesto en ocasiones así es) sino de los criterios recurrentemente expresados por la doctrina arbitral, o resultantes de la práctica arbitral, y eventualmente de resoluciones judiciales. Además, como se muestra adelante, es claro que ciertas normas no pueden ser clasificadas estrictamente como normas éticas, sino principalmente como disposiciones de naturaleza regulatoria, independientemente de que en cualquier caso la observancia de esas normas es esencial para lograr una sana práctica arbitral.

En mi opinión esto ha sido muy bien descrito en pocas palabras por REDFERN y HUNTER, cuando dicen que además de los deberes específicos impuestos a los árbitros por las propias partes o por la ley, generalmente se considera que un árbitro tiene ciertas obligaciones morales o éticas, y un ejemplo obvio es la obligación de declinar la aceptación de un nombramiento, en caso de que el prospecto de árbitro no pueda dedicar suficiente tiempo y atención al caso para el cual se pretende nombrarlo.

REDFERN y HUNTER también se refieren al hecho de que ha existido mucha discusión respecto a la forma en que estas normas éticas, algunas veces descritas como la “deontología” de los árbitros, pudieran ser definidas o establecidas en alguna suerte de “código de conducta” internacionalmente aceptado, tal como el Código de Ética de 1997 de la IBA/AAA, modificado en 2004; y las Reglas de Ética de la IBA de 1987, parcialmente sustituidas por los Lineamientos de la IBA Sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, de 2004. Y al referirse al arbitraje conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), estos autores observan que no existe un código de conducta para árbitros ICC, sino que es posible discernir una guía general de estándares internacionales aceptables, de las actitudes y comportamiento de los principales árbitros internacionales.

En sus diversas intervenciones como conferencistas, ante públicos diferentes, el doctor DERAIS y el doctor CREMADES –hoy objeto de este homenaje convocado por el Club Peruano de Arbitraje– así como otros distinguidos colegas suyos, son frecuentemente consultados en relación con los estándares de conducta que deben observar los árbitros ante ciertas situaciones, y es por ello que sus opiniones sobre ese particular constituyen un referente para la buena práctica arbitral.

3. ÉTICA DEL ÁRBITRO

En la doctrina arbitral aparecen diversas obligaciones o deberes a cargo de los árbitros, que autores como REDFERN y HUNTER –quienes en muy pocas páginas discuten con notable profundidad y calidad la mayor parte de los temas comentados brevemente en este artículo– clasifican en deberes impuestos por las partes, deberes impuestos por la ley, y deberes éticos; sin embargo, se advierte que en algunos casos ciertas obligaciones o deberes del árbitro, que podrían ser clasificados bajo alguno de los primeros dos rubros, pueden tener también un carácter ético y por tanto también se comentan a continuación, aun cuando no obstante que el desarrollo de cada uno de los siguientes temas ameritaría varias páginas o una monografía –lo que excedería el alcance y objetivo de este artículo– simplemente se les enuncia brevísimamente y se proporcionan algunas de las fuentes básicas en donde puede ser complementada la información necesaria para profundizar sobre el tema.

También es oportuno mencionar que BERNARD HANOTIAU afirma que “los árbitros se deben comportar de acuerdo con altos estándares morales y éticos y deben asegurarse de que se apliquen esos mismos estándares durante el proceso arbitral. Más aún, los árbitros son guardianes del orden público internacional, que incluye la dignidad e imparcialidad del proceso arbitral.” Es obvio lo que la aplicación permanente de esos estándares representaría para el arbitraje.

3.1. Independencia e imparcialidad

El árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial. Si bien eventualmente algunos autores llegan a agregar el requisito de *neutralidad*, al considerarse este esencialmente ligado a las nacionalidad de los árbitros, generalmente se considera que esta pasa a un segundo término mientras subsistan la independencia y la imparcialidad del árbitro, salvo en aquellos casos especiales en que conforme a las reglas aplicables la nacionalidad puede ser determinante para poder fungir como árbitro bajo ciertas circunstancias.

El requisito de *imparcialidad e independencia* de los árbitros es de tal importancia que los redactores de la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional lo consideran imperativo y no derogable o dispensable por las partes. Asimismo, este requisito aparece reproducido consistentemente en el derecho positivo de la mayoría de los países con una legislación arbitral moderna, y lo confirman expresa o implícitamente las reglas de arbitraje de las diversas instituciones arbitrales.

Además de esto, el carácter *ético* de esta obligación a cargo del árbitro se desprende de las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales (Rules of

Ethics for International Arbitrators) de la International Bar Association, en cuyo artículo 1 recibe el calificativo de *regla fundamental*, y de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) de la misma asociación, que incorporan la independencia e imparcialidad del árbitro como la principal obligación ética a su cargo.

Al comentar la independencia e imparcialidad, EMILIO CÁRDENAS y DAVID W. RIVKIN señalan que, mientras que dichos principios pueden ser considerados universales, las instituciones arbitrales difieren en cuanto a su opinión respecto al alcance de la revelación requerida de los prospectos de árbitros, lo que implica que “cada institución debe hacer su propia determinación sobre si un hecho que ha sido revelado amerita o no una descalificación o una decisión de la institución para dejar de nombrar a esa persona como árbitro único o como presidente de un tribunal”, por tanto, dado que “el mejor medio para proteger el proceso de arbitraje internacional es tener mayor claridad respecto a las cuestiones que pueden conducir a revelación o a descalificación [ya que] dejar a las partes, árbitros e instituciones que decidan sobre una base *ad hoc* únicamente seguirá causando incertidumbre, ineficiencia y finalmente menos fe en el proceso”, la “guía que proporcionan” las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional “y la potencial publicación de las decisiones hechas por las instituciones en relación con recusaciones”, debiera ayudar a lograr mayor claridad y evitar incertidumbre en el futuro.

Las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), aprobadas el 22 de mayo de 2004, constituyen un instrumento de indiscutible utilidad para el análisis de cuestiones relativas a la independencia y a la imparcialidad de los árbitros, aun cuando como antes se dijo resulta discutible la pertinencia de aplicarlas de manera irrestricta o literal a cada caso, ya que las circunstancias inherentes a la designación y en su caso aprobación de cada árbitro deben analizarse de manera individualizada en función de los detalles específicos de cada situación.

Estas Directrices se refieren a diversos supuestos conforme a los cuales la persona propuesta como árbitro puede estar impedida para fungir como tal, y se describen en orden de importancia en una lista de tres colores.

La *Lista Roja* señala ciertos impedimentos absolutos, no exhaustivos, que no son dispensables, tales como la existencia de identidad entre una parte y el árbitro, o un árbitro que sea representante legal de una de las partes en el arbitraje; un árbitro que tenga un cargo o un interés financiero significativo en una de las partes; o, un árbitro que asesore regularmente a la parte que lo designó, y de quien el propio árbitro o el despacho del que forme parte

reciba un ingreso significativo. La *Lista Roja* señala también otras situaciones no exhaustivas que pueden ser *dispensables* por las partes, tales como que un árbitro haya prestado asesoría jurídica o haya emitido opinión como experto a una de las partes, en relación por la disputa, o haya tenido un involucramiento previo en el caso; que un árbitro sea accionista directa o indirectamente de una de las partes; que un árbitro esté representando o asesorando a una de las partes, a su abogado o al despacho que esté actuando como abogado de esa parte; que un árbitro sea abogado en el mismo despacho del abogado de una de las partes; que el despacho del árbitro tenga una relación comercial significativa con una de las partes; que el árbitro asesore regularmente a la parte que lo designó, sin que el árbitro o su despacho perciba un ingreso significativo de esa parte.

La *Lista Naranja* contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones que a los ojos de las partes pudieran dar lugar a dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del prospecto de árbitro, sin que necesariamente le impidan actuar con ese carácter; sin embargo, el prospecto de árbitro tiene la obligación de revelar esas circunstancias a las partes. Esas situaciones incluyen, entre otras, que el árbitro haya sido abogado de una de las partes dentro de los últimos tres años, sin existir entre el árbitro y esa parte una relación permanente; que el árbitro haya actuado como abogado contra una de las partes dentro de los últimos tres años, en un asunto no relacionado con el arbitraje; que el árbitro haya sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes, durante los últimos tres años; que el árbitro haya sido socio o haya estado afiliado de cualquier otra forma, dentro de los últimos tres años, con otro árbitro o cualquiera de los abogados que participan en el mismo arbitraje.

La *Lista Verde*, a su vez, identifica circunstancias que no sólo no deben considerarse como impedimento para fungir como árbitro, sino incluso quedan excluidas del deber de revelación a las partes, ya que dicha revelación en nada contribuiría a mejorar la independencia o la imparcialidad del árbitro, y sí podría en cambio ocasionar problemas injustificados. Este tipo de circunstancias incluye el caso del árbitro que ha publicado una opinión general respecto de alguna cuestión que también surge en el arbitraje, pero no está enfocada al caso que está siendo arbitrado; que un árbitro tenga relación con otro árbitro o con el abogado de alguna de las partes mediante la membresía en la misma asociación profesional; que el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro, hayan actuado juntos previamente como árbitros o como abogados.

Mientras que las Directrices de la IBA antes mencionadas parecen ser reconocidas generalmente como una herramienta útil y orientadora tanto para identificar posibles áreas de conflicto de interés como para decidir cómo

actuar cuando se está en presencia de circunstancias como las previstas en las Directrices, y ello es particularmente valioso para los nuevos árbitros o para aquellos no muy experimentados, las instituciones arbitrales y los árbitros experimentados parecen estar de acuerdo en considerar que dichas directrices, independientemente de lo orientadoras que pudieran ser, no deben ser consideradas vinculantes u obligatorias en cualquier forma, ni deben ser aplicadas literalmente o de manera irrestricta en cualquier caso, ya que las circunstancias relevantes relacionadas con la designación y aprobación de cada árbitro deben ser analizadas individualmente en sus méritos en cada caso, a la luz de los detalles específicos de cada situación.

3.2. Deber de revelación

Conforme al artículo 12 de la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI, por sus siglas en español), la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su *imparcialidad* o *independencia*; y desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, debe revelar sin demora tales circunstancias a las partes en caso de que surjan, a menos que ya se hubieran hecho de su conocimiento. Existen disposiciones semejantes en los diversos reglamentos de arbitraje, aun cuando algunos únicamente aluden a circunstancias que puedan ocasionar dudas respecto a la *independencia* del árbitro o prospecto de árbitro, sin hacer referencia a su *imparcialidad*. El deber de revelación se extiende a cualquier circunstancia que *a los ojos de las partes* pudiera poner en duda la independencia del árbitro o prospecto de árbitro, y algunos reglamentos requieren que dichas dudas sean *justificadas* o *razonables*.

El requisito de revelación reviste particular importancia en la práctica arbitral moderna y crecientemente se sostiene, como criterio general, que en caso de duda ante una circunstancia determinada, el prospecto de árbitro o el árbitro en funciones debe optar por la revelación, ya que su silencio podría ser interpretado como un ocultamiento deliberado de una situación que a los ojos de las partes pudiera poner en duda su independencia o su imparcialidad, con consecuencias adversas al resolverse una eventual recusación.

La contrapartida del principio de que en caso de duda deberá optarse por la revelación, es que una parte deseosa de encontrar subterfugios legales para demorar el procedimiento o para impedir a su adversario la designación del árbitro deseado originalmente, pudiera intentar convertir una revelación de buena fe por parte de un árbitro escrupuloso, en un procedimiento de recusación, frecuentemente infundado.

Considerando esto último, es el prospecto de árbitro o el árbitro en funciones quien debe ponderar juiciosamente cada circunstancia para decidir en cada caso lo que sea pertinente; y todo lo dicho antes en relación con las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, particularmente por lo que respecta a la *Lista Verde*, muestra que el deber de revelación debe ser interpretado y puesto en práctica después de una reflexión cuidadosa orientada por valores y considerando las circunstancias del caso que puedan ser importantes y relevantes, que incluyen no solamente las características del caso mismo, sino también las de las partes y sus abogados, y aun las de la judicatura en el lugar del arbitraje.

Abogados como EMILIO CÁRDENAS y DAVID W. RIVKIN señalan que “situaciones de sobre-revelación conducen a recusaciones innecesarias que causan problemas severos al arbitraje internacional. Las mismas demoran la resolución final del caso. Más importante aún, pueden denegarle a una de las partes el árbitro de su elección. Frecuentemente, las partes han elegido el arbitraje internacional por la posibilidad de nombrar a uno de los árbitros, pero en estas situaciones la parte contraria puede denegar a una de las partes ese derecho; y la disposición de las Instituciones a remover o no nombrar árbitros únicos o presidentes de tribunal que no cuentan con una revelación limpia al inicio del arbitraje, pueden también conducir a una sub-revelación. Un árbitro que desee ser nombrado puede dejar de mencionar algo que pudiera tener consecuencias para una de las partes, con el fin de tener una revelación limpia.”

Como es evidente, el *deber de imparcialidad* está íntimamente relacionado con el requisito de *independencia e imparcialidad* que se comentó en párrafos anteriores, y por tanto le es aplicable lo dicho al respecto.

3.3. Competencia profesional

Este deber aparece señalado desde la Nota Introdutoria de las citadas Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA y no solamente implica, sino que esencialmente exige, que antes de aceptar el encargo el prospecto de árbitro se cerciore de que reúne las características necesarias para desempeñar su función, tanto por lo que concierne a las habilidades profesionales y experiencia requeridas a la luz de la materia y de la naturaleza de la controversia sobre la cual habrá de versar el arbitraje, como de las disposiciones legales aplicables y del idioma del arbitraje, así como para asegurarse de la ausencia de conflictos de interés o de circunstancias que ameriten revelación.

De igual manera, antes de aceptar su designación el prospecto de árbitro debe verificar prudentemente los términos del acuerdo de arbitraje y de las reglas que en su caso deban regir el procedimiento, particularmente por lo que respecta a plazos y actuaciones especiales, así como de los lugares en

que deban ser practicadas esas actuaciones, para asegurarse de que estará en posibilidad de desempeñar su función dentro del marco del acuerdo de arbitraje, de los acuerdos procesales entre las partes, y de las reglas aplicables al procedimiento.

Además, si bien las comunicaciones entre el prospecto de árbitro y la parte que pretenda designarlo, son éticamente admisibles para efectos de determinación de la competencia profesional y de la disponibilidad del árbitro, así como para la verificación de la ausencia de conflictos de interés y de circunstancias que ameriten revelación (y así lo autorizan las Reglas de Ética de la IBA, en su artículo 5), el contenido de esas comunicaciones debe circunscribirse a esas cuestiones u otras de naturaleza equivalente, sin incluir en ellas las circunstancias fácticas del caso, la posición de la parte en el mismo, y mucho menos el criterio u opinión del prospecto de árbitro al respecto, ya que con ello estaría violando desde ese momento su deber de imparcialidad, y esto sería contrario a los principios de la ética.

3.4. Disponibilidad

De manera similar, atendiendo tanto al artículo 9 de las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA, como a las disposiciones de diversos reglamentos de arbitraje, antes de aceptar su designación el prospecto de árbitro debe verificar prudentemente la naturaleza, complejidad y envergadura del arbitraje por iniciarse, y de ser posible la naturaleza del procedimiento que será necesario para la instrucción de la causa, a fin de determinar si estará en posibilidad de dedicar al arbitraje la atención y tiempo necesarios.

De manera análoga, aunque no se refiere estrictamente a la *disponibilidad*, el conocer la composición del tribunal arbitral puede ser útil para el prospecto de tercer árbitro y particularmente para aquél que fungiría como presidente, dado que en algunas ocasiones esa información podría ayudarle a vislumbrar el tipo de relaciones humanas que llegarían a existir en el tribunal arbitral, considerando las diferentes personalidades involucradas –cuando éstas son conocidas– y formarse una idea del ambiente que probablemente enfrentaría como presidente, con el fin de evaluar antes de aceptar el cargo su propia capacidad y su disposición a desempeñar eficazmente la función de presidente, ya que en última instancia el presidente del tribunal arbitral tiene la responsabilidad final de la conducción del arbitraje, y la composición del tribunal puede ser esencial para ello y hacer la diferencia.

En beneficio del interés de las partes, las instituciones arbitrales tiene el deber de supervisar en todo tiempo de manera cercana el desarrollo de los casos que administran, para asegurarse de que los árbitros cumplan debidamente con su deber de *disponibilidad* y que la duración del arbitraje no se vea

afectada por demoras injustificadas atribuibles a una falta de disponibilidad irrazonable por parte de los árbitros. Por ello, las reglas de arbitraje modernas facultan a las instituciones arbitrales para sustituir a un árbitro que no esté desempeñando sus funciones de conformidad con las reglas aplicables al procedimiento o dentro de los plazos prescritos en las mismas y, además, las instituciones arbitrales acostumbran advertir a los árbitros de la relevancia que tiene la celeridad de la conducción y de la conclusión del arbitraje, al determinar los honorarios a que tendrán derecho los árbitros.

3.5. Deber de actuar con el debido cuidado

Redfern y Hunter hacen especial mención de este deber al referirse a las obligaciones impuestas por la ley a los árbitros; y al desarrollar este tema, además de señalar el requisito de competencia profesional y habilidades, que desde luego debe satisfacer el árbitro, enfatizan el deber de éste de poner el debido cuidado en la aplicación de esas habilidades al desempeñar su función, como corresponde a las expectativas de las partes; y al respecto, afirman dichos autores que ello no sólo constituye para el árbitro un deber moral, sino una obligación de carácter jurídico por cuya inobservancia el árbitro puede incurrir en responsabilidad, particularmente en aquellas jurisdicciones en donde la relación entre el árbitro y las partes se considera de carácter contractual y, por tanto, no se le concede inmunidad.

El debido cuidado es lo mínimo que las partes y las instituciones que han nombrado al árbitro esperan de su desempeño, y esto exige no solo un análisis completo y exhaustivo de las promociones de las partes y de las pruebas ofrecidas por ellas, sino una clara comprensión de todas las cuestiones controvertidas que deberán ser resueltas en los laudos, y la consideración de todas las disposiciones legales y resoluciones judiciales relacionadas con los hechos y cuestiones controvertidos, frente a las circunstancias del caso, poniendo también atención en la jurisprudencia arbitral y en otras fuentes que en su caso pudieran ser útiles para tomar las decisiones respectivas.

3.6. Desempeño directo de la función de árbitro

El carácter y la función de árbitro tienen una naturaleza *intuitu personae*, y por ello la designación como tal constituye una consecuencia y una manifestación implícita de la confianza que la parte que hace la designación, o bien la institución nominadora, deposita en el árbitro ateniéndose presumiblemente a su competencia profesional, disponibilidad, capacidad de juicio, perfil ético y reputación; por tanto, el árbitro tiene a su vez la obligación tanto legal como ética de desempeñar personalmente la función encomendada, sin que le esté permitido delegar en terceros el estudio del caso o las deliberaciones neces-

rias, que constituyen funciones que de manera inexcusable debe desempeñar personalmente.

Consecuentemente, la intervención de secretarios administrativos para el auxilio del tribunal arbitral, cuando así lo permiten las reglas que rigen el procedimiento, está sujeta a que las partes y los demás miembros del tribunal autoricen el nombramiento del secretario administrativo, independientemente de que éste queda impedido de participar en las deliberaciones del tribunal o en la toma de decisiones, y sus tareas se circunscriben a actividades meramente administrativas y logísticas en apoyo del tribunal arbitral.

3.7. Diligencia en el desempeño de la función

El *deber de actuar diligentemente* en el desempeño de la función de árbitro, se relaciona estrechamente con el *deber de disponibilidad* comentado antes.

Conviene mencionar que el doctor CREMADES ha dicho al respecto que “El desempeño de las funciones con la debida diligencia es sin duda el mejor antídoto contra las tácticas dilatorias en el procedimiento arbitral. Actualmente es generalmente aceptado que [ante] la negativa de una parte a participar en el procedimiento arbitral, tal omisión estratégica de esa parte resulta inútil si los árbitros deciden las controversias sin escuchar los puntos de vista de la parte omisa. El deber de actuar con la debida diligencia también requiere que se adopte una posición firme, inteligente y razonable contra posibles tácticas obstruccionistas de las partes.”

Este es otro de los deberes contemplados por las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA, declarado *regla fundamental* en su artículo 1, y su observancia es indispensable para una buena marcha del procedimiento arbitral, por lo cual, como en el caso del deber de disponibilidad, la diligencia de los árbitros constituye hoy en día otra de las áreas en que las instituciones administradoras de arbitrajes parecen estar poniendo mayor atención, y se extiende la práctica de reflejar en los honorarios de los árbitros la demora injustificada en los procedimientos arbitrales.

En consistencia con el principio de que *justicia demorada es justicia denegada*, el árbitro tiene el deber tanto jurídico como ético de desempeñar diligente y *eficientemente* su función, lo cual incluye no sólo o simplemente la celeridad en la conducción del procedimiento, sino la búsqueda de una justa y eficaz solución de la controversia –como lo disponen dichas Reglas de Ética– lo que implícitamente requiere una eficiente instrucción de la causa, el estudio acucioso, profundo e integral de las promociones de las partes, de las pruebas ofrecidas y cualesquier otros documentos del expediente, sino la colaboración con los demás miembros del tribunal arbitral y la adopción de las medidas a

su alcance para contrarrestar, o superar, tanto las tácticas dilatorias que alguna de las partes pudiera intentar como la eventual indolencia o inactividad de ambas partes, de ser el caso.

Algo que no necesariamente tiene que ver con la *diligencia*, pero es de la mayor importancia y podría convertirse en una cuestión relevante y por tanto se le debe mencionar en algún lugar, dado que la experiencia demuestra que puede tener un impacto negativo en el desarrollo del procedimiento arbitral, se refiere a la composición del tribunal arbitral y a la relación entre sus miembros, pues en la práctica, con mayor frecuencia de lo que podría pensarse y ciertamente más a menudo de lo que sería deseable, las luchas en el seno del tribunal arbitral resultan en demoras injustificadas, deliberaciones interminables o, aún peor, laudos por mayoría acompañados de opiniones disidentes frecuentemente motivadas por animosidad y dirigidas a proporcionar argumentos que pueda utilizar alguna de las partes ante los tribunales judiciales para la anulación del laudo.

Lo que pueden hacer las instituciones arbitrales al respecto generalmente es poco, dado que el problema generalmente surge cuando el procedimiento está avanzado, y en esas circunstancias la sustitución de un árbitro sería una medida extrema, sólo indicada en circunstancias extremas y fuera de toda duda, en virtud de las serias implicaciones que obviamente tiene una medida de esa naturaleza; por tanto, el llamado ético en este caso corresponde fundamentalmente a los árbitros.

3.8. Igualdad de trato a las partes

En la opinión de Redfern y Hunter, con la que es fácil estar de acuerdo, el tribunal arbitral tiene el *deber de actuar judicialmente*, lo que consiste en el deber de respetar las reglas del debido proceso legal, y esto constituye una obligación jurídica más que una simple *obligación moral*. Según dicen Redfern y Hunter, el deber de actuar judicialmente es un deber que se extiende a todos los aspectos del procedimiento y, por tanto, también incluye el deber de igualdad de trato a las partes y el deber de dar a las partes una oportunidad justa de presentar su caso, así como el deber de evitar comunicaciones unilaterales entre una de las partes y uno de los árbitros, entre otros deberes.

La igualdad de trato a las partes constituye otro de los principios cardinales en el arbitraje, y constituye una condición inexcusable en el ejercicio de la facultad del árbitro de conducir el procedimiento de la manera que considere apropiada. Es por ello que este principio se encuentra en la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI) y en la mayoría, si no es que en todas las reglas de arbitraje institucional. En el caso de México, así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver que dicha facultad de conducir el

procedimiento no es omnímoda al estar condicionada a la observancia de este principio, y del deber de dar a las partes plena o razonable oportunidad de hacer valer sus respectivos derechos.

La violación de estos deberes, por parte del árbitro, expone a éste a la remoción de su cargo conforme a las disposiciones de los reglamentos de arbitraje de diversas instituciones, además de ser susceptible de convertirse en una causal de nulidad del laudo arbitral o de denegación de su reconocimiento y ejecución por los tribunales judiciales competentes.

3.9. Oportunidad a las partes para hacer valer sus derechos

La obligación de *dar a las partes plena o razonable oportunidad de hacer valer sus derechos, o de presentar su caso* (según sea la terminología empleada por el derecho positivo aplicable o por las reglas de arbitraje respectivas), constituye junto con la ya mencionada *igualdad de trato a las partes*, otro de los principios rectores del arbitraje; y también constituye una condición inexcusable en el ejercicio de la facultad del árbitro de conducir el procedimiento de la manera que considere apropiada.

Conforme a la mayoría de las reglas arbitrales, antes de declarar cerrada la instrucción el árbitro debe cerciorarse de que las partes tuvieron plena o razonable oportunidad de hacer valer sus derechos, o de presentar su caso, y en la práctica arbitral los árbitros suelen preguntar a las partes si tuvieron dicha oportunidad, antes de declarar concluida cualquier audiencia, y particularmente la audiencia final del arbitraje, a fin de dejar constancia de ello. Asimismo, los árbitros suelen hacer una mención al respecto al declarar cerrada la instrucción e incluso suelen dejar constancia de ello en el laudo final.

En la práctica arbitral, sin embargo, el árbitro debe ser cuidadoso y prudente dado que existen casos en los que no obstante que las actuaciones que deben ser realizadas para la instrucción de la causa han sido definidas y convenidas claramente con anticipación y, por tanto, el procedimiento mediante el cual las partes habrán de tener plena oportunidad para presentar su caso o para hacer valer sus derechos a lo largo de la instrucción de la causa, y los plazos para ello, son claros y han sido convenidos por las partes, alguna de las partes llega a presentar promociones no previstas o a presentar documentos probatorios fuera de los plazos fijados, arguyendo que deben serles admitidos o en caso contrario la negativa a aceptarlos constituiría una privación de su oportunidad para presentar su caso, amenazando con una futura petición de anulación del laudo. Este tipo de situaciones se comenta de nuevo más adelante, al referirse a la ética de las partes.

3.10. Confidencialidad

Al mencionar desde la Nota Introductoria de las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA, que los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes, y *discretos*; y al disponer en el artículo 9 de dichas Reglas la confidencialidad *a perpetuidad* de las deliberaciones del tribunal arbitral y de los laudos, queda claro que la confidencialidad constituye uno de los deberes que forman parte de la ética del árbitro; así se reconoce universalmente, y las reglas de arbitraje de muchas instituciones consignan esta obligación.

Conforme a dichas Reglas de Ética, la obligación de confidencialidad, que salvo circunstancias de excepción se considera perpetua y puede ser dispensada únicamente en circunstancias excepcionales, se extiende a las actuaciones arbitrales y en especial a las deliberaciones del tribunal arbitral, así como al contenido de los laudos parciales y del laudo final del arbitraje; sin embargo, el tratamiento y alcance de dicha confidencialidad, por lo que hace al caso concreto, queda sujeto a los términos de lo que en su caso dispongan las reglas de arbitraje convenidas por las partes y el derecho positivo de cada país. Concurrentemente, profesionales del arbitraje tales como HANS BAGNER y otros consideran que “las partes no pueden atenerse más a una obligación implícita de confidencialidad”, sino que “las partes deben redactar una cláusula arbitral apropiada en la que señalen la extensión y naturaleza de las obligaciones de confidencialidad que deban aplicarse a cualquier arbitraje futuro.”

Al contrario de lo que pudiera pensarse, la cuestión relativa a la confidencialidad no se incluye expresamente en las reglas de arbitraje de todas las instituciones arbitrales, mientras que la London Court of International Arbitration (LCIA) tiene una disposición detallada en materia de confidencialidad en el artículo 30 de su Reglamento de Arbitraje. Conforme a esa disposición, las partes y el tribunal arbitral se comprometen, como principio general, a mantener en confidencialidad todos los laudos dictados en el arbitraje, junto con todos los materiales producidos en la instrucción de la causa para fines del arbitraje y todos los documentos producidos en el procedimiento por la otra parte, que no se encuentren en el dominio público; y conforme al Reglamento de Arbitraje de LCIA, las deliberaciones del tribunal arbitral son asimismo confidenciales para sus miembros.

Si bien existe gran debate respecto a la conveniencia de incluir o no disposiciones en materia de confidencialidad en las reglas de arbitraje de las diferentes instituciones, particularmente en virtud de las diferentes implicaciones legales que pudieran existir conforme a las leyes aplicables en los diversos lugares en que tenga lugar el arbitraje, así como en las jurisdicciones

en que pudiera pretenderse el reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otras razones que han sido argumentadas para cuestionar la inclusión de obligaciones de confidencialidad en dichas reglas, me atrevería a decir que la realidad es que, a pesar de esas formalidades y de las razones por las que no se incluyen disposiciones de confidencialidad en muchas reglas de arbitraje, ese silencio no debe de ser interpretado como oposición o indiferencia respecto a la confidencialidad, ya que las propias instituciones arbitrales y la mayoría de los profesionales del arbitraje realmente incluyen a la confidencialidad entre los valores rectores del arbitraje, discrepando únicamente respecto a la forma en que las obligaciones de confidencialidad deben ser implementadas y al alcance del deber de confidencialidad.

En un excelente artículo, SERGE LAZAREFF –por cierto recientemente homenajeado por la comunidad arbitral mediante un *liber amicorum*– manifiesta contundentemente que es “un absurdo postular que la confidencialidad no es una parte esencial del arbitraje comercial [y] es inconcebible que tal procedimiento, sea doméstico o internacional, debiera tener lugar a la luz pública... [y] si, como escribió Ihering, la forma es la hermana gemela de la libertad, entonces la confidencialidad es la hermana gemela del arbitraje.”

Sobre este particular, al discutir el principio del debido proceso y materias relacionadas, ALAIN PLANTEY manifestó años atrás que “Una adición más a estos principios generales, es la obligación de confidencialidad, que es fundamental en el comercio internacional. A menudo, la razón por la que las empresas acuden al arbitraje en vez de los tribunales nacionales es porque no desean que otras compañías o gobiernos conozcan sus problemas. Mantener en confidencia los procedimientos arbitrales, es una obligación fundamental para las instituciones arbitrales.”

Esta obligación, si bien aplicable sin distinción a todos los miembros del tribunal arbitral independientemente del origen de su nombramiento y de la función desempeñada dentro del tribunal (árbitro único, coárbitro o presidente), reviste particular importancia tratándose del árbitro designado por una de las partes, dado que eventualmente las expectativas respecto a su función y a su conducta han llegado a ser mal concebidas por las partes que designan a los árbitros o por sus abogados o, aún peor, por ciertos árbitros designados por una de las partes, llegando con ello a extremos dañinos para el arbitraje mismo y en algunos casos escandalosos.

Esa mala concepción conduce a las más indeseables desviaciones, particularmente en virtud de que la función y la conducta del árbitro se consideran actualmente, cada vez más y sin admitir excusa o excepción, como subordinadas a los principios de *confidencialidad, independencia e imparcialidad*.

Conforme a este deber de confidencialidad, sería no sólo contraria a los deberes éticos del árbitro y probablemente también a la legislación aplicable de algunos países, toda revelación de cualquier información relativa a las actuaciones arbitrales, a las deliberaciones del tribunal arbitral, o al contenido posible o real del laudo arbitral particularmente antes de ser éste notificado a las partes, así como evidentemente la revelación de los secretos comerciales o industriales o información reservada de naturaleza similar, que las partes hayan aportado durante el procedimiento, obviamente está prohibida conforme a las reglas de arbitraje de diversas instituciones. Estos deberes de confidencialidad son aplicables a cualquier árbitro, incluyendo al árbitro designado por una parte y prohíben la revelación tanto a cualquier tercero como a la propia parte que designó al árbitro.

Igualmente, tratándose de la emisión de una *opinión disidente* por parte de cualquier árbitro respecto del laudo final (cuya emisión es *per se* legítima y constituye una práctica crecientemente aceptada), independientemente de la ausencia de reglas o directrices al respecto debe ser claro para cualquier árbitro, y particularmente para el designado por la parte perdedora en el arbitraje, que la decisión de emitir una *opinión disidente* debe emanar de la convicción personal, objetiva y de buena fe por parte del árbitro, y no de una moción de la parte que lo designó o del deseo de complacerla.

Además, al redactar una opinión disidente el árbitro tiene el deber de salvaguardar la confidencialidad de las deliberaciones del tribunal arbitral, absteniéndose de revelar injustificadamente circunstancias de hecho relacionadas con dichas deliberaciones, que sólo en circunstancias tan excepcionales como extremas pudiera ser no sólo legítimo sino incluso imperativo revelar, aun al amparo de las propias Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA, en caso de existir hechos ilícitos o dolo por parte de los demás árbitros.

3.11. Comunicaciones con las partes

Como parte del deber de *actuar judicialmente*, y como un complemento lógico del deber de dar un *trato igual a las partes*, el árbitro debe evitar todo género de comunicaciones directas con una sola de la partes, particularmente con aquélla que lo haya designado como árbitro, y especialmente tratándose de cuestiones o asuntos relativos al fondo o méritos de la controversia, que deben ser rehusadas. Tales comunicaciones son excepcionalmente permisibles tratándose de aquéllas relativas a meras cuestiones de procedimiento, siempre y cuando la otra parte haya sido informada con prontitud (REDFERN y HUNTER) y, de nuevo excepcionalmente, en algunos casos podrían ser permisibles en circunstancias que pudieran favorecer una transacción (CRAIG, PARK y PAULS-

SON, y otros autores). El artículo 5 de las citadas Reglas de Ética para Árbitros Internacionales abunda sobre estas cuestiones en detalle.

En caso de darse una de esas comunicaciones, el coárbitro debe referir la comunicación al presidente del tribunal para que sea éste quien se haga cargo de la misma, y sólo en circunstancias excepcionales debe atender directamente la comunicación de la parte, en cuyo caso de inmediato debe hacer del conocimiento de los demás árbitros la comunicación y a continuación, dependiendo del contenido y trascendencia del tema, por regla general se debe hacer del conocimiento de la otra parte el contenido de la comunicación, a fin de que pueda manifestar lo que a su interés convenga y se le respete la igualdad de trato.

3.12. Esforzarse por dictar un laudo que sea ejecutable

Según se desprende de las reglas de arbitraje de las diversas instituciones, el deber tanto ético como jurídico del árbitro, al aceptar su encargo, incluye el compromiso de desempeñar su función hasta la total conclusión del arbitraje, lo que debe ser entendido como la conclusión íntegra de todas las actuaciones relativas al arbitraje. Esto implica que la interpretación, aclaración o corrección del laudo, y la emisión de un laudo adicional, de estar así previsto conforme a las reglas de arbitraje respectivas, quedan comprendidas dentro de los deberes jurídicos y éticos del árbitro y, además, sobra decir que en el caso de aquellas instancias posteriores al laudo final en las que deba participar el árbitro en el desempeño de su función, tal participación posterior no le da derecho a una compensación u honorario adicional, pues no habría sido necesaria si el laudo no hubiera ameritado interpretación, aclaración, corrección o incluso la emisión de un laudo adicional.

Asimismo, conforme a las reglas de arbitraje de diversas instituciones, tales como la ICC y la LCIA, el árbitro tiene el deber de *esforzarse* para asegurarse de que el laudo que emita sea susceptible de ejecución legal, y es interesante advertir que, conforme al Reglamento de la ICC, *el esfuerzo de ejecutabilidad* aparece expresado en términos de que el tribunal arbitral *deberá esforzarse siempre* para que el laudo sea susceptible de ejecución legal, mientras que conforme al Reglamento de la LCIA el mismo deber se enfoca como *todo esfuerzo razonable*, y está dirigido a la Corte de la LCIA, al tribunal arbitral y también a las propias partes; por tanto, REDFERN y HUNTER tienen razón al decir que *“es importante que el tribunal arbitral haga lo mejor que pueda no solamente para asegurarse de que el laudo es correcto, sino también es ejecutable a través de las fronteras internacionales.”*

Mientras que por una parte es claro que en el caso del árbitro este deber está estrechamente ligado al *deber de actuar con el debido cuidado* –y sin perjuicio

del *deber de contar con la competencia profesional*— por otra parte y particularmente considerando que la ejecución del laudo podría ser intentada en muchas jurisdicciones diferentes y conforme a sistemas legales totalmente distintos —quizá inciertos y por tanto desconocidos para el árbitro al redactar el laudo— con los que el árbitro puede no estar familiarizado en forma alguna sin que esto implique *per se* una violación de su deber de competencia profesional, la definición y la suficiente comprensión del alcance del deber del árbitro son de la mayor importancia y por ello Redfern y Hunter dicen que “no se puede esperar que cualquier tribunal arbitral *garantice* que su laudo será ejecutable en cualquier país en que el ganador elija ejecutarlo [pues] esto sería mucho esperar, ya sea como cuestión de derecho o de obligación moral”, para concluir que “sin embargo, todo tribunal arbitral debe hacer lo mejor”, y “expresiones tales como ‘hacer cualquier esfuerzo’ denotan una obligación de desempeño, más que una obligación de alcanzar un resultado definido.”

Consecuentemente, de acuerdo con REDFERN y HUNTER, para cumplir con el estándar mínimo de desempeño que se requiere para la observancia del deber de hacer cualquier esfuerzo (o cualquier esfuerzo *razonable*) para asegurarse de que el laudo sea ejecutable conforme a derecho, el árbitro debe primero asegurarse de que tiene competencia para decidir sobre las cuestiones resultantes de las pretensiones de las partes, que deben ser resueltas íntegramente en el laudo dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje sin incurrir en *infra petita* o *ultra petita*, y debe cumplir con todas las reglas de procedimiento que rijan el arbitraje ya sea conforme al acuerdo de arbitraje o conforme a las disposiciones aplicables de las leyes del lugar del arbitraje, incluyendo aquellos detalles de forma mencionadas por las mismas; y por lo que hace a la ejecución real del laudo, uno podría inferir de sus comentarios que sería razonable esperar que el laudo cumpla con todos los requisitos especiales de la ley de cualquier posible lugar de ejecución, por lo cual subsiste la posibilidad de que el laudo no sea ejecutable en algún lugar determinado, y en ese caso el árbitro no debiera tener responsabilidad por la denegación de la ejecución.

Como una consideración final sobre esta cuestión tan importante, los comentarios anteriores de REDFERN y HUNTER son de lo más sugestivos y convincentes cuando mencionan que *las propias partes y, tal vez el demandante en lo particular, podrán saber probablemente mejor que el tribunal arbitral dónde sería más probable que se promoviera el reconocimiento y ejecución del laudo, y son los más interesados en asegurarse en la medida de lo posible de que se tome en cuenta un determinado requisito que sea peculiar conforme a la legislación del país en que probablemente se promueva la ejecución del laudo*. Considerando esto último, uno no puede sino aplaudir los términos del artículo 32.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, que dispone que la Corte de la LCIA, el tribunal arbitral y las

partes actuarán dentro del espíritu de dicho reglamento y realizarán cualquier esfuerzo *razonable* para asegurar que el laudo sea legalmente ejecutable.

Por su parte, BERNARD HANOTIAU comenta que “desde el punto de vista legal, un árbitro no tiene que incluir en el laudo elementos que no sean una justificación necesaria de su decisión. Empero, por otra parte, [el árbitro] es nombrado *intuitu personae* en consideración a sus cualidades jurídicas y morales y de su carácter. En este respecto, si bien el árbitro debe evitar hacer algo que pudiera entorpecer o hacer más difícil la ejecución del laudo, esto no debe hacer que se abstenga *a priori* de expresar algún juicio sobre irregularidades flagrantes en las actuaciones arbitrales. Los árbitros deben comportarse de acuerdo con altos estándares morales y éticos y deben asegurarse de que los mismos estándares se apliquen durante el proceso arbitral. Más aún, los árbitros son guardianes del orden público internacional, que incluye la dignidad e imparcialidad del proceso arbitral”.

Según HANOTIAU, “como consecuencia de sus obligaciones legales y morales, los árbitros deben en primer lugar hacer notar de oficio todas las violaciones al orden público internacional y (...) [dado que] lo que uno espera es un tribunal arbitral fuerte y proactivo, comprometido con la integridad y justicia del proceso arbitral y con los valores de justicia y buenos principios [y] dependiendo del tipo de situación, los árbitros deben utilizar todos los medios legales disponibles para oponerse al intento de una de las partes, de obstruir o descarrilar el proceso arbitral”; sin embargo, debe tenerse presente que el propio Hanotiau también señala que “en todos los casos el tribunal arbitral debe evitar cualquier medida acción o expresión innecesaria que pueda entorpecer o hacer más difícil la ejecución del laudo”.

En otro artículo sobresaliente, PIERRE A. KARRER describe y analiza diversas situaciones típicas e interesantes y advierte que “producir un laudo ejecutable constituye el objeto de la totalidad del *sistema de arbitraje* y (...) la consecución de ese objetivo no depende únicamente del tribunal arbitral [ya que] todos los participantes deben hacer en lo general todo lo comprendido dentro del alcance de sus posibilidades para asegurarse de que *todos* los laudos arbitrales –o tantos como sea posible– sean reconocidos y ejecutados en el lugar del arbitraje y en el extranjero”.

Y como bien dice el profesor KARRER, “esta es una tarea vitalicia. Involucra inspirar a la comunidad internacional, así como a un grupo más amplio de abogados dedicados a los negocios internacionales que estén menos versados en el arbitraje internacional. Involucra trabajar con los jueces de los tribunales del Estado, particularmente aquellos que manejan regularmente casos de arbitraje internacional, recusaciones de árbitros e impugnaciones de laudos. Involucra persuadir a aquellos políticos que puedan tener una influencia

benéfica o dañina en el desarrollo de nuestro campo”, para concluir que “un brillante ejemplo para todos nosotros es el largo y continuo trabajo de ROBERT BRINER”, ex Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

3.13. Transacción entre las partes

Este concepto, aun referido de manera tan superficial como aquí se hace, puede ser visto desde diversos ángulos. Uno de ellos, es el que regulan las citadas Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA, en su artículo 8, que se refiere a la participación del árbitro en la negociación de la transacción. En dicho artículo, mientras está implícita la aceptación de la posibilidad de que el árbitro sugiera a las partes que busquen una transacción, y aun se admite la posibilidad de que haga propuestas de transacción a ambas partes simultáneamente, el lineamiento ético se centra esencialmente en la censura de la posibilidad de que el tribunal arbitral, o cualquiera de los árbitros, discuta los términos de la transacción con cualquiera de las partes, dado que ello normalmente tiene como resultado que cualquier árbitro que se involucre en esas discusiones quede descalificado para cualquier participación futura en el arbitraje.

En este supuesto, al margen de lo expresamente permitido por dichas Reglas de Ética, en opinión del suscrito es desaconsejable que el árbitro se involucre en cualquier forma (incluyendo la forma pasiva) en la discusión de los términos de un posible transacción entre las partes, dado que generalmente –y particularmente conforme al derecho civil– se entiende que la transacción implica por definición el otorgamiento de concesiones recíprocas para prevenir o dar por terminada una controversia, y por tanto existe una importante probabilidad de al negociar tales concesiones recíprocas se ventilen situaciones de hecho y las discutan las partes al negociar las condiciones para llegar a una eventual transacción.

Esto último podría conducir a situaciones en las que el árbitro quedara expuesto a enterarse, fuera del procedimiento contradictorio de instrucción de la causa, de circunstancias de hecho relacionadas con el fondo de la controversia, que no hubieran sido evidentes en el expediente del arbitraje, lo que resultaría en la posibilidad de que se afectara la imparcialidad del árbitro por circunstancias ajenas a la instrucción de la causa y al espíritu y objetivos de las comunicaciones entre las partes en el marco de procedimientos de conciliación y de mediación, y esto sería grave en caso de que las partes no fueran capaces de llegar a una transacción y fuera necesario continuar con el procedimiento arbitral. En este contexto, y considerando los riesgos inherentes, es claro que el árbitro debe abstenerse de tener cualquier intervención en las

negociaciones entre las partes respecto a los términos y condiciones de una posible transacción.

Otro ángulo, es el que se refiere al deber ético del árbitro de facilitar, o al menos no obstaculizar, la intención de las partes de llegar a una transacción que les permita la solución no adversarial de su controversia. Esta cuestión, que claramente atañe a la obligación deontológica del abogado de evitar la litigiosidad, claramente impone al árbitro –sea o no abogado– el deber de respetar la decisión de las partes de dar por terminada su controversia mediante una transacción, que al fin y al cabo representa el final de la controversia mediante el otorgamiento de concesiones recíprocas, que fueron presumiblemente aceptables para las partes.

En ese escenario, a menos que el árbitro esté en presencia de una transacción cuyo objeto sea ajeno al alcance del acuerdo de arbitraje o a las cuestiones a ser resueltas en el arbitraje; en el caso de una transacción sobre cuestiones contrarias al orden público o sobre materia no transigible conforme a las disposiciones legales aplicables; o bien en caso de tratarse de una transacción fruto de la simulación con el objeto de ocultar una situación delictuosa, como sería el caso de un lavado de dinero obvio o claramente presumible –casos en los que el árbitro no sólo tendría el derecho, sino la obligación de rehusar la rendición de un laudo por transacción– el árbitro estaría obligado a elevar la transacción a la categoría de laudo, de así solicitárselo las partes.

3.14. Honorarios

Con indiscutible pertinencia, el artículo 6 de las citadas Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA dispone que, a menos que las partes convengan algo distinto o una parte incumpla, el árbitro no debe hacer arreglos unilaterales con las partes en materia de honorarios o gastos.

Sobra decir que la excepción que permite acuerdos con las partes debiera mantenerse estrictamente como tal y, además, independientemente de lo que permiten dichas reglas con carácter excepcional, existen buenas razones para considerar que el acuerdo entre las partes debe sujetarse al requisito de que involucre a todas las partes y a la totalidad de los miembros del tribunal arbitral. Evidentemente, todo arreglo unilateral entre uno solo de los árbitros y las partes, o más aún entre un árbitro o todos los árbitros y una sola de las partes, debe quedar absolutamente proscrito.

Afortunadamente todas estas cuestiones carecen de relevancia tratándose del arbitraje institucional, ya que las reglas de las diversas instituciones regulan en detalle todas las cuestiones relativas a honorarios y gastos, excluyendo la posibilidad de cualquier gestión distinta entre árbitros y partes, con lo que

no se justifica cualquier práctica en contrario, fuera de la usual y frecuente de que las partes se hagan cargo directamente de la organización logística de la celebración y registro de audiencias, incluyendo el pago directo de los gastos respectivos en partes iguales a quien corresponda (a reserva de lo que en su oportunidad se resuelva en el laudo final en materia de costas), sin que por supuesto se realice pago alguno por conducto de los árbitros. Los gastos de viaje y otros conceptos, en que deba incurrir el árbitro para la asistencia a audiencias o para la realización de otras actuaciones en el arbitraje, deben ser realizados directamente por el árbitro y ser reembolsados por la institución administradora y no directamente por las partes.

4. ÉTICA DE LAS PARTES

Si poco se ha escrito en torno a la ética del árbitro, menos aún se ha dicho en cuanto a la ética que debieran observar las partes en el arbitraje, por lo que consecuentemente ese silencio obliga a echar mano de los principios que orientan la deontología jurídica –ya que al fin y al cabo en la mayoría de los casos las partes son asistidas o representadas por abogados– o bien de los principios éticos aplicados a los árbitros. A reserva de aquellas cuestiones que la práctica arbitral haga necesario incluir, las que a continuación se enuncian pueden ser identificadas entre aquéllas que demandan la aplicación de principios éticos y que incluso han sido ya comentadas por la doctrina.

4.1. Respeto al acuerdo de arbitraje

Es de todos sabido que una buena parte de los casos en que existe intervención judicial en el arbitraje, así como de los llamados litigios paralelos, no necesariamente deriva de los supuestos –incluso plausibles– para los que el legislador ha reservado dicha intervención, sino de circunstancias en las que subyace una manifiesta inobservancia del acuerdo de arbitraje, que en la jerga arbitral, parodiando una expresión ya acuñada y aplicable a circunstancias igualmente lamentables, podría referirse como “*manifest disregard of the arbitration agreement*”, o sea un desprecio manifiesto del acuerdo de arbitraje.

En este contexto se encuentra la práctica lamentablemente frecuente de ejercitar injustificadamente la acción en la vía judicial, a pesar de la existencia de un acuerdo arbitral incuestionablemente válido, celebrado voluntariamente entre dos comerciantes incluso asesorados por abogados, a sabiendas de la demora que inevitablemente podrá existir para la resolución de la cuestión competencial, y a sabiendas de la onerosidad que representará la conducción paralela de los litigios en caso de que la contraparte intente promover simultáneamente la vía arbitral que conforme a derecho corresponda. Al fin y al cabo, el objetivo de la parte que viola premeditada y a veces alevosamente

el acuerdo de arbitraje, suele verse satisfecho mediante una *justicia retardada* que –como es bien sabido– equivaldrá a una *justicia denegada*.

Otra práctica de la que frecuentemente se abusa, es la de promover recusaciones, infundadas o no, en la vía judicial, a pesar de que las partes hayan convenido válidamente la aplicación de reglas de arbitraje que a su vez contemplen un procedimiento de recusación, y sin que tampoco obste para ello el hecho de que tal procedimiento esté en trámite o lo hayan promovido en más de una ocasión y frecuentemente por la misma causa.

Lo mismo puede decirse de aquellos casos en que una de las partes trata de obstruir judicialmente el procedimiento de designación de árbitros, a pesar de haber acordado la aplicación de un reglamento de arbitraje que prevea tal procedimiento y por tanto se excluya la intervención judicial.

Al margen de la posibilidad de mencionar más casos de naturaleza semejante, cabe tildar de contraria a la ética cualquier práctica mediante la cual una de las partes pretenda renegar de la obligatoriedad y cumplimiento de un acuerdo de arbitraje válidamente celebrado, y es de esperar que el derecho positivo y la práctica judicial no sólo impidan el florecimiento de tales prácticas, sino que incluso sancionen con severidad a quienes recurran a ellas.

4.2. Actuación de buena fe en el procedimiento

En tanto procedimiento privado de solución de controversias, en manos de árbitros y de instituciones administradoras de arbitrajes que carecen de poder coactivo, el arbitraje depende grandemente de la buena fe de las partes que intervienen en el procedimiento.

En este contexto resultan éticamente reprobables todas aquellas prácticas tendentes a obstaculizar o poner en riesgo el procedimiento de designación de árbitros, así como a hacer nugatorio el derecho de la contraparte a designar a su árbitro. El propio BERNARDO CREMADES ha dicho que “las tácticas dilatorias utilizadas con relativa frecuencia en los procedimientos arbitrales son una verdadera plaga contra la que los árbitros deben emprender una acción clara y decisiva.” Como parte de esas prácticas, se encuentra con frecuencia la estrategia de demorarse en la designación del árbitro a quien se tiene derecho a designar, haciendo uso incluso de prórrogas al plazo para hacerlo, para luego designar a un árbitro a sabiendas de que por alguna razón no reúne los requisitos o condiciones para poder serlo, y por tanto no será confirmado por la institución administradora del arbitraje... lo que la parte en cuestión utilizará luego como excusa para pedir la oportunidad de designar a otra persona en sustitución de la no admisible.

Algo semejante sucede en materia de recusaciones, donde son ya ampliamente conocidas las prácticas abusivas de ciertas partes, de promover recusaciones sucesivas, frecuentemente por los mismos hechos y a sabiendas de que carecen de fundamento, con el único objetivo de demorar el procedimiento o de impedir a la parte contraria el ejercicio de su derecho a designar un árbitro, o de hacer que dicho árbitro sea sustituido. Esta práctica, eventualmente se ve complementada con la de promover además procedimientos judiciales de recusación, aun cuando en países que han adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL, como es el caso de México, dichas recusaciones judiciales son notoriamente improcedentes cuando las partes han convenido previamente la aplicación de las reglas de arbitraje de una institución, y dichas reglas incluyen un procedimiento para recusar a los árbitros.

Otra área que constituye un campo fértil para la violación del principio de buena fe en el procedimiento, la constituye la solicitud injustificada y aun abusiva de prórrogas de los plazos para el cumplimiento de ciertas obligaciones procesales, frecuentemente con la invocación de la amenaza de que la negativa de la prórroga constituiría una denegación de la oportunidad –plena, suficiente o razonable– de presentar el caso o de hacer valer los derechos de la parte solicitante de la prórroga.

En la práctica arbitral, también son frecuentes los casos en que el procedimiento para la instrucción de la causa ha sido definido con claridad y convenido claramente por las partes con toda anticipación, con lo que tanto el procedimiento para que las partes tengan plena oportunidad para presentar su caso y para hacer valer sus derechos, como los plazos para ello, son claros y han sido acordados por las partes; y no obstante ello, no es raro que alguna de las partes presente unilateralmente promociones no previstas en el procedimiento o presente documentos fuera de los plazos, en violación del calendario procesal convenido, incluso haciendo eso con frecuencia y generalmente de manera injustificada, presumiblemente como una táctica habitual para entorpecer o poner en riesgo el arbitraje.

Usualmente, quienes recurren a estas prácticas arguyen que sus promociones o documentos deben serles admitidos o de lo contrario la negativa a aceptarlos deberá ser interpretada como una denegación de la oportunidad de presentar su caso, dando lugar con ello a la nulidad del laudo. Como contrapartida, de aceptar el árbitro la promoción o documento presentado unilateralmente o de manera extemporánea, para intentar evitar la imputación de la supuesta *denegación de oportunidad*, la otra parte podría argumentar que el árbitro no observó el *deber de trato igual a las partes* o que fueron violadas las reglas del procedimiento de las que forma parte el calendario procesal. Las implicaciones éticas, son claras.

Igualmente, la actuación de buena fe en el procedimiento se pone a prueba cuando se trata de la comparecencia de testigos y de peritos a las audiencias, reuniones, inspecciones *in situ* y otras diligencias, donde son ampliamente conocidas las prácticas y argucias tendentes a eludir la obligación de hacer comparecer a una persona determinada como corresponde al cumplimiento de una carga procesal o para ser interrogada por el adversario, o bien con el propósito de lograr el diferimiento de una audiencia o diligencia, o su celebración o práctica en fecha posterior, con desprecio de la molestia u onerosidad que representará a la parte contraria; o –peor aún– buscando precisamente que así sea.

Finalmente, otro campo en el que con frecuencia se pone a prueba la ética de las partes en el arbitraje, es el de la cooperación procesal, que ineludiblemente se requiere cuando se trata de permitir a la parte contraria y a sus peritos el acceso a las instalaciones propias o a documentos de los que se tiene la posesión y el control, para la elaboración de un dictamen técnico o bien para la práctica de alguna diligencia. Mientras que en algunos casos es tan sorprendente como gratificante constatar cómo algunas partes que acordaron de buena fe someterse al arbitraje, dan un ejemplo de rectitud y cooperación en el procedimiento para el esclarecimiento durante la instrucción de la causa de los principales hechos y cuestiones materia de la controversia, en forma tal que el árbitro disponga de una visión justa, integral y detallada de todos los hechos, los ejemplos de tácticas de mala fe mediante la obstrucción del acceso, o bien el ocultamiento o destrucción de pruebas, son también frecuentes y no solamente constituyen una grave violación de los principios y deberes de cooperación procesal, sino también una práctica notoriamente contraria a la ética arbitral.

Al respecto, en ciertas circunstancias las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*), si bien no son vinculantes *per se* y por tanto requieren del acuerdo de las partes para ser aplicadas en su totalidad o en lo conducente, pueden constituir un instrumento útil para neutralizar en cierta medida algunas de las prácticas y conductas antes mencionadas.

4.3. Declaraciones de testigos y peritos

Dado que como antes se dijo, la jurisdicción arbitral se caracteriza por la falta de poder coactivo tanto del árbitro como de las instituciones administradoras del arbitraje, la comparecencia de testigos y peritos, así como el desahogo de estas pruebas en aquellos casos en que se requiere de la cooperación del adversario de quien ofreció la prueba, quedan sujetos a los

principios generales aplicables en materia de carga de la prueba, y dependen de la observancia del *deber de actuación de buena fe en el procedimiento* y del *deber de cooperación procesal*.

Consecuentemente, la ética arbitral obliga a testigos y peritos, así como a las partes oferentes de la prueba, a conducirse con verdad, honestidad y lealtad, y este es el origen de la exhortación usual de los árbitros a las partes, sus testigos y peritos a hacerlo así. Conforme a la legislación aplicable de muchos países, incluyendo a México, en caso de incumplimiento de ese deber, el autor de la conducta indebida no incurriría en responsabilidad ni en delito, y por ello el árbitro únicamente tiene la facultad de hacer la valoración de las pruebas ofrecidas por las partes, incluyendo las declaraciones de sus testigos y las opiniones de sus expertos, y de hacer las inferencias que a su juicio sean legalmente procedentes, para lo cual puede ser útil el otorgamiento a los árbitros de la facultad de aplicar en lo conducente las citadas Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional.

Un último comentario –de índole positiva– en materia de declaraciones de testigos, sería en el sentido de que conforme a la práctica arbitral moderna no se considera contrario a la ética que el abogado de parte participe en las cuestiones de forma o de redacción de la declaración escrita de los testigos que habrá de ofrecer, o bien que los prepare asesorándolos para su desempeño en la audiencia respectiva, a condición de que la declaración del testigo se apegue a la verdad y los hechos que contenga sean aquéllos que realmente consten al testigo. Por tanto, la intervención del abogado de parte en la preparación de la declaración escrita del testigo, en cuanto a la forma, y su intervención en la preparación de la presentación del testigo para su comparecencia y confrontación en la audiencia, tampoco se consideran prácticas contrarias a la ética a condición de que no se distorsionen los hechos objeto de la declaración, ni su veracidad.

Lo mismo puede decirse en relación con los dictámenes u opiniones de los peritos o expertos, por lo que respecta a meras cuestiones de forma, sobre las que el abogado de partes puede hacer sugerencias de esa naturaleza, mientras que por lo que respecta al fondo es obvio que la opinión del experto es la que debe prevalecer; y este último, tiene a su vez el deber de emitir una opinión objetiva, fundada en los estándares aplicables a su respectiva profesión o área de especialidad.

4.4. Comunicaciones individuales con árbitros

Lo dicho al comentar los deberes éticos de los árbitros en materia de comunicaciones con las partes, es aplicable en lo conducente a las comunicaciones de las partes con los árbitros; por tanto, las partes deben evitar todo género

de comunicaciones directas con los árbitros, y particularmente con aquél que hayan designado, sin la presencia de la parte contraria, y más aún tratándose de cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el fondo o méritos de la controversia.

Excepcionalmente, son permisibles las comunicaciones relativas a meras cuestiones de procedimiento, que por regla general deben ser canalizadas a través del presidente del tribunal arbitral cuando éste existe, y sólo en caso de urgencia y a falta de disponibilidad inmediata del presidente, deben ser intentadas por conducto de otro miembro del tribunal arbitral, preferentemente quien hubiere designado la parte contraria, y quien a su vez deberá informar lo antes posible a los demás árbitros de dicha comunicación.

Por mayoría de razón, resulta claro que es ostensiblemente contraria a la ética y por tanto tan reprobable cuanto inadmisibles, cualquier gestión unilateral u oficiosa de una de las partes, ante cualquier miembro del tribunal arbitral y más aún ante el árbitro que hubiese designado, fuera de las diligencias o actuaciones arbitrales, con el ánimo de influir en el criterio del árbitro o de indagar el contenido o el sentido de las deliberaciones del tribunal, de conocer el contenido de una orden procesal o de un laudo antes de su notificación por los conductos debidos, o de influir en los términos del mismo, o bien de intentar la emisión de una opinión disidente. Por su obviedad, el tema no amerita comentarios adicionales.

4.5. Argucias procesales en relación con nulidad, reconocimiento y ejecución de laudos

Si bien en párrafos anteriores ha quedado implícita o se ha hecho expresamente la referencia a diversas formas de argucias procesales animadas por el propósito de hacer nugatorio el acuerdo de arbitraje, o bien de entorpecer, demorar o hacer imposible la integración del tribunal arbitral, la conducción del procedimiento arbitral, la práctica de diligencias o actuaciones, o el desahogo de pruebas, sólo restaría hacer referencia a las argucias relacionadas con la nulidad del laudo o bien para intentar obstruir su reconocimiento y ejecución.

Paralelamente al caso de aquellas partes que optaron de buena fe por el recurso al arbitraje como medio de solución de sus controversias, que generalmente cumplen voluntariamente con los laudos aun cuando les hayan sido desfavorables, existen muchos otros casos en que los laudos son impugnados por la parte perdedora, forzando al ganador a litigar durante mucho tiempo ante los tribunales judiciales.

Mientras que en algunos de esos casos la impugnación se refiere a laudos en los que la parte perdedora realmente tiene fundamentos para que el laudo

sea anulado o para que se deniegue su reconocimiento y ejecución –y en ocasiones los árbitros podrían ser culpados por esos casos lamentables en que la anulación o la denegación del reconocimiento y ejecución estuvo claramente justificada y fue imputable al árbitro– existen otros casos también lamentables, que dañan la credibilidad del arbitraje mismo como un mecanismo ventajoso de solución de controversias, y también dañan tremendamente la reputación de un jurisdicción determinada de una manera injusta, cuando no existe fundamento alguno para anular el laudo o para denegar su reconocimiento y ejecución, y resulta obvio que las acciones judiciales fueron promovidas por la parte derrotada en el arbitraje, únicamente como una táctica y solamente con base en argucias procesales o en argumentos espurios. Estos últimos casos son absolutamente contrarios a la ética y a todos los principios de buena práctica del derecho y de buena práctica arbitral y son por tanto totalmente reprobables.

En relación con este tema, de tan especial cuanto obvia trascendencia, es pertinente la aceptación del hecho de que las causales de nulidad de los laudos arbitrales, así como las que justifican la denegación de su reconocimiento y ejecución, son de una envergadura tal que se pueden considerar internacionalmente aceptadas, y por tanto irrenunciables, si se tiene en cuenta que las contemplan tanto la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y otras convenciones, como la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI). El resultado de ello, es que en aquellos países que cuentan con una cultura arbitral avanzada y moderna y con una práctica arbitral congruente con ello, dichas causales han sido refrendadas por la práctica arbitral y también por la práctica judicial, considerándolas como las únicas que pueden privar de validez a los laudos arbitrales.

Consecuentemente, partiendo de la base de que el laudo arbitral se considera internacionalmente como definitivo, vinculante y obligatorio desde su emisión, sólo resta determinar si el ejercicio de una acción de nulidad del laudo, o la promoción de una acción para intentar la denegación de su reconocimiento y ejecución, es o no contrario a la ética.

Como una conclusión muy general, y sin el ánimo de incurrir en una simplificación y mucho menos en una trivialización de la cuestión, que por supuesto debe ser analizada en sus propios méritos y de una manera casuística, cabe considerar que en atención a las diversas circunstancias y sutilezas que podrían hacer discutible la interpretación de un hecho determinado a la luz de la norma aplicable, la interposición de uno de los medios referidos para la impugnación de un laudo o para oponerse a su reconocimiento y ejecución no sería *per se* contraria a la ética, a condición de que objetivamente exista una duda fundada y razonable respecto a la validez del laudo en cuestión.

A *contrario sensu*, de interponerse el medio de impugnación a sabiendas de que ni el laudo ni la instrucción de la causa podrían objetivamente ser encuadrados dentro de la hipótesis normativa que justifique la nulidad, o la denegación del reconocimiento y ejecución, sino como un medio para entorpecer o demorar la ejecución del laudo, o -peor aún- para intentar que el tribunal judicial se avoque a la revisión del fondo de la controversia objeto del arbitraje, sería no sólo contrario a la ética sino al propio derecho positivo y al espíritu de las convenciones internacionales sobre la materia, en especial, la Convención de Nueva York antes citada.

Finalmente, tratándose del caso opuesto, en que se pretende el reconocimiento y ejecución de un laudo previamente declarado nulo por los tribunales competentes de la sede del arbitraje, al margen de la postura que intelectualmente se adopte al respecto en materia de procedencia o improcedencia jurídica de tal procedimiento (vgr. casos Chromalloy y Hillmarton, por hablar de los más conocidos), dadas las posiciones de los diversos tribunales nacionales y de los artículos escritos por autores reconocidos tales como JAN PAULSSON, ALBERT JAN VAN DEN BERG y otros, cabe concluir razonablemente que la acción judicial para intentar el reconocimiento y ejecución del laudo que ha sido declarado nulo, en forma alguna podría ser tildada *per se* de *argucia* o de contraria a la ética, y en todo caso tendría que ser analizada en sus méritos, que eventualmente podrían conducir a considerarla legítima y justificada, o bien a reprobarla en caso de ser ostensiblemente infundada o superflua, dando así lugar a que se condenara al promovente de esa medida, a resarcir a la parte contraria.

Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades. ¿Por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral?

HERNANY VEYTIA (*)

A BERNARDO CREMADES e YVES DERRAINS, pioneros en la aplicación de los Principios UNIDROIT y caballeros andantes del arbitraje internacional.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La dificultad con los usos comerciales es el tiempo y costo de demostrar su existencia. 3. Los usos suelen ser confundidos con otras figuras de diversa naturaleza y consecuencias jurídicas. 4. Para invocar a los usos como derecho aplicable no es necesario satisfacer los requisitos establecidos en la *cisg*, particularmente si el contrato en cuestión no es de compraventa. 5. Ejemplos de utilidad de aplicación de usos. 6. Abuso del derecho, posición predominante en el mercado y/o del uso comercial. 7. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En 1647 BALTASAR GRACIAN, en el *Arte de la Prudencia*, decía que a los veinte años reina la voluntad, a los treinta el ingenio, a los cuarenta el juicio y ahora es para mí un gran placer dedicar este artículo en homenaje a quienes superan todo: los cuarenta, la voluntad, el ingenio y el juicio.

(*) Socia de V&V en Londres, Directora del Centro de Estudios sobre Finanzas Sustentables de la BNM (Londres). Ha sido socia de Deloitte, abogada interna de Daimler Chrysler, y del Banco del Atlántico (hoy HSBC). Ha sido profesora huésped e investigadora de diversas instituciones, entre ellas: el Instituto Suizo de Derecho Comparado, el Max Planck Institute en Hamburgo y Munich, la Universidad de Roma y el Centro de Estudios Europeos de Turin.

Contra la moda toda lucha es inútil, y hoy por hoy cuando el arbitraje internacional cada vez se parece más a un proceso judicial, donde se ve, se dice, se escucha lo mismo que en tribunales locales. –Lo que no podría ser de modo diverso, si a eso se dedican cotidianamente las personas que participan en el procedimiento–. Da gusto rendir homenaje a quien con la propia vida ha dado ejemplo de lo que debe ser un árbitro internacional. Ellos son un claro ejemplo de que un árbitro no es un forastero ajeno al entorno cultural y legal de las partes¹; ni tampoco es un turista legal², sino un jurista elegido, por simpatía con la parte y/o institución que lo designa y además por su honorabilidad, imparcialidad, buen juicio, preparación académica, experiencia profesional y sorprendentemente siempre con disponibilidad de tiempo.

La neutralidad cultural³ no es ignorancia del modo de vida del lugar donde suceden los hechos, o de los aspectos sociales y políticos en que las partes llevaron a cabo su inversión o transacción, así como con los usos en el sector comercial a nivel global⁴ en que interactúan las partes al grado necesario y suficiente para lograr una auténtica cercanía a los hechos, y puntos controvertidos presentados por las partes⁵.

Todos los que gustamos y participamos en procesos arbitrales, hemos experimentado que casi siempre se aplica el principio *iura novit arbiter*, el árbitro conoce el derecho aplicable, aunque este sea un derecho extranjero. Cada una de las partes en la controversia puede designar a un miembro del tribunal arbitral y en teoría incluso puede ser un arquitecto, ingeniero, contador o cual-

¹ De hecho frecuentemente las instituciones administradoras de arbitraje designan árbitros prioritariamente en base a su nacionalidad y/o su residencia.

² DERAIS, Yves, "El turismo arbitral ¿Realidad o Espejismo?" en *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*. Madrid. Kluwer. 2007 p. 331.

³ *Ibid* p. 33 "Para ser culturalmente neutral es preciso que el árbitro tenga conciencia del carácter relativo de las reglas jurídicas, sustanciales como procesales". En el mismo sentido MACLEAN UGARTECHE, Roberto : "La cultura no es lo que uno sabe, sino lo que uno traduce de lo que sabe por conductas. Y éstas comienzan desde un proceso interior, pero este proceso interior implica que no hay nada que no ingrese por nuestros sentidos. Eso significa que no nos enfrentamos a la realidad, sino a percepciones incompletas de ella. En ese sentido, la experiencia no es lo que le pasa al individuo, sino más bien, cómo percibe aquello que le pasa. Esa manera de percibir es la cultura, la administración de ese interior que se manifiesta. En culturas como la nuestra ocurre una deformación de la administración interior" en <http://perueconomico.com/ediciones/17-2008-may/articulos/52-roberto-maclean-ugarteche>.

⁴ *Globalization has been defined as the "denationalisation of markets, laws, and politics in the sense of interlacing peoples and individuals for the sake of the common good"* DELBRUCK, Jost. *Globalization of law politics and markets, implications for domestic law, a European perspective* (1993) *Ind J. of Global Legal Studies* pp. 9-11.

⁵ *Moral hazard is present when arbitration becomes a quasi-profession in a limited market.*

quier otra persona; pero, si no existe carga de la prueba para que el arbitro demuestre conocer el derecho, menos aun para que demuestre que conoce

los usos comerciales⁶ o marco cultural. En pocas palabras, cada parte nominadora es responsable del arbitro que designa⁷ y si no lo hace bien, tiene la dura *burden of education* (carga no de la prueba, sino de lograr “educar”, “formar”) al tribunal arbitral durante el proceso⁸.

Los usos no suelen ser definidos en los contratos que celebran las partes, ni en sus respectivos anexos. En todo proceso arbitral no hay duda en que el tribunal puede tomar en cuenta los usos comerciales, que sean reglas de comercio observadas regularmente por los sujetos involucrados en una industria en particular, o en un mercado definido. El problema esta en determinar si un particular uso, es o no aplicable y relevante al conflicto entre las partes.⁹ Las

⁶ Los usos siempre adoptan un caracter subsidiario y secundario al derecho aplicable para interpretar el contrato, asi lo refieren la Ley Modelo de UNICTRAL (artículo 28) y las legislaciones nacionales que la han adoptado, pero también:

Reglas de UNCITRAL (artículo 33 (3),

Reglas ICC artículo 17(2) “En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.

Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 28),

La Convención de Ginebra de 1962, Los usos siempre adoptan un caracter subsidiario y secundario al derecho aplicable para interpretar el contrato.

Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 28).

artículo 28 ICDR. (que sólo se refiere a usos y practicas en la controversia contractual y no a “derivadas” del contrato, por lo que deja fuera a los usos en casos de responsabilidad extracontractual).

Queda mas dudoso si el tribunal puede invocar los usos trantándose de arbitrajes segun las reglas de arbitraje de CIADI, la cámara Estocolmo (artículo 22, se refiere a derecho o reglas de derecho “ rules of law which it considers to be most appropriate) en el mismo sentido la London Court of International Arbitration. (LCIA) artículo 22.3.

Que es indistinto a lo que le ordena el artículo 22 (c) esta contradicción de poderes del tribunal arbitral fue discutida en el caso *DST v. Rakoil*, 2. LLOYD’S REP. 246, 251 (1987) en la que buscó la nulidad de un laudo, por haberse basado en *lex mercatoria*.

Finalmente en el arbitraje en China con reglas CIETAC el Tribunal puede llevar a cabo la labor investigativa que desee.

⁷ Obviamente asumiendo con pleno conocimiento que después no le resultará fácil ir a un tribunal judicial llorando y decir que el tribunal arbitral de que se violó su derecho a ser oido poruque el tribunal arbitral no le dió oportunidad de presentar su caso, tema ampliamente explorado por KUEKELA, Matti & TURUNEN Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration* 2da. edición. London, 2010. p. 179.

⁸ KURKELA, Matti, “Jura Novit Curia and the Burden of Education in International, a Nordic perspective”. En *ASA Bulletin* 3/2003 (septiembre), citándose el mismo autor en KURKELA, Matti: *Letters of Credit and Bank Guarantees Under Interantional Trade Law*. 2da edición. UK. London, Oxford University Press, 2009. p. 371.

⁹ La sentencia de La Surpema Corte de Canadá, *Lac Minerals Ltd. v International Corona Resources Ltd.* 11 August 1989 [1990] F.S.R. 441 reproduce la definición de uso, de la ora de HALSBURY “ *Laws of England*, 4a. edición, Vol. 12, parrafo 445, p. 28 :

“Usage may be broadly defined as a particular course of dealing or line of conduct generally adopted by persons engaged in a particular department of business life, or more

características de los usos comerciales y su condiciones de validez, deben ser estudiadas dentro del marco de cada jurisdicción y el derecho aplicable. Esto no puede ser aplicado de otro modo, puesto que muchas veces los criterios para determinar si un uso es o no valido, debe llevarse a cabo mediante los criterios de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable (lo que muy pocas veces sucede)¹⁰.

Los usos comerciales facilmente se funden y confunden con las practicas establecidas entre las partes; se convierten en algo asi como cuando un ejecutivo explica su comportamiento “cuando yo llegué asi se hacía”. No resulta raro encontrar que una parte realiza obligaciones que según el contrato corresponderían a la contraria, posiblemente porque el contrato se archivó, las condiciones y empleados de la empresa cambiaron y efectivamente el modo de operar de una de las partes obedecia al compartamiento no inusual en el sector (lo que no basta para alcanzar el grado de “uso comercial”). Ejemplos de esto no faltan en la industria de la construcción, pero también se encuentran en arbitrajes en materia de propiedad intelectual (reglas OMPI)¹¹.

2. LA DIFICULTAD CON LOS USOS ES EL TIEMPO Y COSTO DE DEMOSTRAR SU EXISTENCIA

Los usos comerciales son diversos a la costumbre¹². Un uso para probar existencia, requiere demostrar *la opinio iuris* pero no la *inveterata cosuetudo*. La

fully as a particular course of dealing or line of conduct which has acquired such notoriety, that, where persons enter into contractual relationships in matters respecting the particular branch of business life where the usage is alleged to exist, those persons must be taken to have intended to follow that course of dealing or line of conduct, unless they have expressly or impliedly stipulated to the contrary”.

¹⁰ Cf artículo 1496 Codigo Frances, artículo 42 de la Convención de Washington de 1965, artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL. La mayoría (más del 80%) de los contratos internacionales indican cual es el derecho aplicable. Obviamente en un mundo ideal, donde realmente los abogados de las partes se interesaran por el derecho interancional privado (conflict of law), la controversia sobre el derecho aplicable deberia ser anterior, incluso a la constitución del tribunal arbitral, que debe ser versado en el derecho aplicable. Por cuestiones practicas, el tema del derecho aplicable, si las partes no se ponen de acuerdo, se puede resolver con un laudo parcial respecto al derecho aplicable. Lo que es importante es que quede claro que el lugar del arbitraje no influye necesariamente en la elección del derecho sustantivo a la controversia, al menos en teoría incluso cuando las partes no tienen facultad para someterse a un derecho sustantivo extranjero (como es el caso de varios países latinoamericanos, no en el caso de México o Perú, pero sí Guatemala y otros). En este mismo sentido, véase: BHLER, Michael *Handbook of ICC arbitration commentary, precedents, materials / Michael W. Buehler and Thomas H. Webster*. 2da. edición. London Sweet & Maxwell, 2008. UK del mismo autor BHLER, Michael. *Practitioner's handbook on international commercial arbitration*. Editor Frank-Bernd Weigand. Oxford : Oxford University Press, 2009. p. 1269 at 15.656.

¹¹ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/casesx/index.html>.

¹² En sentido contrario el eminente profesor inglés GOODE, Roy: *Usages is sometimes used to*

opinio iuris se refiere al sentido de obligatoriedad en el sector comercial, que es diferente a un comportamiento que se realiza como favor, cortesía o buena educación o moralidad. La *inveterata consuetudo* se refiere a que desde tiempo inmemorial se ha realizado así¹³. Por ejemplo, en materia de telecomunicaciones existen usos que se han desarrollado por la reciente tecnología. Por otra parte, un uso industrial o comercial puede servir al legislador nacional de base para convertirse en una norma legal, pero no por constar en una ley, reglamento o norma oficial; pierde, por ese solo motivo, su carácter de uso.¹⁴ Tampoco deja de ser un uso porque alguien lo recopile y conste por escrito. Pero, a *contrario sensu*, es absurdo pretender que en un proceso arbitral se solicite prueba por escrito para demostrar el “uso”. Peor aun, si se solicitan opiniones de peritos, y ellos mismos difieren sobre la existencia y ámbito de aplicación del uso. En ocasiones hasta los mejores especialistas en un sector pueden ponerse nerviosos en la audiencia, dada su falta de familiaridad con *cross examination*, o contrapreguntas de un abogado o tribunal.

Uno de los errores más frecuentes en procesos arbitrales, es ajustarse a una mentalidad positivista y considerar que solo vincula a las partes lo que esta en un tratado, ley o contrato. Por ejemplo, en casos de compraventa internacional de mercaderías, es frecuente que las partes y árbitros se olviden de los usos en el sector (CISG artículo 9 (2)). A manera de ejemplo, enunciamos el arbitraje ICC 8740¹⁵ en que se prefirió acudir a los artículos 35, 74, 75 de CISG, enfatizando que, a falta de especificación por las partes, se cumple entregando bienes de calidad media. En lugar de enfatizar los usos en el sector para comprobar margen de precio internacional del carbón considerando precio de transporte, usos del carbón y el papel que juega el azufre y volátiles en la calidad del carbón. El artículo 35 (2) (a) de CISG que se refiere a la calidad de las mercaderías no exige mayores requisitos para suplementar el contrato¹⁶.

denote practices or behaviour, sometimes to indicate a pattern of behaviour which has risen to the level of norm. Roy Goode, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”. En *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 1, 1997 p. 7.

¹³ Caso de Asilo CIJ Colombia v. Peru Judgment noviembre 27, 1950 Rep 276-277.

¹⁴ Convención de Naciones Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 9 (2): Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

¹⁵ <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=462&step=FullText>.

¹⁶ SCHWENZER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. España Arazandi-Thomson Reuters (2011) Tomo 1, p. 426.

Cada sector ha desarrollado un modo de hacer negocios muy peculiar, al grado que los grandes despachos de Londres y USA, además de incluir en su página web los servicios legales que prestan, incluyen el nombre de las industrias en donde se encuentran familiarizados. Obviamente no es lo mismo redactar un contrato de distribución de automóviles que de distribución de vinos o diamantes. En el caso de los automóviles el tema del *signage* (identificación corporativa) es muy importante, tanto que frecuentemente se prohíbe en el mismo inmueble vender o dar servicio a vehículos de otros fabricantes. En cambio en el tema de los vinos, además de la denominación de origen, reviste particular importancia la cláusula de volumen, descuentos y exclusividad por área geográfica¹⁷. En el sector de diamantes, donde no existe denominación de origen, y donde una vez tallado el diamante no se menciona su procedencia, muchas veces ni siquiera existe contrato escrito; lo más relevante por parte del distribuidor de diamantes es asegurar que recibirá los diamantes con las 5 "c"¹⁸ que busca su mercado: carats (tamaño), claridad (pureza), color (si es intenso o no), corte (forma en que ha sido tallado), y libre de conflictos (que haya sido obtenido mediante el proceso Kimberly, es decir asegurarse que no sean diamantes para financiar terrorismo)¹⁹.

Es cierto que el tribunal arbitral (o mejor dicho cada árbitro), tiende a utilizar como reglas de procedimiento las que le son familiares (frecuentemente las utilizadas por un juez local) y si no lo hace así, puede causar extrañeza a las partes. Si todos los participantes en el proceso arbitral están acostumbrados a un proceso judicial donde los usos no son aplicados, si a un árbitro se le

¹⁷ Los Principios UNIDROIT en sus comentarios artículo 1.9.(1) incluyen un ejemplo de práctica entre las partes de dar aviso en caso de que los bienes no hayan llegado en buenas condiciones. Este principio difícilmente sería aplicable al sector de vinos porque es práctica usual en el sector realizar todas sus ventas utilizando el Incoterm ExW, por lo que el responsable será el transportista terrestre y/o marítimo o multimodal. En cambio resulta muy útil para el sector de seguros.

¹⁸ *Jayam NV v Diamond Trading Co Ltd* - [2007] All ER (D) 321 (Dec).

¹⁹ Los rebeldes en algunas zonas de África controlaban los diamantes que se obtenían por vía fluvial y vendidos por redes de contrabando internacional, en cambio los que se encuentran enterrados a muchos metros bajo tierra requieren de costosa y pesada maquinaria. Estos diamantes fueron usados para financiar terrorismo, para frenarlo Naciones Unidas dio su aval (endorsement) en con la resolución A/55L.52 UNGA Res 55/66. El KPCS (Kimberley process certification scheme) consiste en certificar que todo el proceso de producción de ese diamante es ambiental y socialmente responsable (Incluye rayos x en aeropuertos y fronteras para evitar contrabando. Sobre el tema puede verse BIERI, Fratziska, "From Blood Diamonds to the Kimberley Process, How NGOs cleaned up the Global Diamond Industry" UK, Ashgate. UK. 2010. La autora reitera que la virtud está en el término medio, ahora en tiempo de paz este proceso en algunos casos hace muy difícil a las minas artesanales, trabajadas por mineros locales, tener acceso a mercados internacionales. Por lo que muchos se ven forzados a vender sus concesiones. El mismo gobierno Sudafricano ha confesado que su Black Empowerment Act no ha dado los resultados esperados. El World Diamond Council se muestra triunfalista.

ocurre pedir una opinión a un experto sobre el uso, pudieran sus coarbitros y las partes (o al menos una de ellas), considerar un gasto y demora innecesaria al procedimiento. Cuando en realidad lo que pasa es que todos los abogados tienen lo que se llama “miopia de taller”, de tanto ver contratos, sentencias y opiniones legales se les olvida la realidad.

Otra razón para que un arbitro no invoque determinado uso comercial ante sus coarbitros y/o abogados añejados por años de litigios, es no querer ser o parecer parcial. Las razones para ser pasivo, pueden obedecer no solamente al caracter de los arbitros, sino a factores como diligencia en estudiar el caso o familiaridad con el derecho aplicable, pero especialmente el miedo a aparecer parcial o subjetivo o posiblemente el deseo de no parecer que està argumentando (“advocating”) en lugar de arbitrando en favor de las partes.

YVES DERAÏNS ha comentado su experiencia de ir a visitar la presa de una central hidroeléctrica en Mauritius²⁰. Ojalà todos los àrbitros fueran como èl, en experiencia como coarbitro de quien esto escribe, muchas veces se debe màs a la falta de tiempo (o mejor dicho, flojera o falta de apertura de mente) de los arbitros de ponerse a estudiar el caso y los usos comerciales. El autor ha participado en casos en donde, a pesar de la solicitud de las partes, un miembro del tribunal se negaba a tomar un curso de seguridad para poder visitar una plataforma petrolera en altamar, o aceptar ir a visitar la mina en lo màs alto de los Andes peruanos, por considerar que està a varios metros sobre el nivel del mar y le puede afectar su presión arterial (sin embargo este elemento no lo reveló en el momento de aceptar su designación, aunque claramente se establecía el lugar de la mina). Incluso han habido casos en que el presidente del tribunal arbitral ha considerado innecesario solicitar a las partes fotos o videos para conocer de què se trata el marco en el que se presenta la controversia, para no darles la impresión a las partes de que los miembros del tribunal no tenían idea de procesos metalúrgicos. En muchas ocasiones, pienso que lo unico que les falta a esos estupendos litigantes para ser buenos arbitros, es regalarse un sabàtico para ir a familiarizarse con las operaciones cotidianas del sector industrial de su preferencia.

No es exageración decir que si no se aplican los usos y practicas comerciales, la parte que pierde podría argumentar la nulidad del laudo arbitral argumentando que por ello se ha privado a una de las partes sin “oportunidad de presentar su caso” y/o “haber recibido trato igual”

²⁰ DERAÏNS, Yves, “El turismo arbitral ¿Realidad o Espejismo? en *Liber Amicorum Bernardo CREMADES*. Madrid. Kluwer. 2007.

3. LOS USOS SUELEN SER CONFUNDIDOS CON OTRAS FIGURAS DE DIVERSA NATURALEZA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS

Cuando las partes celebran un contrato y pactan una clausula arbitral, todos desean que las cosas salgan bien y, en el remoto caso de un conflicto, este se solucione mediante un proceso justo y diligente. Pero no puede existir un proceso justo, si no existe un derecho para que cada parte pueda presentar su caso y recibir un trato igual²¹. El proceso arbitral, no es el método para venir a subsanar un contrato que no se negoció y redactó adecuadamente por no contar con el tiempo, dinero, prudencia o cualquier otra razón. Cualquier otra razón por ejemplo, incluye una deficiente redacción en las bases de licitación, por parte de la firma que prestó dichos servicios a un estado soberano.

La función de los usos no se limita a la integración del contrato sobre la base de una intención hipotética de las partes, sino que va mucho más allá. Si el contrato vincula a las partes, el uso, como marco de referencia para una industria o sector comercial, juega un papel más cercano al bien comun que al bien de las partes que firmaron el contrato. Por ejemplo, las dos partes contractuales podrian estar de acuerdo en utilizar materiales de menor precio en un proyecto de construcción o manufactura de un producto, pero un "uso" podria imponer parametros sociales, ambientales o de otro tipo que sirvan para interpretar las consecuencias que tuvo el contrato, y determinar el vinculo causal entre el daño y/o perjuicio causado y su responsable²².

Una regla de lógica elemental es, que lo definido no debe incluirse en la definición, y nada debe explicarse o presentarse diciendo lo que no es. Pero, en el caso de los usos comerciales por ser tan mal invocados o presentados como prueba, bien vale la pena referirnos a lo que pudiera parecer un uso pero no lo es, y su relevancia en un arbitraje dependerà de las circunstancias. Por ejemplo: es irrelevante determinar si los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (GAP) de los Estados Unidos son un uso aplicable, y cuantificar su divergencia con la contabilidad presentada en el caso de una fusión de una cadena de supermercados en un país sudamericano, si el tribunal arbitral considera que no es competente para determinar si se tipifican o no los elementos de un delito de fraude y fraude fiscal y que hasta que la autoridad judicial no se pronuncie dejando a salvo los derechos de las partes.

A continuacion algunos ejemplos de lo que no es un uso:

²¹ MATTI Kurkela y SANTUU Turunen: *Due Process in International Commercial Arbitration* 2º ed. London 2010 p. 206.

²² Un tema para futuro estudio seria el sentido "global" de los usos, ya que como ha sido observado por Schmidt-Kessel esta predominando la concepción anglo-americana en lugar de la tradicion romanística Cfr. MUÑOZ, Edgardo Op Cit., p. 427.

3.1. Un criterio de “persona razonable”

El conocimiento de un “uso comercial” es fuente, y no resultado de lo que sabe o hace una “persona razonable”. La persona razonable es una persona inteligente, pero no especializada²³. En las sentencias y laudos arbitrales donde se hace referencia a persona razonable, parece ser que esta, siempre llega tarde... claro: después del accidente a cualquier persona (razonable o no), le parecería que el vehículo marchaba veloz (si fuera más lento no hubiera sucedido tal accidente); si se hubieran controlado los riesgos, no hubiera habido el derrame de petróleo, etc. El criterio de la persona razonable es un criterio subjetivo. En cambio, el uso comercial es un criterio objetivo. Incluso la CISG en artículo 8(3) señala que para interpretar un contrato se debería establecer las circunstancias del caso y entre ellas las negociaciones, las prácticas entre las partes y los usos, así como la conducta que llevaron las partes después de celebrado el contrato. De tal suerte que no puede ser equiparable un criterio de persona razonable a los usos. Esto es relevante cuando en una cláusula arbitral se pide que el árbitro tenga conocimientos en cierto sector, por lo que, no basta considerarse a sí mismo razonable o suficientemente inteligente, disponible y dispuesto para aprender los usos comerciales. Si es una condición precedente para la designación, debe existir algo más que ser razonable, para considerarse apto para aplicar adecuadamente los usos comerciales.

3.2. Consecuencias de deficiente planeación sociopolítica

Por ejemplo de 1995 a 2005 China duplicó su consumo de petróleo a 6.8 millones de barriles diarios, y todo parece indicar que el crecimiento de China requerirá más petróleo. Empresas con participación del gobierno chino están ganando licitaciones en Sudamérica y en África, pero en varias ocasiones las bases de licitación no incluyen, posiblemente por considerarse obvios, datos relacionados con la exploración, y explotación de recursos naturales respecto a puntos tan importantes como a) tecnología, b) calidad, c) seguridad para trabajadores y ambiente, d) servicios añadidos²⁴. El gobierno chino ha ofrecido a los condenados en prisiones chinas, libertad y un pago, a cambio de irse a trabajar en proyectos de infraestructura a África. Sobra decir, que estos ex-prisioneros, no cuentan con la preparación tecnológica, experiencia en el sector y hábitos de seguridad que son prácticas estandarizadas en Europa o Estados Unidos. Si en el

²³ HOPE, James, *The “reasonable man” in international arbitration*. (2010) Westlaw UK ICCA Arbitration 2010, 76(4), 693-704 “In the 1950s, in *Bolam v Friern Hospital Management Committee* McNair J. referred the reasonable man as to “the man in the street”, “the ordinary man”, “the man on the top of the Clapham omnibus”.

²⁴ ANNA LIESEL TACHAU, *A Comparison of US and Chinese incentives in Winning oil contracts in African Countries*. *Journal of World Energy Law & Business*. 2001 Vol. 4. N° 1 p. 68 et seq.

futuro surgiera un problema, los gobiernos que no redactaron bases de licitación apropiadas, sufrirán las consecuencias y no podrán invocar fácilmente los usos en el sector *nemo auditur propriam turpitudinem allegan*.

3.3. Cambios en el entorno tecnológico y científico

En los últimos años, las telecomunicaciones han transformado el modo de operar. Hoy por hoy, existen softwares especializados para cada sector, pero el hecho de que estén disponibles en el mercado, no necesariamente obligan a que todos los adquieran, o que se hayan convertido en un “uso”. Tocará al prudente tribunal arbitral determinar cuando y cómo cierta conducta se convierte en un uso comercial.

3.4. Las practicas corporativas de un monopolio u oligopolio

Un uso no es la forma de hacer negocios de una empresa o unas pocas, aunque tengan una importante participación de mercado. Por ejemplo, sería un error considerar que lo que realice la empresa Carnival y sus filiales es un “uso” para la prestación de servicios de turismo en la categoría de cruceros, solamente, porque tienen una participación de mercado casi monopólico. Más difícil de evaluar si es uso o no, es cuando son muy pocos los jugadores mundiales de relieve en un sector. Por ejemplo, tres empresas mineras explotan y exportan hierro²⁵; si se considerara que es un “uso” en el sector celebrar contratos cuatrimestrales, sería un error, porque hasta hace muy poco tiempo incluso estas tres empresas celebraban contratos respetando por todo el año el precio del hierro²⁶.

En ocasiones para poder cumplir con un “uso”, es necesario pagar por ello (ejemplo certificaciones ISO); este tipo de requisitos logran estandarizar los procedimientos y mejorar la cadena de proveedores, pero al mismo tiempo es un modo en que los proveedores de las grandes empresas, cada vez se conviertan en grandes empresas.

En algunos casos, bajo el nombre de “economía sustentable”, se están desarrollando usos que son una carga cuyo costo contractual posiblemente no fue calculado ni acordado en su momento, y recientemente se están con-

²⁵ Rio Tinto, BHP y Vale.

²⁶ El Darwinismo económico no siempre versa sobre materias arbitrables, y de nada sirve la invocación a usos sectoriales que confluyen a dificultar la operación de empresas medianas y pequeñas. Independientemente de su ubicación geográfica. Por ejemplo contratos de exclusividad en el transporte o uso de terminales portuarias, donde los vendedores de azúcar pequeños tienen que esperar hasta que encuentren lugar mientras que los grandes pueden construirse sus propios muelles cercanos a las refinerías azucareras reduciendo así costos y llegando en mejores condiciones de tiempo y precio a los diversos mercados.

siderando como requisitos para poder ser proveedores de empresas grandes. Si estos requisitos fueran impuestos por un gobierno, por ejemplo requerir una etiqueta específica a cierto tipo (las del atún que dice “libre de delfines”) y esta etiqueta se volviera obligatoria, puede ser impugnada ante la OMC (como de hecho lo hizo y ganó México²⁷). En cambio, si algo se vuelve obligatorio no por disposición gubernamental, sino por una práctica de una mega empresa como Wall-Mart (que para dar preferencia a proveedoras americanas de mezclilla exige ciertas características a sus productos), no hay recurso. En consecuencia, las prácticas establecidas por un monopolio u oligopolio no son usos comerciales.

3.5. Pagos o beneficios ilícitos (corrupción)²⁸

No solamente son importantes los hechos, sino también las percepciones circunstanciales de actos y hechos jurídicos. Hay países pobres, con políticos y empresarios muy ricos, donde está muy extendido el pago a empleados públicos, para que hagan su trabajo y/o no pongan obstáculos. Aunque esta conducta se encuentre muy extendida no es un “uso comercial”. En opinión de CREMADES Y CAIRNS²⁹ los tratados bilaterales de inversión otorgan al tribunal arbitral jurisdicción para entrar al estudio de cuestiones relativas a corrupción de servidores públicos, pero esto no siempre ha sido así; baste recordar el arbitraje ICC 1110 de 1963 donde el árbitro único, de oficio, sin que las partes se los solicitaran, entró al estudio de su competencia y concluyó no tenerla porque la corrupción es un acto contra el orden público, la moral y las buenas costumbres.

²⁷ Estados Unidos-México II WTO/DSB 381 (La postura de México fue apoyada por Argentina; Australia; Brasil; Canadá; China; Ecuador; Unión Europea; Guatemala; Japón; República de Corea; Nueva Zelanda; Taipei Chino; Tailandia; Turquía; Venezuela, República Bolivariana de Venezuela).

²⁸ En el caso *Westacre Inv. vs. Jugoinport SDRP Holdings* (ICC Award 6497 (1994)) – Un tribunal británico se negó a ejecutar un laudo arbitral por considerarlo contra el orden público (El tribunal arbitral no tomó en cuenta el argumento de corrupción, porque en opinión del tribunal no se dieron detalles de qué y cómo sucedieron tales actos de corrupción. Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995 Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher 1997.

Ut res magis valeat quam pereat.- Principio de interpretación en el sentido de que las cláusulas se lo tengan en lugar de que no surtan efectos. Es un principio (Principles of European Contract Law, Art.5.101), Principios UNIDROIT artículo 4.1.

LAUDO ICC 7792 (1994) publicado en Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995 ICC Kluwer JEAN-JACQUES ARNALDEZ, YVES DERRAINS & Dominique Hascher. (1997).

LAUDO ICC 8873 (1997) Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000 ICC Kluwer-(2003). Sobre el tema de corrupción también puede verse la publicación de ICC en la materia ICC, *Fighting Corruption, International Corporate Integrity Handbook*. Edited by Fritz Heimann and Francois Vinckle. 2da edición. Paris, ICC, 2008.

²⁹ “Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators”. En: *Dispute Resolution Journal* Noviembre 2003.

También se dice que es un abuso de derecho, se ha invocado nulidad absoluta en el objeto del contrato. La tendencia actual es más flexible, especialmente con arbitros suizos³⁰, que consideran un acto contra hecho propio (*venire contra factum proprium non valet*, y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) solicitar un servicio a sabiendas que para completarlo se requerirá incurrir en actos ilegales y luego de obtenido el servicio se niegan a pagar por él. Por ejemplo ganada la licitación se refutan a pagar al agente aduciendo que es un pago corrupto y que la ley americana o de UK les prohíben realizarla por desproporcionada al tiempo invertido en dicho servicio). La mayoría de estos laudos³¹ se podría resumir en decir que una de las partes no puede llorar lo que no supo defender en el momento de contratación. Frecuentemente se declara tal pago como válido, porque no se ha probado que el pago haya sido realizado a un tercero para corromperlo, por lo que el o los agentes no eran corruptos, sino simplemente caros (*not corrupt just greedy*). Hoy por hoy se suele hablar más de falta de transparencia que de corrupción, pero no es un concepto nuevo, el modo en que a cada participante en los grandes conglomerados internacionales se le deja ver una pequeña parte de la operación (incluso el consejo de dirección no está informado de los detalles o usos comerciales a los que está habituado el último empleado dentro de la organización)³². En ocasiones el uso (o mejor dicho abuso) de entidades en paraísos fiscales y legales, recuerda la frase de Seneca *manus manum lavat*,³³ o al proverbio *nisi caste, saltem caute*³⁴. Los laudos CIADI en esta materia son muy ilustrativos, casi en todos, ha ganado

³⁰ Quienes por lo general citan el artículo 2 del Código Civil Sizo.

³¹ Entre ellos LAUDO ICC 9333 (1998) en que se acordó pagar una comisión de 1,900,0000 USD por pago a un agente si lograba que le dieran a la empresa un proyecto para la construcción de un gasoducto en los países del norte de África.

LAUDO CCI 6248 Rec. Sent. Arb. CCI Vol III pp. 239-243.

LAUDO CCI 4145, Res. Sent. Arb. CCI 1986-1990, pp. 53-58.

LAUDO CCI 7047 Publicado en ASA 1995, p. 301-334.

LAUDO CCI 6294 (1991) JDI 1991 p. 1052.

LAUDO CCI 5622 (1988).

LAUDO CCI 9333 (1998).

LAUDO CCI 6474 (1992) Yearbook of International Commercial Arbitration Vol. XXV, p. 432.

LAUDO CCI 10947 (2002) Bull. ASA, 2004, Vol 222, 2004, pp. 308-332.

LAUDO CCI 12045 (2003).

Así como laudos ad-hoc utilizando las Reglas UNCITRAL entre ellos los del gobierno de Ecuador por malversación de fondos otorgados por el Banco Mundial o laudos no internacionales, emitidos por la Cámara de la Construcción de Quito (CEMANACO) que ordenó a Telecsa pagar USD 5,9 millones a Vía Advisors Ecuador por la terminación de su contrato.

³² Este argumento ha sido muy convincente para el gobierno de Ecuador en sus procesos arbitrales y judiciales con compañías petroleras que no cumplen con parámetros o estándares ambientales.

³³ Una mano lava a la otra.

³⁴ Si no castamente, por lo menos cautamente.

el Gobierno acusado de recibir pagos ilícitos³⁵. En los últimos años pareciera que se privilegia la transparencia sobre la confidencialidad y lo que antes se llamaba lealtad, o fidelidad, ahora se llama complicidad.

3.6. Atentados contra el orden público o interés público

Por muy extendido que se encuentre un supuesto “uso”, no puede ser argumentado para dejar de cumplir con normas de orden público. A manera de ejemplo, en el sector del algodón en Egipto los productores han contaminado las aguas y por naturaleza del tipo de cultivo han desertificado las tierras. Si mejorar la calidad del algodón implica dañar el medio ambiente y/o la salud de la población porque así “lo hacen todos” no podrá invocarse como “uso” el efecto de haber modificado el sistema de irrigación que trajo como consecuencia la salinización de las tierras, además del uso negligente de nuevos pesticidas en países pobres, como en Egipto³⁶.

3.7. Estimulos economicos o practicas desleales de comercio cometidas por algun país

Subsidios y otros estimulos del gobierno americano a la producción de su algodón, que se han proporcionado por muchos años³⁷.

³⁵ Entre los casos del CIADI del Banco Mundial citamos relacionados con corrupción los siguientes:

a) *RSM Production Corporation (USA) v. Government of Granada* (ICSID Case N° ARB/05/14). Sobre revocación de licencia por cuestiones de fuerza mayor. Tribunal falló a favor del país caribeño. La demandante en tribunales americanos demandó a sus abogados, con el argumento de que los fondos provinieron del competidor de RSM.

b) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case N° ARB/03/25).

c) *Lucchetti Enterprises, S.A. (Chile) and Lucchetti Peru, S.A. (Peru) v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/03/4). Revocada licencia de construcción por haber sido obtenida por corrupción, el tribunal se declare no competente porque los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del tratado bilateral de inversión.

d) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Switzerland) v. Republic of the Philippines* (ICSID Case N° ARB/02/6).

e) *F-W Oil Interests, Inc. (USA) v. Republic of Trinidad and Tobago* (ICSID Case N° ARB/01/14) Ganado por el gobierno que había sido acusado de corrupción.

f) *World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya* (ICSID Case N° ARB/00/7) Ganado por el gobierno, de nada sirvió a la demandante decir que el monto dado al presidente fue una donación para el país.

³⁶ SPOORC, Max. “Cotton in Central Asia: “Curse” or Foundation for Development”. En *The Cotton Sector in Central Asia, Economic Policy and Developments Challenges, Proceedings of a Conference held at School of African Studies University of London 3-4 November 2005* Edited by KANDIYOTI, Deniz. UK 2007 p. 55.

³⁷ *Brazil vs The United States OMC case*. Vease SHNEPF, Randy. “US-Brazil WTO Cotton Subsidy Issue”. En *CRS Report for Congress* N° RL32571, Washington, D.C. 2004.

3.8. No son los principios generales del Derecho

A los que hace referencia el Artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁸. Por ejemplo es un principio general de derecho, pero no un uso, el principio de que ley posterior prevalece sobre ley anterior, o que ley especial prevalece sobre ley general³⁹. Es incierto que la *lex mercatoria* o los usos comerciales sean parte de los principios generales del derecho, de acuerdo al estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁰.

3.9. No se pueden equiparar al derecho consuetudinario internacional (*customary international law*)

El derecho consuetudinario es el que impone obligaciones a los Estados, no es un método que genere normas procesales o sustantivas para el público en general⁴¹.

3.10. No son sinónimo de la romántica⁴² *lex mercatoria*

Del mismo modo que una parte no puede ser confundida con el todo. La *Lex mercatoria* incluye aspectos de:

3.10.1. Derecho internacional público,

3.10.2. Derecho Uniforme,

3.10.3. Principios generales del derecho,

3.10.4. Trabajos emanados de organismos internacionales, como lo son los Principios sobre Contratos Internacionales de UNIDROIT,

3.10.5. Costumbres no codificadas y usos, que frecuentemente se utilizan indistintamente,

³⁸ STEPHANE DE DYCKER Stéphane, de. "Private International Law Disputes Before International Court of Justice". En *Journal of International Dispute Settlement* 2010.

³⁹ *Conflicts lex posterior and lex specialis (Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamihiriya v Chad)* Judgment 3 February 1994, ICJ Reports 1994, 6 *Saluka Investment BV v Czech Republic* UNCITRAL Partial Award 17 March 2006.

⁴⁰ DYCKERS, S. *Ibid.*

⁴¹ Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US)* Merits Judgment 27 June 1986 ICJ Reports 1986, 14, 108-9, H. THIRLWAY, H. "Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Interantional Adjudication. 1984. 78 AJIL 622, 623 Es ampliamente aceptado por los iuspublicistas que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados representa derecho consuetudinario respecto a interpretación de tratados. En ausencia de una explícita estipulación al tratado bilateral de inversión, se deberá interpretar en base a estos parámetros. Por ejemplo esto puede tener especial importancia al tratar temas relacionados con el alcance de la cláusula de la nación más favorecida.

⁴² BEWES, Wyndham Anstos, *The Romance of the Law Merchant*. London: Sweet & Maxwell 1923.

3.10.6. Recopilaciones de usos publicados por asociaciones comerciales,

3.10.7. Modelos de contratos recomendados por camaras de comercio,

3.10.8. Laudos arbitrales publicados en revistas, sitios de internet o publicaciones especializadas!!!⁴³.

La *lex mercatoria* solía ser atinadamente criticada por su falta de certeza, pero hoy por hoy se cuenta con tan numerosos laudos, que con toda seguridad se puede decir que al árbitro no le faltarán argumentos para fundar y motivar su laudo. Una voz muy clara en la materia es MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH "*lex mercatoria does not have any principles that are clearly identifiable and the ones that have been stated as principles of the system are so obvious that they could have been used without any resort to such nebulous theory*"⁴⁴. "*The attempt to create an international law on investment protection through purely private means did succeed to a large extent, despite the fact that its theoretical foundations were slim*"⁴⁵.

3.11. No es el derecho extranjero

Mejor conocido por el arbitro extranjero, que suele considerar el derecho del lugar donde se encuentran los recursos naturales o inversión, menos desarrollado, o poco laico (por ejemplo en lugares donde se aplican las finanzas islamicas y la Sharia)⁴⁶. Hay ocasiones, como en materia de perforación petrolera, en donde se ha argumentado que es un "uso" comercial el dar el derecho de preferencia por el tanto a los socios en yacimientos vecinos respecto a nuevos descubrimientos, porque así se suele pactar en contratos en Estados Unidos⁴⁷.

⁴³ LANDO, Ole, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* (1985) 34 ICCQ, 747.

⁴⁴ SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY, "*The International Law on Foreign Investment*", 3a edición. UK Cambridge University Press 2011. p. 303.

⁴⁵ *It indicates not only the power of multinational corporations to create law but also, the existence of avenues through vehicle into law can be used as an instrument of private power through weak sources of law such as the awards of arbitral tribunals and the writings of highly qualified publicists. The role of later who are but individuals with partialities to certain views either because they believe firmly in them or because it is lucrative to do so, requires a view of international law not as scientifically neutral discipline but as a manipulable device which serves the interest of power.* SORNARAJAH, MUTHUCUMARASWAMY, *Ibid.* p. 305.

⁴⁶ Cfr. GAILLARD, E. "*Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*", *Clunet*, 1995, pp. 5 ss citado en Laudo ICC laudo 233, 1992.

⁴⁷ LAUDO ICC. 7792 (1994) en "Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995" KLUWER, 1997 En el que varias empresas del sector petrolero celebraron un consorcio para la exploración y explotación de un yacimiento de petróleo en Argentina, en este contrato redactado en inglés, se incluyó una cláusula "Area of Mutual Interest Clause" para interpretar su alcance el tribunal aplicó el artículo 218 (4) del código de comercio que ordena:..." Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguiente (4). Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato." Lo curioso es que no aplicará para ello el artículo 13(5) del Reglamento ICC ni la fracción 6 del mismo artículo argentino que se refiere a (subrayado

3.12. No equidad, o facultad para rendir el laudo *ex aequo et bono*

En el arbitraje ICC laudo N° 6149 (1990), una parte deseaba aplicar usos y practicas, y la otra exigiendo al tribunal que aplicara estricto derecho, ya que no esta facultado a emitir un dictamen *ex aequo et bono* (El tribunal falló en favor de que los usos, como *lex mercatoria*, no implica un dictamen *ex aequo et bono*).

3.13. No se identifican con los principios UNIDROIT

Que son una recopilación por un instituto intergubernamental. No son un instrumento vinculatorio, a lo más persuasivo, que en unos de sus pocos articulos se refieren a los usos comerciales.

4. PARA INVOCAR A LOS USOS COMO DERECHO APLICABLE NO ES NECESARIO SATISFACER LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA CISG, PARTICULARMENTE SI EL CONTRATO EN CUESTIÓN NO ES DE COMPRAVENTA. SIN EMBARGO LA CISG BRINDA CRITERIOS DE ORIENTACION

4.1. Que sean conocidos y observados

Un tema relevante es que un uso no requiere *inveterata consuetudo*, no es cuestión de tiempo de emplearse, sino de que sea conocido y aplicado por el sector. Tampoco es necesario que sea aplicado de modo universal.

4.2. Sin vicios del consentimiento (las partes lo deberian haber conocido)

Los usos no deben presentar vicios del consentimiento. La cuestión de "validez", como ya lo hemos señalado anteriormente, aplica no solo al contrato firmado por las partes, sino a los hechos y actos juridicos relacionados. Por ejemplo, pudiera ser valida o no una garantia, permiso u autorización otorgada, dependiendo si quien la emitió estaba validamente designado para otorgarla. En materia de acreditacion de profesionales en varios paises, reviste cuestiones de orden publico. Por ejemplo, existen paises como Francia, donde el aviso de terminacion de obra, debe ser firmado por un arquitecto del pais donde se lleva a cabo la obra. La cuestion es: quien lo firmó fue un funcionario de la casa matriz que es arquitecto, pero no habilitado para ejercer en un determinado pais. Es un tema que pudiera o no, ser un uso, de acuerdo a las circunstancias del caso.

nuestro) "El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras".

4.3. Carga de la prueba

Los usos deben ser probados, y la carga de la prueba puede ser onerosa, particularmente si los miembros del tribunal, los abogados de las partes, son completamente ajenos al sector comercial del que se trate⁴⁸. La *London Arbitration Act* del 1996 es muy cuidadosa respecto a cómo se invocan esos usos en el arbitraje, porque no hay lugar para terceras categorías; si no es derecho aplicable es un “hecho” y como tal debe ser probado, y si no se hace se convierte en un error de derecho que hace anulable el laudo. “*A party asserting any fact has the burden of proving it by adducing appropriate evidence before the tribunal. Finding of fact are which an award is based can be challenged as errors of law if they are not based in evidence*”.

4.4. Valorar el impacto

Que podría tener el uso comercial en el caso vs. El costo y tiempo en conocerlo y valorar su impacto. Lo que implica realizar exámenes, pedir peritajes, reportes, etc.

4.5. No basta que los miembros de una cámara o asociación los utilicen.

Un uso debe tener cierta aplicación generalizada, no basta que los utilicen los miembros de una cámara de comercio o asociación industrial, particularmente si esa asociación es voluntaria.

5. EJEMPLOS DE UTILIDAD DE APLICACION DE USOS

El hecho de que el tribunal pueda tomar en cuenta los usos en el sector comercial, si no los conoce, pudiera designar peritos. Pero deberá de dejar claro en su laudo la relevancia y valor probatorio que le da a esta prueba. Es esto otro tema muy debatido: hasta qué punto el árbitro puede aplicar sus conocimientos y experiencia previa, sin haberle dado a las partes oportunidad para defenderse o bien, si debe ajustarse exclusivamente a lo presentado por las partes haciendo caso omiso a sus estudios y vivencias pasadas⁴⁹. Cuando una de las partes tiene un mal abogado, no es papel de ningún miembro del tribunal venir a suplir su ignorancia, falta de profesionalidad y estudio, pero al mismo tiempo, resulta duro condenar a una parte solamente porque contrató a un mal abogado, ignorante o grosero.

⁴⁸ PHILIP, Allan. “The Standards and Burden of Proof in International Arbitration”. En 10 *Arb. Int’L* Vol. 10 1994. *How the burden of proof is divided in casu is primarily in the discretion of a party but ultimately in the discretion of the panel. Consultations may be held when issues are complicated and evidence is being brought in sequence.*

⁴⁹ *Chekpoin Ltd v Strathclyde Pension Fund* [2003] EWCA Civ. 84, [2003] L&Tr 22.

A manera de ejemplo los usos son útiles para:

5.1. Marcar parámetros razonables

Ejemplo tiempo que puede, de acuerdo a las circunstancias del caso, considerarse “urgentemente”.

5.2. Determinar responsabilidad respecto a términos de entrega de un producto

Casi todos los autores cuando hablan de usos comerciales se refieren a los INCOTERMS de la CCI.

5.3. Para determinar si el empaque es el adecuado para el producto

Por ejemplo, no es lo mismo mandar cemento en bolsas de 50 Kg que se ponen dentro de bolsas de plástico de 2 toneladas (con el fin de evitar el costo del contenedor de metal), que comprar el cemento a granel. En el primer caso se sabe que es para el mercado minorista, en el segundo se destina al mayorista. Un punto relevante en el transporte del cemento es el precio del flete y el empaque puede marcar una gran diferencia⁵⁰.

5.4. Para determinar si el seguro y su cobertura eran adecuados

De acuerdo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta no sólo la póliza prima y cobertura, sino lo que es el uso comercial en el sector comercial. Hay amplia práctica en materia de seguros (por ejemplo por lo que toca a la carga de la prueba) en materia marítima o bancaria.

5.5. Para determinar si el tipo de transporte fue el adecuado

Por ejemplo, si debería haberse utilizado contenedor refrigerado en la exportación de vinos, verduras o peces.

5.6. Determinar calidad⁵¹

⁵⁰ Este punto fue determinante para el arbitraje de capítulo XIX NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) USA-98-1904-0 en materia de Cemento Gray Portland y Clinker procedente de México. Por las empresas CEMEX y Cementos de Chihuahua contra el gobierno de los Estados Unidos.

⁵¹ ...international commercial arbitration is more likely to be used for complex products than for simple products: complex products involve fewer repeat dealings and less advantage of industry expertise. Again, the empirical reality is consistent with these predictions. In international commercial arbitration, disputes often arise out of non-standardized transactions with very high stakes. DRAHOZAL, Christopher: *Private Ordering and International Commercial Arbitration* En Penn State Law Review [Vol. 113] pp. 1032 et seq.

En materia de café, azúcar, y metales existen procedimientos arbitrales dentro de las asociaciones sectoriales que solucionan los conflictos entre las partes. Muchas veces estos procedimientos se reducen a cuestiones de calidad, reflados en un documento (certificado de empresas como SGS), también para determinar calidad de tecnología, como podría ser el alcance de interpretación de reglas ISO, EAN-Systems, o los publicados por la Organización Internacional para la Estandarización⁵².

5.7. Delimitar el alcance de la buena fe y deberes de lealtad negocial en determinados sectores.

Por ejemplo es el caso de una pequeña empresa minera canadiense que estaba en la etapa de exploración y había perdido mucho tiempo y dinero en realizar su prospección y exploraciones en una región. Ya que estaba cerca otra empresa minera más grande a realizar prospección, se conocen los geólogos de ambas minas, hablan de los resultados de los primeros estudios de barrenación, y eso motiva que los directores de las empresas se acerquen a conversar respecto a un posible joint venture o asociación en participación; sin embargo este acuerdo no se lleva a cabo. Poco tiempo después la nueva empresa, presumiendo que el terreno junto al de la otra empresa también sería rico en mineral lo denuncia, obtiene la concesión, y comienza con fondos a terminar en menor tiempo la exploración de su denuncia minera. Pero todo nació por el "tip", por la información que se intercambiaron. Es un "uso" en el sector minero considerar si no confidencial, si un deber de lealtad,⁵³ el realizar exploración en terrenos vecinos⁵⁴.

5.8. En materias que requieran pronta y especializada atención al asunto

En materia de derecho marítimo relativo a hechos relacionados con un rescate, o casos de violación a derechos de propiedad intelectual, ha sido muy bueno el desarrollo del arbitraje de la OMPI. En OMPI⁵⁵ se cuentan con muy buenas experiencias de aplicación de usos. Por ejemplo uno de los casos de éxito más reciente, es el de una empresa norteamericana proveedora de soft-

⁵² Las empresas de certificación han cobrado un papel protagonista en el comercio global y existen pocas de ellas realmente internacionales, una de ellas es SGS. Empresa certificadora que ha demandado a países en CIADI, como el caso contra Pakistan, Filipinas o Paraguay. En el caso de Pakistan fue muy comentada la aplicación de la cláusula paraguas: donde se dio la llamada "transubstanciación" donde se pasó del nivel contractual a *ipso jure* se transformó en un instrumento de derecho internacional.

⁵³ En Italia lo llaman deber de "correttezza," y encuentra su fundamento en el artículo 1175 del código civil "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

⁵⁴ Así lo confirmó el tribunal canadiense en el caso *Lac Minerals Ltd. v International Corona Resources Ltd.* In the Supreme Court of Canada 11 August 1989. [1990] F.S.R. 441.

⁵⁵ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/casesx/index.html>.

ware de procesamiento de datos y servicios, respecto a un banco asiático que abusó del software licenciado. La clausula arbitral indicaba que cualquier disputa surgida de o en conexión con el acuerdo, se resolvería en el marco del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI y que el árbitro único fuera elegido entre un grupo de personas que tengan experiencia en nuevas tecnologías. Las partes acordaron un árbitro único que celebró una audiencia de dos días en la ciudad de Nueva York. Tres meses después de la solicitud de arbitraje acelerado, el árbitro dictó un laudo definitivo determinando la existencia de infracción parcial del acuerdo y la concesión de daños y perjuicios a la empresa norteamericana proveedora de servicios.

5.9. En materia de construcción⁵⁶

Los meritos de este último caso se refieren a empresas francesa y otra española por una construcción en Algeria donde se presentó una excesiva onerosidad sobrevenida. Las partes no incluyeron en su contrato una referencia a los Principios UNIDROIT y una de las partes deseaba invocar *hardship*, excesiva onerosidad sobrevenida, como se contempla en artículo 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT. Esta parte insistió que deberían aplicarse los Principios UNIDROIT no como principios, reglas o guía, sino como usos a los que hacia referencia el artículo 7 de la Convencion de Ginebra sobre Arbitraje Internacional y el artículo 13(5) del Reglamento ICC. También se refirió a que los usos son contemplados en FIDIC e ENNA. Pero como resulta entendible, el tribunal se negó a aplicarlos. Su razonamiento fue màs allà al exigir, que si las partes hubieran deseado su incorporación, lo hubieran expresamente acordado en su contrato. Ademàs, el tribunal afirmó que cómo las partes ya habian elegido un derecho nacional, y los Principios UNIDROIT se refieren a principios generales del derecho que se pueden usar como *lex mercatoria*, estos resultan innecesarios⁵⁷.

5.10. En materia de garantías y cartas de crédito

Sin lugar a dudas, un claro ejemplo de lo útil que son los usos, lo encontramos en el sector financiero donde los bancos internacionales de primer nivel se han posicionado en gran parte del mercado mundial, mediante sus usos uniformes. Sin necesidad, pero si con la conveniencia de que ratifiquen

⁵⁶ LAUDO CCI. 7792 CCI N°. 7792 (1994), *J.D.I.* 1995.993; *Rec.* III.584, obs. D.H y LAUDO 8873 LAUDO ICC 8873 (1997). Ambos publicados en "Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000 ICC Kluwer, 2003.

⁵⁷ El laudo citó a GAILLARD, Emmanuel. "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international". En *Etudes Bellet: Litec*, 1991, p. 203 y a KAHN Ph. "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international" en *JDI* 1989 p. 305.

convenciones internacionales, como la UNC (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby-by- Letters of Credit*). A manera de ejemplo de los trabajos que sobre usos bancarios ha realizado la Càmera de Comercio Internacional (ICC), citamos:

UCP 600 (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*)⁵⁸,

ISBP (*International Standby Practices*)⁵⁹,

URCB (*Uniform Rules for Contract Bonds*)⁶⁰,

URCG (*Uniform Rules for Contract Gurantees*)⁶¹,

URDG (*Uniform Rules for Demand Guarantees*)⁶² y

URR (*Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursements under Documentary Credits*)⁶³.

En todos ellos sería muy difícil señalar los que siendo un uso se incorporaron en los documentos, a los que por ser incorporados en los documentos se convirtieron en uso. Lo cierto es que los bancos sólo los aplican cuando citan la sigla y número⁶⁴.

Un punto particularmente interesante es que se esta desarrollando un *uso* en la practica del arbitraje internacional que consiste en que *los laudos citan otros laudos que a su vez se basaron en otros laudos*. Incluso se habla de una "jurisprudencia arbitral". Que no existe. Los laudos solamente vinculan a las partes que participaron en él (*Res inter alios acta allis nec nocet nec potest*). No negamos que en algunas ocasiones, un laudo arbitral pudiera brindar luces al tribunal por el modo en que es fundado y razonado, pero de ninguna manera es obligatorio para el tribunal arbitral. La realidad es que siempre se citan unos a otros, incluso se publican y asi, de la misma manera que el abogado formado en una tradición anglosajona citaba precedentes judiciales, ahora cita laudos

⁵⁸ La última edición es UCP 600 publicada en 2006. Véase BAKER Walter and DOLAN John "Users Handbook for Documentary Credit Under UCP 600" Paris. ICC. 2007.

⁵⁹ Camara de Comercio Internacional. "*International Standby Practices*" ISP98 Paris. ICC Publicacion N° 590, 1998.

⁶⁰ Camara de Comercio Internacional. "*Uniform Rules for Contract Bonds*" ICC Publicacion N° 524 de 1994, también se recomienda la lectura de las opiniones de la CCI en materia bancaria: ICC *Banking Commission Collected Opinions 1995-2001*.

⁶¹ Camara de Comercio Internacional. "*Uniform Rules for Contract Guarantees*" ICC Publicacion N° 325, 1994.

⁶² Camara de Comercio Internacional. "*Uniform Rules for Demand Gurantees*" ICC Publicacion N° 458, 1994.

⁶³ Camara de Comercio Internacional. "*Uniform Rules for Bank-to Bank Reimbursements under Documentary Credits*", URR 525, ICC Pulicación N° 525, 1995.

⁶⁴ DCL (Se refiere al credito documentario). La publicacion 633 de CCI 2001. Tiene un studio de legislación comentada por el Prof. SCHUTZE y el Dr. FONTANE. También se recomienda la lectura de Docdex Rules y las decisiones de 1997-2003.

arbitrales. En opinión de quien esto escribe es un aspecto con ventajas y desventajas que bien merece otro artículo. En este solamente llamamos la atención, sobre el hecho que esta siendo reiterado, y que está convirtiéndose en un “uso” de una profesión que no debiera existir. La del arbitro de profesión, en lugar de alguien de la profesión o del sector comercial que por su autorevoleza, es invitado a resolver una controversia. Respecto a la traducción de la palabra autorevoleza, vale la pena aclarar que los italianos distinguen entre *autorità*, de quien ejerce un cargo, tiene poder, de quien cuenta con autorevoleza, quien tiene una informal influencia por su prestigio. Los norteamericanos se refieren en cambio a *autoridad informal*. Se obedece a quien manda y por miedo al castigo, pero se sigue al líder natural. La autorevoleza es del segundo, el poder del primero. El poder del arbitro se deriva de la clausula arbitral, pero la autoroveleza se conquista en caso por caso, laudo por laudo, orden procesal por orden procesal, acto por acto, palabra por palabra. El prestigio de toda una vida se pone en juego en cada asunto.

6. ABUSO DEL DERECHO, DE LA POSICION PREDOMINANTE EN EL MERCADO Y/O DEL USO COMERCIAL

El Uniform Commercial Code de los Estados Unidos es uno de los pocos instrumentos legales que definen a los usos. La Section 1-205⁶⁵ expresamente indica que los usos deben ser probados como “hechos”, y añade el requisito de que deben constar por escritos; muchos reglamentos de arbitraje contemplan a los usos en el artículo relativo al “derecho” aplicable.

Los Principios Unidroit tienen el acierto de haber incluido a los usos y practicas como un elemento importante en los contratos, pero también el de darles su papel supletorio a la voluntad de las partes⁶⁶. En materia de arbitraje de commodities pareciera que todo está tan estandarizado, que la voluntad de las partes pasa a un segundo término; incluso con gran dificultad se pueden negociar las clausulas contractuales que mandan como un “tomalo” o “deja-

⁶⁵ UCC § 1-205. Course of Dealing and Usage of Trade.

(2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.

(5) An applicable usage of trade in the place where any part of performance is to occur shall be used in interpreting the agreement as to that part of the performance.

⁶⁶ Los Principios Unidroit recopilan en su articulado los elementos fundamentales que regular los contratos (similar al indice de lo que es el libro de las obligaciones en los codigos civiles), pero con la diferencia de que en su elaboración fueron invitados abogados, jueces, académicos de varias varias tradiciones juridicas. Los usos son mencionados, entre otros en los articulos artículo 1.8, 1.9, artículo 2.1.6(3), artículo 4.3.

lo". Hasta hay casos en que las cláusulas arbitrales se dan por presupuestas, aunque no sean escritas. Esto pudiera llamar la atención a quien se encuentre familiarizado con la Convención de Nueva York de 1958 y podría venir a cuestionar la posibilidad de ejecutar un laudo sin que hubiera existido cláusula arbitral. Sin embargo, el punto de partida es que las partes que se someten a estos arbitrajes de commodities, consideran más importante su calidad de miembro de una asociación que el valor de la controversia; en muchos casos su costo es tan bajo, que los honorarios de abogados en condiciones normales superarían el monto de la controversia⁶⁷.

Hay asociaciones como la de azúcar refinada, que ahora con los mismos agremiados se extiende a otra asociación de biodiesel, o a las de cereales y granos. GAFTA en 2010 modificó sus reglas de arbitraje e insiste en que exista un contrato con cláusula GAFTA para poder iniciar el procedimiento arbitral⁶⁸. La mercadología de estos arbitrajes está en dotar a sus agremiados de modelos de contratos que incluyan su cláusula arbitral. Las reglas de la asociación para aceites y grasas (FOSFA) de 2005 textualmente prohíben a las partes ser representadas por un abogado. "*No person wholly or principally engaged in legal practice shall be eligible to act as an arbitrator or empire*" "*Either party (...) may not have presented or be represented by any member of the legal profession wholly or principally engaged in legal practice*". Además sus laudos pueden ser apelados.

Por otra parte, las grandes transnacionales han creado certificaciones que van más allá de los límites del derecho aplicable y así, por voluntad de las partes, la ley del más fuerte en la negociación prevalece como la *lex contractus*... hasta que llega un super abogado que se acuerda que existe el derecho, el orden público, y la irrenunciabilidad a determinados derechos, o más aun, que no se pueden mágicamente incorporar datos de esos hechos (certificaciones ISO, o cualesquiera otra) de modo automático porque eso es una violación al "*due process*". El debido proceso y el acceso a la justicia son un derecho humano, una garantía que prácticamente se incluye en toda constitución política.

El creciente número de casos en que se utiliza el arbitraje en asuntos internacionales, lleva al llamado: a que los usos no pueden ser igualmente aplicados en las diferentes especies de arbitrajes internacionales. No es lo mismo un arbitraje contra un estado soberano, que un arbitraje de consumidores. Resulta difícil trazar fronteras, pero no todo tipo de arbitraje admite la invocación de usos para poder ser una opción buena, barata, segura... en donde no exista para las empresas riesgo de demandas de clase (*class action*). Esto está cam-

⁶⁷ Sobre este tipo de arbitraje véase VEYTLA, Hernany. "International Arbitration - Agricultural Commodities: Outside Counsel Perspective" en GRIGERA NAÓN, Horacio y MASSON, Paul E: *Arbitration Practice: 21st Century Perspectives*, Lexis Nexis, 2010. Capítulo 27.

⁶⁸ <http://www.gafta.com/arbitration>.

biando, también el tema de que el arbitraje, al ser una actividad de privados, no puede imponer condenas penales y/o cuasipenales (*punitive damages*)⁶⁹. Los árbitros pueden entender de mejor modo, dada su especialización, temas complicados, pero ni la International Bar Association, ni la ICC, ni ninguna otra institución administradora se pueden aventurar a llamar un “uso” en el arbitraje, prácticas que son propias de sus miembros, o de algunos de ellos.

En la última década se ha vuelto común hablar de la *soft-law*⁷⁰, pero considero que existe un error en que los abogados quieran que todo lo bueno sea legal, solo por el hecho de que lo legal es bueno⁷¹. El regresar a los principios básicos, a las fuentes del Derecho, es dar un paso más allá del texto de la ley para dejar campo posible para alcanzar la justicia. La libertad, la seguridad y la justicia son una meta, un destino al que todo profesional del derecho debe tender, pero no se puede alcanzar la justicia sin la seguridad jurídica en un proceso, sea judicial o arbitral. Por ello, es importante que el prudente tribunal arbitral dé el peso debido a cada fuente del derecho, especialmente cuando las reglas del procedimiento arbitral no imponen la obligación al tribunal de aplicar los usos comerciales, sino que le piden aplicar el derecho aplicable u otra “*rule of law*” que considere apropiada. En caso de arbitrajes de la LCIA,

⁶⁹ En 1976 *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.* Court of Appeals of New York 40 N.Y.2d 354, 353 N.E.2d 793 (1976 contra orden público si un tribunal arbitral condena en daños punitivos (*punitive damages*). Sin embargo recientemente utilizando datos de más de 6,800 arbitrajes en material de títulos valor, se encontró que el demandante prevaleció en 48-9% de los procedimientos arbitrales y que el 9.1% de dichos demandantes obtuvo compensación por concepto de daños punitivos en el laudo arbitral.

⁷⁰ REISMAN, mantiene una postura mucho más legalista y formal, confundiendo la *soft-law* con metajuridicidad únicamente aceptable para quien se encuentra en la tarea de redactar leyes internacionales o academia, pero no para un juez o árbitro que debe circunscribirse a lo expresamente contemplado por la ley, porque en su opinión la legalidad no tiene grados. “*a soft law rule being a rule “slightly” legal in character (...) Hence international judges and arbitrators should apply and apply only, the law that comes without the adjective “soft”(...) The point is that many law jobs- and especially judicial and arbitral jobs- are different than ordering eggs at breakfast. When you are advising the CEO or CFO of a multinational on a matter that could engage substantial economic costs for the company and/or significant criminal liability for the executive, when you are advising a soldier going into battle, when you are sitting as an arbitrator in a case concerning the company or the executive or in a military tribunal judging that soldier, please do not let some eloquent advocate slip those tasty culinary adjectives onto your juridical plate. While soft law is a useful notion for students and scholars seeking to understand and to manipulate the sequential process of international law-making and for non-governmental organizations trying to no make new law, it is not a useful notion for the appliers of law and especially for participants in the international arbitral process*”. A lo que la autora replicaría diciendo que no todo el Derecho es la Ley de ninguna manera el ser profesor de Derecho es tener un “soft job” REISMAN, Michael, “Soft law and Law Jobs” en *Journal of International Dispute Settlement*, 25. Oxford Journals. 2011.

⁷¹ Error nada nuevo, en portugués brasileño en lenguaje cotidiano se usa la palabra “legal” con la misma trivialidad y coloquialidad con que en español se escucha “es una persona buena onda”, es decir algo que esta muy bien.

Càmara de Estocolmo, o CIADI importa fundar adecuadamente si dichos usos se pueden considerar *rule of law*.

7. REFLEXIONES FINALES

En un proceso arbitral siempre el abogado pregunta al cliente las negociaciones preliminares entre las partes, practicas entre ellas, la conducta subsecuente a la celebración del contrato, la naturaleza y propósito del contrato, el significado de los vocablos de acuerdo al sector commercial relevante, pero pocas veces sobre los usos. Incluso el cliente de tanto vivirlos, posiblemente no puede inmediatamente delimitarlos y describirlos. Por eso el ejercicio debe comenzar mucho tiempo antes, con la redacción del contrato y sus anexos.

Para que un tribunal pueda tomar en cuenta los usos comerciales en determinado sector deberan ser accesibles en tiempo y forma, y proporcionales al costo y esfuerzo para hacerselos conocer al tribunal⁷². Obviamente lo ideal es extremar el cuidado en la redacción de los contratos, y especialmente sus anexos técnicos. De este modo, incluso las partes pueden acordar sobre que usos son aplicables,⁷³ pues el arbitraje no tiene como función suplir la deficiencia en la negociacion y redacción del contrato⁷⁴. También es recomendable incluir una clàusula sobre criterios de prevalencia para la interpretación del contrato, donde se enumeren la prelación de importancia de los anexos, y donde ademàs se haga referencia concreta al modo en que se podrá hacer referencia a los usos del sector.

Otra alternativa para poder prestar mayor atención a los usos, es deslocalizar el contrato, sin someterlo a un derecho nacional concreto, como lo contempla la opción "B" del contrato modelo para contratos de llave en mano

⁷² El costo de la carga de la prueba generalmente recaè en la parte que la solicita. Vèase Corte Internacional de Justicia, *Lotus Case* Judgement of Sep 7, 1027 en 18.

⁷³ Cfr. UNIDROIT, "Principios Sobre Contratos Comerciales Internacionales", 3ª Ed. UNIDROIT, 2010. artículo 1.9 comentario 2, artículo 2.1.6(3), artículo 5.1.2

⁷⁴ Con excepción de arbitrajes en China bajo las reglas CIETAC, que otorgan una facultad investigativa al tribunal:

Article 37 Investigation by the Arbitral Tribunal.

1. *The arbitral tribunal may, on its own initiative, undertake investigations and collect evidence as it considers necessary.*

2. *When investigating and collecting evidence by itself, the arbitral tribunal shall promptly notify the parties to be present at such investigation if it considers it necessary. In the event that one or both parties fail to be present, the investigation and collection shall proceed without being affected.*

3. *The arbitral tribunal shall, through the Secretariat of the CIETAC, transmit the evidence collected by itself to the parties and afford them an opportunity to comment.*

de una planta industrial de la CCI (2003)⁷⁵. Esta vía es peligrosa y delicada, particularmente para un abogado local sin consultar y pagar colegas en el extranjero, así como contadores internacionales y consultores en el sector comercial donde opere el cliente. En asuntos complejos y cuantiosos, esto puede ser lo más recomendable para una planeación tributaria internacional donde se aprovechen los beneficios de los tratados de doble tributación sin perder la protección de acogerse a los tratados de inversión. Como recordará el lector, estos BIT funcionan a manera de paraguas que cubren el contrato, o de modo más ejemplificativo de muñecas rusas, estilo matrioskas, donde lo contemplado en un contrato se entiende cubierto y protegido por un acuerdo maestro entre las partes, que de cohesión a numerosos contratos para una operación⁷⁶, y dicho acuerdo maestro este amparado por el tratado celebrado por el país que recibe la inversión.

Los libros de caballerías, como este libro en homenaje, son unas narraciones en prosa, por lo común de gran extensión incluso en los títulos de sus capítulos, que relatan las aventuras de un hombre extraordinario, el caballero andante⁷⁷, quien vaga por el mundo luchando contra toda suerte de personas

⁷⁵ El modelo de contrato para adquisiciones de plantas industriales llave en mano propuesto por la ICC prevee en su cláusula 36.1 donde apunta una opción "B" para cuando las partes no acuerdan un derecho aplicable. En esta opción "B" se señala que para las cuestiones relativas al contrato que no se encuentren previstas en el mismo será aplicable, en el siguiente orden:

(a) los principios de derecho generalmente reconocidos en comercio internacional como aplicables a los contratos llave en mano.

b) la CISG.

c) los usos comerciales que resulten relevantes.

d) Los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT con exclusión de las cláusulas relativas a hardship y exclusión de normas nacionales.

ICC "Model Contract Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract. ICC Publication Nº 653, 2003.

⁷⁶ Como suele ser el caso de varias estructuraciones financieras que no se limitan, pero sí incluyen planeaciones financieras que funcionan por el flujo de caja que genera el proyecto así como las que se encuentran garantizadas por la prenda sin transmisión de posesión con todas las modalidades que permita la creatividad de sus sponsors y cuyos contratos reciben el nombre y forma dependiendo de la estructura, finalidad, o modo de gestión. Que se resumen en las famosas formulas que fueron chivo expiatorio de la última crisis: ABS (*asset backed securities*), CDO (*collateralized mortgage obligation*), CLO (*Collateralized loan obligation*), REIT (*real estate investment trust*, que funcionan por su *net asset value* (NAV), *adjusted funds from operations* (AFFO) and *cash available for distribution* (CAD))/CMBS (Commercial Mortgage Backed Securities), que a final de cuentas pueden obedecer a un acuerdo maestro de MBO (*Management Buy Out*), LBO (*Leverage Buy Out*) o a un simple deseo del banco o inversionista participante a diversificar su riesgo en caso de que no le pague quien le dio el dinero. Obviamente para reducir todavía más el riesgo se forman paquetes de diversos grupos y así se integra un paquete mayor que permite nueva emisión de títulos valor ... Sin embargo reiteramos que no por mucha popularidad que tengan estas estructuras financieras de reducción de riesgo pueden considerarse por ello un "uso comercial".

⁷⁷ Sobre esta analogía no pasa desapercibida a la autora la buena retórica del magnífico abogado peruano: MACLEAN U, Roberto. "Don Quijote de la Mancha" y el Impacto Económico

o monstruos, contra seres normales o mágicos, por unas tierras las más de las veces exóticas y fabulosas, o que al mando de poderosos ejércitos y escuadras derrota y vence a innúmeras fuerzas de paganos o de naciones extrañas. Es el caballero andante de los libros un ser de fuerza considerable, muchas veces portentosa e inverosímil, habilísimo en el manejo de las armas, incansable en la lucha y siempre dispuesto a acometer las empresas más peligrosas. Por lo común, lucha contra el mal –opresores de humildes, traidores, ladrones, déspotas, infieles, paganos, gigantes, dragones– pero el afán por la acción, por la “aventura”, es para él una especie de necesidad vital. El constante luchar del caballero supone una serie ininterrumpida de sacrificios, trabajos y esfuerzos de incontables ordenes procesales y uno que otro laudos parcial, que son ofrecidos a una dama, con la finalidad de conseguir, conservar o acrecentar su amor. Obviamente en este libro espero quede fielmente demostrado que esa “dama” no es la Aldonza Lorenzo o institución administradora de arbitrajes, sino LA JUSTICIA (como virtud) la verdadera Dulcinea del Arbitraje Internacional.

de la Justicia en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_34.pdf.

El arbitraje comercial en México a 17 años y las reformas de derecho mercantil

LEONEL PEREZNIETO CASTRO^(*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Estado actual del arbitraje en México.* 3. *Reformas al arbitraje de enero de 2011.* 3.1.1. *El tipo de procedimiento.* 3.1.2. *Las facultades concedidas al juez.* 3.1.3. *Medidas precautorias.* 4. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Es motivo de un gran gusto y de una gran distinción el que me hayan invitado a participar en este merecido homenaje a dos árbitros internacionalmente reconocidos, además de ser gratos amigos: BERNARDO CREMADES e YVES DERAINS.

Quisiera aprovechar de dar una visión sintética de la situación actual del arbitraje comercial en México, para este efecto.

En la primera parte de esta presentación quisiera referir unas notas sobre el arbitraje en México y con ello, referirme al estado que guarda hoy, y en la segunda parte, mencionar las reformas en materia de arbitraje publicadas en enero de este año.

2. ESTADO ACTUAL DEL ARBITRAJE EN MÉXICO

El arbitraje comercial internacional en México después de 17 años de haberse instituido en México a través de la incorporación en el Código de Comercio, Título Cuarto, Libro Quinto, de la Ley Modelo de UNCITRAL, tiene YA un perfil definido y las dudas que se levantaron, sobre todo en sus inicios, se han ido resolviendo por una cada vez más acertada interpretación

^(*) Profesor Titular de Carrera de la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Titular de la Cátedra Patrimonial de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac - Norte (Ciudad de México) Consultor externo del despacho Jáuregui y Navarrete, S.C. (Ciudad de México)

de los tribunales y por la reforma de enero de este año, a la que también nos referiremos.

A fin de mostrar una imagen lo más sintética posible, quisiera referirme a dos casos paradigmáticos que nos pueden ilustrar sobre estos ires y venires del arbitraje en México que, como dije, hoy se encuentra en mi opinión, ya en un franco desarrollo.

El primer caso, es el relacionado con un punto específico del arbitraje y es la remisión de las partes al arbitraje.

El artículo 1424 en su primer párrafo del Código de Comercio (C.Com.) establece:

“El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

Esto quiere decir que si una de las partes en el contrato ha iniciado un litigio por vía judicial, no obstante que en el contrato las partes hayan acordado una cláusula arbitral, la contraparte podrá solicitar al juez que remita el asunto al arbitraje que fue el procedimiento mercantil preferente que acordaron las partes en su momento.

También puede tratarse, según la disposición citada, que una de las partes haya solicitado al juez que declare la nulidad de la cláusula por carecer ésta de algún elemento que la hace ineficaz o de ejecución imposible.

En cualquiera de los casos, el dispositivo ordena que el juez deberá remitir a las partes al arbitraje a menos que “compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

El verbo “comprobar” que en nuestro idioma significa “verificar”, “confirmar” o “revisar y llegar a una conclusión”. No quiere decir por tanto que el juez deba juzgar acerca de la cláusula lo que ya sería una situación totalmente distinta ya que en este caso solicitaría a las partes argumentaciones y pruebas en un sentido o en otro. Simplemente se trata de que compruebe la apariencia de buen derecho. Es una comprobación rápida para que el procedimiento pueda proseguir su curso.

Frente a esta situación el Sexto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil¹ se pronunció de una forma abierta afirmando que en virtud de que el artículo 1432 faculta al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia incluyendo la validez del acuerdo arbitral, remitió a las partes al arbitraje.

¹ Amparo 556/2004-I.

No obstante, surgió casi simultáneamente una posición cerrada, la del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito² y que declaró que el tribunal judicial es el que tiene competencia para pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo arbitral sin que eso sea violatorio del artículo 1432.

Más tarde la Suprema Corte de Justicia en contradicción de tesis³ decidió a favor de esta última interpretación con lo cual se dio el visto bueno para que los jueces pudieran intervenir de manera más amplia en el arbitraje, entorpeciendo con ello su necesaria fluidez.

Esta posición judicialista parece ahora resuelta en principio, por la reforma de 27 de enero de 2011 como veremos a continuación, pero quedará pendiente de la interpretación judicial que esperamos sea positiva, después de las críticas tan fuertes que han sido realizadas a la interpretación final que hizo nuestro máximo tribunal y que acabo de referir.

La reforma en el artículo 1464, primeros dos párrafos, ha establecido lo siguiente.

“artículo 1464.- Cuando una parte solicite la remisión al arbitraje en los términos del artículo 1424, se observará lo siguiente:

La solicitud deberá hacerse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente el solicitante.

El juez, previa vista a las demás partes, resolverá de inmediato”.

El artículo continúa, pero me interesa retener la orden que establece en el sentido de que el juez deberá resolver “de inmediato” lo que no es que deba juzgar. Ojala que con esta rectificación necesaria quede atrás el criterio de judicialización del arbitraje.

Segundo ejemplo. El artículo 1435 establece que:

“El tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje de modo que considere más apropiado”.

Esta fórmula, tan necesaria en el desarrollo del procedimiento arbitral fue criticada por el sector que se encuentra todavía atado a los formalismos y a la judicialización del arbitraje. Este sector sostuvo que una flexibilidad tal, resultaba inconstitucional porque se trataba de un exceso de facultades para los árbitros rompiendo con el sentido de estricta aplicabilidad del derecho.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito⁴ consideró que los árbitros pueden únicamente pronunciarse sobre su competencia, si las

² Recurso en Revisión 3836/2004, 11/11/2004.

³ 51/2005-PS.

⁴ Amparo en revisión 14/2005.

partes expresamente lo han pactado así. Lo cual resultó contrario a lo dispuesto expresamente por la ley que le concede esa competencia al tribunal arbitral.

La Suprema Corte de Justicia, se pronunció en su momento a favor de esta posición del Colegiado y así la Corte estableció que:⁵

“La competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano judicial”.

Sin embargo, esta postura de la Corte fue modificada cuando en el amparo Telmex⁶ declaró que las partes y los árbitros son libres para organizar el procedimiento según su conveniencia, a condición de que se respeten el acuerdo y el reglamento aplicable.

Quisiera ahora, referirme a la reforma de 27 de enero y concretamente al procedimiento establecido denominado “juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje”.

reformas al arbitraje de enero de 2011

Haré referencia concretamente a la introducción de un nuevo procedimiento especial sobre transacciones comerciales y arbitraje.

El nuevo procedimiento especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, instaurado en enero de 2011⁷ y que ahora forma parte del Código de Comercio, sustituye al procedimiento incidental que estaba previsto anteriormente en el antiguo artículo 1460 del Código de Comercio, que a su vez remitía al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. El nuevo procedimiento, por otro lado, cubre además varias cuestiones que se presentan con motivo del arbitraje y que son:

“a) la resolución sobre la recusación de un árbitro a que se refiere el artículo 1429”;

“b) la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral, cuando se determina en una resolución que no sea un laudo sobre el fondo del asunto, conforme lo previsto en el artículo 1432”;

“c) la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425”; y

“d) el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral; y la nulidad de transacciones comerciales y laudos arbitrales”.

⁵ Amparo en revisión 14/2005.

⁶ Amparo en revisión 759/2003.

⁷ D.O.F. 27 de enero de 2011.

Nos referiremos únicamente a tres aspectos de este nuevo procedimiento: el tipo de procedimiento, las facultades con las que se dota al juez y, las medidas cautelares.

3.1.1. El tipo de procedimiento

Desde el punto de vista procesal el procedimiento especial que nos ocupa puede clasificarse conforme a las siguientes características: se trata de un juicio mercantil, con unidad de vista, unisustancial y de carácter ejecutivo. En efecto, la reforma al Código de Comercio y que es motivo de esta ponencia, en su aspecto procesal, establece:

“Artículo 1472.- El juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, a que se refieren los artículos 1470 y 1471, se tramitará conforme a los siguientes artículos.

Artículo 1473.- Admitida la demanda, el juez ordenará emplazar a las demandadas, otorgándoles un término de quince días para contestar.

Artículo 1474.- Transcurrido el término para contestar la demanda, sin necesidad de acuse de rebeldía, si las partes no promovieren pruebas ni el juez las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes.

Artículo 1475.- Si se promoviere prueba o el juez la estimare necesaria previo a la celebración de la audiencia, se abrirá una dilación probatoria de diez días.

Artículo 1476.- Celebrada la audiencia el juez citará a las partes para oír sentencia. Las resoluciones intermedias dictadas en este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles”.

Como puede apreciarse, se trata de un procedimiento unisustancial, en la medida que tiene una única instancia que se inicia desde el planteamiento de la demanda hasta la sentencia definitiva, “sin la posibilidad de sujetarlos a revisión mediante la interposición de un recurso o medio impugnativo intraprocesal contra la sentencia definitiva”⁸.

El carácter ejecutivo de este nuevo juicio especial que nos ocupa se manifiesta por las facultades que se conceden al juez para que, con flexibilidad pueda expedir las medidas cautelares que le sean solicitadas por las partes.

Como se sabe, los procedimientos especiales fueron eliminados del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, porque se consideró que se habían perdido el carácter de “juicio sumario” como llegaron a conocerse y se habían convertido en verdaderos juicios ordinarios, traicionando el espíritu de que se les dotó. Ahora tenemos en el Código de Comercio un nuevo juicio

⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 7ª Ed., 2005, pp. 12 y ss.

especial que tal y como está planteado, tiene un carácter ejecutivo en la medida que su objetivo es resolver “meras tramitaciones, formas especiales de tramitación o de procedimientos”⁹ y que esperamos, que en esta ocasión si se respete su naturaleza.

3.1.2. Las facultades concedidas al juez

Acorde con la modernidad en materia de juicios, en este procedimiento especial se faculta al juez para hacer más flexibles sus decisiones a fin de que sus actuaciones y decisiones en el procedimiento puedan solucionar de manera eficiente y rápida, los problemas que se le presenten. En este sentido cabe señalar las siguientes facultades.

En materia de determinación acerca de la validez de la cláusula arbitral, como ya lo hemos mencionado, “El juez, previa vista de las demás partes, resolverá de inmediato” (artículo 1464, fracc. I). Esto significa, por el sentido en que debe pronunciarse, el hecho de que haya revisado la cláusula arbitral *Prima Facie* para que, con las alegaciones de las partes pueda resolver con prontitud, como le ordena la disposición: “inmediatamente”. Dicho en otras palabras, el juez no deberá iniciar un juicio para luego concluir mediante la capacidad probatoria y argumentativa de las partes, en la validez o no de la cláusula arbitral. En la reforma que se comenta, se trata fundamentalmente de un procedimiento y no de un juicio y por tanto la facultad del juez será pronunciarse sobre la cláusula arbitral, de manera inmediata.

En el caso de la nulidad del acuerdo arbitral, la disposición del artículo 1464 fracc. V establece no solo la facultad para conocer sobre la nulidad de la cláusula sino también sobre “la incompetencia del tribunal arbitral”. En realidad esta facultad se le otorga al juez para aquellos casos arbitrales en los que las partes no sometieron su cláusula arbitral a alguna institución administradora de arbitrajes y consiguientemente a sus reglas es decir, en el caso de un procedimiento *ad-hoc*.

Lo que llama la atención es una posible contradicción entre esta disposición y la establecida en el artículo 1432 que determina que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo arbitral” y la que se comenta, la del artículo 1464, fracc. V, donde el juez estaría pronunciándose sobre la competencia del tribunal arbitral. Esta posible contradicción se resuelve, desde nuestro punto de vista, por lo establecido en el citado artículo 1432 en el sentido que debe ser el propio tribunal arbitral el llamado a pronunciarse a este respecto sobre su propia competencia, desplazando en

⁹ GÓMEZ LARA, Op. Cit. p. 215.

este sentido la posible facultad del juez para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral. Además ¿en qué sentido el juez va a pronunciarse sobre la competencia de un tribunal arbitral? Las únicas formas serían que el tribunal estuviere sesionando en México cuando las partes acordaron que la sede del arbitraje fuese en el extranjero, lo que no es claro en qué casos pueda suceder.

Lo mismo que se tratara de dilucidar la inarbitrabilidad de la materia objeto del arbitraje. Fuera de estas posibilidades una vez constituido el tribunal arbitral, éste será el que se encargue de determinar su propia competencia y cualquier ingerencia judicial, en este sentido, podría ser solo motivo de conflictos por lo que la disposición específica en el nuevo procedimiento es, en nuestra opinión, un error.

3.1.3. Medidas precautorias

Se trata de un objetivo para el cual un juicio especial como el que se comenta, es de la naturaleza apropiada. El artículo 1470, fracc. III menciona que los tribunales están expeditos para otorgar las medidas cautelares a que se refiere el artículo 1425 del Código de Comercio y prevé las medidas cautelares que las partes pueden solicitar al juez las que pueden ser de dos tipos: las que se pueden solicitar al juez antes de las actuaciones arbitrales y que, en tal caso, se deberá hacer a petición directamente de la parte al juez y las que se pueden solicitar durante el transcurso del procedimiento arbitral que serán las solicitadas por las partes directamente al tribunal arbitral quien en forma de laudo interlocutorio, las podrá acordar y éstas a su vez, ser sometidas a la consideración del juez para su ejecución.

Las medidas precautorias se regulan en cuanto a su procedimiento conforme a los artículos 1479 y 1480 y que se pueden resumir en los siguientes aspectos:

El juez goza “de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales” (artículo 1478)

Toda medida cautelar ordenada por el juez “se reconocerá como vinculante” y será ejecutada por el juez competente no importa el momento o estado en que se encuentre el procedimiento arbitral (artículo 1479 primer párrafo)

El juez podrá exigirle a la parte que solicite la medida cautelar, la presentación de una garantía adecuada para proteger los derechos de terceros (artículo 1479, último párrafo), y

En el artículo 1480 se establecen diversas posibilidades conforme a las cuales el juez podría denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar y que el propio artículo enumera y que, en resumen se trata de las causales de denegación establecidas en la Convención de Nueva York que

copió la Ley Modelo de UNCITRAL y que fueron incorporadas en el Código de Comercio en el artículo 1462 y a las que además, se agrega el que la parte interesada no haya cumplido sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral o que la medida cautelar haya sido suspendida o revocada por el tribunal arbitral.

Finalmente, respecto de las facultades otorgadas al juez para autorizar medidas cautelares, destaca la que se refiere al hecho de que la medida cautelar sea incompatible con las facultades del juez y en cuyo caso, el juez debe ejercer la facultad para “reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efecto de poderla ejecutar sin modificar su contenido”. Asimismo, se hacen extensivas las razones de nulidad del laudo ya comentadas para denegar la medida cautelar.

4. CONCLUSIÓN

Después de 17 años, todo indica que el arbitraje comercial ha adquirido carta de naturalización en México y los jueces mexicanos, especialmente en el ámbito federal, después de algunos trastabilleos, empiezan a encontrar el camino correcto. Lo mismo el legislador que con su reforma, ha apuntalado precisión el procedimiento.

El rol del árbitro en la creación de precedentes: ¿Existe un riesgo de un *Issue Conflict* en el arbitraje de inversiones?

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. El concepto y funciones del sistema de “precedentes” en el arbitraje internacional. 1.2. La doctrina de precedentes aplicada al arbitraje de inversiones. Elementos a favor y en contra. 2. El rol del árbitro internacional en el arbitraje de inversiones. 2.1. Coherencia versus conflictos sustantivos. 2.2. Consideraciones finales sobre la misión del árbitro y aplicación de estándares internacionales.

1. INTRODUCCIÓN

“El árbitro es el juez natural del comercio internacional”: Esta es una afirmación que escuchamos con frecuencia en diversos foros internacionales y con justa razón. En efecto, el arbitraje se ha convertido hoy en día en la forma normal de resolver las controversias a nivel internacional, tanto de orden puramente comercial entre operadores privados, como en materia de inversiones, entre Estados y nacionales de otros Estados. Por ende, podemos partir de la premisa que, por lo general, va a ser el árbitro internacional quien conozca de las controversias jurídicas que puedan surgir entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión, ya sea que estas controversias tengan por origen un contrato de inversión¹ o un Tratado (bilateral o multilateral) de inversiones.

(*) Abogada-Negociadora ante el Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá, Oficina de Negociaciones Comerciales Internacionales. Consultora en Arbitrajes Comerciales y de Inversiones. Doctora en Derecho (Universidad Paris II), Máster en Arbitraje y Comercio Internacional (Universidad de Versalles), Máster en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales (Universidad Paris II), Post-grado en Derecho Internacional Privado (Universidad Paris II).

¹ Sobre la noción de contrato de inversión y su evolución, nuestro artículo, “De la inversión extranjera y los *State Contracts* en Derecho económico internacional”, En: *Revista Global – Apuntes Jurídicos*, Vol. 7, N° 5, Argentina, 2003, pp. 57-67; además, el curso del Profesor LEBEN: LEBEN, CHARLES. “Contrat d’État et droit international des investissements”. En : *RCADI*, 2003, tome 302, pp. 197-386.

En esta ocasión, el Instituto Peruano de arbitraje le brindan honor a dos reconocidos árbitros internacionales que han coadyuvado a promover el arbitraje en América Latina: Los Doctores YVES DERAÏNS y BERNARDO CREMADES. Ambos conocidos por su larga trayectoria profesional y su gran calidad humana, que no dudan en atravesar el atlántico para venir y compartir con todos nosotros sus experiencias y vivencias.²

Sobre el tema que nos compete, recuerdo que el Dr. CREMADES expresaba, en una reciente conferencia en Panamá, que la presencia de los Estados en el arbitraje internacional exige transparencia³. La necesidad de transparencia en los procesos arbitrales entre Estados y nacionales de otros Estados es una realidad que la podemos ver reflejada en los Tratados de inversión, a tres niveles diferentes: En primer lugar, en lo que respecta a la obligación de comunicar públicamente las medidas que afectan las inversiones extranjeras, a través de leyes, reglamentos, decisiones judiciales y administrativas, etc. En segundo lugar, en lo que concierne el registro de los litigios y la publicidad de los documentos y audiencias durante la instancia de arbitraje.⁴ En tercer lugar, y quizás de forma más visible para todos, mediante la publicación del laudo arbitral.

Es precisamente este último punto, la publicidad del laudo, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar la creación de un sistema de precedentes aplicable al arbitraje y que necesariamente implica un rol activo por parte del árbitro que es llamado a conocer sobre un tema que ya ha sido tratado por otro árbitro a nivel internacional.

Ahora bien, sabemos que el árbitro tiene la obligación de decidir la controversia de manera neutra e imparcial, bajo el principio de independencia que debe guiar sus actuaciones. El riesgo que surge a la evidencia es que puede darse

² Con gusto puedo afirmar que ambos han visitado y dictado conferencias en Panamá. Basta con mencionar que hace un par de años, el Dr. Yves DERAÏNS abarcó el tema del costo y duración del arbitraje internacional, en un evento organizado por la CCI en Panamá, y que el Dr. Bernardo CREMADES, trató sobre el momento actual del Arbitraje comercial internacional en América Latina en el 2010 y sobre la participación de los Estados en Arbitraje internacional en el 2011, como antesala al I y II Curso de Arbitraje comercial y de inversiones, respectivamente, organizados por la firma forense panameña Estudio Jurídico Araúz y la Universidad Complutense de Madrid.

³ Conferencia “La participación de los Estados en el Arbitraje internacional” organizada en la ciudad de Panamá por Estudio Jurídico Araúz, el 30 de junio de 2011.

⁴ Sin embargo, la mayoría de Tratados bilaterales de inversión (TBI) así como el Tratado de la Carta de la Energía, no exigen a los inversionistas la obligación de declarar públicamente su intención de iniciar un arbitraje. La difusión pública depende de las reglas de arbitraje escogidas en las partes o, en el silencio de éstas, de la voluntad de las partes de proceder a esta difusión. La publicación de documentos, así como el registro de las audiencias públicas se realizan en la mayoría de los casos mediante una autorización del tribunal y el consentimiento de las partes.

un caso de “prejuzgamiento” o de conflictos substantivos (*issue conflicts*), en la medida en que los árbitros pueden verse tentados a resolver dos o más casos de manera similar, por no decir igual, debido a la similitud de las circunstancias factuales y legales. Este tipo de conflictos debe a su vez diferenciarse de otro tipo de conflictos de intereses o de la simple falta de independencia para juzgar.

Todos estos aspectos serán abordados a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia reciente, en búsqueda de un posible equilibrio en el rol que desempeña el árbitro internacional dentro del arbitraje, particularmente cuando estamos frente a un arbitraje de inversiones en donde una misma medida aplicada por el Estado receptor de la inversión puede afectar a un número plural de inversionistas extranjeros,⁵ no sólo creando “precedentes” sino también, aumentando quizás el riesgo de un prejuzgamiento o “*issue conflict*”, por parte del árbitro llamado a juzgar la controversia, siendo este la “otra cara de la moneda” de los beneficios que pueda tener el recurso de laudos anteriores como precedentes.

1.1. El concepto y funciones del sistema de “precedentes” en el arbitraje internacional

La doctrina de “precedente” o *stare decisis*, no es más que aquella por la cual un Tribunal, al momento de decidir sobre una situación de derecho, sigue el razonamiento y el fundamento jurídico de otro tribunal de igual o superior jerarquía. Dentro de este orden de ideas, las decisiones judiciales se convierten en verdaderas reglas creadoras de derecho.

En este sentido, el precedente es prueba de que existe una regla particular de derecho y tiene plena autoridad por el hecho de constituir una correcta representación del derecho⁶. Tanto es así que en el sistema de la *Common Law*, en la cual nace y se desarrolla esta doctrina, existe incluso la presunción de aplicar toda “regla de derecho” aunque se encuentre desfasada o no cónsona con la situación actual.⁷ En realidad, la doctrina existe para brindar predicti-

⁵ De acuerdo con una publicación de la CNUCED, en el 2009 se habían visto en el “banquillo de los acusados” 81 países distintos, de los cuales 49 eran países en desarrollo, 17 países desarrollados y 15 países en transición. La Argentina encabezó la lista con 51 casos en contra, seguida por Méjico con 19 casos, República checa con 16 casos y Ecuador con 15 casos, mientras que Canadá, Estados Unidos y Ucrania cuentan cada uno con 16 casos en su contra, por dar algunas cifras. El número no nos sorprende si tomamos en cuenta que uno de los factores de multiplicación de los casos contra la Argentina se encuentra en la crisis económica de principios de los años 2000, que trajo como consecuencia la devaluación de la moneda y la pérdida indirecta de muchas de las inversiones realizadas. CNUCED, *Latest Developments in Investor State Dispute Settlement*, IIA Issues Note N° 1 (2010), in www.unctad.org

⁶ ALLEN. *Law in the Making*, 5a edición, 1951, p. 273.

⁷ CHENG, TAI-HENG. “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”. En : *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, p. 1018, pp. 1014-1049.

bilidad, eficiencia, uniformidad y neutralidad ante un sistema legal en donde la seguridad jurídica no es dada por la norma escrita⁸.

El sistema de la *Civil Law* también acoge esta doctrina, aunque de forma más limitada⁹. Esto es comprensible si tenemos en cuenta que dentro de este sistema jurídico, el derecho se encuentra mayormente codificado. De ahí que el precedente simplemente prevé, en su calidad de fuente complementaria de derecho, una muestra de la correcta interpretación de la ley.

Traspasado esto al arbitraje, se trata de determinar en qué medida el árbitro internacional está en la obligación de tomar en consideración decisiones precedentes sobre el mismo tema jurídico, cuando todos sabemos que el arbitraje, por naturaleza, no es un sistema unitario. En efecto, aunque partamos de la idea que existe un orden jurídico arbitral¹⁰, que responde a reglas jurídicas propias, no resulta posible, al menos en el estado actual del derecho, hablar de una uniformidad jurídica arbitral. Por demás, el tribunal arbitral, a pesar de carecer de foro, y de haberse desligado de todo vínculo jurídico con el ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se dictó el laudo¹¹, debe respetar el orden jurídico del Estado en donde quiere hacer surtir sus efectos.

Al respecto, BRUNO OPPETIT subrayaba que el arbitraje “no es una institución suspendida en un espacio indeterminado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronimia y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su mera discreción”¹². Por su parte, el Profesor EMMANUEL GAILLARD defiende la idea que “el hecho de que los Estados hayan conservado el monopolio de la ejecución forzosa del laudo no menoscaba la autonomía de la función jurisdiccional de los árbitros y del ordenamiento en el cual se inserta”¹³.

⁸ HARDISTY. “Reflections on *Stare Decisis*”. En: *Ind. LJ*, 1980, Vol. 55, p. 41.

⁹ Este es el caso de España, en donde dos decisiones del Tribunal Supremo constituye una “doctrina legal”. En el caso de Francia, a pesar de que hay decisiones que pueden considerarse de principio, normalmente se requiere que una misma decisión se dé de forma repetitiva sobre un mismo punto para que se considere como una fuente de derecho. Ver la comparación realizada por: BERGER, KLAUS PETER. “The international arbitrators’ Application of Precedents”. En: *JDI*, Vol. 9, N°4, 1999, pp. 5-22.

¹⁰ Toda la idea sobre la existencia de un sistema jurídico propio al arbitraje parte de la teoría según la cual “los árbitros no tienen foro” o que este foro es más bien “transnacional”; teoría desarrollada a partir de los 1960 por Berthold Goldman, con ocasión a su curso sobre los conflictos de leyes en el arbitraje internacional. BERTHOLD, GOLDMAN. “Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”. En: *RCDAI*, 1963, tome 109, p. 347.

¹¹ Cf. PEREZNIETO, L. Y GRAHAM, J. “La muerte programada del Estado sede del arbitraje?”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006, Vol. VI, N° 2, pp. 197-208.

¹² OPPETIT, BRUNO, *Teoría del arbitraje*, traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla y José Caicedo, Legis, Colombia, 2006, p. 185.

¹³ De acuerdo con este autor: “La existencia de un ordenamiento jurídico arbitral se aprecia, más que por la organización sistemática de sus normas o por su idoneidad para dar

A diferencia de los ordenamientos jurídicos internos, el derecho contencioso internacional, incluyendo el arbitraje, se caracteriza por una pluralidad de jurisdicciones concurrentes, regidas por sus respectivos compromisos jurisdiccionales. En este sentido, la autoridad de la cosa juzgada de cada jurisdicción, se aprecia con respecto a su compromiso jurisdiccional y no de la sociedad internacional en su conjunto¹⁴. Es decir, la jurisdicción internacional, en este caso la arbitral, se identifica por la autoridad de sus decisiones y se aprecia con respecto a la extensión del poder que tiene el árbitro para juzgar sobre una determinada controversia, y únicamente sobre esa controversia, con efectos *inter partes*.

El principio de la autonomía entre las jurisdicciones internas e internacionales es tan fuerte que la jurisdicción internacional no se ocupa sobre la eventual competencia paralela de las jurisdicciones nacionales; ni reconoce las excepciones de litispendencia en caso de existir una instancia pendiente delante de un juez nacional. Por el contrario, la primacía del juez (o árbitro) internacional impone que este continúe con el proceso, y hasta le permite de conocer de casos que ya han sido el objeto de juzgamientos nacionales definitivos, sin que los ligue la apreciación realizada por los jueces nacionales¹⁵.

En este orden de ideas, a pesar que las decisiones de los tribunales son reconocidas como una fuente secundaria de derecho internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ¹⁶, el artículo 59 del mismo texto niega

respuesta a toda controversia susceptible de plantearse al árbitro, por su capacidad para dar respuesta al interrogante fundamental relativo a sus fuentes y a sus relaciones con los otros ordenamientos jurídicos". GAILLARD, EMMANUEL. "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international". *RCADI*, 2007, tome 329, pp. 49-216; *Teoría jurídica del arbitraje*, traducido al español, Paraguay, 2010, p. 44-45.

¹⁴ SANTULLI, CARLO. *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005, p. 17.

¹⁵ El sólo límite consiste en tener en cuenta los daños e intereses ya otorgados por el juez nacional, a fin de evitar, dentro del contencioso de la responsabilidad, una acumulación de indemnizaciones por un mismo perjuicio. En efecto, tal y como muestra la jurisprudencia, la posibilidad de procedimientos concurrentes no equivale a autorizar un plural de indemnizaciones sobre un mismo perjuicio, sino que se trata más bien de una cuestión de fondo que equivale a reparar daños causados por una serie de violaciones distintas. Comisión italo-neerlandesa, 17 de agosto 1963, *Or néerlandais*, IRL, Vol. 44, p. 448-481; Comisión mixta de reclamaciones de Gran Bretaña/ Venezuela, *Selwyn*, ONU RSA, vol. IX, p. 380-384; Comisión de reclamaciones Gran Bretaña/ Méjico, *David Roy*, diciembre nº33 del 24 de abril 1931, ONU RSA, Vol. V, pp. 144-147; Sentencia Arbitral del 13 de noviembre 2000, *SD Myers Inc. C. Canada*, ILR, Vol. 121, p. 73-129; Laudo Arbitral del 1ero de julio 2004, *Occidental exploration and production Company c. Ecuador*, especialmente p. 209.

¹⁶ El artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) expresa lo siguiente :

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como

el valor de precedente de sus decisiones, en el sentido en que las decisiones de la Corte no tiene fuerza obligatoria salvo para las partes y respecto al caso al particular. Esto por supuesto no ha impedido que la CIJ haga referencia a decisiones anteriores de la Corte y/o a opiniones disidentes de casos anteriores. La misma regla la podemos observar en el arbitraje de inversiones, en donde los laudos son por lo general del conocimiento público y son reiteradamente citados dentro de los argumentos, tanto de las partes como de los tribunales arbitrales para fundamentar su decisión.

Para nosotros resulta claro que la publicación del laudo, particularmente en materia de inversiones, es benéfica al futuro del arbitraje, puesto que es gracias a ésta publicación que una coherencia jurisprudencial puede vislumbrarse. Esto se opone hasta cierto punto a quienes piensan que sería imposible hablar de una “jurisprudencia arbitral”, considerando que las decisiones arbitrales no pueden en ningún caso tomarse como un precedente para futuros arbitrajes.

En realidad, no se trata de ver en los laudos una “decisión de principio” o “precedente” en el sentido en que lo ven las Cortes judiciales de la *Common Law*,¹⁷ sino más bien de lograr una coherencia u homogeneidad de soluciones¹⁸.

La importancia de la publicación de los laudos arbitrales había sido remarcada en los años 1980 por J. LEW:

“The development of an arbitral case law would give to arbitration a greater certainty than that presently existing, with respect to the probable attitude of the arbitrators, and would facilitate the commercial world’s knowledge and acceptance of the Lex Mercatoria. This would almost certainly obviate many recurring problems presented to arbitrators and would influence the negotiating attitudes and commercial decisions of businessmen. Above all, the systematic publication of arbitration awards would show that not only is arbitration an alternative to national courts as a system of dispute settlement, but it would prove conclusively that arbitration is the most appropriate in which to resolve disputes arising out of international commerce”¹⁹.

De esta manera, la publicación de los laudos sirve para garantizar una mayor certitud y predictibilidad de las soluciones a los problemas que envuel-

derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...”

¹⁷ En este sentido, el Profesor Christian Larroumet había expresado que los precedentes arbitrales no pueden ser vistos a ellos solos como una “regla creadora de derecho”. LARROUMET, CHRISTIAN. “A propos de la jurisprudence arbitrale”. En : *Gazette du Palais*, 14 de diciembre de 2006.

¹⁸ Al respecto, PERRET. “Is there a need for consistency in international commercial arbitration?”, En: *Precedent in international arbitration*, I.A.I., Juris Publishing, 2008, p. 25-37.

¹⁹ LEW. “The case for publication of arbitration awards”, in *The art of arbitration – Essays on international arbitration. Liber amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, 1982.

ven los negocios internacionales; en otras palabras las sentencias servirían de guías a futuros arbitrajes. Esta es también la opinión del árbitro ALEXIS MOURRE, para quien un “precedente arbitral” no es más ni menos que la capacidad de los laudos arbitrales anteriores para convencer futuros tribunales a se adherir a la solución propuesta²⁰.

Así, si tendríamos que señalar una función de la doctrina de precedentes en el arbitraje internacional, a pesar de la ausencia de una obligación de aplicar decisiones anteriores como en el sistema del *stare decisis* del derecho Anglosajón, sería la homogeneidad de los laudos en el ámbito internacional. Como consecuencia, con el tiempo, las decisiones arbitrales podrían ser consideradas como una fuente de derecho, en la misma forma en que ciertos principios generales de derecho nacen con la práctica internacional.

1.2. La doctrina de precedentes aplicada al arbitraje de inversiones. Elementos a favor y en contra

En materia de arbitraje propiamente de inversiones, en donde los laudos son por lo general conocidos, cabe preguntarse si la norma de derecho puede crearse a partir de un conjunto de laudos arbitrales que fueran en el mismo sentido con respecto a un mismo punto factual o jurídico, teniendo en cuenta la aplicación del derecho internacional y de una doctrina constante en la materia.

El tema de la aplicación del derecho internacional al fondo de la controversia amerita ciertas reflexiones. Como en el arbitraje comercial internacional, en caso de existir un contrato entre el inversionista y el Estado, resulta evidente la primacía de la autonomía de la voluntad para resolver el fondo de la controversia. Es en este sentido, que el artículo 42 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrito en Washington en 1965 (en adelante, Convenio CIADI o Convención de Washington), señala que sólo en defecto de un acuerdo entre las partes, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquéllas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Por supuesto, la aplicación del derecho internacional va a verse reforzada toda vez que sea un Tratado de Inversión el que fundamente la demanda del inversionista extranjero, puesto que el Tratado en sí mismo es una norma de derecho internacional. En este caso, va a ser sobre la base de esta norma internacional que el árbitro será llamado a analizar con el fin de determinar

²⁰ MOURRE, ALEXIS. “Precedent and confidentiality in international commercial arbitration. The case for the publication of arbitral awards”. En: *Precedent in international arbitration*, I.A.I., Juris Publishing, 2008, pp. 39-65, p. 41.

sobre la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión *vis à vis* el inversionista que lo invoca. Por demás, sabemos que de acuerdo con ciertos TBI o TMI, el respeto de ciertos compromisos contractuales puede ser el objeto de un compromiso específico del Estado receptor de la inversión en el ámbito internacional. Esto es lo que se conoce como *umbrella clauses* o cláusulas paraguas contenidas en algunos tratados²¹.

Por otro lado, la razón del Convenio CIADI para incluir el recurso a las reglas de conflicto de leyes o normas de derecho internacional privado (las cuales son generalmente excluidas cuando las partes han realizado directamente la escogencia del derecho aplicable)²², podemos encontrarla en el hecho de que el derecho del Estado receptor de la inversión no es el derecho escogido por las partes, sino tan solo el derecho que se aplica en defecto de designación expresa: ya sea porque las partes no han hecho referencia a este aspecto dentro del contrato de inversiones o porque simplemente no existe tal contrato y por consiguiente la demanda arbitral se basa únicamente en el tratado de inversiones²³.

²¹ Por ejemplo, “Cada parte contratante se conformará con las obligaciones respecto de una inversión efectuada en su territorio por un inversionista de la otra Parte contratante” (traducción propia), (artículo X.2 TBI Suiza-Filipinas); “Las Partes Contratantes cumplirá las obligaciones que surjan de un acuerdo específico que hayan podido acordar a una inversión de un nacional o a sociedades de otras partes contratantes” (traducción propia) (artículo III - Acuerdo ASEAN); “Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante” (artículo 10.1 - Tratado de la Carta de la Energía); “Cada Parte cumplirá con las obligaciones que hubiese contraído con respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte” (artículo II.2 - TBI Panamá-USA). En doctrina ver nuestro artículo, “De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 4, 2007, pp. 157-181; además, CREMADES, BERNARDO; CAIRNS, D. “Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes”. En: *Arbitrating foreign investment disputes*, Kluwer Law international, 2004, pp. 325-351; GRIEBLE, J. “Jurisdiction over *contract claims* in treaty-based investment arbitration on the basis of wide dispute settlement clauses in investment agreements”. En: *TDM*, febrero, 2007; SINCLAIRE, A. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”. En: *Arbitration international*, 2004, pp. 411-434; WÄLDE, THOMAS. “The umbrella clause in investment arbitration. A comment on original intentions and recent cases”. En: *JWI&T*, 2005, pp. 183-236; ZEILER, G. “Treaty v. Contract: which panel?”. En: *TDM*, 2007.

²² Por el contrario, hasta hace poco, cuando las partes no habían elegido el derecho aplicable, se le instruía al árbitro a escoger las normas de conflicto de leyes que determinarían la ley aplicable al fondo del litigio (Cf. artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976). Esto por suerte ha ido cambiando, y ahora se acepta que el árbitro pueda determinar las normas sustancialmente aplicables al fondo de la controversia sin tener que recurrir al conflicto de leyes (Cf. Actual artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, versión 2010).

²³ Puede darse el caso de que la demanda se fundamente en la legislación interna del Estado receptor de la inversión y que en este caso dicha legislación sea la fuente directa de la competencia de los árbitros. De hecho, de acuerdo con las últimas estadísticas publicadas por el CIADI en el 2011, el 6% de las demandas arbitrales registradas en el Centro tuvie-

En este último supuesto, es decir cuando se trata de un arbitraje sin lazo contractual²⁴, podemos incluso hablar de la aplicación implícita del derecho internacional. En este sentido, el tribunal arbitral en el caso *MTD c/ Chile*, afirmó que desde que las partes han decidido someter su diferencia sobre la base de un tratado de inversiones, las partes han acordado que el fondo de la controversia debía ser decidida en acuerdo con el derecho internacional.²⁵ Esto no fue discrepado por el Comité *ad hoc* encargado de este caso, afirmando sin embargo que el tribunal debía aplicar el derecho internacional como un todo y no solamente el tratado de inversiones²⁶.

Otro aspecto interesante en materia de inversiones es que la publicidad y mediatización con que se han tratado algunos casos, ha llevado a que terceros al proceso, llámense *amici curiae* o “amigos de la corte”, soliciten la apertura de los debates e incluso que se les reconozca el derecho a presentar escritos u opiniones.

Este fenómeno ha dado como consecuencia la adopción de nuevas reglas de arbitraje aplicables a los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) que contemplen la posibilidad de que partes no contendientes presenten pretensiones o alegaciones²⁷. Así, de acuerdo con la Regla 37 del Reglamento de arbitraje del CIADI, una vez consultada las partes, el tribunal tiene la facultad de permitir que una persona o entidad no contendiente, efectúe una presentación escrita ante el tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la controversia. La principal razón para admitir dicho escrito es que la presentación ayudaría al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento.

En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal c/ Argentina*, sobre la participación de cinco asociaciones no guber-

ron como fundamento la Ley de inversiones del Estado receptor.

²⁴ Al respecto, Ben Hamida, WALID, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Tesis doctoral, Paris II, 2003; BURDEAU, G, “Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États”, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37 ; GAILLARD, EMMANUEL, “L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 853-875 ; JAIME RAMÍREZ, MARGIE-LYS, *El Arbitraje sin lazo contractual. La disyuntiva entre la protección de las inversiones internacionales y el respeto del orden público panameño*. Cultural Portobelo, Panamá, 2010. PAULSSON, JAN, « Arbitration without privity”, *ICSID Rev.- FILJ*, 1995/2, pp. 232-257; PRUJINER, A, “L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?”, *Rev. Arb.* 2005, N° 1, pp. 63-99.

²⁵ *MTD c/ Chile*, ICSID Case N° ARB/01/17, Decisión del 25 de marzo de 2004, disponible en el sitio www.investmentclaims.com.

²⁶ *MTD c/ Chile*, ICSID Case N° ARB/01/17, Comité ad hoc, Decisión en anulación, 21 de marzo de 2007, disponible en www.investmentclaims.com.

²⁷ Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del CIADI, versión 2006.

namentales argentinas como *amici curiae*²⁸. En su decisión, el tribunal denegó a los peticionarios el acceso a las audiencias pero estableció un procedimiento mediante el cual terceras partes pudieran solicitar y obtener autorización para presentaciones *amicus* ante el tribunal en ese caso. Además, el tribunal difirió la decisión sobre el acceso de documentos hasta el momento en que todas las terceras partes consideradas como “apropiadas” hubieran obtenido autorización para hacer una presentación escrita en calidad de *amicus*.

En otro caso muy similar contra la Argentina, el tribunal arbitral, a raíz de la falta de especificidad en el Convenio y en las Reglas del CIADI, se enfrentó a la cuestión de establecer las condiciones para aceptar y tener en cuenta escritos de terceros no contendientes²⁹. El tribunal llegó a la conclusión de que el ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 44 para aceptar presentaciones *amicus* debería depender de tres criterios básicos: i) la pertinencia del objeto del caso para la realización de presentaciones *amicus curiae*; ii) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso; y iii) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *amicus*³⁰. En este sentido, cualquiera que sea el procedimiento escogido para las presentaciones *amicus curiae*, éste debe permitir la salvaguardia del debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia del procedimiento arbitral.

De igual forma, en los casos *UPS (Estados Unidos) c/ Canadá y Methanex Corp. (Canadá) c/ Estados Unidos*, bajo la aplicación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN” o “NAFTA”) y de las Reglas de arbitraje de la CNUDMI, el tribunal arbitral decidió que estaba facultado para recibir escritos de parte de *amicus curiae* aun cuando éstos no eran titulares de ningún derecho de participación en el arbitraje³¹.

²⁸ Petición de transparencia en calidad de *amicus curiae* de 19 de mayo de 2005 presentada por el Centro de Estudios legales y sociales (CELS), la Asociación civil por la igualdad y la justicia (ACIJ), Consumidores libres cooperativa Ltda. de provisión de servicios de acción comunitaria, Unión de usuarios y consumidores, Center for International Environmental Law (CIEL), en el caso CIADI N° ARB/03/19, disponible en el sitio del CIADI www.worldbank.org/icsid.

²⁹ *Aguas provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios integrales del Agua S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión en respuesta a la petición de participación como *amici Curiae*, 17 de marzo de 2006, disponible en www.worldbank.org/icsid.

³⁰ Según el artículo 44, parte final: “Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

³¹ *Methanex Corp. c/ Estados Unidos*, sobre la interdicción del metanol en la gasolina vendida en California. Decisión del 15 de enero de 2001 sobre la admisión de *amicus Curiae* en el procedimiento arbitral, transcrita en el apéndice 5 de la sentencia final del 3 de agosto de 2005, disponible en el sitio del gobierno americano: www.state.gov. *United Parcel Services*

En ambos casos el tribunal arbitral se basó en el artículo 15.1 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI según el cual el tribunal puede dirigir el arbitraje “del modo que considere apropiado”. Así, en el caso *Methanex* el tribunal destacó que dicha disposición estaba destinada a asegurar una gran flexibilidad en materia procesal dentro del respeto de las garantías fundamentales de las partes. De forma similar, el tribunal en el caso *UPS* señala que el artículo 15.1 del Reglamento de arbitraje debía servir tanto para proteger los derechos de las partes, como para resolver la controversia sometida al arbitraje de manera justa, eficaz y rápida.

Sin lugar a dudas, la decisión de “abrir el debate” en materia de inversiones resulta de la necesidad de mantener un cierto nivel de transparencia en el procedimiento arbitral, permitiendo la publicidad de la controversia y en cierta medida la participación de terceros cuya intervención pudiera ser relevante para la resolución de la controversia. Lo anterior no pretende desconocer el hecho que las partes al litigio sean los destinatarios directos del laudo arbitral y que la parte que cause un perjuicio a otra por el no respeto del principio de confidencialidad pueda ser civilmente responsable por dicha falta. Al contrario, los tribunales arbitrales han, en repetidas ocasiones afirmado que no tienen la obligación de aplicar las decisiones anteriores de otros tribunales. En este sentido el Comité *ad hoc* en el caso *Amco c. Indonesia*, señaló:

“p.44. Nada en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, en el caso del laudo del Reino de España ni en la decisión *ad hoc* de Klöckner son obligatorias para este Comité *ad hoc*”. Sin embargo, la ausencia de de una regla de *stare decisis* en el sistema del arbitraje CIADI no previene el Comité *ad hoc* de compartir la interpretación del artículo 52.1.e del Comité *ad hoc* Klöckner³²”.

Más allá de la importancia que la publicación de la sentencia pueda tener tanto para el inversionista como para el Estado receptor de la inversión en cuestiones de imagen y seguridad jurídica, la publicación de los laudos arbitrales en materia de inversiones, que meten en juego temas constantes como el tratamiento nacional, el tratamiento de la nación más favorecida, el respeto de las legítimas expectativas del inversionista o la expropiación directa o indirecta de la inversión, colaboran a la predictibilidad futura de las

(UPS) *c/ Canadá*, sobre la indemnización del gobierno a una sociedad concurrente en el sector de servicios postales. Decisión sobre la competencia del 22 de noviembre de 2002. Esta decisión así que las audiencias sobre la competencia son disponibles en el sitio del gobierno de Canadá: www.dfait-maeci.gc.ca. Sobre el tema: MISTELIS. “Confidentiality and third and party participation. UPS v. Canada and Methanex Corp. v. United States”. En: *International investment law and arbitration: leading cases from ICSID, NAFTA, Bilateral investment treaties and customary international law*, bajo la dirección de T. WEILER, CAMERON MAY, 2005, pp. 169-198.

³² *Amco c. Indonesia*, Decisión del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 395.

soluciones y en cierto sentido a hacer de los laudos arbitrales una verdadera fuente de derecho internacional.

En todo caso, hay que tomar en cuenta que todos esos asuntos que relevan de la materia de inversiones, son temas fundamentales que implican el “interés general” de la comunidad, el “interés público”, el “bien común”, lo cual es sin duda ausente en el arbitraje comercial internacional³³. En efecto, a la diferencia de una sentencia arbitral en materia comercial, la cual sólo presenta implicaciones para las partes al litigio, el resultado de una sentencia en materia de inversiones puede tener implicaciones posteriores sobre la vida económica y social del Estado parte al arbitraje. Podemos en este sentido imaginar que además de la condenación económica que deba pagarle al inversionista parte al litigio, el Estado en cuestión sea condenado a tomar medidas a nivel de su política estatal, en temas tales como salud, medio ambiente, derechos humanos, y que por la tanto, dichos cambios afecten también a otros inversionistas actuales o futuros³⁴.

2. EL ROL DEL ÁRBITRO INTERNACIONAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

El árbitro ejerce una función jurisdiccional en la medida en que las partes le reconocen esta función dentro de lo que podemos llamar el “contrato de arbitraje”, y actúa como tal durante todo el procedimiento arbitral. En base a este contrato de arbitraje, el árbitro se encuentra investido de tres clases de poderes: (i) el de decidir sobre su competencia (principio de *Kompetenz-Kompetenz*)³⁵, (ii) el de organizar el procedimiento arbitral, todo esto dentro de los límites señalados por las partes y el respeto del orden público procesal, y (iii) el de decidir según las reglas de derecho que juzgue aplicables al fondo del litigio.

Ahora bien, tal y como lo muestra la experiencia, desde el primer arbitraje fundado sobre la base de la legislación interna de un Estado, este “contrato de arbitraje” se perfecciona muchas veces en el arbitraje de inversiones de manera disociada. En efecto, a partir del caso *SPP c/ Egipto (Pyramids Oasis)*, en donde

³³ BLACKABY, N. “Public interest and investment arbitration”. En: *TDM*, 2004, febrero, Vol. 1.

³⁴ Cf. CREMADES, B., HOBER, G., SACERDOTI, ALEXANDROV. “Arbitrating in the Public eye and under duress; new Paradigms for the Global arbitrator”. En: *JWI&T*, 2003, Febrero, pp. 33-50.

³⁵ Facultad del árbitro consagrada en el artículo 41 de la Convención de Washington de 1965 y reconocida por una pluralidad de legislaciones, a instancias de la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 16 de la versión 2006). Así por ejemplo, se encuentra erigido como Principio de la función arbitral en la nueva ley peruana de arbitraje de 2008 (artículo 3): “El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”. Decreto Legislativo N° 1071, publicado en *El Peruano*, el 28 de junio de 2008, p. 375041. En Panamá, el Principio se encuentra consagrado en la norma constitucional (artículo 202), bajo la insignia: “[l]os tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”.

un tribunal arbitral CIADI reconoció su competencia gracias al ofrecimiento que el Estado hiciera a través de su ley interna³⁶, hemos visto aparecer un tipo de arbitraje en donde no necesariamente existe una relación contractual entre las partes, y en donde el defensor no hubiera podido iniciar el arbitraje.

Por supuesto, no fue sino a partir del conocido caso *AAPL c/ Sri Lanka*³⁷, en donde por primera vez un tribunal arbitral se pronuncia con respecto de una controversia en la cual la demanda de arbitraje se fundaba exclusivamente sobre las disposiciones de un tratado internacional, que toda una teoría en torno al arbitraje “*without privity*” o arbitraje transnacional sin lazo contractual se desarrolla³⁸.

Pero fuera de que el fundamento del arbitraje es distinto, la misión del árbitro sigue siendo la misma, resolver la controversia, de una manera imparcial y neutra, dentro del tiempo y los límites que le sean fijados en el contrato de arbitraje. El detalle está en que a medida que el árbitro es llamado a interpretar y aplicar un Tratado de inversiones a un caso concreto, este es responsable no sólo de la buena interpretación de la norma internacional frente a las partes en controversia, sino que además, al ser de conocimiento público, su interpretación puede servir de base para otros casos que apliquen el mismo tipo de disciplina jurídica (eg. Trato Nacional, TNMF, trato no discriminatorio, trato justo y equitativo, etc.).

Lo anterior resulta aun más evidente en los casos en que una misma medida es aplicada por el Estado a un número plural de inversionistas, ya sea porque se trate de una medida de nacionalización general, o porque se discuta sobre la existencia una medida de expropiación indirecta como fue el caso de la crisis argentina de principios de los años 2000³⁹.

³⁶ Caso CIADI N° ARB/84/3, laudo del 14 de abril de 1988, *Yearbook Commercial arbitration*, 1991, p. 28. Ley N° 43 de 1974 contenía Cláusula arbitral CIADI, mientras que el contrato una cláusula de arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la CCI.

³⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. c/ Sri Lanka*, Laudo del 27 de junio de 1990, *ILM*, 1990, p. 580 ; *JDI*, 1992, pp. 216-232.

³⁸ Ver GAILLARD, EMMANUEL. “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”. En : *Rev. Arb.*, 2003, p. 853-875 ; PAULSSON, JAN. “Arbitration without privity”. En : *ICSID Rev. - FILJ*, 1995/2, pp. 232-257; PRUJINER, A., “L’arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel ?”. En : *Rev. Arb.* 2005, N° 1, pp. 63-99.

³⁹ Para algunos comentarios: BRUKE-WHITE, W. “The Argentina financial crisis: State liability under BITs and the legitimacy of the ICSID system”. En : *TDM*, 2008; CASTILLO, L.F. “The State of necessity as international defense raised by a State undergoing a financial crisis. A case study”. En : *TDM*, Vol. 4, issue 4, Julio 2007; ESCOBAR, A. “Argentina’s multiplication of investor -State arbitration proceedings”. En : *Le contentieux arbitral transnational*, Athemis, 2006, p. 219-236; HYNES, V. “Bilateral investment treaty based investment arbitration against Argentina following the Argentina economic crisis”. En : *TDM*, vol. I, issue 3, julio 2004; LEBEN, CHARLES, “L’état de nécessité dans le droit international de l’investissement : la jurisprudence *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine* du 12 mai 2005”. En : *Les*

Ahora bien, ¿de verdad existe un problema en que todos los laudos referentes a una misma medida y a una misma norma jurídica (*i.e.* un mismo tratado de inversión, o en caso de tratarse de tratados distintos, la disciplina en cuestión se encuentra redactada en los mismos términos), sean resueltos de la misma manera?; Al final, ¿no debería defenderse la coherencia de las decisiones? ¿No fue fuertemente criticado el hecho de que en los primeros casos contra la Argentina (CMS y LG&E) un tribunal dijera que no había estado de necesidad, mientras que el otro afirmara todo lo contrario?⁴⁰

Este aspecto de la coherencia entre los laudos arbitrales la trataremos en contraposición con el riesgo manifiesto de un conflicto substantivo que pueda producirse en el seno del tribunal arbitral, antes de realizar algunas consideraciones finales sobre la misión del árbitro y la aplicación de ciertas pautas internacionales como las reglas Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje internacional⁴¹.

2.1. Coherencia versus Conflictos substantivos

La coherencia de las decisiones arbitrales es ciertamente deseable pero no constituye –para el árbitro– una obligación en sí misma, puesto que un laudo no será anulado por el simple hecho de no haber seguido los lineamientos de otros laudos precedentes sobre el mismo tema y en aplicación a la misma normativa jurídica. En efecto, el error en la aplicación del derecho no forma parte de las causales de anulación enumeradas en el artículo 52 de la Convención de Washington de 1958, ni una de las causales de denegación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias extranjeras, en caso de que no se trate de un laudo CIADI.

Ahora bien, si en virtud del artículo 52 de la Convención de Washington, un error en la aplicación de la ley no es un motivo válido para anular un laudo; bajo ciertas circunstancias, la no aplicación de la ley a la luz del artículo 42.1 del Convenio CIADI puede constituir una forma de exceso de poder por parte del tribunal, censurable por un Comité *ad hoc*⁴². Al respecto, cabe mencionar que aunque los borradores del Convenio CIADI tampoco contenían una refe-

cahiers de l'arbitrage N° 2005/2, 2005, pp. 47-52 ; RAUX, M. "La reconnaissance de l'état de nécessité dans la dernière sentence relative au contentieux argentin : LG&E c/ Argentine", En: *Les cahiers de l'arbitrage*, N° 2006/3, 2006, pp. 56-60.

⁴⁰ REINISCH, A. "Necessity in international investment arbitration – An unnecessary split of opinions in recent ICSID cases? Comments on CMS v Argentine and LG&E v Argentina", *JWI&T*, 2007, pp. 191-214.

⁴¹ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004, disponibles en www.ibanet.org.

⁴² Cf. *Amco c/Indonesia*, Decisión en anulación, 16 de mayo de 1986, 1 *ICSID Reports*, pp. 534-535.

rencia directa al incumplimiento de la ley aplicable, sí hacían referencia a una disposición según la cual un “alejamiento grave de los principios de justicia natural” o un “error manifiesto en la aplicación de la ley” podían constituir un motivo para anular el laudo⁴³.

Este es también el sentido que le ha dado tradicionalmente la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), al tratar el concepto de “exceso de poder”, destacando que su misión no es la de determinar si el caso ha sido bien o mal juzgado, sino más bien establecer si el laudo debía ser anulado debido a que el tribunal hubiera fallado al no aplicar normas imperativas⁴⁴.

Recientemente, dos casos contra la Argentina han reabierto el debate sobre la extralimitación manifiesta de funciones con respecto a la ley aplicable al fondo del arbitraje: *Sempra*⁴⁵ y *Enron*⁴⁶. En ambos casos los tribunales arbitrales se pusieron en la tarea de determinar si las medidas de emergencia tomadas entraban dentro del parámetro del artículo XI del TBI suscrito entre Estados Unidos y la Argentina. Para ello, los tribunales arbitrales analizaron la defensa del “estado de necesidad” alegado por la Argentina, a la luz del derecho internacional público. Ambos tribunales llegaron a la conclusión de que la Argentina no había demostrado la excepción de necesidad y por lo tanto, la declararon responsable de las violaciones al tratado⁴⁷. A diferencia de la visión de los tribunales arbitrales, los Comité *ad hoc* decidieron anular los respectivos laudos debido a la supuesta caracterización de la extralimitación manifiesta de facultades con motivo de la no aplicación por parte del tribunal arbitral del artículo XI del TBI. Particularmente, el Comité *ad hoc* en el caso *Sempra*, manifestó que el tribunal arbitral había cometido una omisión al no trazar una distinción entre el artículo XI del TBI y el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario⁴⁸.

⁴³ Historia de la Convención, Vol. I, pp. 230-232; Vol. II, pp. 271 y siguientes.

⁴⁴ CPA, *Orinoco Steamship Company Case* (Estados Unidos c/ Venezuela), 25 de octubre de 1910, Naciones Unidas, *Reports of international arbitral awards*, VOLUME XI pp. 227-241.

⁴⁵ *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3 /Estados Unidos/Argentina TBI), Decisión sobre la solicitud de anulación presentada por Argentina, 30 Julio de 2010.

⁴⁶ *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la solicitud de anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010.

⁴⁷ *Sempra c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007; *Enron c/ Argentina*, ICSID Case N° ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007.

⁴⁸ *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la solicitud de anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010, p. 108. La identificación entre el artículo XI y el artículo 25 de los artículos de la CDI ya había sido apuntada por el tribunal arbitral en el caso *CMS al señalar que si las condiciones establecidas por el derecho internacional consuetudinario no se cumplían, la defensa de la Argentina bajo el artículo XI del TBI debía ser rechazada. Este punto fue consid-*

La situación de Argentina es ciertamente particular, si consideramos que el número de casos registrados en su contra, sobre la base de un tratado de inversiones, se elevan a 51 en el 2010⁴⁹. Al respecto podemos citar el caso del árbitro Andres Rigo Sureda, recusado tanto en *Azurix* y *Siemens*⁵⁰. Particularmente en *Azurix*, el árbitro había sido contratado como Consultor por la firma (Fullbright & Jaworski LLP) que representaba a las partes demandantes en otro caso contra Perú⁵¹, pero en este caso la firma había nombrado como árbitro a uno de los asesores de los inversionistas (Guido Santiago Tawil). Aquí en realidad más que un prejuzgamiento se trataba de un posible un conflicto de intereses pero que a pesar de las conexiones fue rechazado por el Comité *ad hoc*, siguiendo el razonamiento de los otros dos árbitros que tuvieron que decidir sobre su recusación y la interpretación de las Reglas Directrices del IBA en la materia⁵².

En efecto, el prejuzgamiento o conflictos substantivos, a diferencia de un simple conflicto de intereses, se da cuando existe un vínculo entre el árbitro llamado a resolver la controversia y la cuestión jurídica controvertida que este debe tratar, ya sea porque ha resuelto o se encuentra resolviendo un caso particularmente similar o porque se ha creado en él una aprehensión particular sobre el punto de derecho que debe resolver, que no lo dejaría analizar la controversia de manera imparcial y neutra⁵³.

Así por ejemplo, en el caso *Grand River Case* se discutió sobre la recusación del profesor James Anaya, quien había representado a los demandantes en un caso contra los Estados Unidos ante la Comisión de Derechos Humanos, entre 1997 y 2002 (*Dann c/ Estados Unidos*)⁵⁴. En esta misma línea podemos citar que

erado como inadecuado por el Comité ad hoc. En otras palabras, el tribunal había efectuado una errónea interpretación del artículo; sin embargo, dicho control escapaba, de acuerdo con el Comité, al ejercicio de su control en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI. CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina, ICSID Case N° ARB/01/8, Decisión de anulación, 25 de septiembre de 2007, p. 124.

⁴⁹ De acuerdo con la publicación de la CNUCED, "Latest developments in investor-State dispute settlement", En : *II A, Issues Note*, N° 1, Marzo 2011.

⁵⁰ Cf. PETERSON, LUKE ERIC. "ICSID Tribunals Diverge over Independence of Arbitrator to Hear Argentine Claims," En: *Inv. L. & Pol'y Weekly News Bull.* Marzo 24, 2005; "ICSID Rejects Challenge to Lead Arbitrator in Siemens case; Argentina Rips Decision," En: *Inv. L. & Pol'y Weekly News Bull.*, Abril 27, 2005; "ICC Nixes Argentina's Bid to Disqualify Arbitrator in Financial Crisis Case," En: *Inv. Treaty News*, Enero, 12, 2006; todos disponibles en el website: www.iisd.org

⁵¹ *Duke Energy International Peru Investments Ltd v Republic of Peru*, Caso CIADI N° ARB/03/28.

⁵² Caso CIADI N°. ARB/01/12, *Azurix v Argentine Republic*, Decisión en Anulación del 1ero de Septiembre de 2009, p. 263.

⁵³ Sobre el tema, GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. "Issue Conflicts". En : *Spain Arbitration Review*, 2010, N° 7, pp. 5-9.

⁵⁴ CNUDMI, *Gran River Enterprises Six Nations Ltd c Estados Unidos*.

en el caso de *Telekom Malaysia Berhad c/ Ghana*, bajo el TBI Malaysia-Ghana, la República de Ghana contestó el nombramiento del Profesor EMMANUEL GAILLARD como árbitro, alegando a que se encontraba actuando como asesor legal para el inversionista en un proceso de anulación en otro caso (*RFCC c/ Maruecos*). Al tratarse de un caso ante un tribunal *ad hoc* bajo el reglamento de la CNUDMI, el recurso fue llevado ante la Corte de Distrito de la Haya (lugar del arbitraje)⁵⁵. En este caso la Corte fue de la opinión que el Profesor GAILLARD no podía actuar a la vez como árbitro y como asesor en ambos casos⁵⁶.

Por otro lado, podemos destacar que tanto en el caso de *CMS*, de *Enron* como en *Sempra*, pre-citados, el Presidente del Tribunal arbitral fue el Profesor FRANCISCO ORREGO VICUÑA, lo que permitió ciertamente una misma visión entre los laudos pero también que todos fueran en su momento anulados, al menos parcialmente. ¿Prejuzgamiento? No estamos tan seguros. Por un lado, es cierto que se trata de la misma norma jurídica internacional (i.e. el TBI) y de la misma medida, pero por otro, ¿Por qué habría necesariamente que condenar al árbitro de “prejuzgar” un caso sin antes darle la oportunidad de analizarlo?

Una decisión que quizás nos aporta ciertas luces es la decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor CAMPBELL McLACHLAN, presentada por las empresas españolas *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa* contra la Argentina, bajo el fundamento del TBI Argentina-España.⁵⁷ En el presente caso, no se trataba de que el árbitro pudiera verse prejuizado por otros casos que hubiera podido conocer o que conociera, sino que la recusación se fundó en publicaciones académicas del profesor,⁵⁸ las cuales, según las Demandantes, eran fundamentales para el arbitraje que se estaba desarrollando.

Los escritos “atacados” del profesor McLACHLAN concernían: (i) la cobertura de la Cláusula de la Nación Más Favorecida a través del análisis comparativo de los casos *Maffezini* y *Plama*, y (ii) la conceptualización del estado de necesidad como defensa a la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, al comentar que el tribunal arbitral había cometido en los casos *CMS*, *Enron* y *Sempra* un error de derecho manifiesto. De acuerdo con las Demandantes, estos escritos eran una muestra de que el árbitro había

⁵⁵ Hague District Court Dismisses Ghana’s Challenge of Arbitrator. En: 20 *Mealey’s Int’l Arb. Report*, 7. 2005.

⁵⁶ Ver HRANITZKY, D.; SILVA ROMERO, EDUARDO. “The double hat debate in international arbitration”. Should advocates and arbitrators be in separate bars, En: *NYLJ*, Junio 14, 2010.

⁵⁷ *Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa*, Caso CIADI N° ARB/07/26, 12 de agosto de 2010.

⁵⁸ El Profesor era co-autor con Laurence Shore y Mathew Weiniger de la obra *International Investment Arbitration, Substantive Principles* publicado en el 2007 por Oxford University Press,

“prejuizado” algunos elementos esenciales para el caso y que por lo tanto no podía cumplir con su misión de forma neutra e imparcial.

Concretamente, todo giró en torno a determinar si las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan sobre las dos cuestiones definidas como cruciales por la parte demandante para el resultado de este procedimiento, indicaban que este árbitro carecía de manera manifiesta de las cualidades requeridas para inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

De acuerdo con los dos árbitros que tuvieron que decidir sobre la recusación, Profesor ANDREAS BUCHER y PEDRO MARTINEZ-FRAGA, lo relevante era determinar si las opiniones expresadas por el PROFESOR McLACHLAN eran lo suficientemente específicas y claras “como para que un tercero informado y razonable considere que el árbitro se basará en esas opiniones, sin considerar, como corresponde, los hechos, las circunstancias y los argumentos presentados por las Partes en este procedimiento,” lo cual no era el caso en la especie⁵⁹. Al respecto, los mismos señalaron, a justo título, que si prevaleciera la opinión de la parte demandante, y se considerara cualquier opinión como un elemento de perjuicio en un caso particular, la consecuencia sería que un árbitro potencial jamás expresaría sus opiniones sobre una cuestión⁶⁰. Nosotros coincidimos totalmente con esta postura ya que de lo contrario sería el fin de los escritos universitarios, nadie se atrevería a expresar su opinión o a comentar un laudo o una decisión de justicia, por temor a que esto le traiga consecuencias nefastas ante un posible nombramiento como árbitro.

2.2. Consideraciones finales sobre la misión del árbitro y aplicación de estándares internacionales

Todo árbitro debe cumplir con dos requisitos fundamentales: imparcialidad e independencia, de lo contrario sería recusado⁶¹. De ahí que estos requisitos se encuentren consagrados en las reglas Directrices de la IBA, como un Principio básico del arbitraje internacional⁶². Bajo este Principio general, el árbitro tiene la obligación de revelar cualquier circunstancia que pudiera hacer dudar sobre su imparcialidad e independencia o, si de hecho sabe que existe un conflicto de intereses con alguna de las partes en el proceso, revelarlo.

⁵⁹ p.44 de la decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor CAMPBELL McLACHLAN, presentada por la Argentina, precitada.

⁶⁰ p.48 de la decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor CAMPBELL McLACHLAN, presentada por la Argentina, precitada.

⁶¹ Cf. artículo 57 del Convenio CIADI.

⁶² De acuerdo con las Directrices de la IBA: “Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.”

Esto resulta totalmente lógico y no está en tela de discusión. Inspirar la confianza de las partes, en que su causa va a ser juzgada de manera imparcial, neutra e independiente, es parte de la naturaleza misma de la función del árbitro. Y no pudiera ser de otra forma pues los poderes de ordenación del árbitro, dentro del procedimiento arbitral, son sumamente amplios. En efecto, una vez la tarea le es encomendada, pareciera que el árbitro pudiera hacer “prácticamente” todo: escoger todo tipo de reglas en cuanto a la conducción de la instancia arbitral, los medios de prueba que han de aportar las partes, la forma en que estos medios de prueba van a ser valorados, siempre y cuando respete el Principio del debido proceso.

La amplitud del poder de los árbitros suele ser amplia, principalmente porque las partes no se han preocupado, o no han tenido la oportunidad de preocuparse, por fijar las “reglas del juego” con anterioridad a la controversia, como es en el caso del arbitraje sin lazo contractual. Ahora bien, ni la libertad de las partes, ni por ende la de los árbitros, respecto de organización del procedimiento arbitral, es absoluta. Esta libertad encuentra su límite en las exigencias de garantía procesal y de eficacia del procedimiento arbitral⁶³. Estos dos límites se imponen así al tribunal arbitral, y deben respetarse a lo largo de todo el procedimiento, exista o no una institución de arbitraje que “controle” el buen desarrollo de la instancia arbitral⁶⁴.

En este sentido, la libertad de las partes y la del tribunal arbitral para configurar el procedimiento arbitral no puede en ningún caso reemplazar su obligación de respetar el principio del debido proceso; de lo contrario, el laudo arbitral dictado en violación al debido proceso corre el riesgo de ser anulado y/o de ver su reconocimiento y ejecución denegados ante el juez del exequátur.

Ciertamente, son las Reglas Directrices de la IBA las que actualmente brindan una guía en la materia, aunque como bien sabemos las mismas no tienen un carácter obligatorio, ni para las partes, ni para los árbitros y mucho menos para los tribunales judiciales que de alguna forma estarían llamados a conocer de un recurso de anulación, en caso de que no se trate de un laudo CIADI.

Dentro de la aplicación de estas reglas, quizás lo más difícil sea trazar la línea divisoria entre las circunstancias que el árbitro debe revelar y aquéllas

⁶³ KAUFMAN-KHOLER, GABRIELLE. “Qui contrôle l’arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d’efficacité”. En: *Liber amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, p. 161.

⁶⁴ Por ejemplo en el caso de la CCI, la Corte tiene la facultad para: fijar la sede del arbitraje ante el silencio de las partes (artículo 14); aprobar el Acta de Misión suscrito entre las partes y el tribunal arbitral y conocer del calendario provisional que se pretende seguir en la conducción del proceso arbitral (artículo 18); verificar que el laudo cumpla con la forma debida y llamar la atención del tribunal sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia (artículo 27).

situaciones que desde un punto de vista objetivo no son susceptibles de crear conflicto de intereses⁶⁵.

Así por ejemplo, en el caso *EDF International SA, SAUR International SA y León Participaciones Argentinas SA c/ Argentina*⁶⁶, la Profesora KAUFMANN-KOHLER fue recusada por la República de Argentina, argumentando que la misma había fungido como miembro de la junta directiva del Banco suizo UBS, empresa que recomendaba a sus clientes invertir en EDF. Sin embargo, este argumento fue rechazado, al no considerar los lazos entre *EDF* y *UBS* lo suficientemente fuertes, en virtud de las Reglas Directrices de la IBA en conflicto de intereses.

En todo caso, la aplicación de las Reglas Directrices de la IBA como fundamento para admitir o rechazar demandas de recusación, va a tener que ser analizado caso por caso. Pero que sean o no utilizadas, lo más importante es que se respete la misión del árbitro dentro de su aspecto global.

Lo cierto es que nadie puede negar el desarrollo impresionante que ha tenido el arbitraje de inversiones en estos últimos 15 años, fundamentalmente por la multiplicación de los Tratados de inversión desde mediados de los 1990 y que no cesa de aumentar a medida que pasan los años.

Tal y como hemos podido observar, tanto la multiplicación de Tratados como la publicidad de los laudos arbitrales ha traído como consecuencia la creación de una verdadera doctrina de precedentes propia al arbitraje internacional⁶⁷. En efecto, si bien es cierto que los laudos no pueden tener carácter obligatorio *erga omnes*, estas pueden servir de guía para otras decisiones sobre el mismo punto jurídico. Esta es una evolución que le debemos al arbitraje de inversiones con respecto al arbitraje clásico del comercio internacional.

Los factores son claros: en primer lugar, la controversia implica una parte estatal, y por lo general el interés público, de ahí que se requiera un mayor nivel de transparencia, con la posibilidad de tener la participación de *amici curiae*; en segundo lugar, el fundamento de la demanda se encuentra muchas veces en un tratado de inversiones cuya aplicación debería darse a la luz de la Convención de Viena sobre la interpretación de los Tratados de 1969; lo que nos lleva, por último, a la aplicación de normas y principios generales del derecho internacional y que son de aplicación universal.

⁶⁵ Divididos en las Reglas Directrices en listas rojas, naranja y verde.

⁶⁶ Caso CIADI N° ARB/03/23, *EDF International SA, SAUR International SA y León Participaciones Argentinas SA c/ Argentina*.

⁶⁷ Con esto queremos decir que no podemos pretender darle el mismo tipo de aplicación que le da un juez de la *Common Law* o de la *Civil Law*. El arbitraje responde a connotaciones que le son propias.

Ahora bien, estos mismos factores, aunados al hecho de que una misma medida estatal puede afectar a un número plural de inversionistas, y que son poco los árbitros que estarían realmente capacitados a manejar este tipo de procesos, tanto por la especialidad de la materia como por la complejidad de los casos, traen como resultado que un mismo árbitro pueda ser llamado a resolver sobre casos muy similares por no decir idénticos en cuanto a su argumentación jurídica y factual. ¿Riesgo de un *issue conflict*? Probablemente, pero el sistema no pudiera funcionar si no se tiene confianza en él y en quienes están llamados a administrar justicia. Y en esto estamos totalmente de acuerdo con lo que expresaba FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, en un artículo sobre el tema⁶⁸: ¿para que reparar lo que no está roto? ¿Para qué cambiar algo que funciona bien?

Un último punto que nos parece importante resaltar es que no puede ser posible que a un árbitro se le critique por lo que haya o no podido expresar en sus escritos o conferencias⁶⁹. Si se le sanciona dejarían de existir los profesores universitarios, los grandes juristas como YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, a quien hacemos hoy honor, que han dado luz al arbitraje y que lo siguen haciendo, no sólo por sus escritos doctrinales sino también por su participación activa en la creación de “precedentes”.

⁶⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. “Issue Conflicts”. En: *Spain Arbitration Review*, 2010, N° 7, p. 8.

⁶⁹ De hecho, de acuerdo con las reglas directrices de la IBA, se encuentra dentro de la lista verde todo lo que anteriormente el árbitro pudo haber expresado en público (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje; siempre y cuando esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión. Cf. numeral 4.1.1.

La Convención de Nueva York de 1958 y la jurisprudencia panameña

TOMÁS H. HERRERA D. (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos principales de la Convención de Nueva York. 2.1. Aplicabilidad. 2.2. Reconocimiento de convenios arbitrales escritos. 2.2.1. La forma escrita. 2.2.2. La materia que puede ser sometida a arbitraje. 2.3. Las reservas. 2.4. Normas sobre anulación. 2.5. La presunción de validez de los laudos. 3. Interrelación necesaria entre la Convención y las legislaciones de los países adheridos a ella. 4. Panamá no introdujo reservas. 5. Cómo invocar la Convención en Panamá. 5.1. Debe tratarse de una controversia internacional. 5.2. La relación debe tener puntos de conexión con Panamá. 5.3. La materia del arbitraje debe ser de naturaleza civil o mercantil internacional. 5.4. La materia debe ser arbitrable de conformidad con nuestra ley. 5.5. Hay que invocar de manera expresa la Convención. 5.6. Qué ocurre cuando el Estado es parte de varias convenciones sobre arbitraje. 5.7. El problema de la simple cláusula arbitral en nuestra legislación. 5.7.1. El de los requisitos mínimos. 5.7.2. El de la autoridad de designación. 5.8. Que existan el convenio o la cláusula y que no sean nulos, inoperantes, ineficaces (por vicios legales) o inaplicables (por cesación de sus efectos). 6. Reconocimiento y ejecución de laudos. 6.1. Controles en la fase del reconocimiento. 7. Suspensión de un laudo. 8. Definición de laudos y requisitos de los laudos. 8.1. Definición de "laudos". 8.2. Requisitos de los laudos. 9. El Orden Público Internacional. 9.1. Algunas conclusiones del Informe Final de la ILA. 10. Definición de laudos extranjeros. 11. Plazo para pedir la ejecución y para pedir la vacancia. 12. La carga de probar la nulidad. 13. El papel del tribunal al que se le pide la nulidad. 14. El principio de la inmunidad soberana. 15. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Fui gentilmente invitado por el Instituto Peruano de Arbitraje, para rendirle un merecido homenaje a dos eminentes juristas, ampliamente conocidos

(*) Socio del despacho de abogados Galindo Arias & López. Miembro de la Comisión presidencial para combatir la corrupción, miembro de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) - Capítulo de Panamá (Miembro Fundador), Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Society of Trust and Estate Practitioners (STEP) e International Bar Association (IBA).

en el mundo del arbitraje internacional: se trata de BERNARDO CREMADES, de España e YVES DERAINS, de Francia, con quienes, a pesar de que no me unen lazos estrechos de amistad, he tenido el placer y el orgullo de participar en diversas conferencias en las que ellos, con palabras sencillas y llanas, nos han ilustrado con su sapiencia. Gustosamente acepté la invitación y, por ello, me uno a dicho homenaje por lo merecido, gracias a sus esfuerzos por difundir el arbitraje. Así que, contribuyo con éste, mi modesto aporte.

El tema de la Convención de Nueva York¹ y su tratamiento por parte de la jurisprudencia panameña, no puede ser enfocado sin antes hacer algunos breves apuntamientos relacionados con la citada Convención; tampoco puede dejarse de lado la experiencia de otros países, cuyos tribunales, de grado o por fuerza, lidian con frecuencia con los problemas de los arbitrajes internacionales.

La Convención fue ratificada por la República de Panamá, sin reservas, mediante la Ley N° 5 de 25 de octubre de 1983².

2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Son varios los aspectos de la Convención de Nueva York que merecen ser destacados. Estos son:

2.1. Aplicabilidad

Es aplicable a laudos dictados en un Estado diferente de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de éstos, así como a aquéllos (laudos) que no tengan la consideración de “locales o domésticos” en el Estado en donde se pide su reconocimiento y ejecución. Así lo dispone el artículo I, numeral 1 de la Convención³. El artículo 40 de la ley panameña sobre arbitraje (el Decreto Ley 5 de 1999) es coincidente con la disposición de la Convención, ya que esta norma dice que se considera laudo extranjero el dictado fuera del territorio de la República y también el dictado en territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional.⁴

¹ La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada por las Naciones Unidas en 1958, también conocida como la Convención de 1958.

² Véase la Gaceta Oficial N° 20079, del viernes 15 de junio de 1984.

³ Artículo I, numeral 1. “Esta Convención será aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales proferidos en el territorio de un Estado distinto del Estado en el que se piden el reconocimiento y ejecución de tal laudo, (...). También será aplicable a laudos que no sean considerados laudos domésticos en el Estado en donde se pide su reconocimiento y ejecución”.

⁴ Artículo 40.- Se considera laudo arbitral extranjero el dictado fuera del territorio de la República de Panamá.

Así mismo, se considera laudo extranjero el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional, de conformidad con el presente Decreto Ley.

La jurisprudencia norteamericana siguió, en el caso que sentó doctrina, de *Bergesen -v- Joseph Muller Corp.*, el criterio de que el laudo proferido en Nueva York en un arbitraje entre dos personas foráneas, no era doméstico de conformidad con la Convención de 1958, porque en el proceso estaban involucradas dos partes foráneas⁵.

2.2. Reconocimiento de convenios arbitrales escritos

En la Convención se declara el reconocimiento de convenios en los que las partes deciden someter a arbitraje diferencias, contractuales o no, sobre materias que puedan ser sometidas a arbitraje. Así lo dispone el artículo II, numeral 1 de la Convención⁶.

Es de notar que la norma requiere que el acuerdo conste por escrito, que se refiera a una definida relación legal que puede o no ser contractual, pero cuya materia pueda ser decidida mediante arbitraje.

2.2.1. La forma escrita

En la actualidad la doctrina jurídica y las leyes de los distintos países han adoptado el criterio amplio sobre lo que debe ser considerada “forma escrita”. Así, mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas puede dejarse plasmada la voluntad de convenir un arbitraje, sin que se requiera la solemnidad de una escritura pública, por ejemplo. A pesar de que la parte inicial del artículo 9 del Decreto Ley 5 de 1999⁷ (en adelante el DL 5/99) exige que el documento sea firmado por las partes, a renglón seguido recoge la posibilidad de que documentos electrónicos reflejen tal voluntad. La característica de éstos es que no llevan estampada firma alguna; empero, en la actualidad los medios electrónicos constituyen un medio de prueba fiable para demostrar la voluntad de una parte de celebrar un contrato, sea éste de compromiso o de otro tipo. Tanto la legislación civil como la mercantil de Panamá, se han hecho eco de esa posibilidad que brindan los medios modernos de comunicación,

⁵ BISHOP, R. Doak y MARTIN, Elaine. “Enforcement of foreign arbitral awards”. En: <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop6.pdf>, p. 6.

⁶ Artículo II

1.- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que haya surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. (La subraya es mía).

⁷ Artículo 9. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes, o en documento intercambiado entre las partes por medio télex, fax, correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes.

tanto en el artículo 1103 del Código Civil, como en los artículos 194 a 197, 201, 205-A y 245 del Código de Comercio, de los cuales solamente transcribiré el artículo 245, como botón de muestra. Tal disposición reza así:

“Cuando la ley mercantil requiera como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él será admisible y a falta de título escrito, en formato físico o su equivalente electrónico, el contrato se tendrá como insubsistente.” (el subrayado es nuestro).

2.2.2. La materia que puede ser sometida a arbitraje

La determinación de las materias que podrán ser sometidas a arbitraje es potestad exclusiva de la legislación del país en donde se pide que se le dé cumplimiento al compromiso arbitral, lo que significa que el que una causa pueda ser o no sometida a arbitraje variará de país a país. En Panamá los artículos 1500, 1501, 1503 y 1504, del Código Civil, sobre transacciones (aplicables a los compromisos por virtud del artículo 1511 del mismo Código⁸), disponen que es posible transigir sobre la acción civil proveniente del delito, pero no sobre la acción penal misma, así como tampoco sobre el estado civil ni alimentos futuros. Ahora bien, habida consideración de que el artículo 1500 del Código Civil⁹ califica la transacción como un contrato, debemos entonces remitirnos a las reglas generales sobre contratos para delimitar cuál es la materia arbitrable, por lo pronto, que tanto el objeto como la causa sean lícitos. Pero el artículo 2 del DL 5/99¹⁰ ha adoptado un criterio más restrictivo, al disponer que aquellas materias reguladas por normas imperativas de Derecho no pueden ser objeto de arbitraje. El redactor del Decreto Ley entendió, que las normas imperativas de Derecho son disposiciones de orden público; empero, hay multitud de normas de la legislación panameña, por ejemplo, las de la Ley 32 de 26 de febrero de 1927, sobre sociedades anónimas, cuya redacción da a entender que son de carácter imperativo, esto es, no derogables por voluntad de las partes, pero que no necesariamente son normas de orden público. Ello nos lleva a

⁸ Artículo 1511.- Lo dispuesto en el Capítulo anterior sobre transacción es aplicable a los compromisos.

En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos se estará a lo que determine el Código Judicial.

⁹ Artículo 1500.- La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado.

¹⁰ Artículo 2. No podrán ser sometidas a arbitraje, las siguientes controversias: Las que surjan de materias que no sean de la libre disposición de las partes. Se entiende por tales, entre otras, todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de Derecho.

Cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que hagan tránsito a cosa juzgada.

formularnos la pregunta de si, de surgir una discrepancia entre accionistas sobre cualquiera de esas materias, que son típicas y propias de relaciones comerciales, ¿pueden ser sometidas a arbitraje? Me refiero, solamente para dar algunos ejemplos, a las siguientes: a) según el artículo 9, que las reformas al pacto social solamente pueden ser hechas, antes de la emisión de las acciones, por los suscriptores del pacto social y por todos los que hubieren convenido en tomar acciones; b) según los literales a) y b) del artículo 10, que después de emitidas las acciones, las reformas serán suscritas por los tenedores de las acciones, debiéndose agregar una certificación del Secretario de la sociedad que acredite que tales suscriptores son los tenedores de todas las acciones o por el Presidente o uno de los Vicepresidentes y el Secretario, agregando una certificación en donde conste que han sido autorizados para otorgar el documento; c) según el artículo 17, que las acciones de la propia sociedad, que ésta adquiera, no podrán, ni directa ni indirectamente, ser representadas en las Asambleas de Accionistas; d) según el artículo 18, que ninguna sociedad podrá adquirir sus propias acciones si ello entraña una reducción del activo por debajo del pasivo; e) según el artículo 28, que no se emitirán acciones al portador sino cuando hayan sido totalmente pagadas y liberadas; f) según el artículo 49, que los negocios de la sociedad serán administrados y dirigidos por la Junta Directiva.

A mi juicio, los pleitos que recaigan sobre las materias citadas antes y otras de contenido similar de otras instituciones civiles o comerciales, en donde hay normas imperativas de derecho, pero que resulta evidente que no afectan el orden público, potestades públicas, funciones de protección o tutela de personas, porque se refieren exclusivamente a la contratación privada, pueden ser decididos por arbitraje, esto es, en la medida en que no se afecten principios morales o básicos de la convivencia social, regulados por el orden jurídico panameño. De manera que la frase recogida por el redactor de la ley de arbitraje de Panamá, “normas imperativas de derecho”, da lugar a más problemas de los que resuelve, porque se presta a interpretaciones de variado tipo.

Hay materias que, evidentemente, no pueden ser sometidas a arbitraje en Panamá, que son las enunciadas en los artículos citados antes del Código Civil y, según el texto de la ley de arbitraje de Panamá las que surjan de materias que no sean de libre disposición de las partes (tutela de personas, funciones de protección, desempeño de potestades públicas, cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme) y, también, para citar ejemplos, las relativas a las quiebras, instituciones procesales, monopolios, protección al consumidor, protección al medio ambiente, impuestos y todas aquellas que atentan contra la moralidad y los derechos fundamentales.

En este punto conviene que nos detengamos un tanto para, aún cuando sea brevemente, ver el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia le ha dado al tema de una empresa sometida a un proceso especial de liquidación forzosa, llevado a cabo de conformidad con las disposiciones de la legislación bancaria. Nos referimos al caso de la acción de nulidad contra el laudo proferido dentro del arbitraje entre Curacao Eximport Enterprises Co., N.V. -vs- Banco Disa, S.A., que fue negada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia el 5 de mayo de 2003.

La demanda de nulidad no individualizó las causales y a pesar de que las causales de nulidad alegadas no fueron las de la Convención de Nueva York o las de la Convención de Panamá, sino las del artículo 34 del Decreto Ley 5 de 1999, que son aplicables al arbitraje doméstico, la Corte llegó a la conclusión de que se trataba de un arbitraje comercial internacional en el que se había renunciado tácitamente al recurso de anulación (artículo 36 del DL 5/99¹¹), hecho en el que fundamentó la denegación de la nulidad. Sin embargo, se trataba de un arbitraje que se llevó a cabo durante el período en que el banco estaba sujeto a liquidación forzosa decretada por la Superintendencia de Bancos, con fundamento en las disposiciones de la Ley Bancaria, cuyas normas son de orden público. El resultado del laudo es que se violentaron normas de orden público, así como también el principio de la *par conditio creditores* y el de la universalidad de la quiebra, ya que ese juicio se ventiló en sede aparte. Pero nada de ello arredró a la Corte Suprema para denegar la demanda de nulidad. Como se dice coloquialmente, la Corte “no se paró en pelillos.”

Debo advertir, sin embargo, que con posterioridad a esa resolución, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional todo el artículo 36 del DL 5/99, mediante la sentencia del 7 de octubre del año 2005¹², en la que, entre otras, hizo las consideraciones que de inmediato transcribo:

“La norma legal que se acusa de inconstitucional introduce para los arbitrajes comerciales internacionales la figura de la renuncia anticipada al recurso de anulación, haciendo irrecursible a priori y por tanto blindando cualquier laudo arbitral, lo cual supone darle por estipulación entre las partes en el contrato subyacente un carácter de definitividad (sic) que la Ley no le atribuye.”

“El derecho a hacer uso de los recursos instituidos por la Ley para impugnar una decisión judicial o laudo arbitral integra la garantía del debido proceso y por ende constituye un derecho fundamental que goza de protección constitucional.”

¹¹ Artículo 36. Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior.

¹² Véase la Gaceta Oficial N° 25,508, del miércoles 22 de marzo de 2006.

“El derecho a interponer un recurso que la Ley pone al alcance de las partes en un determinado supuesto es irrenunciable por anticipado. La disposición que consagra el derecho a un recurso para un supuesto dado tiene carácter imperativo y es por tanto una norma de ius cogens.”

Salta a la vista que los Honorables Magistrados del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo el caso del que salvó el voto, no tuvo en cuenta el hecho de que la disposición de un recurso legal, particularmente cuando se trata de arbitrajes, es un derecho inherente a la voluntad de las partes, que optan por llevar adelante un arbitraje comercial internacional. Ello es que en la totalidad de dichos casos intervienen comerciantes o industriales duchos y abogados expertos, que saben lo que tienen entre manos. De allí que sea un despropósito llegar a las conclusiones a las que llegó la Corte, dizque para proteger a una parte inocente que no sabía el alcance de lo que estaba firmando al convenir un arbitraje comercial internacional.

2.3. Las reservas

La Convención permite que los Estados que se adhieran a ella establezcan dos tipos de reserva, a saber: la de “reciprocidad” y la de “comercialidad”. (Ver el artículo I, numeral 3 de la Convención¹³). De modo que si un Estado hace reserva de reciprocidad, solamente reconocerá y ejecutará laudos proferidos en Estados parte de la Convención. Y si hace la reserva de comercialidad, limitará el reconocimiento y ejecución de laudos a diferencias que sean de carácter comercial de conformidad con sus leyes internas¹⁴.

2.4. Normas sobre anulación

Hay normas en la Convención para pedir la anulación de laudos, unas que deben ser invocadas (artículo V, numeral 1) mediante la acción de nulidad y otras que son aplicables de oficio (artículo V, numeral 2) por el Tribunal al que se le pide el exequátur del laudo. La Convención no contiene normas sobre suspensión, ya que este tipo de acciones se deja al arbitrio de las leyes de los países en donde se llevan a cabo los arbitrajes.

¹³ 3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interNº

¹⁴ BISHOP, R. Doak y MARTIN, Elaine, Op. Cit., p. 8.

De lo dicho se desprende que la parte afectada por un laudo arbitral internacional puede interponer dos acciones, a saber: la de anulación, fundada en la Convención con base en las causales previstas en el numeral 1 del artículo V, o la de suspensión, fundada en la ley del foro en donde se llevó a cabo el arbitraje, acción ésta que no está regulada dentro de la Convención. De otro lado, cuando al tribunal se le presenta la acción de anulación o se le pide el exequátur, éste está obligado, por virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del citado artículo V, a hacer un doble examen, a saber: si la materia tratada en el laudo es "arbitrable" de conformidad con la legislación local y si el reconocimiento o ejecución del laudo violaría principios de orden público de dicho país.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá dijo, con motivo de la petición de ejecución de los laudos arbitrales internacionales proferidos dentro del arbitraje SPECTOR SHIPPING, S.A. – vs- KROSSFONN, INC., en su fallo del 20 de diciembre de 1995, lo siguiente: "...la función del Tribunal que examina si los laudos arbitrales pueden o no ser ejecutados en la República de Panamá, es meramente revisión del cumplimiento del debido proceso, (...)", atinadamente acogiendo la tesis de Alain Plantey, quien ha sostenido:

*"Cuando surge un litigio en relación con un laudo arbitral o su ejecución, el poder del juez es mucho menor que tratándose de arbitraje interno: en efecto, en virtud de la Convención de Nueva York, aquél debe limitar su misión a la existencia de una cláusula arbitral, la composición correcta y la independencia del tribunal arbitral, la aplicación objetiva de un procedimiento contradictorio y eventualmente, el respeto de los principios de orden público aceptados internacionalmente."*¹⁵

Pienso que el examen de oficio que debe hacer el Tribunal al que se le somete un laudo está limitado a las materias a las que se refiere el numeral 2 del artículo V. Sólo cuando una parte pide la vacancia o la anulación del laudo, puede el tribunal entrar a examinar otras cosas, las del numeral 1, que deben ser expresamente invocadas por la defensa.

2.5. La presunción de validez de los laudos

Se parte de la premisa, en la Convención, de que los laudos proferidos dentro de arbitrajes amparados por la Convención de Nueva York son válidos, presunción de la que se desprende que la nulidad de un laudo con base en las causales previstas en el numeral 1 del artículo V deba ser expresamente alegada y probada dentro de una demanda de nulidad en contra del laudo; esta es la

¹⁵ PLANTEY, Alain. "El Arbitraje Internacional en un Mundo de Cambio." En: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 1995, p. 10.

llamada “presunción de validez”¹⁶, similar a la “presunción de legalidad”¹⁷ de la que gozan los actos administrativos, lo que supone que han sido expedidos de acuerdo con la ley y, por ende, son obligatorios y deben ser obedecidos.

Esa presunción de validez también lleva a la eliminación del denominado “doble exequátur”, esto es, la Convención no exige que para que se pueda pedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo en foro distinto al del laudo o del arbitraje, se requiera pasar por el mismo procedimiento de reconocimiento en el propio foro. Así, los tribunales del país en donde se dictó el laudo no tienen que autorizarlo ni examinarlo para que pueda ser pedido su reconocimiento en un foro distinto¹⁸. También se obvia la revisión de fondo del laudo, de parte de los tribunales requeridos: la decisión es ejecutada rápidamente¹⁹. Esto es, el tribunal del reconocimiento no tiene que examinar los hechos ni las pruebas del arbitraje, así como tampoco la congruencia o no del laudo.

3. INTERRELACIÓN NECESARIA ENTRE LA CONVENCIÓN Y LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES ADHERIDOS A ELLA

Para que la Convención pueda tener efectividad en los países que se han adherido a ella, se requiere que éstos adopten normas que regulen, por ejemplo, ante qué tribunales se presentarán las peticiones de exequátur o las demandas de anulación y cuál es el procedimiento que se seguirá en cada caso. Ello es que la Convención no entra a regular esas materias, puesto que las deja en manos de la voluntad soberana de cada país, los cuales aplicarán sus

¹⁶ Véanse, sobre el tema: ORTEU, Fernando y ALIAS, María Isabel, *Exequatur de Laudos Arbitrales Extranjeros al Amparo del Convenio de Nueva York 10-6-58*, “Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, 1ª edición, Ed. Bosch, 2003. Cabezas & Wray, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros y el Sistema CIADI”, 29/04/08. En: <http://www.cylegal.com/inter.asp?s3&ss=8&n=1>. CATUARIAS, Fernando, “Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral. En: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones>, quien afirma lo que sigue:

“5. Si tenemos presente que el poder judicial no puede revisar el fondo de la controversia, que las causales de anulación o de no reconocimiento y ejecución son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva, y que, en principio, deben ser invocadas y probadas por quien solicita la anulación o se oponga al reconocimiento y a la ejecución, necesariamente debemos interpretar que nuestra LGA, como la Convención de Nueva York, sancionan una presunción de validez del laudo arbitral.” (La subraya es mía).

¹⁷ VALLEJO, Johana, “Acto Administrativo”. En: <http://mailxmail.com/curso-administrativo/ad>.

¹⁸ BISHOP y MARTÍN, “Op. Cit.”, p. 9.

¹⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Convención de Nueva York en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: una nueva mirada desde el derecho internacional privado argentino”. En: <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040625-b.asp>. También, KNUL, III, William H y RUBINS, Noah D., “Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option? En: The American Review of International Arbitration, 2000/Vol. 11 N° 4. LAMM, Carolyn B. y SPOORENBERG, Frank, “The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention, Recent Developments”. En: <http://www.steelbee.net/THE%20ENFORCEMENT>.

propias leyes. A ellas se remite la Convención, dado que no contiene normas “suprasoberanas” de procedimiento, por ejemplo.

Es por esa razón que, a manera de botón de muestra, cito el caso de los Estados Unidos de América, que cuando adoptó la ley denominada Federal Arbitration Act, también reguló las materias relacionadas con el exequátur y la ejecución de laudos extranjeros, dictados al amparo de las convenciones de Nueva York y de Panamá, incluyendo los plazos de que disponen las partes para pedir, tanto en los laudos domésticos como en los internacionales, su ejecución forzosa.

Panamá hizo otro tanto, pero no con el detalle de la legislación de los Estados Unidos de América; empero, las normas que sobre esos tópicos en particular estaban contenidas en el Código Judicial, quedaron derogadas por el Decreto Ley 5 de 1999. Lo importante es que sin la ayuda de leyes o disposiciones especiales que se refieran al procedimiento (ante qué Juez, en qué momento, la forma de la petición, contenido de la petición, pasos que debe seguir el Juez, etc.) para pedir un reconocimiento o una demanda de nulidad de un laudo, es casi imposible alcanzar los objetivos de la Convención.

4. PANAMÁ NO INTRODUJO RESERVAS

Cuando Panamá adoptó o se adhirió a la Convención lo hizo sin reservas; esto es, a diferencia de otros países, no hizo la reserva de la reciprocidad ni de la materia comercial de los laudos, tal como lo permite el numeral 3 del artículo I de la Convención, el cual lee así:

“Al momento de la firma, ratificación o adhesión a esta Convención, o notificación de su extensión de conformidad con el artículo X de ésta, cualquier Estado puede, sobre la base de la reciprocidad declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y ejecución de laudos proferidos solamente en el territorio de otro Estado Contratante. Éste también puede declarar que aplicará la Convención solamente a diferencias que surjan de relaciones legales, contractuales o no, que sean consideradas como comerciales bajo las leyes nacionales del Estado que haga tal declaración.”

Otros países, en cambio, han adoptado la Convención con una o con las dos reservas. Por ejemplo, Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, China, Chipre, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, para mencionar algunos, depositaron los instrumentos de las dos reservas. Por su lado, Arabia Saudita, Bélgica, Irlanda, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Singapur y Uganda, hicieron la reserva de la reciprocidad. Junto con Panamá, que no hizo reserva alguna, están Australia, Austria, Bolivia, Chile, Colombia, Finlandia, Israel e Italia, entre otros.

La consecuencia de que Panamá no haya depositado instrumento alguno de reserva es la de que, independientemente de que el laudo provenga del foro

de un país que no se ha adherido a la Convención ni se ha comprometido a ser recíproco con los laudos provenientes de arbitrajes ventilados en Panamá, nuestros tribunales están obligados a reconocerlos y ejecutarlos, incluso si se tratan materias que no son estrictamente comerciales.

5. CÓMO INVOCAR LA CONVENCIÓN EN PANAMÁ

El tema que es necesario abordar ahora es el de las condiciones que hay que cumplir en Panamá para exigir el cumplimiento de un convenio arbitral o pedir el reconocimiento o la ejecución de un laudo internacional y los problemas que presenta nuestra legislación. Ya se dijo que no se puede, exclusivamente con las normas de la Convención, exigir el cumplimiento de un convenio arbitral. Hay que acudir a la ayuda de la legislación patria, en general y del Decreto Ley 5 de 1999, en particular.

Cuando en una relación jurídica internacional de carácter arbitrable en la que se ha pactado que la vía de solución del conflicto es la del arbitraje, una parte es demandada por la otra ante los tribunales panameños, o si una parte en esa misma relación se niega a darle cumplimiento al convenio arbitral pactado, la afectada puede, con base en el numeral 1 del artículo II de la Convención de Nueva York, pedirle a los tribunales panameños que la causa sea remitida al tribunal arbitral o que se obligue a la otra a ir al arbitraje.

5.1. Debe tratarse de una controversia internacional

La primera condición para que la parte pueda acogerse a la Convención y los tribunales panameños aplicarla, es la de que se trate de una relación jurídica de carácter internacional. Así lo exige el artículo 5 del Decreto Ley 5 de 1999, que pretende definir cuándo hay un arbitraje internacional.

5.2. La relación debe tener puntos de conexión con Panamá

La segunda condición es la de la conexión con Panamá. Dicho de otro modo, o las partes en la relación jurídica tienen conexión con Panamá (por ejemplo, tienen sus oficinas, establecimientos o domicilio en Panamá), o la relación jurídica misma tiene conexión con Panamá (porque deba producir sus efectos en Panamá) o el foro seleccionado para el arbitraje es Panamá. También lo dispone así el citado artículo 5 del DL 5 de 1999.

5.3. La materia del arbitraje debe ser de naturaleza civil o mercantil internacional

Es lo que dispone el numeral 5 del artículo 5 del Decreto Ley 5 de 1999, que estatuye que un arbitraje será considerado comercial internacional:

“Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales”.

5.4. La materia debe ser arbitrable de conformidad con nuestra ley

Este aspecto del tema ya fue tratado arriba en el epígrafe “La materia que puede ser sometida a arbitraje”, al que nos remitimos. Empero, vale apuntar que la discusión se da en todas las legislaciones. Así, en los Estados Unidos de América la doctrina general sobre arbitraje considera que reclamaciones relacionadas con The Federal RICO Act, valores negociables en bolsa, patentes, legislación antimonopolio y quiebra²⁰ no son arbitrables. A pesar de ello, las Cortes norteamericanas han dicho que “(...) a pesar de que las disputas provenientes de transacciones con “securities” no pueden someterse a arbitraje si el contrato es doméstico, las que surjan de tales relaciones sí son arbitrables si el contrato es internacional”²¹. Y en otra disputa relacionada con legislación antimonopolio, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó un fallo del Segundo Circuito de Nueva York que había resuelto que era inapropiado que tales reclamaciones se resolvieran mediante arbitraje, diciendo que:

“...la preocupación por las obligaciones internacionales, el respeto por las capacidades de los tribunales foráneos y transnacionales y la sensibilidad hacia las necesidades del sistema comercial internacional por la predicción en la resolución de disputas, requieren que le demos fuerza a los acuerdos de las partes, aún cuando se asuma que un resultado contrario podría venir dentro del contexto doméstico”²².

Lo expuesto significa que materias tan sensibles para la conciencia jurídica norteamericana como las expuestas, que dentro del contexto doméstico no serían arbitrables, cuando de por medio hay pactos internacionales los tribunales de los Estados Unidos no han tenido reparos en aceptar que sí pueden ser objeto de arbitraje, entre otras cosas con base en el principio del “comity”. Igual orientación se debe seguir en Panamá, sin que ello signifique irrespetar nuestro sistema legal ni abandonar principios caros a la conciencia patria.

5.5. Hay que invocar de manera expresa la Convención

Esta es una conclusión que emana de la lógica, esto es, cuando se ocurre ante un tribunal patrio apoyándose en la Convención de Nueva York, es obli-

²⁰ BISHOP y MARTIN, Op.Cit. p. 5.

²¹ Idem, p. 29.

²² Ibidem, p. 30.

gación del que pretende apoyarse o ampararse en ella que deje expresado cuál es el derecho que invoca, de manera que al tribunal le quede claro el marco legal dentro del cual debe decidir la controversia.

5.6. Qué ocurre cuando el Estado es parte de varias convenciones sobre arbitraje

El dilema de cuál es la Convención aplicable al caso controvertido, cuando hay varias Convenciones sobre arbitraje en las que el Estado es parte, no lo resuelve nuestra legislación y tampoco ha sido tema llevado a la decisión de nuestros tribunales. De manera que le tocará a los apelantes decidir cuál es la Convención a la que se acogen.

Recordemos que Panamá y por lo menos otros 17 países de América, entre los que se cuentan los Estados Unidos, son parte tanto de la Convención de Nueva York como de la de Panamá. De allí que el tema no sea ocioso. En los Estados Unidos la ley y la doctrina jurisprudencial han resuelto que se aplica la Convención de Panamá en aquellos casos en los que la mayoría de las partes son de países que la han ratificado y son miembros de la OEA. Así se decidió en el caso *Progressive Casualty -vs- Reaseguradora Nacional de Venezuela*. En otras ocasiones se ha decidido el asunto por la Convención más favorable.

Soy de la opinión que ante una situación similar a la expresada en el párrafo anterior, los tribunales panameños deben optar por aplicar la Convención de Panamá, siempre y cuando las partes en el pleito arbitral sean de países que la han adoptado, salvo que hagan uso del derecho de invocar la Convención de Nueva York.

5.7. El problema de la simple cláusula arbitral en nuestra legislación

Es muy común encontrarse contratos, hasta de mucha importancia y/o cuantía, en los que se ha insertado una cláusula arbitral escueta, como por ejemplo una así:

“Las partes convienen en someter a arbitraje todas las controversias que surjan entre ellas a propósito o por razón del cumplimiento, ejecución o interpretación del presente contrato”.

Una cláusula similar pondría múltiples problemas de ejecución a la luz de la legislación patria adoptada sobre arbitraje en 1999, por las razones que se verán de inmediato.

5.7.1. *El de los requisitos mínimos*

De conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley 5 de 1999²³, todo convenio arbitral debe contener dos requisitos mínimos, a saber: la designación o forma de designación de los árbitros y las reglas de procedimiento o la remisión a un cierto reglamento. Tal como está redactado el artículo yo lo entiendo en el sentido de que aquel convenio o cláusula arbitral que no cumpla con esos requisitos mínimos establecidos en la Ley, es nulo, inexistente o, por lo menos, ineficaz. De manera que a la luz de dicha norma, la cláusula transcrita no tendría valor ni efectos legales, por el mero y simple hecho de que no cumple con requisitos de la ley, elevados a la categoría de esenciales y no de simplemente accidentales. Y es que, naturalmente, el redactor del DL 5/99 estableció esos requisitos como mínimos, por el prurito de apartarse del proyecto de Ley Modelo de las Naciones Unidas y quitarle a los tribunales de justicia toda ingerencia para hacer valer aquellas cláusulas arbitrales denominadas “simples” o “escuetas”.

5.7.2. *El de la autoridad de designación*

Definida esta institución en el artículo 10 como “la institución de arbitraje debidamente autorizada que es designada por las partes (...)”, obligada a cumplir con lo que establece el Decreto en lo atinente al nombramiento de los árbitros, en circunstancias en que tales instituciones de arbitraje deben ser objeto de autorización por el Ministerio de Gobierno y Justicia de Panamá tal como lo señala el artículo 4, llego a la conclusión de que, habida consideración de que no hay fijada en la cláusula transcrita arriba una autoridad de designación y no teniendo los jueces ni los tribunales de la República facultad alguna conferida por la ley para llenar los vacíos u omisiones de las partes u obligar a éstas a que lo hagan, la cláusula quedará sin efectos, independientemente de

²³ Artículo 10. El convenio arbitral contendrá los siguientes requisitos mínimos: La designación o forma de designación de los árbitros.

Las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido. Las partes podrán confiar a un tercero la designación de los árbitros o incorporar la fórmula de convenio adoptada por una institución de arbitraje o, en su defecto, nombrar o establecer una autoridad de designación.

La autoridad de designación es la institución de arbitraje debidamente autorizada que es designada por las partes la cual quedará obligada a cumplir con lo que se establece en este Decreto Ley, respecto del nombramiento de los árbitros para la debida constitución del tribunal arbitral o para establecer el procedimiento arbitral, en su caso.

Para el caso de que sean varias las autoridades de designación existentes en un momento dado, y si las partes nada han convenido acerca de cuál haya de ser la competente a estos efectos, será aquella en la que se haga la petición primero, por cualquiera de las partes.

En cualquier momento las partes podrán completar o aclarar el contenido del convenio mediante acuerdos complementarios.

que su validez estuviese fuera de toda discusión. Ello es que los incisos 2 y 3 del artículo 11, nos llevan de la mano a esa conclusión. Dichos incisos rezan así:

“El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral”.

“Los jueces y tribunales que conocieren de cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, se inhibirán del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en el presente Decreto Ley”.

Este es, a juicio mío, uno de los errores más graves de la ley arbitral panameña, puesto que deja en el vacío y sin posibilidad de darle cumplimiento, a pactos o convenios arbitrales similares al citado antes, contenidos en contrataciones tanto domésticas como internacionales. Y ante pactos arbitrales como ese, queda también el país imposibilitado de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente, derivadas de la Convención de Nueva York o la de Panamá.

5.8. Que existan el convenio o la cláusula y que no sean nulos, inoperantes, ineficaces (con vicios legales) o inaplicables (que cesó en sus efectos)

Desde otra vertiente distinta a la del epígrafe anterior, para que se pueda invocar la Convención se requiere, de manera esencial, de la existencia de un convenio o una cláusula arbitral y, luego, que no adolezcan de vicios que resulten en su nulidad, como por ejemplo, por haber intervenido un incapaz (menor de edad, enajenado o quebrado), por estar viciado el consentimiento por error, violencia o dolo, por carecer de objeto o de causa, o ser ilícitos éstos²⁴.

También la cláusula o el convenio deben estar vigentes, esto es, no haber sido declarados resueltos por decisión de un tribunal o por voluntad de las partes, no haber pasado el plazo de su vigencia, etc.

6. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

Los laudos arbitrales dictados en el extranjero o dentro de las fronteras patrias, pero con características tales que hacen de ellos laudos internacionales (Numeral 1, artículo I de la Convención y artículo 40 del DL 5/99), pueden ser

²⁴ Artículo 1112 del Código Civil panameño: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

Consentimiento de los contratantes;
Objeto cierto que sea materia del contrato;
Causa de la obligación que se establezca.

objeto de protección al amparo de la Convención de Nueva York. Tal protección se desdobra en el reconocimiento o exequátur y en la ejecución.

El reconocimiento de los laudos es, de conformidad con la tesis de la Corte Suprema de Justicia de Panamá expuesta en el fallo del 20 de diciembre de 1995 en el caso Spector Shipping -vs- Krossfon, INC., la mera revisión del cumplimiento del debido proceso²⁵. Y es éste un paso esencial y necesario, es condición *sine qua non*, para que el laudo pueda pasar a la fase siguiente, que es la de ejecución. Dicho en otras palabras, si no se pasa en Panamá por el requisito del reconocimiento, tal como lo prevé el artículo 39 del DL 5/99, ningún juez de la República ordenará su ejecución.

6.1. Controles en la fase de reconocimiento

En la fase del reconocimiento el órgano jurisdiccional patrio lleva a cabo varios controles, a saber²⁶:

- 1.- Los formales, con la finalidad de verificar si los laudos cumplen con las formalidades externas para ser considerados auténticos en el Estado de donde proceden.
- 2.- Los procesales, para determinar la regularidad del proceso llevado a cabo - el debido proceso.
- 3.- Y, finalmente, los materiales, esto es, cuidar que no se vulnere el orden público, como por ejemplo, el de la inmunidad soberana.

7. SUSPENSIÓN DE UN LAUDO

La acción de suspensión de los laudos arbitrales no está reglamentada en nuestra ley de arbitraje. En la legislación patria está mencionada en la Convención de Nueva York, en la Convención de Panamá y en el literal e) del Inciso 1 del artículo 41²⁷ del Decreto Ley 5 de 1999, pero, en éste, sólo a propósito de los laudos extranjeros y de pasada. De lo expuesto se infiere que esa mención, casi casual, de la acción de suspensión de los laudos extranjeros, limita a tales laudos la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución, por lo que no concebimos que se pueda ejercer en contra de los laudos domésticos.

Quedando claro que la suspensión no está reglamentada en nuestra legislación, pienso que solamente mediante una acción ordinaria acompañada de

²⁵ Ver Supra 2.4.

²⁶ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Op. Cit., p. 4.

²⁷ Artículo 41. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, si ocurre alguna de las circunstancias siguientes:

e) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, conforme a su ley, haya sido dictado.

una medida conservatoria o de protección en general, prevista en el artículo 569 del Código Judicial, puede lograrse en Panamá la suspensión de un laudo internacional, dejando aclarado que tal medida está limitada a los laudos internacionales dictados dentro de procesos arbitrales ventilados en Panamá, pero no podría ser ejercida en contra de los laudos domésticos, así como tampoco parece viable la acción en contra de laudos internacionales dictados fuera de Panamá. Esta acción está limitada al sitio del foro, porque así lo expresa la norma de manera que no deja lugar a dudas (“(...) suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a su ley, haya sido dictado.”).

8. DEFINICIÓN DE “LAUDOS” Y REQUISITOS DE LOS LAUDOS

8.1. Definición de “laudos”

La lectura del artículo 1 del Decreto Ley 5 de 1999 parece conducir a la conclusión de que laudo es la sentencia final del tribunal arbitral. El contenido de los artículos 28 y 29 del mismo cuerpo legal conducen a la misma conclusión. Sin embargo, la doctrina moderna es más amplia, ya que considera laudo toda decisión de un tribunal arbitral, a pesar de que no se trate de la decisión final, toma de postura a la que se ha llegado con la finalidad de hacer posible el cumplimiento forzoso de decisiones provisionales, interlocutorias o parciales, con ayuda de los tribunales²⁸.

En Panamá, empero, la situación ha tomado un giro propio. Así, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sentó la doctrina jurisprudencial de que no puede entrar a conocer ni a forzar el cumplimiento de un Laudo Arbitral Final Parcial porque no resuelve el conflicto. Así lo dejó sentado en el caso *Chu Chang Construction co. Limited -vs- Tamase Technical Maritime Services, S.A.*, en su decisión del 10 de mayo de 2000, citada posteriormente el 30 de junio de 2000. La Corte dijo, textualmente, que:

“La Sala de Negocios Generales se manifestó en torno a esta petición mediante resolución del 10 de mayo de 2000 ordenando la corrección de la demanda toda vez que no

²⁸ GAMBOA, Nicolás, “Asistencia judicial en tribunales arbitrales”. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama>. Esta reflexión, a su turno, se confirma desde nuestra óptica con la posibilidad, claramente estipulada en los Reglamentos CCI y UNCITRAL, por ejemplo, de que el decreto sobre medidas cautelares provisionales expedido por un tribunal arbitral revista la forma de un “Laudo”, para el caso del Reglamento CCI, con lo cual habría de acudir a la definición que del término trae la Sección 2 (iii) del mismo, o de un “laudo provisional”, según lo dispone la Sección 26 (2) del Reglamento UNCITRAL, con todo lo cual, obviamente, se persigue encajar la medida dentro de la Convención de Nueva York y, con ello, dar margen para asegurar su ejecución y cumplimiento.”

puede conocer del Laudo Arbitral Final Parcial de 1 de febrero de 1999 que no resuelve el conflicto (...)".

La "camisa de fuerza" la constituye el texto del artículo 1419 del Código Judicial de la República de Panamá, que limita a solamente las "sentencias", la asistencia de los tribunales panameños para su reconocimiento y ejecución, incluyendo entre tales a los fallos arbitrales extranjeros.

8.2. Requisitos de los laudos

El Decreto Ley 5 de 1999 dispone en su artículo 29²⁹ que los laudos deben llenar ciertos requisitos, considerados como mínimos. Esta disposición nos recuerda la atinente a los requisitos mínimos que deben contener los convenios arbitrales. Eso nos lleva a preguntarnos en esta oportunidad, ¿cuál es la consecuencia de que un laudo no llene dichos requisitos mínimos?, ¿es inexistente, nulo o ineficaz? Y si el laudo proviene del extranjero y no llena dichos requisitos mínimos: ¿es laudo a la luz de la legislación arbitral panameña o no?

9. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Dos de los temas más polémicos, por lo imprecisos, en la doctrina jurídica mundial, son los referentes a la determinación de lo que son orden público local y orden público internacional. Y lo que sucede es que no hay una definición de ambas instituciones. Ni la doctrina científica ni las legislaciones se han puesto de acuerdo. Me viene a la mente lo que se nos dijo sobre el tema cuando estudiábamos derecho: el orden público es algo que se siente más que se define. La frasecita provocó chistes de variado tipo. Lo cierto es que como no hay una definición, para precisar lo que es orden público se acude muchas veces a la casuística y, en otras, a la noción de que son de orden público aquellas normas que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes, esto es, que son de carácter imperativo. Esta última es la fórmula a la que acudieron los redactores del Decreto Ley 5 de 1999 al precisar en la parte final del numeral 1 del artículo 2, que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que surjan de materias "(...) reguladas por normas imperati-

²⁹ "Artículo 29. El laudo contendrá, como mínimo, la identificación de las partes y de los árbitros y de la controversia; el reconocimiento y alcance de la competencia del tribunal arbitral; el lugar y demás circunstancias del arbitraje y una relación sistematizada de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión o fallo adoptada por el tribunal." (La subraya es mía).

"Los árbitros decidirán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán todos los gastos en que se ha incurrido y su imputación a las partes en la forma que consideren conveniente, si el acuerdo de las partes o el reglamento aplicable no lo previene de forma diferente".

"En el arbitraje de Derecho los laudos serán motivados".

vas de Derecho”³⁰. En lo personal y a pesar de tener formación deductiva, en este particular prefiero acudir a la casuística y precisar las materias que son parte del orden público, ya que hay materias que se sabe que son de orden público. Ejemplos: monopolio, controles monetarios, protección ambiental, fijación de precios, boicot, protección al consumidor, soborno a funcionarios, tutela, quiebra, imparcialidad, discriminación, esclavitud, tráfico de drogas y lavado de dinero, terrorismo, contrabando, evasión fiscal, pedofilia, piratería, genocidio, fraude, corrupción, desigualdad, violación del debido proceso.

Ahora bien, en materia internacional y para efectos de la Convención, el Orden Público Internacional ha sido interpretado en forma estrecha, esto es, “que se violen las nociones básicas de moralidad y justicia”. (Comentario más citado en la jurisprudencia arbitral, del Juez Joseph Smith, en el caso *Parsons & Whitmore*, Tribunal de Apelaciones, 1974).

Lo cierto es que nuestra ley arbitral hace referencia en varias oportunidades al orden público internacional e incluso utiliza la frase “orden público internacional de Panamá”. Esto significa que serán los jueces panameños quienes a la postre decidirán qué materias son o no de orden público internacional, para efectos de la Convención de Nueva York, puesto que es noción pacífica que el orden público varía de país a país y de época en época, dependiendo de las nociones sociales de justicia, moralidad, derechos de los individuos, etc. En la Enciclopedia Jurídica encontramos las nociones básicas que diferencian entre el orden público nacional y el orden público internacional³¹.

Sobre este punto es de importancia cardinal estudiar el “Informe Final de la ILA acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales”, redactado por Pierre Mayer y Audley Sheppard, presentado en la Septuagésima Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional celebrada en Nueva Delhi en abril de 2002.

Me atrevo a afirmar que casi no hay convención internacional que no permita que los tribunales nieguen la ejecución de laudos o de sentencias

³⁰ Ver *Supra* 2.2.

³¹ Véase Enciclopedia Jurídica, en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden>. “No basta que la ley extranjera sea distinta, o incluso opuesta, a otra ley del foro. Para que pueda excluirse la aplicación de la ley extranjera deben verse afectados los principios del ordenamiento jurídico del foro que pueden considerarse básicos –ejes centrales de la reglamentación –e irrenunciables– porque reflejan valores esenciales de la sociedad (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ). El orden público interviene para salvaguardar principios de justicia de una importancia vital para el Estado del foro. Es un concepto más restringido que el del Orden Público interno –formado por el conjunto de normas imperativas del ordenamiento, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse la autonomía de la voluntad–, pues comprende únicamente aquel sector del Derecho imperativo del foro que resulta absolutamente irrenunciable, incluso en presencia de relaciones jurídicas que integran un elemento extranjero.”

extranjeras si violan el orden público, destacándose el hecho de que no hay un tratado internacional que defina lo que es orden público internacional, que ILA denomina “transnacional”. Así, pues, la definición queda al arbitrio de los tribunales de ejecución y de la legislación doméstica.

9.1. Algunas conclusiones del Informe Final de la ILA

Me permitiré citar algunas de las conclusiones del Informe Final de la ILA:

- 1.- En el campo del derecho internacional privado se le atribuye el sentido siguiente: “normas de orden público de un Estado que en caso de violarse impedirían a una parte invocar una ley extranjera o una sentencia extranjera o un laudo extranjero”. Se deduce, agrego yo, que tiene entonces un alcance más limitado que el orden público nacional.
- 2.- La postura de los representantes ante el Comité del ILA de los países en desarrollo difiere de aquella de los miembros de la mayoría. Los primeros piensan que “los tribunales nacionales deberían estar facultados para proteger a sus Estados de laudos que no respeten las normas del derecho y/o sean perjudicados, y no debería haber ningún intento por restringir el alcance del orden público.”
- 3.- El orden público internacional aplicable es el del Estado en donde se pide la ejecución. Así, el orden público varía de país a país.
- 4.- El orden público es el aspecto sobre el cual hay mayores discrepancias; no obstante, la denegación de ejecución por razón de orden público, rara vez ha tenido éxito en los tribunales nacionales.
- 5.- La parte del laudo que no viole el orden público internacional podrá ser reconocida o ejecutada.
- 6.- El tribunal que verifique la conformidad del laudo con principios fundamentales, debe hacerlo dentro del contexto de su propio sistema jurídico y no el de la ley del contrato, lugar de ejecución o ley del foro.
- 7.- El tribunal debe tomar en cuenta la naturaleza internacional del caso y si hay o no consenso en la comunidad internacional en cuanto al principio del orden público que se considera violado. Si hay consenso puede hablarse de orden público transnacional.
- 8.- Si una parte no alega ante el tribunal arbitral el principio de orden público internacional que considera violentado, no podrá hacerlo luego para objetar el reconocimiento o ejecución del laudo.
- 9.- Una norma meramente imperativa de la legislación del Estado ante el cual se pide el reconocimiento no necesariamente forma parte del orden público internacional.

10. LAUDOS EXTRANJEROS, FORÁNEOS O INTERNACIONALES

En el caso *Jamaica Commodity Trading Company Limited -vs- Connell Rice & Sugar Company, INC. y L & L Marine Service, INC.*, la Corte del Distrito de New York dijo, el 3 de julio de 1991, con motivo de la petición formulada por los demandados para vacar el fallo: la Convención se aplica al reconocimiento y ejecución de laudos foráneos, pero no define qué es un laudo foráneo. Sigue diciendo la Corte que en ese Circuito un laudo es foráneo y sujeto a la Convención si ha sido dictado dentro del marco legal de otro país, p.ej., pronunciado de conformidad con la legislación extranjera o donde estén envueltas partes domiciliadas o que tengan su lugar principal de negocios fuera de la jurisdicción en la que se pide la ejecución. Esa es la doctrina jurisprudencial sentada en el caso *Bergsen v. Joseph Muller Corp*³².

El Informe de ILA prefiere llamarlos laudos arbitrales internacionales, en vez de laudos extranjeros (arbitrales internacionales aún cuando se dicten en la misma jurisdicción del tribunal de ejecución -y sean ejecutables conforme a la legislación nacional o se dicten en el exterior- y sean ejecutables conforme a la Convención de Nueva York).

11. PLAZO PARA PEDIR EJECUCIÓN Y PARA PEDIR VACANCIA

En Panamá no hay, en la Ley de arbitraje, normas sobre el particular. Tampoco las hay en la Convención, de manera que por fuerza hay que acudir a las normas generales sobre prescripción y caducidad. En E.E.U.U. el plazo para pedir suspensión o anulación de laudos dictados de acuerdo con la *Federal Arbitration Act* es de tres meses (*Federal Arbitration Act* 9 U.S.C. & 12) y un año para pedir su ejecución (id.). El plazo de tres meses es fatal y no puede pedirse vacancia del laudo luego de pasado el plazo, como defensa dentro del proceso en el que se pide la ejecución. Ahora bien, la *Federal Arbitration Act* contiene normas sobre la implementación de la Convención. De conformidad con éstas, el plazo para pedir la ejecución de un laudo extranjero protegido por la Convención es de tres años y dentro de ese plazo puede pedirse la suspensión o la anulación del fallo. En Suiza el plazo es de diez (10) años.

Debido al hecho de que ni el DL 5/99 ni otras leyes panameñas contienen normas que fijen el plazo dentro del cual se puede pedir la ejecución de un laudo, sea este doméstico, foráneo o comercial internacional, nos vemos precisados a acudir a las normas generales sobre prescripción. Y la única norma que se refiere al tema es el artículo 1709 del Código Civil, que a la letra dice:

³² Citado por BISHOP, Doak y MARTIN, Elaine, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards*.

“El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó ejecutoriada.”

Como es fácil apreciar, de la redacción de la norma se deduce que el plazo de prescripción de las sentencias o de los laudos arbitrales va indisolublemente ligado al de las obligaciones reconocidas en la decisión, de manera que la prescripción de los laudos dependerá de las materias discutidas en los pleitos arbitrales, en cuyo caso, el plazo para pedir su ejecución es igual al plazo de la prescripción de las obligaciones reconocidas en ellos. Si otra hubiera querido ser la solución del codificador panameño, hubiera simplemente dispuesto un cierto plazo para la prescripción de las sentencias, tal como lo hizo con otras obligaciones.

En lo tocante a la vacancia de laudos, hay que tener presente lo dicho antes, en el sentido de que Panamá no tiene normas específicas, en ninguna de sus leyes, sobre vacancia o suspensión de laudos arbitrales. Ahora bien, siendo que la vacancia es un instituto distinto a la anulación y de que no hay causales previstas para la vacancia, llego a la conclusión de que los laudos dictados dentro de Panamá, en arbitrajes comerciales internacionales solamente podrían ser suspendidos por vía indirecta, mediante el recurso previsto en el artículo 569 del Código Judicial (ver *Supra* 7).

12. LA CARGA DE PROBAR LA NULIDAD

La carga de la prueba de la nulidad recae sobre la parte que la pide, salvo que se trate de alguna causal del numeral 2 del artículo V, puesto que éstas son aplicables de oficio.

13. EL PAPEL DEL TRIBUNAL AL QUE SE LE PIDE NULIDAD.

El informe ILA contiene recomendaciones sobre cuál debe ser el papel del tribunal al que se le pide la nulidad, agregando que tal nulidad sólo debe ser declarada bajo circunstancias excepcionales. Ello es que el tribunal tiene que hacer un ejercicio permanente de equilibrio entre el carácter definitivo del laudo y la justicia; la ejecución puede ser denegada, no está obligado el tribunal a denegar la ejecución. En el Auto del 20 de diciembre de 1995, la Sala de Negocios Generales dijo, en el caso *Spector Shipping, S.A. –vs– Krossfonn, INC.*, que “(...) la función del Tribunal que examina si los laudos arbitrales pueden o no ser ejecutados en la República de Panamá, es meramente revisión del cumplimiento del debido proceso (...)”. Y en la resolución del 25 de septiembre de 2001 se dijo:

“La Sala Cuarta de Negocios Generales ha manifestado que no puede avocarse al examen del proceso arbitral, como Tribunal de Segunda Instancia, pues sería improcedente, puesto

que su función es la de limitarse a examinar el laudo arbitral en concordancia con las causales que expresamente establece la ley”.

La cita anterior fue hecha con motivo del fallo pronunciado dentro del recurso de anulación del laudo arbitral Curacao Eximport Enterprises, co., N.V. -vs- Banco Disa, S.A.

14. EL PRINCIPIO DE LA INMUNIDAD SOBERANA

Ya para terminar hago una brevísima reflexión en torno al tema de la inmunidad soberana, diciendo que si un Estado pacta un arbitraje, esto es, da su consentimiento para que éste se lleve a cabo, ello implica una tácita renuncia a la inmunidad soberana. No obstante, en la fase de exequátur y en la de ejecución puede acudir como defensa al principio de la inmunidad soberana, si se pretende embargar bienes que están dentro del ámbito de su actividad gubernamental (embajadas, armas del ejército, banco central) o del patrimonio cultural.

15. CONCLUSIONES

No hay leyes perfectas, aún las mejores, son perfectibles; por ello, la legislación panameña sobre arbitraje pide a gritos una revisión a fondo, con la finalidad de erradicarle las patologías tanto jurídicas como gramaticales de las que adolece, algunas de las cuales he expuesto en este modesto trabajo en homenaje a los doctores BERNARDO CREMADES e YVES DERAIS. Creo que mis preocupaciones, repetidas en varios foros verificados dentro de la República de Panamá, han penetrado y despertado, en algunos, preocupaciones similares a las mías. Solamente queda esperar, para beneficio de la salud jurídica del país, que los estudios científicos relacionados con el arbitraje se amplíen y profundicen en las universidades del país y que tal esfuerzo docente llegue a todos los abogados, en general y a los funcionarios judiciales de todos los niveles, en particular, con la mira de que no se cometan los dislates jurídicos que se han cometido en fallos que son causa de sonrojo. Urge, por tanto, llevar a cabo reformas a la legislación panameña sobre arbitraje.

El Convenio Arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (*)

A D. BERNARDO CREMADES y D. YVES DERAINS,
ilustres árbitros y mejores amigos,
con admiración y respeto intelectual.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Adiós a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. 3. El convenio arbitral: contrato suficiente para arbitrar. 4. El convenio arbitral es un contrato y, por lo tanto, crea obligaciones para las partes. 5. El consentimiento como requisito de validez y existencia del convenio arbitral. 6. Capacidad jurídica de las partes para celebrar convenios arbitrales (arbitrabilidad subjetiva). 7. Contenido del convenio arbitral (arbitrabilidad objetiva). 7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias. 7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir. 7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 8. Formalidad del convenio arbitral: "debe constar por escrito", pero no se sanciona con nulidad su inobservancia. 9. Principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. 10. El convenio arbitral incorporado como una cláusula del contrato. 11. El convenio arbitral celebrado en documento separado del contrato. 12. Otros supuestos de convenios arbitrales que la Ley considera como "escritos". 12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico). 12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad. 12.3. Convenio arbitral por referencia. 13. Convenio arbitral en el arbitraje internacional. 14. Efectos del convenio arbitral. 14.1. Efecto positivo del convenio arbitral. 14.2. Efecto negativo del convenio arbitral. 15. Modificación o extinción del convenio arbitral. Relación entre el convenio arbitral y el "acta de instalación" en el arbitraje doméstico peruano (acta de misión en los arbitrajes CCI). 16. Interpretación del convenio arbitral. Reglas de la teoría general del contrato que se aplican a los convenios arbitrales. 16.1. Reglas generales para la interpretación de los contratos. 16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada. 16.1.2. El

(*) Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y del Club Español del Arbitraje. Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje y Director del Anuario Latinoamericano de Arbitraje.

principio de la buena fe en la interpretación de los contratos. 16.1.3. Interpretación sistemática. 16.1.4. Interpretación finalista. 16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar. 17. Convenios arbitrales defectuosos o patológicos. 18. Importancia de la aplicación del principio de conservación del contrato (favor negotii) a los convenios arbitrales.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 de la Ley peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) establece lo siguiente:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral 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 de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. 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 peruano”.

Sin duda, este artículo constituye una de las más importantes normas de nuestra Ley de Arbitraje (en adelante, la Ley). Así, la Exposición de Motivos de la Ley confirma esta afirmación al señalar que los “artículos 13 y 14, son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006.

Estamos convencidos de que estas nuevas disposiciones permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito, es contraria a las prácticas y usos del comercio”¹.

Antes de comentar las disposiciones que contiene el artículo 13 de la Ley, es necesario precisar algunos conceptos para una adecuada comprensión y una correcta aplicación de la figura del *Convenio Arbitral*, tanto en arbitrajes domésticos como internacionales.

2. ADIÓS A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y AL COMPROMISO ARBITRAL

Uno de los aportes más significativos y de mayor trascendencia de la legislación arbitral peruana (las leyes arbitrales derogadas y la Ley), ha sido la eliminación de la exigencia de suscribir dos contratos para activar la vía arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Recordemos que bajo la antigua legislación aplicable al arbitraje se requería que las partes, antes de producirse el conflicto, hubiesen pactado un acuerdo arbitral denominado “cláusula compromisoria” (que implicaba la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje) y luego, una vez producida la controversia, las partes en conflicto debían forzosamente otorgar un nuevo acuerdo llamado “compromiso arbitral”, mediante el cual expresaban su intención de someter la controversia existente al fuero arbitral y además, determinaban las reglas que eventualmente regirían dicho proceso, como por ejemplo, la forma de composición del tribunal arbitral, la sede del arbitraje, las actuaciones pendientes de realización, etc.

Las derogadas figuras de la “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”, se encontraban reguladas en el Código Civil peruano de 1984². Respecto de la “cláusula compromisoria”, el derogado artículo 1906 del Código Civil señalaba que “las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje (...)”.

¹ Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje.

² Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, promulgado el 24 de julio de 1984.

A partir de esta definición legal, la doctrina nacional determinó las principales características y efectos que generaba la suscripción de una cláusula compromisoria:

Era un pacto por el cual las partes acordaban sustraerse de la intervención del Poder Judicial.

En este pacto no se fijaban los extremos de la controversia (por cuanto en ese momento todavía no existía conflicto alguno), sólo se identificaba de manera precisa la relación jurídica respecto de la cual, los futuros e inciertos conflictos serían resueltos por la vía arbitral.

La suscripción de esta cláusula obligaba a las partes a que, llegado el momento en el que surgía una controversia, se debía realizar un nuevo contrato denominado compromiso arbitral³.

El “compromiso arbitral” estuvo regulado en el artículo 1909 del Código Civil peruano de la siguiente manera: “Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por un tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”. De esta definición legal se identificaron las siguientes características y efectos:

Este acuerdo debía celebrarse necesariamente una vez que haya surgido un conflicto entre las partes. Por ello, la ley exigía que se precisen los términos exactos de la controversia.

Sólo con la suscripción del compromiso arbitral las partes podían acudir a arbitrar sus controversias⁴.

Ante la exigencia de suscribir dos contratos para arbitrar, muchos se han preguntado *¿cuál era el sentido de exigir dos contratos?* Fernando CANTURIAS señala que la razón para mantener ambas figuras radicaba básicamente en que, “si bien la materia controvertida está debidamente determinada en su máxima expresión, cuando se suscribe una cláusula compromisoria, los árbitros no pueden operar sin una definición previa de los términos de la controversia por las partes”⁵.

En efecto, “cuando se suscribe una cláusula compromisoria las partes no suelen nombrar a los árbitros”⁶, y “si se permitía a las partes acudir al arbitraje existiendo una simple cláusula compromisoria, el arbitraje se convertiría en

³ CANTURIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 203.

⁴ *Ibíd.*; pp. 203-204.

⁵ *Ibíd.*; p. 214.

⁶ *Ibíd.*; p. 214.

un procedimiento similar al que se sigue ante el Poder Judicial, en el que una parte demanda y la otra contesta y reconviene (procedimiento antagónico), mientras que exigiéndose la celebración del compromiso arbitral, las partes llegarían al arbitraje en una situación más de cooperación”⁷.

De este modo, el legislador peruano consideró que la cláusula compromisoria no era suficiente para someter a arbitraje la controversia surgida, por cuanto esta sólo configuraba una suerte de marco general, necesiéndose perfilar la controversia; es así que se requería además la celebración de un nuevo contrato: “el compromiso arbitral”. También se ha dicho que como la cláusula compromisoria no contenía la determinación de la controversia, “no se podía saber si la planteada en un litigio sería o no, la misma que luego se especificaría en el contrato de compromiso, y esta circunstancia podía motivar que, al poderse oponer la excepción de incompetencia, se concedía la posibilidad de una renuncia general a la jurisdicción ordinaria”⁸.

La realidad -como es de una ostensible obviedad- no tardó en demostrar lo ineficiente y absurdo de la exigencia de dos contratos para arbitrar. Ciertamente, cuando surge una controversia entre las partes, ellas se encuentran en el peor momento de sus relaciones, por lo que es complicado -por no decir imposible- suscribir cualquier acuerdo o contrato, menos aún para iniciar un arbitraje. Dicha situación aparentemente favorecía a la parte que se encontraba en falta, pues era altamente probable, que su actitud fuese la de obstaculizar la suscripción del compromiso arbitral, lo que generaba que la parte afectada tenga que acudir al Poder Judicial para exigir el otorgamiento del compromiso arbitral.

Sobre las dificultades generadas por la existencia y exigencia de ambas figuras para arbitrar, Fernando DE TRAZEGNIES ha manifestado lo siguiente: “(...) como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral -contratar el arbitraje-, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, (...). No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia (...) hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje (...). De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario”⁹.

⁷ *Ibíd.*; p. 215.

⁸ OGÁYAR Y AYLLÓN citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. “Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Lima: OKURA Editores S.A., 1985, p. 674.

⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. “Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral”. En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y*

Adicionalmente a las dificultades señaladas podemos agregar que si las partes buscaban, con la suscripción de la cláusula compromisoria, someter sus controversias a arbitraje y con ello excluir a la jurisdicción ordinaria, bastaba que una de las partes se negase a celebrar el compromiso arbitral, para que la otra parte tenga que acudir necesariamente al Poder Judicial para obligarla a celebrar dicho compromiso, con lo cual, el primer pacto (cláusula compromisoria) resultaba insuficiente y hasta lírico. Ello, dado que “cualquier proceso judicial de otorgamiento de compromiso arbitral tomaba no menos de tres años en el mejor de los casos, tiempo dentro del cual no podía iniciarse proceso arbitral alguno para conocer el fondo de la controversia”¹⁰.

Lo señalado implicaba, por un lado, que la parte que incumplía ganara tiempo y cumpliera su objetivo de evitar el proceso arbitral y, por otro lado, el ordenamiento jurídico generaba que las controversias terminaran en manos del Poder Judicial, jurisdicción a la que habían renunciado originalmente. Un auténtico despropósito jurídico.

En consecuencia, la exigencia de dos contratos para arbitrar (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), fue un obstáculo para el desarrollo del arbitraje, a tal punto que las estadísticas de los centros de arbitraje eran casi nulas y los juristas de la época no tenían en su haber más allá de uno o, en el mejor de los casos, unos pocos procesos arbitrales.

Hoy día, con la figura del convenio arbitral, como único contrato para arbitrar, se han superado las complicaciones que generó el procedimiento antes descrito. La Ley (siguiendo la línea de sus leyes arbitrales predecesoras¹¹ y la Ley Modelo de UNCITRAL) considera que el convenio arbitral es un acto jurídico suficiente para arbitrar y, por lo tanto, no se requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral¹² para iniciar el arbitraje. En esta medida, el convenio arbitral constituye “la pieza maestra de la institución arbitral”¹³.

Español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, p. 549.

¹⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 208.

¹¹ La Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25935, primera Ley General de Arbitraje (promulgada el 7 de noviembre de 1992), derogó el Título XI del Código Civil, que hacía referencia a la Cláusula Compromisoria y al Compromiso Arbitral. Por su parte, el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (segunda Ley de arbitraje), dispuso que: “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. 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”.

¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVAN° “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 7. Lima: Magna Ediciones, 2008. p. 57.

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid:

En conclusión, en el lenguaje jurídico y en la legislación arbitral peruana ya no se utilizan las nomenclaturas de cláusula compromisoria ni compromiso arbitral, sino únicamente la de “convenio arbitral” o “acuerdo arbitral”¹⁴. Conviene precisar que en caso se utilicen contractual o legislativamente dichos términos (cláusula compromisoria, compromiso arbitral), de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley¹⁵, éstos deberán entenderse e interpretarse como si se tratará de convenios arbitrales.

3. EL CONVENIO ARBITRAL: CONTRATO SUFICIENTE PARA ARBITRAR

El artículo 13.1 de la Ley define al convenio arbitral como el “acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar. Como señala Eduardo SILVA ROMERO, “es menester subrayar una vez más, *in limine*, que el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato”¹⁶. En la misma línea, FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala que “el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje (...)”¹⁷.

Es importante destacar la autosuficiencia del convenio arbitral para arbitrar y la naturaleza contractual del mismo. En tal sentido, para que exista un convenio arbitral válido se requiere el consentimiento libre y voluntario de las partes al momento de pactarlo, por que *sin convenio arbitral no habrá arbitraje*.

Editorial Iustel, 2008, p. 611.

¹⁴ Ver en esta obra el Comentario del autor a la Tercera Disposición Complementaria de la Ley.

¹⁵ Tercera. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo.

¹⁶ SILVA ROMERO, Eduardo. “Introducción. El arbitraje examinado a la luz de las obligaciones”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. xv.

¹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, 2004, p. 56.

4. EL CONVENIO ARBITRAL ES UN CONTRATO Y, POR LO TANTO, CREA OBLIGACIONES PARA LAS PARTES

Como el convenio arbitral es un contrato, se le aplican *mutatis mutandi* los principios contractuales de: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato), (ii) el *pacta sunt servanda* (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes) y (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros).

En consecuencia, el convenio arbitral será obligatorio sólo para las partes que han expresado su consentimiento (expreso o tácito) de someter sus controversias al fuero arbitral.

Una vez celebrado un convenio arbitral, las partes contratantes están obligadas a:

Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer).

Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer).

No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias, pues al celebrar el convenio arbitral han renunciado a la competencia del Poder Judicial (obligación de no hacer).

5. EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Para que un convenio arbitral sea válido, las partes deben declarar su voluntad, vale decir, expresar su consentimiento de someter a arbitraje alguna o todas las controversias, presentes o futuras, que se susciten entre ellas. Ello se desprende de la lectura del artículo 13.1 de la LA, cuando dispone que el convenio arbitral “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 de otra naturaleza”. (Énfasis agregado).

Del texto de la citada norma se advierte que es necesario el consentimiento de las partes para arbitrar. Sobre el consentimiento, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE ha señalado que “siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad son el fondo y la forma de un mismo fenómeno. La primera manera (...) es dándole el carácter de coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*), cuyo significado es sentir lo mismo. La otra manera es considerándolo como

la conformidad de la oferta con la aceptación”¹⁸. En este sentido, “los contratantes tienen que expresar o manifestar esta voluntad, pues es a través de su expresión o manifestación como la voluntad interna puede resultar conocida”¹⁹.

Cabe precisar que el consentimiento, por regla general, debe ser expreso, dado que el silencio no constituye declaración de voluntad válida según lo prescrito en el artículo 142 del Código Civil peruano (en adelante CC), salvo que así lo señale la ley o el convenio de las partes. Tal previsión legal es perfectamente comprensible, por cuanto, si se va a modificar una relación jurídica es menester que la voluntad requerida para ello deba ser al menos inferida de modo razonable y, en general (salvo las excepciones de ley), el silencio no califica para tal fin.

El consentimiento también puede ser asociado al consenso de intereses o voluntades. Al respecto, Francesco MESSINEO señala que “el consenso es un fenómeno complejo, puesto que resulta, no sólo del concurso de voluntades, sino –en cierto sentido– de su combinación”²⁰.

En consecuencia, el consentimiento es “la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común. Esas declaraciones coincidentes de voluntad importan el consentimiento contractual”²¹.

Refiriéndose a la importancia del consentimiento para celebrar un convenio arbitral, la Ley de Arbitraje de España de 2003²², en su artículo 9º, dispone que: “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”. (Énfasis agregado). Bernardo CREMADES, comentando la citada norma española, ha manifestado que “si el convenio es un verdadero contrato, requiere, (...) consentimiento y objeto cierto que sea

¹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2da. ed., 2001, p. 98.

¹⁹ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, ed. 5ª, 1996, p. 148.

²⁰ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 437.

²¹ SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 235.

²² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de abril de 2010.

materia arbitral”²³. Asimismo, agrega que el consentimiento “se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato de arbitraje”²⁴.

Siguiendo lo expresado por CREMADES podemos afirmar que la Ley de Arbitraje de España ha establecido como requisito fundamental que las partes expresen únicamente su voluntad (consentimiento) de someterse a arbitraje, dejando de lado con ello la expresión “inequívoca” que contenía la antigua Ley de Arbitraje de España de 1988 que originó algunos problemas en su aplicación. En opinión de Luis Díez-PICAZO, “en el artículo 5 de la Ley de 1988²⁵ [Ley derogada], la voluntad aludida debía ser inequívoca, adjetivo que con buen acuerdo suprime el legislador actual. Aunque nunca se interpretó así, finalmente ha dominado el sentido común. Requerir que la expresión de la voluntad sea inequívoca significa excluir cualquier posible interpretación de la voluntad y privar de carácter arbitral a los convenios que no resulten inequívocamente expresados, lo cual es absurdo”²⁶.

Consideramos también que es suficiente que la ley establezca el requisito del *consentimiento*, el mismo que, como es natural, debe ser expresado de conformidad con lo previsto por el ordenamiento jurídico, pues así se apreciará el caso concreto a la luz de sus propias características y peculiaridades; en cambio, imponer un estándar como el de “inequívoco” -u otro similar- implica alejar tanto la posibilidad de interpretación que en realidad dota a la expresión de voluntad de un rigor formal excesivo y poco o nada útil.

La Ley peruana, al definir el convenio arbitral en el artículo 13, no utiliza la palabra “consentimiento”, empero si encontramos dicho término en el artículo 14, referido a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. El artículo 14 de la Ley señala que: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo **consentimiento** de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes

²³ CREMADES, Bernardo M. “Del Convenio Arbitral y sus efectos”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 280.

²⁴ *Ibid.*; p. 281.

²⁵ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 293, de 7-12-1988, derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109). Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>. Consulta: 3 de abril de 2010

²⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 102.

pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”. (Énfasis agregado).

6. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES PARA CELEBRAR CONVENIOS ARBITRALES (ARBITRABILIDAD SUBJETIVA)

El convenio arbitral, como todo contrato, requiere para su validez de ciertos requisitos, entre ellos, la capacidad jurídica de las partes.

Al respecto, Eduardo SILVA ROMERO ha señalado que “[S]i el pacto arbitral es un contrato, las partes que lo concluyan deben, de conformidad con la teoría general del contrato y sus reglas, ser capaces de contratar”²⁷.

Del mismo modo, Fernando MANTILLA-SERRANO, refiriéndose a la expresión de voluntad de las partes como único requisito del convenio arbitral, indica que “este requisito, obviamente, presupone la capacidad de las partes de quienes presten su consentimiento (...)”²⁸.

Por su parte, Julio César RIVERA advierte que “todo aquel que goza de la capacidad de contratar tiene capacidad para otorgar un acuerdo arbitral, salvo previsión expresa en contrario de alguna legislación particular”²⁹.

En consecuencia, para celebrar un convenio arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles.

La capacidad de ejercicio es “la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona”³⁰. Dicho de otro modo, es “la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas”³¹.

Tratándose de personas naturales, éstas adquieren la capacidad de ejercicio a los 18 años de edad, tal como lo dispone el artículo 42 del CC, salvo las excepciones señaladas en los artículos 43 y 44 del mismo³².

²⁷ SILVA ROMERO, Eduardo. Op. Cit., p. XIX.

²⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Editora Iustel, 2005, p. 79.

²⁹ RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 113.

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Lima: Librería Studium Editores, 1986, p. 102.

³¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 3ra. edición. Lima: Editorial Huallaga, 2001, p. 322.

³² Artículo 43.- *Son absolutamente incapaces:*

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de ma-

En el caso de personas jurídicas, las personas jurídicas de derecho privado (sujetas a la Ley General de Sociedades y otras normas especiales) deben estar inscritas en el Registro correspondiente para poder contar con personería jurídica, conforme lo señala el artículo 6³³ de la Ley General de Sociedades. Además, deben contar con representantes legales debidamente facultados, los que celebrarán el convenio arbitral en representación de las personas jurídicas. Bajo estas premisas, el artículo 10 de la Ley señala que, salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su sólo nombramiento para celebrar convenios arbitrales y representarla en arbitrajes. Para que no haya duda de lo establecido en el artículo 10 de la Ley, la propia Ley en su Tercera Disposición Modificatoria ha modificado el artículo 188 de la Ley General de Sociedades de la siguiente forma:

“Artículo 188.- Atribuciones del gerente.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

(...).

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje” (énfasis agregado).

De esta forma, el gerente goza de las atribuciones para representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, así como en los términos que establece la Ley. Por lo tanto, “ya no se requiere de la facultad especial para que el órgano gerencial de la persona jurídica pueda celebrar el convenio arbitral”³⁴.

nera indubitabile.

Artículo 44°.- Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurrir en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

³³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2da. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 62.

³⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Op. Cit., p. 872.

7. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL (ARBITRABILIDAD OBJETIVA)

La Ley ha recogido un criterio de máxima amplitud de lo que puede ser arbitrable. El artículo 2 establece que “pueden someterse a arbitraje *las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*”. (énfasis agregado).

En cambio, todo lo relativo al orden público es inarbitrable *per se*. Como señala FERNÁNDEZ ROSAS, “es muy habitual, sobre todo en América Latina, vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido que, resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio”³⁵.

En el mundo del arbitraje, la expresión “arbitrabilidad objetiva” es utilizada para hacer referencia a aquellas controversias que pueden ser sometidas a arbitraje teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley aplicable, ya que las partes no podrán superponer su voluntad a aquello que la ley ha restringido del ámbito privado.

Cabe precisar que cuando se pacta que una controversia será resuelta en la vía arbitral, no se dispone del derecho sustantivo sino de un medio procesal, de un vehículo para su solución. Al respecto, Antonio HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2³⁶ de la Ley de Arbitraje de España de 2003, cuyo texto es similar al de nuestra Ley, sostiene que “las partes no disponen del Derecho sustantivo, o del Derecho subjetivo derivado del conjunto de normas, dispositivas o imperativas del ordenamiento jurídico, sino que disponen del cauce procesal para la dilucidación del derecho”³⁷.

³⁵ Artículo 2. *Materias objeto de arbitraje. (Ley de Arbitraje de España de 2003)*

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.*

³⁶ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio. “Materias objeto de arbitraje”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 151.

³⁷ El artículo 1 de la derogada Ley de Arbitraje de 1996 señalaba:

“Artículo 1.- *Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:*

1. *Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*
2. *Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*
3. *Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*
4. *Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.*

Nuestra Ley ha optado por la técnica legislativa de señalar genéricamente que serán materia de arbitraje, todas las controversias que sean materia de libre disposición de las partes y ha dejado de lado la técnica de enumerar los supuestos que no pueden ser materia de éste, como ocurría con la derogada Ley Arbitral de 1996³⁸.

Antonio HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que se ha seguido “el criterio de máxima generalidad y el mínimo contenido normativo, limitándose a establecer el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”³⁹. Por su parte, MERINO MERCHÁN sostiene que el legislador español de 2003 ha optado por “la presunción absoluta de disponibilidad arbitral”⁴⁰, con lo que se otorga la “máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje”⁴¹.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, (que como dijimos es similar al artículo 2 de la Ley) refiere que “el artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición (...). 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”⁴².

Si bien la Ley expresa que podrán arbitrarse las materias de libre disposición, debemos precisar que las materias de libre disposición están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, y generalmente son materia de transacción.

³⁸ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio. “Materias objeto de arbitraje”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 115.

³⁹ MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 275.

⁴⁰ *Ibid.*; p. 274.

⁴¹ Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, Ley 60/2003. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de Abril de 2010.

⁴² Artículos 77.8, 79 y 80 del Decreto Supremo N° 013-93-TCC - Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

Pero la Ley es mucho más amplia en materia de arbitrabilidad, pues señala que también se podrá someter a arbitraje las controversias que sean autorizadas por determinada ley, tratado o acuerdo vigente, con lo cual deja abierta la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes. En la actualidad, es posible el arbitraje en materia de telecomunicaciones⁴³, laboral⁴⁴, hidrocarburos⁴⁵, bolsa de productos⁴⁶, protección al consumidor⁴⁷, bolsa de valores⁴⁸, banca y seguros⁴⁹, contrataciones con el Estado⁵⁰, salud⁵¹, transporte⁵², societaria⁵³, propiedad informal⁵⁴, expropiaciones⁵⁵, aeronáutica civil⁵⁶, saneamiento⁵⁷, medio ambiente⁵⁸, etc.

Realizadas las precisiones en torno a la arbitrabilidad objetiva y las materias de libre disposición que pueden ser objeto de arbitraje, corresponde comentar los supuestos normativos contenidos en el artículo 13.1 de la Ley.

De la lectura del referido artículo encontramos los siguientes supuestos normativos:

Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias.

Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir.

Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

⁴³ Artículo 61, 64 del Decreto Ley N° 25593 - Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

⁴⁴ Artículos 67, 68 y 86 de la Ley N° 26221 - Ley Orgánica de Hidrocarburos.

⁴⁵ Artículo 18 de la Ley N° 26361 - Ley sobre la Bolsa de Productos.

⁴⁶ Artículo 137 y ss. de la Ley N° 29561 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁴⁷ Artículos 132, i); 146, e) del Decreto Legislativo N° 861 - Ley de Mercado de Valores / Resolución CONASEV N° 087-98-EF/94.10 - Reglamento de Solución de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima.

⁴⁸ Artículo 132.5 de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

⁴⁹ Artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.

⁵⁰ Artículo 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA - Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

⁵¹ Artículo 22 de la Ley N° 27181 - Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

⁵² Artículo 48 de la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades.

⁵³ Artículos 15, 16, 17 y 27 del Decreto Supremo N° 009-99-MTC - Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

⁵⁴ Artículos 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 de la Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones.

⁵⁵ Artículo 116 de la Ley N° 27261 - Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

⁵⁶ Artículo 42° del Decreto Supremo N° 017-2001-PCM - Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

⁵⁷ Artículos 151, 152, 153 y 154 de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.

⁵⁸ MERINO MERCHÁN, José y JOSÉ CHILLÓN MEDINA. Op. Cit., p. 270.

Analicemos cada uno de estos supuestos:

7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias

Cuando las partes pactan un convenio arbitral tienen la libertad contractual para decidir si someten “todas” las controversias derivadas o relacionadas con su contrato, o solamente “ciertas (algunas)” controversias.

En tal sentido, las partes podrían acordar que, por ejemplo, sólo serán materia de arbitraje las controversias relativas a la resolución del contrato. Así, si se presenta una controversia referida a la validez del contrato o a la nulidad del mismo, esta materia no podría ser resuelta en la vía arbitral, ya que las partes únicamente han acordado someter a arbitraje las controversias referidas a la resolución del contrato.

De otro lado, la controversia materia del arbitraje debe ser expresa y determinada o determinable. MERINO MERCHÁN afirma que “la necesidad de especificar las diferencias es decisiva para acotar el campo de actuación y decisión de los árbitros, ya que en otro caso, cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, el laudo podrá ser atacado a través de la acción de anulación”⁵⁹.

¿Es conveniente pactar que todas las controversias sean sometidas a arbitraje o solamente algunas? En nuestra opinión, todo dependerá de los intereses de las partes y de los consejos legales de sus asesores. En todo caso, si las partes deciden someter algunas controversias a la competencia de un tribunal arbitral, deben tener presente que las controversias casi siempre surgen acompañadas de otras controversias afines. Por ejemplo, si las partes pactaron que solamente se someterán a arbitraje las cuestiones referidas a la resolución del contrato, que pasará cuando una de las partes incumpla y la otra demanda en la vía arbitral la resolución del contrato, ¿podrá demandar también la indemnización de daños contractuales (responsabilidad contractual)? Probablemente, la parte demandada alegue que la indemnización de daños no es materia arbitrable. ¿Qué se debe hacer en ese caso? En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir si dicha materia es de su competencia o no, para lo cual deberá tener en cuenta las contingencias del caso particular. Sin embargo, consideramos que en aplicación del principio de *favor arbitri* y teniendo en cuenta que uno de los efectos de la resolución contractual es justamente el resarcimiento de daños y perjuicios, no existe óbice para que el tribunal arbitral pueda conocer dicha materia. Pero no podemos afirmar

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 103.

que el tema sea tan simple, pues en Derecho no hay verdades absolutas, por el contrario, todo es cuestionable.

Por lo tanto, a fin de evitar inconvenientes posteriores, recomendamos que cuando se pacte que sólo algunas (o ciertas) controversias serán materia de arbitraje, resulta conveniente estipular que también serán materia del arbitraje las cuestiones vinculadas o relacionadas.

7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir

La expresión “hayan surgido o puedan surgir” se refiere a que las controversias materia del arbitraje pueden ser presentes o futuras.

Las controversias que “hayan surgido” son aquellas que existen al momento de la celebración del convenio arbitral, es decir, existe un conflicto entre las partes.

En cambio, las controversias que “puedan surgir” son aquellas que eventualmente pueden presentarse entre las partes durante la ejecución del contrato, pero que no existen al momento de la celebración del convenio arbitral. En este caso, las partes al celebrar un contrato deciden prever la vía para resolver sus futuras disputas (que no desean, pero que pueden presentarse), para lo cual, celebrarán un convenio arbitral donde expresarán su voluntad de resolver las disputas que puedan surgir en el futuro entre ellas en la vía arbitral.

Autorizada doctrina señala que “el litigio que las partes someten a arbitraje puede ser un litigio ya existente entre ellas, aunque no haya recibido un estado judicial, o un litigio futuro que las partes simplemente prevén que pueda surgir en el desarrollo de las relaciones que entre ellos existan”⁶⁰, y “respecto de controversias puramente futuras será suficiente una mención esquemática, aunque no debe olvidarse que las declaraciones de las partes habrán de ser sometidas a una correcta interpretación”⁶¹.

Si bien las partes pueden pactar un convenio arbitral para resolver sus controversias presentes “o” futuras, nada impide que celebren un convenio arbitral para someter un conflicto existente (presente) y los conflictos futuros que se puedan presentar entre ellas. La autonomía privada sólo tiene como límite el orden público. En consecuencia, las partes tienen la libertad para pactar lo que mejor convenga a sus intereses.

⁶⁰ *Ibíd.*; p. 103.

⁶¹ Según el Código Civil peruano, contamos con cuatro (4) fuentes independientes y autónomas de obligaciones, a saber: i) Contrato; ii) Responsabilidad extracontractual; iii) Gestión de negocios y iv) Enriquecimiento sin causa.

7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza

Las controversias que las partes someten a arbitraje pueden nacer de un contrato entre ellas o de otra relación jurídica no contractual⁶².

Conforme señala autorizada doctrina, las partes pueden establecer en su convenio arbitral qué tipo de conflictos se van a someter a la decisión de los árbitros, los que pueden ser conflictos de naturaleza contractual o extracontractual⁶³.

El artículo 13.1 de la Ley al referirse a las controversias arbitrables, señala que dichas disputas pueden surgir de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. Una correcta interpretación nos indica que la Ley se está refiriendo a que la relación jurídica puede ser “contractual” o “no contractual” (de otra naturaleza).

“No contractual” significa que la relación jurídica entre las partes no nace de un contrato, por lo que la relación jurídica puede nacer de un acto unilateral o puede tener una fuente heterónoma como el enriquecimiento sin causa.

Como sostiene Luciano BARCHI⁶⁴, en el caso de una relación jurídica de fuente contractual, si el convenio arbitral no es claro, de acuerdo con el principio *favor arbitri* que consagra la Ley, deberán considerarse “todas” las controversias derivadas de la relación jurídica contractual, lo cual debe comprender, incluso, las cuestiones extracontractuales derivadas de dicha relación jurídica contractual, como por ejemplo, la responsabilidad precontractual, el enriquecimiento sin causa, el pago indebido (o pago en exceso).

8. FORMALIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: “DEBE CONSTAR POR ESCRITO”, PERO NO SE SANCIONA CON NULIDAD SU INOBSERVANCIA

La formalidad es “el modo de emitir la declaración de la voluntad, o de documentarla o de hacerla notoria ante otras personas”⁶⁵. ALBALADEJO señala que la “forma es el modo de ser del negocio, la manera (palabra, escrito, ceremonia, etc.) de realizarse”⁶⁶. Agrega que “todos los negocios son formales,

⁶² CREMADES, Bernardo M. “Del Convenio Arbitral y sus efectos”. Op. Cit., p. 278.

⁶³ BARCHI VELAACHAGA, LucíaN^o “Algunas consideraciones sobre el Convenio Arbitral en el Decreto Legislativo N^o 1071”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director). *El Convenio Arbitral*. En prensa.

⁶⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2da. edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1997, p. 132.

⁶⁵ ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 293.

⁶⁶ *Ibid.*; p. 294.

puesto que de alguna manera (forma) han de verificarse los elementos que los compongan (...)"⁶⁷.

Entonces, todos los contratos (o actos jurídicos) tienen una forma (verbal o escrita), pero no todos tienen una formalidad exigida por el legislador.

Los contratos (o actos jurídicos en general) que tienen una formalidad legal, son aquellos en los que el legislador exige el cumplimiento de un determinado procedimiento para su celebración. Este procedimiento podría ser: el otorgamiento de una escritura pública, la intervención de testigos, la firma o huella del declarante, etc.

Es necesario distinguir entre las formalidades *ad solemnitatem* y las *ad probationem*. Una formalidad es *ad solemnitatem* en la medida que su inobservancia determina la nulidad del acto jurídico o del contrato, por cuanto constituye un requisito de validez del acto jurídico. En cambio, cuando la ley exige una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto jurídico (artículo 144 del CC).

Para la celebración de convenios arbitrales, la Ley ha dispuesto que el convenio arbitral *debe constar por escrito* (artículo 13.2), pero no sanciona con nulidad su inobservancia, como ocurría bajo la vigencia de la Ley Arbitral derogada de 1996. En tal sentido, la Ley ha abandonado la exigencia de una formalidad solemne (escrito) para la celebración del convenio arbitral y ha optado por una formalidad *ad probationem*.

Por lo tanto, con la actual Ley ya no se debe cumplir con una formalidad solemne para celebrar el convenio arbitral, únicamente se requiere el consentimiento (acuerdo) de las partes de someter a arbitraje sus controversias presentes o futuras. Nuestra Ley solamente se limita a señalar que el convenio arbitral "debe constar por escrito"; sin embargo, no sanciona con nulidad la inobservancia de este requisito (conste por escrito), por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Así, las partes pueden celebrar un convenio arbitral verbalmente, por medios electrónicos o por mensajes de voz, lo importante hoy día será probar la existencia del consentimiento de las partes.

El término "escrito" contenido en el artículo 13.1 de la Ley, no debe interpretarse como sinónimo de "firmado" o "escritura pública".

Que el convenio arbitral conste por escrito es únicamente una sugerencia que hace el legislador, pues como veremos a continuación, la formalidad "escrita" se relativiza en el ordenamiento jurídico peruano, pues según lo dispone

⁶⁷ "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 (...)"

la Ley, el convenio arbitral también es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante *la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*⁶⁸.

Sobre la amplitud del término “escrito”, GONZÁLEZ DE COSSÍO sostiene que “la definición no puede ser más amplia. Abarca a todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el Derecho Civil)”⁶⁹.

En nuestra opinión, la Ley ha optado por el principio del consensualismo para celebrar convenios arbitrales, pues la existencia de convenios arbitrales se podrá probar utilizando cualquier medio probatorio. En tal sentido, cuando se dice que el convenio arbitral conste por escrito, únicamente se recoge una formalidad *ad probationem*, lo cual elimina el uso de “escritura” y no condiciona la existencia de la “firma” como requisitos de validez del convenio arbitral.

Al respecto, DÍEZ-PICAZO afirma que “el cumplimiento de la forma escrita se produce, en primer lugar -y como es perfectamente claro-, mediante un documento *ad hoc* que esté firmado por las partes, bien contenga únicamente el contrato de arbitraje o bien lo inserte como parte de un negocio complejo”⁷⁰. Agrega el profesor español, refiriéndose al artículo 9 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, que “la ley ahora aclara que la forma escrita se cumple también si las declaraciones de voluntad de las partes resultan de un intercambio de comunicaciones, cualquiera que sea el tipo (carta, telegramas, télex o fax) siempre que en las comunicaciones quede constancia del acuerdo y, además, el documento sea accesible en soporte electrónico, óptico o de cualquier otro tipo”⁷¹.

Esta reforma sustancial en la Ley se redactó tomando en cuenta la opción I del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL (enmendada en el año 2006)⁷² y con ella se amplió la noción de “escritura”.

En este contexto, “será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la exis-

⁶⁸ Artículo 13.3 de la Ley.

⁶⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, CARLOS (director). *Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Tomo I. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 217.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, JULIO (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 107.

⁷¹ *Ibid.*; p. 107.

⁷² Estas enmiendas tuvieron como fundamento “reconocer la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje” [conforme lo establece el tercer considerando de la Resolución aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453)].

tencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal”⁷³.

9. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La Ley reconoce expresamente la independencia o autonomía que tiene el convenio arbitral respecto al contrato que lo contenga o al que haga referencia.

El principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral se encuentra regulado en el artículo 41 de la Ley, al establecer que el convenio arbitral como acuerdo independiente, no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este último no implica que el convenio arbitral sea nulo, anulable, inválido o ineficaz, pues sólo los árbitros tendrán la facultad de decidirlo.

Conforme lo dispone la Ley, el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (artículo 13.2). Por lo tanto, el convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato (obra, suministro, distribución, etc.) o puede constar en un acuerdo independiente (adenda) separado de dicho contrato.

El hecho de que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato no debe entenderse e interpretarse que el mismo es accesorio de éste. Julio César RIVERA sostiene que “la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato por lo que se predica su autonomía”⁷⁴. Por su parte, VIDAL RAMÍREZ sostiene que “el convenio arbitral es un acto jurídico que tiene siempre el carácter de principal, conste o no en un documento destinado exclusivamente a servirle de contenido”⁷⁵.

Siguiendo a RIVERA, diremos que “la autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal”⁷⁶. A su vez, MERINO MERCHÁN sostiene que la independencia del convenio arbitral del contrato en el cual se encuentra inserto, es procedente del Derecho de las Convenciones Internacionales y de la Ley Modelo UNCTRAL, donde el convenio arbitral es autónomo respecto al contrato donde se encuentre incorporado⁷⁷.

⁷³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Volumen 7. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 57.

⁷⁴ RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 100.

⁷⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. 2da. edición. Lima: Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 67.

⁷⁶ RIVERA, Julio César. Op. Cit., p. 100.

⁷⁷ MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. Op. Cit.; p. 258.

La jurisprudencia arbitral de la CCI se ha pronunciado sobre el principio de separabilidad en los siguientes términos: “(...) deberá recordarse que en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato (...), la cláusula de arbitraje que figura en un contrato internacional, puede regirse perfectamente por una ley distinta a la aplicable al contrato principal”⁷⁸.

Asimismo, la jurisprudencia de la CCI ha expresado que la nulidad del contrato principal no conlleva la nulidad del convenio de la siguiente manera: “la demandada ha impugnado la competencia del Tribunal Arbitral basándose especialmente en el hecho de que el contrato de licencia no tenía valor, siendo defectuoso su consentimiento, por el profundo desacuerdo existente sobre las bases mismas del contrato, o que al menos estará viciado. En consecuencia la demandada ha pretendido que la cláusula de arbitraje a la cual se refería la demandante no podía tener efecto. De acuerdo con el reglamento (...) la pretendida nulidad o inexistencia alegada de un contrato no ocasiona, salvo excepción en contrario, la incompetencia del árbitro. Si el árbitro admite la validez del convenio de arbitraje seguirá siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones”⁷⁹.

Por su parte, la jurisprudencia chilena ha sentenciado que “El pacto de arbitraje, (...), constituye un contrato autónomo e independiente, en que las partes acuerdan sustraer determinadas materias del conocimiento de la jurisdicción para someterlas a un juicio arbitral. Dicho pacto es en sí un contrato perfecto, (...). Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular, aún cuando la materia que se somete a arbitraje tenga relación con otro negocio jurídico entre las partes”⁸⁰.

En conclusión, por el principio de separabilidad “el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas”⁸¹.

10. EL CONVENIO ARBITRAL INCORPORADO COMO UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO

El artículo 13.2 de la Ley dispone que el convenio arbitral puede adoptar la “forma de una cláusula incluida en un contrato”⁸².

⁷⁸ Caso N° 1507 de 1970.

⁷⁹ Caso N° 2476 de 1976.

⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Op. cit.; p. 596.

⁸¹ *Ibid.*; p. 598.

⁸² Artículo 13.2 de la Ley.

Por lo tanto, el convenio arbitral no tiene que celebrarse necesariamente en un documento separado y distinto al contrato, ya que puede estar incluido dentro del mismo. Sin embargo, el hecho de que se encuentre dentro del contrato como una de sus cláusulas, no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Recordemos que el convenio arbitral, por el principio de autonomía o separabilidad, es distinto del contrato que lo contiene.

De manera similar a nuestra Ley, la Ley de Arbitraje de España de 2003 dispone que el convenio arbitral "(...) podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo"⁸³. Al respecto, DÍEZ-PICAZO anota que "no se trata de un problema de pura forma porque es sobre todo un problema de relación entre negocios jurídicos que *per se* son distintos. Por la misma razón, no es admisible convertir el convenio arbitral o acuerdo independiente en pura "cláusula". El legislador ha confundido probablemente las realidades jurídicas negociables y sus plasmaciones documentales. Desde el punto de vista negocial, habrá dos convenios yuxtapuestos y relacionados entre sí. O, por lo menos claramente puestos en conexión. Hablar de "cláusula" o de "acuerdo independiente" sólo tiene sentido desde un punto de vista documental. Por eso, tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente"⁸⁴.

Coincidimos con el jurista español, dado que el convenio arbitral contenido en una cláusula del contrato, si bien guarda una estrecha relación de conexidad con el contrato, dicha relación no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Para evitar conflictos interpretativos, hubiese sido mejor decir que el acuerdo arbitral puede constar en un documento distinto al contrato o en el mismo contrato y, de ese modo, conjurar el "peligro" de que algún operador no experto en arbitraje interprete que se trata de una cláusula accesoria del contrato.

Reiteramos que sobre la base del principio de autonomía o separabilidad, el acuerdo arbitral contenido dentro del contrato no es accesorio de éste, "la única razón de conexión de dos contratos, que en rigor son independientes, siempre es la forma de determinación de la controversia y la relación jurídica de que dimana de la que antes nos referimos. En este sentido, es claro que el contrato llamado principal es sólo la relación de la que dimana el litigio"⁸⁵.

Por todo ello, prefiero no utilizar la nomenclatura de contrato principal, pues no existe ningún contrato principal, lo que hay es un contrato y dentro de él un convenio arbitral.

⁸³ Artículo 9º de la Ley española de Arbitraje.

⁸⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Op. Cit.; p. 104.

⁸⁵ *Ibid.*

11. EL CONVENIO ARBITRAL CELEBRADO EN DOCUMENTO SEPARADO DEL CONTRATO

El convenio arbitral también puede adoptar la “forma de un acuerdo independiente” (artículo 13.2 de la LA).

En este caso, la Ley se refiere a la posibilidad de que las partes celebren el convenio arbitral de manera separada al contrato.

Este supuesto se puede presentar, por ejemplo, cuando dos partes celebran un contrato y no incluyen en él, ningún convenio arbitral; pero luego, al surgir una controversia, deciden celebrarlo para resolver sus conflictos. En este caso, tendrán que celebrar el convenio arbitral en documento independiente al contrato. Desde luego que también es posible celebrar el convenio sin la necesidad de que exista una controversia.

En el mundo de los negocios, es común que las partes no pacten todo lo que desean al momento de celebrar un contrato, por ello, es usual que después agreguen disposiciones al contrato, bien sean para modificar los acuerdos ya existentes o para incluir algunos tópicos no regulados.

En la práctica, estos nuevos acuerdos adoptan la forma de una *addenda* o *addendum* al contrato. La *addenda* es toda “adición, agregado o complemento a lo escrito”⁸⁶.

En este contexto, el convenio arbitral puede revestir la forma de una *addenda*, ya que no siempre las partes pactan de antemano que las futuras controversias sobre el contrato serán resueltas por la jurisdicción arbitral. En algunos casos, las partes se reservan el derecho de decidir si acudirán a la vía arbitral o judicial una vez que surja una controversia entre ellas.

Debemos precisar que la *addenda* que contiene el convenio arbitral, por el principio de separabilidad o autonomía, siempre será autónoma del contrato, nunca accesoría.

12. OTROS SUPUESTOS DE CONVENIOS ARBITRALES QUE LA LEY CONSIDERA COMO “ESCRITOS”

Si bien la regla general es que el convenio arbitral conste por escrito, el artículo 13° de la Ley dispone que también se entenderán como equivalentes a “convenios arbitrales escritos” los siguientes supuestos:

Convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico).

⁸⁶ NICOLIELLO, Nelson. *Diccionario de Latín Jurídico*, editorial JM Bosch Editor, Barcelona, España, 1999, p. 12.

Convenios arbitrales por aplicación del silencio como declaración de voluntad.

Convenios arbitrales por referencia.

12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico)

El artículo 13.4 de la Ley establece que:

“Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Los avances en la tecnología y en particular el uso de Internet han cambiado drásticamente el mundo de las comunicaciones y ha optimizado el mundo de los negocios. Hoy día, casi todas las personas en el mundo cuentan con un correo electrónico (e-mail), el que utilizan para comunicarse con sus amigos y familiares, pero también para realizar transacciones comerciales simples (comprar libros y música) o complejas (ofrecer mercaderías y servicios) debido a la enorme reducción de costos de transacción que ellas generan. Este nuevo intercambio de bienes y servicios, ofertas a millones de personas, pagos electrónicos, etc., es denominado como comercio electrónico o *e-commerce*⁸⁷ y en la actualidad muchísimos contratos se celebran por esta vía.

Teniendo en cuenta la realidad descrita, la Ley reconoce la validez de los convenios arbitrales que se celebren por medios electrónicos, siempre que dicha información (ofertas, aceptaciones, etc.) sea accesible para su ulterior consulta. En consecuencia, los convenios arbitrales que se pacten por medios electrónicos tendrán el mismo valor que un convenio arbitral escrito.

⁸⁷ Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “O comercio eletrônico no direito peruano”. En: *Direito & Internet II. Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*. Volumen 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina). Bogotá: Ara Editores y Editorial Temis, 2003, pp. 125-148; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinesrosa (Colombia)*. Tomo 3. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339-378; SOTO COAGUILA, Carlos A. “Informe sobre el comercio electrónico en el derecho peruano”. En: *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, pp. 189-210.

Celebrar contratos por medios electrónicos no es novedad en el Derecho peruano. El artículo 141 del CC⁸⁸ establece que la manifestación (declaración) de voluntad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, *a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo*.

Adicionalmente, el artículo 141-A del CC dispone que cuando la ley establezca que la declaración de voluntad deba realizarse mediante alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Por último, el artículo 1374 del CC establece que las declaraciones contractuales (oferta, aceptación, etc.) que se realicen a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirán conocidos cuando el remitente reciba el “acuse de recibo”⁸⁹, es decir, cuando el sujeto que declara su voluntad (oferente), recibe en la bandeja de entrada de su correo electrónico un mensaje informándole que su destinatario (aceptante) ha recibido su comunicación.

De las normas citadas podemos concluir lo siguiente:

Las declaraciones de voluntad por medios electrónicos son válidas y tienen el valor de declaraciones expresas (artículo 141 del CC).

Nada impide celebrar contratos solemnes por medios electrónicos (artículo 141-A).

Como en la contratación electrónica no hay cargos físicos de la entrega de una carta o comunicación, el legislador peruano señala que se considera

⁸⁸ Es conveniente mencionar que este artículo fue modificado el 24 de junio del año 2000, mediante la Ley N° 27291, pues la versión original no contemplaba (aunque no prohibía) la validez de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*. Vol. 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina). Bogotá: Ara Editores y Editorial Temis, 2003, pp. 125-148; SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza (Colombia)*. Tomo 3. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339-378.

⁸⁹ El acuse de recibo es un sistema electrónico que puede ser activado en una computadora con la finalidad de permitir al remitente saber el momento exacto en que su mensaje está siendo abierto por el destinatario. Mediante el uso del acuse de recibo es posible la aplicación de presunción de conocimiento contemplado en el artículo 1373 del Código Civil peruano y, por lo tanto, se determine la celebración del contrato cuando el remitente, en este caso el aceptante, reciba en su correo electrónico el acuse de recibo que le indica que su mensaje conteniendo la aceptación ha sido abierto por el oferente. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “El Comercio Electrónico en el Derecho Peruano”. En: *AR: Revista de Derecho Informático*. Número 041, Diciembre, 2001. Consulta: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1015>. Consulta: 3 de mayo de 2010.

conocida una oferta o una aceptación cuando el remitente reciba “acuse de recibo”.

Si aplicamos estos presupuestos al arbitraje concluiremos que las partes pueden celebrar convenios arbitrales por medios electrónicos y que éstos serán válidos, siempre que se cumplan dichos presupuestos. La Ley agrega que la *información consignada debe ser accesible para su ulterior consulta*, lo que constituye evidentemente, un tema de probanza.

Bernardo CREMADES, comentando el artículo 9 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “una de las novedades más sobresalientes que introduce la Ley [española] al establecer que se considera cumplido el requisito de la constancia por escrito del convenio cuando éste “conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo’ (artículo 9.3.II). Se consagra así la validez de los convenios arbitrales pactados en sede de contratación electrónica o documentados en formato electrónico”⁹⁰.

Otro comentarista de la ley española, Fernando MANTILLA-SERRANO, sostiene que “la libertad formal es prácticamente absoluta al contemplarse la posibilidad de plasmar el convenio arbitral “*en soporte electrónico, óptico o de otro tipo*” siempre y cuando dicho soporte deje constancia del acuerdo de voluntades y sea susceptible de ulterior consulta. Se consagra así, una “ficción” que permite considerar como “escrito” cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico”⁹¹.

Por lo tanto, un convenio arbitral celebrado por medios electrónicos será válido y plenamente eficaz cuando se pruebe su existencia mediante la presentación de los mensajes de datos usados para su celebración.

En esta forma de celebrar convenios arbitrales, ya no se exige que las declaraciones estén firmadas por las partes, con lo cual, “la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades”⁹².

En conclusión, la Ley, con un sentido realista y funcional, otorga validez a los convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos u otros análogos, disponiendo que dichos convenios tendrán el valor de convenios arbitrales expresos y escritos.

⁹⁰ CREMADES, Bernardo M. Op. Cit.; p. 289.

⁹¹ MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. Cit., pp. 80-81.

⁹² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 217.

12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad

El artículo 13.5 de la Ley establece que:

“Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.”

Este supuesto particular recoge el caso de un convenio arbitral celebrado por aplicación del silencio como manifestación de voluntad, esto es, cuando una de las partes expresa su declaración de voluntad sobre la existencia del convenio y la otra no niega ni afirma la existencia del mismo.

Sobre el silencio, FEDERICO DE CASTRO señala que “por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva”⁹³.

El silencio no tiene relevancia jurídica porque no significa la afirmación o la negación de algo.

Ahora, si bien el silencio por sí mismo no constituye declaración de la voluntad válida, puede adquirir dicho valor “cuando expresa o tácitamente se le atribuya el significado de aceptación”⁹⁴, esto puede suceder en la medida que se pacte en el contrato o que una ley lo estipule de tal manera, o en la medida que se “pacta o entienda que la negativa sólo será eficaz si es hecha expresamente y dentro de determinado plazo”⁹⁵.

Al respecto, el artículo 142 del CC señala que el silencio “importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

En este sentido, cuando la ley le da el valor de declaración al silencio, éste opera de pleno derecho sin mayor precisión de las partes, como es el caso del supuesto en comentario.

BERNARDO CREMADES, comentando el artículo 9.5 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “otra de las (novedades) introducidas por la Ley es la presunción de existencia del 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). Queda así reflejada la voluntad del legislador de superponer la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral a los requisitos de forma”⁹⁶.

⁹³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 69.

⁹⁴ *Ibíd.*; p. 69.

⁹⁵ *Ibíd.*; p. 69.

⁹⁶ CREMADES, Bernardo M. *Op. Cit.*, p. 298.

En este contexto, debemos precisar que si las partes asienten (mediante la afirmación y luego el silencio) en sus comunicaciones la existencia del convenio, se entiende que el silencio tiene el valor de aceptación. Adicionalmente, se entiende que “las exigencias de la buena fe impiden que, habiendo alegado una de las partes la existencia del convenio arbitral en el escrito de demanda y no habiéndola negado la otra en el escrito de contestación, pueda oponerse la excepción de inexistencia de convenio arbitral”⁹⁷.

Recordemos que quien alega algo o no lo niega, posteriormente no puede desdecirse, por cuanto, vulneraría el principio de la buena fe y en particular la doctrina de los actos propios que “constituye una regla derivada del principio de buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”⁹⁸.

En el supuesto contemplado en el artículo 13.5 de la Ley, se aprecia que se está ante un caso en que la normatividad expresamente confiere valor jurídico al silencio. El supuesto se daría en el contexto de un proceso, en el que una de las partes (demandante en la demanda o demandado en la contestación de la demanda) afirma que existe un convenio arbitral y la otra parte no lo refuta, omitiendo pronunciarse sobre tal extremo. De acuerdo a lo señalado, se considerará que se ha aceptado como cierta la afirmación de la otra parte; esto se debe a que se encuentran en un proceso en el que precisamente están en debate las afirmaciones de cada una y un tercero imparcial debe resolver.

Aunque sabemos que el Código Procesal Civil no es una norma supletoria en los arbitrajes, salvo que las partes así lo acuerden, en dicho cuerpo legal también encontramos un supuesto donde el silencio tiene consecuencias jurídicas. Se trata del artículo 442 que dispone que al contestar la demanda, el demandado debe “Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.” Similar lógica es la de la figura de la rebeldía, que “causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda” (artículo 461 del mismo cuerpo legal).

⁹⁷ *Ibíd.*; p. 298.

⁹⁸ BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 51-53. SOTO COAGUILA, Carlos. “Teoría de los actos propios”. En: *Revista Legal bilingüe “CO-LUMNAS” del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados*, N° 134, abril 2005, pp. 10-13.

12.3. Convenio arbitral por referencia

El artículo 13.6 de la Ley establece que:

“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Se denomina convenio arbitral por referencia (*per relationem*) al pacto arbitral que no se encuentra contenido dentro del contrato, sino en un documento separado, pero que en el contrato se hace remisión a dicho documento⁹⁹. “La frase incorporación por referencia es universalmente entendida tanto por abogados como por no abogados, para significar la completa inclusión, en el cuerpo de un documento, de otro texto que, aunque físicamente separado del documento, se convierte en parte del documento como si hubiera sido escrito en él directamente”¹⁰⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003 señala que: “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”¹⁰¹.

El convenio arbitral por referencia ha sido recogido por la normativa internacional, tal es el caso de la legislación alemana que ha recogido expresamente las cláusulas arbitrales por referencia en contratos sujetos a condiciones generales. Asimismo, la Ley Holandesa de Arbitraje adopta una postura de vanguardia y dispone que es suficiente un documento escrito que contemple el arbitraje o que se refiera a unas condiciones generales que prevean el arbitraje, si ellas han sido expresas o tácitamente aceptadas por la otra parte. Por su parte, el ordenamiento suizo también permite pactar una cláusula compromisoria por referencia a otro documento que la contenga. Por último, en el Derecho francés se exige que la cláusula arbitral conste por escrito y se acepta la cláusula arbitral por referencia.

⁹⁹ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. “La cláusula compromisoria por referencia”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. 174.

¹⁰⁰ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Op. Cit.; p. 174. Ver, *Bruce Froehlich et al., c. Sonya Dakar Skin Care et al.* Court of Appeal of the State of California (Second Appellate District Division Five). Fuente: <http://www.huronlaw.com/docs/briefs/froreply.pdf>.

¹⁰¹ Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de Abril de 2010.

Para que estos pactos sean obligatorios basta una referencia general a otro documento que contenga el acuerdo arbitral siendo lo importante que las partes hayan querido realmente acordar la solución de sus eventuales litigios por la vía del arbitraje, y que el escrito contentivo del pacto de arbitraje se integre al contrato de un modo u otro¹⁰².

Como hemos podido apreciar a nivel internacional, el convenio por referencia ha sido recogido y desarrollado de diversas formas; sin embargo, no podemos dejar de lado el respeto de la autonomía privada (que es principio base para el arbitraje), y, en ese sentido, se debe respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, “por ello es necesario que la parte contra la que se invoca la existencia del convenio arbitral tuviese conocimiento, en el momento de suscribir el contrato principal, de la existencia de la cláusula arbitral en el documento al que el contrato se remite”¹⁰³.

13. CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El artículo 13.7 de la Ley establece:

“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 peruano”.

En primer lugar, la Ley sigue el sistema monista, distinto a su antecesora que regulaba en forma separada el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. En la Ley las normas se aplican tanto a los arbitrajes nacionales, también llamados domésticos, como a los arbitrajes internacionales. Si bien esta es la regla general, en la Ley existen algunas normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional¹⁰⁴.

Recordemos, conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley, un arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Si las partes que intervienen en el convenio arbitral tienen sus domicilios en diferentes Estados cuando se produce la celebración de dicho convenio.

¹⁰² CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Op. Cit., p. 187

¹⁰³ CREMADES, Bernardo M. Op. Cit., p. 297.

¹⁰⁴ Coinciden con nuestro punto de vista CANTUARIAS Y CAIVANO cuando escriben que pese a la “regulación unitaria del arbitraje doméstico e internacional, se han mantenido unas pocas normas que se aplican exclusivamente a casos de arbitraje internacional, a través de los cuales se procura un mayor régimen de libertad”. (Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 7. Lima: Magna Ediciones, 2008, p. 55).

Si de acuerdo a lo pactado en el convenio arbitral, o con arreglo a éste, la sede del arbitraje se ubica fuera del lugar de domicilio de las partes.

Tratándose de partes domiciliadas en el Perú, se considerará que un arbitraje es internacional, cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica se encuentra fuera del territorio nacional.

Si las partes que intervienen en el convenio se encuentran domiciliadas en el Perú, pero el lugar con el cual el objeto de la discusión tiene una relación más estrecha, está fuera del territorio peruano.

MANTILLA-SERRANO, al comentar el apartado 6 del artículo 9 de la Ley Española de Arbitraje de 2003 de idéntica redacción al supuesto contemplado en el inciso 7 del artículo 13 de la Ley, señala que dicho apartado (6) “regula la validez, tanto formal como material, del convenio arbitral, así como la arbitrabilidad misma de la controversia”¹⁰⁵. De esta forma, “cuando el arbitraje sea internacional e independientemente del lugar del arbitraje, y siempre y cuando las partes no hayan expresamente previsto un derecho aplicable diferente para alguna de estas cuestiones, la regla alternativa y de favorabilidad (...) cubre todo lo concerniente a cuestiones tales como la arbitrabilidad de la controversia, la forma y la formación misma del consentimiento a la base del convenio arbitral y la transmisibilidad de dicho convenio”¹⁰⁶.

Es por ello que MANTILLA-SERRANO sostiene que el apartado 6 del artículo 9 de la Ley Española de Arbitraje de 2003 consagra “una regla de conflicto *in favorem validitatis* y de naturaleza alternativa”¹⁰⁷.

El artículo 13.7 de la Ley también recoge esta regla, donde prima el principio de la autonomía privada y deja en libertad a las partes para elegir las normas aplicables en un arbitraje internacional.

14. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Cuando se celebra un convenio arbitral surgen dos efectos: uno positivo y otro negativo. A continuación analizamos cada uno.

14.1. Efecto positivo del convenio arbitral

El efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación que tienen las partes de respetar el sometimiento a un tribunal arbitral de cualquier controversia que surja entre ellas¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 83.

¹⁰⁶ *Ibid.*; p. 83.

¹⁰⁷ *Ibid.*; p. 84.

¹⁰⁸ MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. Cit., p. 89.

Dicho de otro modo, el efecto positivo es la obligación de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia que se encuentre dentro de los términos pactados en el convenio arbitral. Por lo tanto, el efecto positivo otorga a cada una de las partes el derecho de obligar a la otra el sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio¹⁰⁹.

En consecuencia, “si alguien ha sometido a la decisión de uno o varios árbitros cuestiones litigiosas, no puede cuando surjan éstas negarse a cumplir lo pactado, y por ello, frente a quien ha suscrito un convenio arbitral se puede iniciar un procedimiento que finalice en su caso con un laudo vinculante”¹¹⁰.

Es importante precisar que el efecto positivo del convenio arbitral se originará en la medida que sea válido y eficaz de acuerdo con las normas de la teoría general del contrato¹¹¹.

También es importante puntualizar que el efecto positivo solamente recaerá sobre las partes que celebraron el convenio arbitral. Ello no impide que sobre la base del principio del efecto relativo de los contratos, aplicable al convenio arbitral, los efectos del convenio arbitral también recaigan sobre los herederos en el supuesto de que alguna de las partes fallezca (artículo 1361 del CC)¹¹². Como es sabido, al producirse la sucesión, los herederos pasan a ser los nuevos titulares del patrimonio dejado por su causante. Este patrimonio se conforma por los activos y pasivos, en el primero encontramos a los bienes y acreencias, y en el segundo encontramos a las deudas y obligaciones asumidas por el causante, las cuales ahora serán asumidas por los herederos.

Por último, conforme lo dispone expresamente la Ley, los efectos positivos también alcanzarán a las partes no signatarias del convenio arbitral (extensión del convenio arbitral, artículo 14 de la Ley), siempre que, de buena fe, hayan expresado su consentimiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

14.2. Efecto negativo del convenio arbitral

En virtud del efecto negativo “los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un convenio arbitral”¹¹³. Ello se debe a que el sometimiento de las controversias a la competencia de

¹⁰⁹ MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. Cit., pp. 89 y ss.

¹¹⁰ CREMADES, Bernardo M. Op. Cit., p. 304.

¹¹¹ CREMADES, Bernardo M. Op. Cit., p. 304.

¹¹² Artículo 1361.- *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.* (énfasis agregado).

¹¹³ MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. Cit., p. 89.

un tribunal arbitral, constituye una renuncia implícita a la intervención de los tribunales judiciales.

FERNÁNDEZ ROSAS ha sostenido que “el postulado general según el cual el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)”¹¹⁴.

En esta medida, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que se han sometido a arbitraje.

Al respecto, la Ley ha dispuesto en el artículo 3¹¹⁵, la prohibición de cualquier tipo de intervención de las autoridades judiciales en los asuntos que se sometan a arbitraje y que se encuentren bajo el régimen legal que establece la Ley.

La Ley dispone que los árbitros gozan de plena independencia, lo cual garantiza la inexistencia de circunstancias que menoscaben sus atribuciones. Del mismo modo, dentro de las facultades que posee el tribunal arbitral se encuentran: (i) la posibilidad de iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, (ii) la posibilidad de decidir acerca de su propia competencia; y, (iii) dictar el laudo.

La Ley ha sido muy cuidadosa al procurar evitar todo tipo de intervención judicial que pretenda entorpecer o ejercer control sobre las acciones de los árbitros o sobre las mismas actuaciones llevadas a cabo dentro del arbitraje. De esta manera se ha dispuesto que ningún tipo de suceso externo al proceso arbitral podrá restar eficacia a las decisiones adoptadas por los árbitros. La única excepción estipulada a dicho precepto será la posibilidad de recurrir a los tribunales judiciales mediante la interposición del recurso de anulación contra un laudo (parcial o final) dictado por el tribunal arbitral.

El efecto negativo también se encuentra expresamente consagrado en el artículo 228 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹¹⁶, de la siguiente manera:

“en cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los con-

¹¹⁴ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. Op. Cit., p. 672.

¹¹⁵ Decreto Legislativo N° 1017, decreto que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 4 de junio de 2008.

¹¹⁶ Artículo 228 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, publicado el 1 de enero de 2009.

tratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre. Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa”¹¹⁷.

15. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO ARBITRAL Y EL “ACTA DE INSTALACIÓN” EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO PERUANO (ACTA DE MISIÓN EN LOS ARBITRAJES CCI)

Así como las partes tienen la libertad para negociar y celebrar convenios arbitrales, también cuentan con la libertad contractual para modificarlos o dejarlos sin efecto (resolverlos o extinguirlos).

Recordemos que el convenio arbitral es un contrato y como tal puede ser modificado o extinguido por ambas partes en cualquier momento. Tal sería el caso, por ejemplo, cuando las partes celebran un convenio arbitral y pactan un arbitraje internacional bajo las reglas de UNCITRAL; luego, una vez surgida la controversia, las mismas partes acuerdan que el arbitraje se regirá por las reglas de la CCI. Otro ejemplo se daría si las partes pactan como sede del arbitraje la ciudad de Madrid, pero posteriormente las partes de común acuerdo cambian la sede a la ciudad de Lima. O cuando inicialmente pactaron un arbitraje *ad hoc*, y ahora acuerdan que el arbitraje sea institucional. O cuando se acuerda que una controversia sea resuelta por determinada institución arbitral y luego las partes ven por conveniencia mutua el cambio a otra institución arbitral.

Así como las partes son libres para someter a arbitraje determinada controversia, también tienen, en uso de su autonomía privada, la posibilidad de renunciar a la jurisdicción arbitral y retornar a la justicia estatal. En efecto, ambas partes pueden declarar de manera expresa, mediante otro contrato, su renuncia arbitraje contenido en el convenio arbitral, dejando el conflicto en el ámbito del Poder Judicial. La renuncia también puede producirse de manera tácita, cuando una de las partes demanda a la otra ante el Poder Judicial (existiendo un convenio arbitral), y la parte demandada no invoca la excepción de convenio arbitral, procediendo con los actos de defensa ante el Poder Judicial.

¹¹⁷ En el caso de arbitrajes bajo las reglas de la CCI, se tiene la particularidad que al iniciarse el arbitraje se redacta una “acta de misión”, documento en el cual se delimitan el conflicto y las materias en controversia. En la redacción de esta acta participan las partes y los árbitros designados. La delimitación de los términos en el acta de misión permite a las partes ir encontrando puntos en común durante su redacción y con ello la toma de nuevos acuerdos sobre las controversias que serán materia de arbitraje, lo que implica implícitamente una modificación del primigenio convenio arbitral.

Al respecto, debemos precisar que la consideración esbozada presenta una restricción en el ámbito de la contratación pública, pues al establecer la Ley de Contrataciones con el Estado como mecanismos de solución de controversias, la conciliación y el arbitraje, éstas constituyen una condición del Estado para contratar con los particulares. En este supuesto, no cabe la sustracción de la vía arbitral por la jurisdicción ordinaria, toda vez que la Ley de Contrataciones con el estado no contempla dicha posibilidad, ni siquiera en forma residual.

En tal sentido, un convenio arbitral no es inmutable, por el contrario, puede modificarse o extinguirse en cualquier momento, antes de surgida la controversia o una vez surgida la controversia. Desde luego, será necesario el acuerdo de ambas partes para dicho propósito.

Para la modificación del convenio arbitral, las partes pueden optar por celebrar un nuevo convenio arbitral o incluir su acuerdo en el Acta de Instalación (costumbre arbitral peruana) o en el Acta de Misión¹¹⁸ (Reglamento Arbitral de la CCI).

Si las partes deciden modificar el convenio arbitral en el acta de instalación o en el acta de misión, se debe verificar que las partes, tratándose de personas jurídicas, estén debidamente facultadas para ello y que sus poderes estén vigentes, pues de lo contrario la modificación será ineficaz.

Por último, no debe interpretarse, como ha ocurrido, que la modificación al convenio arbitral sólo puede realizarse mediante otro contrato, o que las reglas contenidas en el acta de instalación o el acta de misión son de menor rango normativo y, por lo tanto, no se puede modificar el convenio arbitral mediante estos documentos. Discrepamos de esta postura. En nuestra opinión, el convenio arbitral puede modificarse por el acuerdo (escrito o verbal) de las partes, el mismo que puede estar contenido en un contrato independiente o inserto en el acta de instalación o el acta de misión.

16. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. REGLAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO QUE SE APLICAN A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Para Emilio BETTI, la interpretación es la actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica¹¹⁹.

¹¹⁸ BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo de José Luis DE LOS MOZOS. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 95.

¹¹⁹ BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo de José Luis DE LOS MOZOS. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 95.

Tratándose de los actos jurídicos en general, y del contrato en particular, el objeto de la interpretación son las declaraciones de voluntad y los comportamientos de los contratantes, pues en éstos (voluntad y conductas) los sujetos establecen el contenido, significado y efectos de los contratos que celebran. Por lo tanto, la interpretación del contrato no sólo consiste en un procedimiento hermenéutico que busca analizar y descifrar la existencia de una específica declaración conjunta de voluntad, sino que, además, tiene por finalidad imputarle a tal declaración un significado jurídicamente relevante.

En ese sentido, el intérprete debe indagar el significado de la común intención de los contratantes, para lo cual deberá calificar conductas e interpretar los preceptos del contrato con la finalidad de atribuirles un significado específico al acto negocial celebrado por las partes contratantes.

Algunos tratadistas sostienen que sólo se debe interpretar las cláusulas oscuras, ambigüas y las que inducen a confusión. Y, por el contrario, las cláusulas con aparente texto claro no se encuentran sujetas a la actividad hermenéutica, sobre la base de regla *in claris non fit interpretatio*. Discrepamos de esta postura, pues en el mundo del Derecho no hay nada claro, ni siquiera hay verdades absolutas, ¿Cómo podemos saber si un texto es claro? ¿Cómo llegamos a la conclusión de que una cláusula contractual no es oscura o ambigua? Obviamente, primero debemos leerla y luego interpretarla. HART ha demostrado que una norma simple y aparentemente clara como “Prohibido ingresar dentro del parque con vehículos”, deja de ser clara si tenemos que interpretar que se entiende por “vehículo”, ya que vehículo puede ser un bus o un auto, pero vehículo también puede ser un coche de bebé, los carritos y triciclos de los niños, las bicicletas de los adolescentes, la carretilla del heladero, etc. Vemos pues que la norma ya no es tan clara como se pensaba, por el contrario, hay una gama de posibilidades para interpretarla.

En consecuencia, *todo se interpreta*, aún los textos que aparentemente son claros. La interpretación es una operación normal y necesaria en la aplicación del Derecho, y más aún, cuando se trata de actos negociales como los contratos donde debemos determinar la voluntad común, la común intención de los contratantes, para luego atribuirle determinados efectos jurídicos.

Ahora, como el convenio arbitral es un acto jurídico (convenio arbitral testamentario o estatutario) o un contrato (acuerdo de las partes), también le son aplicables las reglas para interpretar los actos jurídicos y los contratos. Por lo tanto, para interpretar un convenio arbitral se deberá buscar la común intención de las partes a fin de atribuirle determinados efectos jurídicos, así como las obligaciones y derechos de las partes.

Por ello, en la interpretación del convenio arbitral se aplicarán todas las reglas de interpretación del contrato.

16.1. Reglas Generales para la Interpretación de los Contratos

El CC peruano, a diferencia de otros códigos civiles, no contiene un capítulo con las reglas para interpretar los contratos. Sin embargo, al existir en el CC un *Libro* destinado a regular la teoría del acto jurídico¹²⁰, el legislador peruano consideró apropiado incluir en él las reglas para interpretar todos los actos jurídicos en general, sean unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos. Por lo tanto, debido al alcance genérico de las normas jurídicas sobre interpretación de los actos jurídicos, contenidas en los artículos 168, 169 y 170, *mutatis mutandii*, éstas se aplican también a los contratos.

A continuación analizaremos las reglas de interpretación de los actos jurídicos, que consideramos aplicables a los contratos y a los convenios arbitrales.

16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 168 del CC de la siguiente manera: *el acto jurídico (léase también el contrato y el convenio arbitral) debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él, pues de conformidad con el artículo 1361 del CC la declaración expresada en el contrato se presume que responde a la voluntad común de las partes, con lo cual los contratos en cuanto se haya expresado en ellos.*

FERNÁNDEZ CRUZ señala que este precepto legal acoge una clara posición objetivista en lo referente a la búsqueda de “lo querido” por el sujeto bajo los límites de “lo declarado” (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e intenta la búsqueda del valor objetivo del acto jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto¹²¹.

En tal sentido, para interpretar un convenio arbitral, esto es, desentrañar la común intención de las partes que lo celebraron, el intérprete debe revisar e interpretar los pactos expresados por las partes, bien sea que dichos pactos hayan sido traducidos en palabras o se hayan ejecutado mediante comportamientos, ya que lo “expresado” no debe interpretarse como sinónimo de texto escrito, sino como declaración de voluntad que puede estar contenida en textos escritos, palabras o comportamientos de los contratantes.

Esta regla de interpretación será de gran utilidad para extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. Así, el intérprete para, poder

¹²⁰ La Teoría del Acto Jurídico se encuentra regulada en el Libro II del Código Civil de 1984, del artículo 140 al artículo 232.

¹²¹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. LEÓN. 2da. Edición. Lima: Ara, Lima, 2004, p. 810.

extender los efectos del convenio arbitral, no se limitará a revisar el texto del contrato sino que principalmente deberá tener en cuenta las conductas de las partes no signatarias del convenio arbitral durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato. Dichas conductas deberán interpretarse a fin de concluir si ellas son determinantes y demuestran que dichas partes signatarias expresaron su consentimiento en el negocio.

16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos

La buena fe es un principio general del Derecho y, por lo tanto, inspira a todo el Derecho, y la contratación privada no escapa a su campo de acción.

La referencia a la buena fe como regla interpretativa de los contratos también se encuentra en el artículo 168 del CC que dispone “todo acto jurídico [léase también el contrato y el convenio arbitral] debe interpretarse según el principio de la buena fe”, y en artículo 1362 del CC que establece que los “contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

La palabra *buena fe*¹²² significa confianza, seguridad y honorabilidad, sobre todo en el cumplimiento de la palabra dada. La palabra *fe*, que proviene de fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiándose en que ésta no le engañará.

En palabras de Luis Díez-PICAZO, la buena fe como principio general del derecho “engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (*diligencia in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse de buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”¹²³.

¹²² DANZ, Eric. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 194.

¹²³ Prólogo de Luis Díez-PICAZO a la obra de Franz WIEACKER. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1982, pp. 11-13.

Para Roxana JIMÉNEZ¹²⁴, la buena fe es un criterio de interpretación que debe considerarse un principio sobre el cual se estructura toda declaración de voluntad que ha de producir efectos jurídicos. Advierte la Jueza peruana que no hay que confundir la buena fe del intérprete (es obvio que se da por sentado que su actividad de interpretación se realiza de buena fe), sino que al interpretar un acto jurídico debe tomarse en cuenta la buena fe del o de los sujetos declarantes y de los destinatarios de la declaración. Por lo tanto¹²⁵, este principio se vincula a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, así como al comportamiento de quienes son parte de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse.

Podemos concluir señalando que el principio de la buena fe, contenido en los artículos 168 y 1362 del CC, impone a los contratantes el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante todas las fases de la contratación (*iter contractual*: negociación, celebración y ejecución). Constituye además un criterio de interpretación que busca aprehender el significado de las declaraciones y comportamientos de las partes contratantes manifestados durante el desarrollo de todo el *iter contractual*, según un estándar de comportamiento: el de un hombre razonable, el buen padre de familia o el buen contratante¹²⁶.

Teniendo en cuenta la importancia de la buena fe, la Ley recoge este principio, estableciendo que “las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales, y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (artículo 38). Igualmente, en los supuestos de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, solamente será posible en la medida que los sujetos a los que se pretenda extender el convenio arbitral hayan expresado de *buena fe* su consentimiento durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

16.1.3. Interpretación sistemática

Esta regla de interpretación, derivada del principio de unidad del contrato, se encuentra recogida en el artículo 169 del CC, cuyo texto prescribe que “las cláusulas de los actos jurídicos [léase también convenio arbitral] se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

¹²⁴ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La unidad del Principio General de la Buena Fe y su trascendencia en el derecho moderno”. En: *Contratación Privada*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 84.

¹²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima: Grijley, 1997, p. 269.

¹²⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2000, p. 262.

De acuerdo con esta regla, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde coherencia y consistencia con todo el conjunto del contrato y del convenio arbitral. Lo que se interpreta de la cláusula dudosa es su significación en forma coherente con el conjunto del texto contractual, tomando al contrato y/o convenio arbitral como una unidad indivisible, que no puede tener incongruencias internas.

En este sentido, el convenio arbitral deberá ser interpretado teniendo en cuenta que es un pacto independiente al contrato principal y, en el caso de que se presenten contradicciones internas, se deberá recurrir a la interpretación sistemática para aclarar las dudas de la interpretación del conjunto de todos los pactos, teniendo en cuenta la común intención de las partes.

16.1.4. Interpretación finalista

Esta regla interpretativa se encuentra recogida en el artículo 170 del CC cuando dispone que “las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto jurídico”.

De acuerdo con este precepto, la interpretación de un acto jurídico o contrato debe estar orientada a buscar o preferir, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea consistente con la finalidad del contrato o cláusula materia de interpretación.

Tratándose del convenio arbitral, mediante la aplicación de esta regla interpretativa, se busca determinar la causa objetiva del convenio arbitral. Para ello, el intérprete deberá preguntarse cuál fue el propósito práctico (finalidad) que las partes deseaban alcanzar con la celebración del convenio arbitral. Es esa finalidad la que deberá primar al momento de interpretar el convenio arbitral.

16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar

Los contratos predispuestos o estándar (contratos por adhesión y contratos celebrados con cláusulas generales de contratación) son contratos redactados unilateralmente por una de las partes (el predisponente, generalmente un empresario), sin la participación del otro contratante (el adherente, generalmente un consumidor).

Los convenios arbitrales también pueden estar insertos en contratos por adhesión o cláusulas generales de contratación, empero el artículo 15° de la Ley establece: “En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en **cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión** serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria”. (énfasis Agregado).

El legislador peruano exige como requisito *sine qua non* que el convenio arbitral sea conocido o haya podido ser conocido por la parte que no lo redactó. Sin esté requisito el convenio arbitral será ineficaz y por lo tanto inexigible.

Ahora, para interpretar los convenios arbitrales pactados en los contratos predispuestos o relaciones jurídicas estándares existen las siguientes reglas:

- Regla de prevalencia.
- Regla de la cláusula más beneficiosa.
- Regla de la interpretación *contra stipulatorem*.

A) Regla de la prevalencia

Según esta regla de hermenéutica contractual, la discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular agregada al contrato predispuesto por las partes, origina la primacía de lo que disponga la última¹²⁷.

La regla de la prevalencia encuentra su fundamento en el hecho de que las cláusulas particulares son las que mejor reflejan la voluntad común de los contratantes¹²⁸, por lo que resulta lógico conceder mayor relevancia a las estipulaciones o cláusulas que fueron negociadas e incluidas por los contratantes en el contrato predispuesto.

La regla de la prevalencia se encuentra recogida en el artículo 1400⁹¹²⁹ del CC de la siguiente manera: “las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto”.

De la lectura del artículo citado podemos señalar que para efectos de la aplicación de dicha regla es necesario que concurren dos presupuestos: a) que exista una contradicción entre una cláusula general del contrato predispuesto y una cláusula agregada (negociada); y, b) que ambas cláusulas sean eficaces jurídicamente, pues la ineficacia de una de ellas generaría la no existencia del conflicto.

La aplicación de esta regla tiene como efecto una doble consecuencia: en primer término, la propia inaplicación de la cláusula general discrepante; en segundo lugar, la aplicación de la cláusula particular, siempre que ésta sea

¹²⁷ Díez-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 412.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ En opinión de Manuel DE LA PUENTE, el artículo 1400º desvirtúa la naturaleza de los contratos predispuestos, ya que una característica fundamental de las cláusulas generales de contratación radica en la inmutabilidad de sus cláusulas. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. T. I. Lima: Palestra, 2003, p. 813).

eficaz; lo cual, no implica necesariamente que ante la presencia de una cláusula particular que carece de eficacia deba aplicarse la cláusula general, sino que, en este caso, será aplicable la norma legal supletoria.

B) Regla de la cláusula más beneficiosa

La regla de la cláusula más beneficiosa no ha sido acogida por el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en España que la incluye en el artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de la siguiente manera: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

Conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, cuando exista contradicción entre una cláusula general y una cláusula particular, se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sin importar si se trata de una cláusula general o de una particular.

En opinión de Díez-PICAZO, “por condición más beneficiosa debe entenderse aquella que amplíe el ámbito de los derechos del adherente o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes”¹³⁰.

En consecuencia, cuando se tenga que interpretar un contrato que contenga cláusulas generales y cláusulas particulares, conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, se deberá aplicar la que resulte más favorable para el adherente. En caso no pudiera determinarse cuál es la cláusula más beneficiosa, prevalecerá la particular sobre la general, conforme lo dispone la regla de la prevalencia¹³¹.

C) Regla *contra stipulatorem*

La regla *contra stipulatorem*, cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, ha sido recogida por casi todas las legislaciones. Ella es la consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa y es conocida también como interpretación *contra proferentem*.

Esta regla ha sido recogida por el legislador peruano en el artículo 1401° del CC con el siguiente tenor: “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra”.

¹³⁰ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Op. Cit., p. 413.

¹³¹ *Ibíd.*; pp. 412-413.

Esta regla aparece enunciada como una sanción al predisponerte del contrato estándar, esto es, a la parte redactora de las cláusulas ambigüas, dudosas o imprecisas del contrato predispuerto.

Manuel DE LA PUENTE, al comentar el artículo 1401º, sostiene que “(...) es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte”¹³².

Esta regla no hace sino revivir lo que se sostenía en el Derecho romano respecto de la llamada regla de la imprecisión, según la cual, cuando una estipulación resultaba dudosa, la ambigüedad se interpretaba en contra del estipulante, o sea, del acreedor: *cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambigüitas contra stipulatorem est* (D.34.5.26).

17. CONVENIOS ARBITRALES DEFECTUOSOS O PATOLÓGICOS

Las razones por las que se pacta un convenio arbitral son de distinta índole. Entre ellas se encuentran, el deseo de las partes de no acudir al Poder Judicial por lo prolongado, costoso, engorroso e impredecible de sus procesos y decisiones; la celeridad, flexibilidad y simplicidad del procedimiento arbitral; la confidencialidad con que se trata la controversia, la especialización y experiencia de los árbitros, entre otras ventajas del arbitraje.

No obstante, las ventajas que proporciona el arbitraje pueden verse seriamente mermadas por la presencia de las denominadas *cláusulas arbitrales o convenio arbitrales patológicos*.

Un convenio arbitral patológico es aquél que adolece de defectos que, a la postre, van a constituir rémoras –cuando no dificultades mayores– en el procedimiento arbitral. En este sentido, es patológico el convenio que posee un contenido ambigüo o de difícil comprensión, expresado en deficiencias de redacción o acuerdo de las partes y, debido a ello, impide que el procedimiento arbitral se desarrolle con normalidad.

El adjetivo de cláusula “patológica” fue acuñado por Frédéric EISEMANN (ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), al sostener que “es patológica toda cláusula que no cumple cuatro funciones fundamentales:

- Producir efectos obligatorios para las partes.

¹³² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Op. Cit., p. 829.

- Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.
- Dar a los árbitros el poder de resolver el litigio.
- Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo¹³³.

Como ejemplos de convenios arbitrales patológicos que usualmente se encuentran en algunos contratos, podemos mencionar:

Aquellas que designan centros de arbitraje o reglamentos arbitrales inexistentes o que han dejado de funcionar; o designan incorrectamente los nombres de los centros de arbitraje.

Aquellas que no definen adecuadamente la materia arbitrable o limitan las materias arbitrables (por ejemplo, cláusulas que establece que “será materia de arbitraje las controversias suscitadas en la celebración y ejecución del contrato”; pero si hay una disputa referida o vinculada a la etapa de la negociación del contrato, nos preguntamos si será de competencia de los árbitros).

Aquellas que establecen que ante la falta de nombramiento del árbitro por una de las partes, no se podrá realizar el arbitraje.

Aquellas que designan árbitros con nombre y apellido en el convenio arbitral, pero cuando surge la controversia, dicha persona ha fallecido o se encuentra impedida de aceptar el encargo para actuar como árbitro.

Aquellas que incorporan plazos demasiado cortos para el desarrollo del procedimiento arbitral (por ejemplo, 30 ó 60 días para todo el procedimiento arbitral).

Aquellas que establecen un tribunal compuesto por tres (3) árbitros, designados uno por cada parte, cuando en el contrato principal hay más de dos partes (por ejemplo, los contratos multipartes como consorcios o *joint ventures*).

Aquellas que otorgan competencia tanto a los tribunales judiciales como a los tribunales arbitrales para dirimir la controversia (por ejemplo, un convenio arbitral que diga “las controversias serán resueltas por un juez o un árbitro”).

La lista puede ser extensa y dependerá de la imaginación y creatividad (o carencia de ellas) de las partes y de sus abogados al momento de redactar el convenio arbitral.

Pero, ¿cuáles son las causas de la existencia de estas cláusulas arbitrales patológicas?

¹³³ DERAIS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario - Legis, 2005, p. 191.

En nuestra opinión, la mala práctica de incorporar estas cláusulas obedece, por un lado, a la arraigada mala costumbre de *copiar* convenios arbitrales de otros contratos y *pegarlos* a los que se están redactando y, de otro lado, a la falta de análisis y reflexión de las partes y de sus abogados al momento de estipularlos.

Debido a la manera apresurada y hasta precipitada de redactar los convenios arbitrales e incluirlos en los contratos, en el mundo anglosajón estos convenios arbitrales son conocidas como *midnight clauses* (cláusulas de medianoche).

En efecto, ocurre a menudo que cuando las partes han negociado el contrato, han discutido cada una de las condiciones de éste y se encuentran prestas a firmarlo, de pronto deciden agregar un convenio arbitral para que los posibles conflictos que puedan surgir se solucionen mediante arbitraje. Sorprendentemente, el convenio arbitral es incluido sin ser negociado, ni discutido de la misma forma cómo se hizo con cada una de las demás condiciones del contrato. Otra forma usual es encontrar el convenio arbitral como una cláusula de estilo en el contrato que negocian las partes, y sus abogados cuando llegan a está cláusula arbitral simplemente le dice uno al otro: “es una cláusula de estilo, es normal en todo contrato”; pero en ningún momento analizan las conveniencias de dicho convenio arbitral en el contrato, de las reglas contenidas en él, las cuales se asumen como normales y no hay que discutir o negociar. Grave error...

Por todo ello, debemos tener en cuenta la necesidad de ser cuidadosos al pactar un convenio arbitral, pues ya se ha reconocido que de su correcta estipulación dependerá el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. En tal sentido, no permitamos que los convenios arbitrales se conviertan en cláusulas de medianoche o en meras cláusulas de estilo que se copian y pegan de un contrato a otro como formatos predeterminados.

No olvidemos que cada convenio arbitral es un traje a la medida que responde a los intereses privados de las partes contratantes. En consecuencia, de la existencia de un bien pensado (y redactado) convenio arbitral dependerá en gran medida el éxito del arbitraje.

Conviene precisar que así como no existen los contratos perfectos -contratos que contienen todas las respuestas o soluciones a los diferentes problemas que se presenten durante su ejecución-, tampoco existen los convenios arbitrales perfectos.

Personalmente no conozco la cláusula o convenio arbitral perfecto. En este escenario, debemos tener sumo cuidado al momento de incluir un convenio arbitral en nuestros contratos, debemos saber qué tipo de contrato es, pregun-

tarnos qué desean las partes, cuáles son sus intereses, qué es más conveniente para ellas, etc. Solamente negociando el convenio arbitral y redactando en buen lenguaje (castellano o inglés, según sea el caso), evitaremos conflictos y obstáculos en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

La Ley, consciente de la existencia de los convenios arbitrales patológicos, ha incluido la siguiente norma en el artículo 7.3: “En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes”. Con esta regla, la Ley pretende evitar que los convenios arbitrales que se encuentren con alguna de las deficiencias descritas sean ineficaces, por el contrario, basándose en el principio de la conservación del contrato, brinda eficacia a dichos convenios arbitrales en los términos expuestos.

18. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO (*FAVOR NEGOTTII*) A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Según el principio de conservación del contrato (*favor contractus*), cuando una cláusula se interprete de distintas formas, se debe elegir aquella que otorgue un significado útil a la declaración de voluntad, en lugar de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico.

BULLARD señala que, de acuerdo al principio de conservación del contrato, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula¹³⁴.

Para ALTERINI, el principio de conservación implica también que “las palabras usadas al celebrar deban ser tomadas en el sentido que dé más eficacia a la estipulación”.¹³⁵ Por lo tanto, si al interpretar una cláusula obtenemos como resultado que una de las posibles interpretaciones nos conduce a la ineficacia de la misma, se debe preferir la interpretación que dé como resultado su eficacia.

Obviamente, si el contrato adolece de alguna causal de nulidad, no hay forma de aplicar el principio de conservación del contrato, pues si éste es nulo,

¹³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director). *Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1756.

¹³⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles (Comerciales-De consumo). Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 416.

no se creó relación jurídica alguna entre las partes y tampoco habrán surgido derechos u obligaciones para los contratantes.

Este principio hermenéutico fue propuesto en la regla segunda de POTHIER de la siguiente manera: “cuando una cláusula es susceptible de dos interpretaciones, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto”¹³⁶.

Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003¹³⁷, establece que “la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”. Con ello se ha optado por el principio de conservación del contrato o también denominado criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. Este principio consiste en dotar de mayor validez al convenio arbitral dejando de lado los formalismos que puedan afectar su plena aplicación.

Un buen ejemplo de la aplicación del principio de conservación del contrato (y del convenio arbitral) lo encontramos en el artículo 7.3 de la Ley, cuando se dispone que el arbitraje será *ad hoc* cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo. Por lo tanto, cuando, el operador jurídico se encuentre frente a un convenio arbitral patológico, que contenga la referencia a una institución arbitral inexistente o que ha dejado de funcionar, el convenio arbitral no será ineficaz, sino que por el contrario se respetará la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y el arbitraje que se inicie será *ad hoc*.

Como lo hemos expresado anteriormente, la Ley ha recogido el criterio antiformalista para la regulación del convenio arbitral y otorga mayor predominio a la autonomía privada de las partes, por lo que acorde con este postulado, en los casos de convenios arbitrales patológicos deberá aplicarse el principio de conservación del contrato, manteniendo la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y subsanando aquello que impide que el convenio arbitral despliegue plenamente sus efectos.

En la actualidad, el arbitraje ha demostrado ser un sistema privado de solución de controversias eficiente (por la rapidez del proceso) y eficaz (los laudos se ejecutan con normalidad). Como es obvio, ninguna obra humana puede ser perfecta, y siempre será perfectible, lo que es un estímulo para mejorar e ir a la par de las necesidades que se van generando en una sociedad en perpetuo movimiento. Ciertamente, podemos afirmar que la Ley de 2008 es una buena ley que permitirá continuar con los logros obtenidos por

¹³⁶ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 62.

¹³⁷ Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 4 de mayo de 2010.

su antecesora de 1996, y para ello es indispensable el concurso de todos los actores del quehacer arbitral (árbitros, abogados y partes), así como de la correcta interpretación que los tribunales judiciales hagan de sus normas. De ese modo, con el trabajo conjunto de todos, se podrá lograr que los principales objetivos de la Ley (mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes) se alcancen y mantengan. Es una ilusión que con creciente satisfacción y gran entusiasmo vemos cristalizar.

El “arbitraje en las relaciones de consumo” y el “arbitraje de consumo”. Es lo mismo pero no es igual

CECILIA O’NEILL DE LA FUENTE (*)

SUMARIO: 1. Aciertos de la Ley General de Arbitraje y tareas pendientes. 2. El legislador impertinente: Las relaciones jurídicas estándares y el artículo 1398 del Código Civil. 3. Tan lejos y tan cerca. Lejos del Código Civil. Cerca del Código del Consumidor. 4. El justo medio: Difundir el arbitraje y conocer lo que se firma. 5. El arbitraje “obligatorio” en otras jurisdicciones: Norteamérica y Europa. 6. Argumentos principales contra el arbitraje en las relaciones jurídicas estándares. 6.1. Altos costos. 6.2. Debido proceso. 6.3. Falta de transparencia. 6.4. Riesgo de resultados inconsistentes. 6.5. Falta de reciprocidad entre las partes. 6.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido. 6.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido. 6.8. Falta de protección a las acciones de clase. 7. Única objeción preocupante. Los “arbitrajes de clase”. 8. el “Arbitraje de consumo”.

Agradezco a los editores de esta publicación por invitarme a compartir unas ideas en homenaje a BERNARDO CREMADES e YVES DERAIS, quienes desde la práctica profesional y la academia, vienen contribuyendo decididamente a la difusión del arbitraje.

“Cara, yo gano; sello, tú pierdes”. Para las asociaciones de defensa de los consumidores, ésta es una frase típica de los proveedores que incluyen cláusulas arbitrales en sus relaciones jurídicas estándares. No estoy de acuerdo con esa frase. En este trabajo veremos que es bueno difundir el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que es bueno hacerlo permitiendo pactar el arbitraje en cláusulas generales de contratación, y que es bueno asegurarse de que los consumidores formen su voluntad contando con la información necesaria. La nueva Ley General de Arbitraje sigue, por tanto, en la línea correcta de su predecesora y apuesta por ese objetivo. Hay, sin embargo, algunos temas pendientes, como la regulación de las acciones de clase tramitadas en sede arbitral.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por University of Pennsylvania. Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

1. ACIERTOS DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE Y TAREAS PENDIENTES

El artículo 15 de la Ley General de Arbitraje (indistintamente, "LGA"), aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, permite que los contratos que crean "relaciones jurídicas estándares" contengan un convenio arbitral, pero estando la negociación entre las partes mediatizada en este tipo de contratos, la norma exige especial cuidado para definir si el convenio es válido o N°

Hay varias razones para sostener que el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje es una buena norma. Primero, porque supone que el legislador en materia arbitral ya ha reflexionado previamente sobre el tratamiento que se debe otorgar a la contratación en masa (usando los términos de la propia ley, "relaciones jurídicas estándares").

Bajo el artículo 15 de la LGA subyace pues un acertado enfoque sobre la función de las cláusulas generales de contratación y de los contratos de adhesión¹. En efecto, enarbolando claramente una tesis "pro-arbitral", la norma cuida que quienes suscriben convenios arbitrales sin haberlos negociado sepan que han renunciado a la solución judicial de sus conflictos.

En otras palabras, se procura un balance entre dos objetivos. De un lado, cautelar que quien vaya a arbitraje sepa antes de que surja la controversia que ha renunciado a resolver judicialmente sus pleitos: si la voluntad de las partes es esencial en la génesis de cualquier contrato, ella tiene especial relevancia tratándose de un convenio arbitral.

Este afán de proteger la voluntad de la parte que suscribe el convenio es conciliado con el propósito de fomentar el uso del arbitraje y de favorecer su aplicación (en esta misma línea está el arbitraje por referencia del artículo 13 inciso 6 y la norma de extensión del convenio arbitral contenida en el artículo 14).

2. EL LEGISLADOR IMPERTINENTE: LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES Y EL ARTÍCULO 1398 DEL CÓDIGO CIVIL²

No puede abordarse el tema de las relaciones jurídicas estándares y su relación con el arbitraje sin poner en la mesa de debates la posibilidad (mejor dicho, la necesidad) de reformular la aproximación al tema de la contratación en masa. Luego de analizar las herramientas disponibles para regular el tema, corresponde escoger, como hizo el legislador de 1984, una regulación por estándares; la diferencia es que esta vez los estándares deberían ser in-

¹ IRTI, NataliN° "Intercambios sin acuerdo", en: *Estudios sobre el Contrato en General*. Estudios sobre el Contrato en General, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 370.

² Al respecto, ver BIANCA, Massimo. "¿Son no contractuales los contratos en masa?", en: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 394.

formativos, no dirigistas que determinen *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores.

Un estándar dirigista es el que determina los contenidos mínimos y máximos de la regulación. En el caso de un contrato de arrendamiento por ejemplo, es dirigista la norma que establece un plazo máximo de diez años. El estándar informativo, en cambio, pone el acento en la necesidad de brindar información para poder tomar decisiones responsables. Un típico estándar informativo es el asumido por la regulación de contratos de servicios financieros, según la cual para que una modificación unilateral del contrato entre en vigencia, es necesario comunicarlo a los clientes con cierta anticipación.

En el caso de la contratación en masa, si los estándares regulatorios giran del dirigismo a la información, los contratos no pueden ser vejatorios porque estarían vacunados contra las cláusulas abusivas. En determinadas circunstancias pueden activar remedios como la lesión o la anulación por error, pero eso es cosa distinta, que nada tiene que ver con las cláusulas generales de contratación o con los contratos por adhesión. Dichos remedios están disponibles para todos los contratos. Lo que se debe regular entonces son las particularidades de cómo se brinda el consentimiento antes que el contenido mismo del contrato.

El artículo 1398 es pues un fósil jurídico divorciado de nuestros tiempos, pues condena *per se* a ciertas estipulaciones contractuales por considerarlas abusivas, de modo que no debe coexistir, como ocurre ahora, con las normas de protección al consumidor, generando incoherencias.

Aunque la consecuencia natural de la contratación en masa es poner en evidencia la desigualdad económica y de negociación entre el productor y los consumidores, ello no es reprochable. Lo reprochable más bien es obligar a una negociación pormenorizada, pues ello es incompatible con el desarrollo económico.

De lo que se trata es pues de conciliar dos intereses. De un lado, el interés de hacer la contratación eficiente, y del otro, evitar que producto del excesivo protagonismo de una de las voluntades, el innegable desequilibrio que genera la contratación en masa se vuelva pernicioso.

Llegados a este punto, es fácilmente deducible que el análisis de la contratación está afectado por una fuerte carga ideológica, sobre todo si se tiene en cuenta que incluso se ha llegado a sostener en doctrina que la falta de diálogo en la etapa de tratativas equivale a la ausencia de contratación³. Es

³ GÓMEZ, Hugo. "El "Norte" de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación", en: *Revista de la Competencia y la Propie-*

más, se ha llegado a sostener la ya superada teoría según la cual “el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico; el capitalismo no puede tolerar la mutable y ambigua subjetividad del diálogo y por lo tanto simplifica, reduce y empobrece, progresivamente, el carácter personal de la relación; el declive de la palabra en el ámbito de un diálogo cede el paso frente a la pura objetividad de las cosas, las imágenes, los gestos anónimos y repetitivos”⁴.

La idea no es nueva, pues en 1941, el teórico de las relaciones contractuales de hecho, GÜNTER HAUPT, escribía que “en la práctica moderna del comercio jurídico y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se había concebido en las reglas del Código Civil, al margen del acuerdo de voluntades”⁵. Una visión como ésta considera que los contratos estándar, de contratos no tienen más que el nombre.

No basta concluir que por ser producto de un acuerdo de voluntades, aunque con fuerzas desiguales, la posibilidad de abuso está descartada. Por el contrario, tomando conciencia de los beneficios de estandarizar transacciones homogéneas, como la reducción de costos y la agilidad del tráfico, dichas transacciones deben ser reguladas sin atentar contra sus propios fines, lo cual se logra con estándares informativos y no dirigistas.

Por eso decía que el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje es una buena norma. Lo es porque el legislador en materia arbitral ya ha hecho una reflexión previa sobre el tratamiento que se debe otorgar a las relaciones jurídicas estándares, habiendo concluido que en la contratación en masa los estándares regulatorios deben girar del dirigismo a la información.

No queda más que saludar la posición del legislador arbitral, que ha tomado distancia del anacrónico proteccionismo que subyace al artículo 1398 del Código Civil. Y esta distancia ha podido tomarse asumiendo que la Ley General de Arbitraje, lejos de ser un cuerpo normativo aislado, crea sinergias con los demás esfuerzos legislativos para proteger a los consumidores.

3. TAN LEJOS Y TAN CERCA. LEJOS DEL CÓDIGO CIVIL. CERCA DEL CÓDIGO DEL CONSUMIDOR

A efectos del presente trabajo, asumimos que las personas que celebran convenios arbitrales en el marco de relaciones jurídicas estándares califican como “consumidores” según las normas correspondientes. Aunque es posi-

dad Intelectual, Año 3, Número 5, Primavera 2007, pp. 186-187.

⁴ Mandatory Arbitration Report, 2008. Manitoba Law Reform Commission, en: www.gov.mb.ca/justice/mlrc/pubs/ma2008.html

⁵ Al respecto, ver BIANCA, Massimo. “¿Son no contractuales los contratos en masa?”, en: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 394.

ble contratar con el mecanismo de cláusulas generales o mediante adhesión sin calificar por ello como "consumidor", la evaluación del artículo 15 de la LGA debe centrarse en la protección de esta categoría especial, pues si en una relación contractual el adquirente del producto o servicio no padece asimetría informativa, no hay consumidor al cual proteger.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571 (en adelante, "el Código del Consumidor") protege los usuarios de bienes o servicios tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo.

Desde el punto de vista procedimental, la protección ofrecida por el Código del Consumidor es importante, pues es mucho más eficiente para los consumidores ventilar sus discrepancias con los proveedores en sede administrativa que hacerlo en sede judicial. Efectivamente, la norma propicia el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas mediante procedimientos sencillos y rápidos, que atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.

En esta misma línea, se ha creado un procedimiento sumarísimo al interior del INDECOPI para resolver controversias de poca cuantía, y como se verá más adelante, se permite expresamente el arbitraje de consumo. Es más, tratándose del sector financiero y de seguros, en el Perú operan otros mecanismos que aunque diseñados de manera distinta, comparten la ventaja del ahorro de costo y tiempo: la Defensoría del Cliente Financiero y la Defensoría del Asegurado.

De otro lado, la protección sustantiva no se otorga mediante la intervención del Estado en el contenido contractual, como pretende el legislador civil, sino que el Código del Consumidor confiere derechos protegibles mediante la provisión de información para estar en capacidad de tomar decisiones responsables. Ello es así porque una elección informada no es sólo un medio para lograr eficiencia, sino que es la eficiencia misma. Por el contrario, una decisión desinformada, en vez de una elección, parece más una apuesta⁶.

Si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de

⁶ Traducción libre de "Encouraging fully informed choice is not only a means to an economic end; it is in a sense an end in itself. Choices made in comparative ignorance are more like guesses than choices. The production of information facilitates genuine choice and thereby serves the interest of autonomy and freedom of contract, as well as economic efficiency". CRASWELL, Richard - SCHWARTZ, Alan. *Foundations of Contract Law*, Foundation Press, New York, 1994, p. 301.

un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir, pues ya cumplió con su deber de protección al brindarle ciertos remedios, como la acción de rescisión o de anulación, por ejemplo.

*“Desde esta perspectiva, si el consumidor es la parte débil, no es porque tiene menos recursos, sino porque tiene menos información que el proveedor. Si el problema es que el consumidor no cuenta con poder de negociación, lo que ocurre en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, lo que debe averiguarse es si hay un problema de abuso de poder de mercado o colusión (caso en el cual debe actuar la autoridad de competencia) o de falseamiento u ocultamiento de información (caso en el cual debe actuar la autoridad de represión de la competencia desleal o de protección al consumidor), salvo que estemos ante un monopolio natural (caso en el cual el regulador aprobará administrativamente las condiciones del contrato)”*⁷.

4. EL JUSTO MEDIO: DIFUNDIR EL ARBITRAJE Y CONOCER LO QUE SE FIRMA

El artículo 15 de la LGA es una buena norma porque con ella el legislador arbitral se ha apartado de la anacrónica visión del legislador civil según la cual el Estado puede intervenir en el contenido de los contratos. La norma también es buena porque concilia dos principios esenciales en materia arbitral: favorecer la solución de disputas a través del arbitraje, aunque las estipulaciones contractuales no hayan sido negociadas, pero cautelando que la voluntad para someter las controversias a la decisión de un árbitro sea expresada claramente.

Efectivamente, permitir que el arbitraje sea pactado en cláusulas generales de contratación o en contratos por adhesión servirá para difundir la solución de controversias por la vía arbitral, pues las relaciones jurídicas de consumo suelen ser estándares y repetitivas. Ahora bien, para propiciar la solución de controversias por la vía arbitral, aunque éstas emanen de relaciones jurídicas estándares, la LGA pretende asegurar que quien se somete a arbitraje sepa o tenga cómo saber que lo está haciendo. Veamos ahora cada una de sus disposiciones.

El numeral 1 del artículo 15 señala que los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

⁷ GÓMEZ, Hugo. “El “Norte” de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación”, en: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Año 3, Número 5, Primavera 2007, pp. 186-187.

Nótese la referencia expresa a la diligencia ordinaria, y por tanto al estándar recogido en las normas generales de protección a los consumidores. La única forma posible para evitar el sometimiento a arbitraje es alegar que el convenio no fue conocido, ni que pudo serlo, siempre que se trate de un consumidor diligente. No deberían ser protegidos, por ejemplo, los consumidores que aleguen el desconocimiento de la cláusula arbitral porque los caracteres del formulario son pequeños o porque no leyó las condiciones generales del contrato.

El numeral 2 del artículo 15 explica cuándo se entenderá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral fue conocido (pues por las circunstancias un consumidor diligente tendría que haberse enterado).

En el literal a. del numeral 2 se señala que el convenio arbitral se presume conocido si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Se trata del supuesto más sencillo, en el que no queda el menor resquicio de duda sobre el conocimiento de la existencia de la cláusula de manera previa a la celebración del contrato: el contrato principal (de consumo) se rige por las cláusulas generales de contratación insertadas en el cuerpo del documento (no por referencia), el cual es firmado por las partes. Salvo un caso en el que la existencia del convenio no es clara, y en el que por tanto se aplica el principio por el cual la duda se interpreta a favor del consumidor, no imagino una línea de defensa con la que el consumidor pretenda alegar desconocimiento del sometimiento a arbitraje.

El literal b. del numeral 2 indica la segunda presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

La idea es sencilla. El contrato principal (por ejemplo, de tarjeta de crédito) tiene dos partes: el cuerpo y el reverso. En el cuerpo suele incluirse las condiciones particulares, como la identidad del contratante y, en el ejemplo, la línea de crédito, tasa de interés, fechas de corte, etc. En el reverso del contrato principal se incluyen las condiciones generales, aplicables a una serie indefinida de contratos.

Pues bien, se presumirá que el contratante sabe del convenio arbitral si ocurren tres cosas: (i) el cuerpo del contrato (donde se indican las condiciones particulares) está firmado por las partes; (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y, (iii) el reverso del contrato, es decir, las cláusulas generales de contratación, incluyen

una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el reverso del documento (cláusulas generales), se entiende que las conoce porque sí firmó en el anverso, que hace referencia al arbitraje.

El literal c. del numeral 2 indica la tercera presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

El caso es parecido al del numeral anterior, con la diferencia que las cláusulas generales de contratación no están en el reverso del contrato principal (el de tarjeta de crédito) sino en un documento aparte. Para que se presuma el conocimiento de la sumisión a arbitraje se requiere también que ocurran tres cosas: (i) el cuerpo del contrato está firmado por las partes (donde se indican las condiciones particulares); (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y, (iii) las cláusulas generales de contratación se encuentran en documento aparte e incluyen una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el documento aparte que contiene las cláusulas generales incluyendo la cláusula arbitral, se entiende que las conoce porque sí firmó el contrato "principal", que hace referencia al arbitraje.

El artículo 15 de la Ley General de Arbitraje logra pues varios objetivos: permite la inclusión de cláusulas arbitrales en series indefinidas de contratos, propicia de esa forma la solución de controversias fuera de la sede judicial, entiende que el rol del Estado en la contratación en masa es usar un estándar de protección a los consumidores que sea informativo y no dirigista, y finalmente, se asegura de que la voluntad de someterse a arbitraje quede claramente evidenciada.

En la sección que sigue veremos que este tema no es pacífico en otras jurisdicciones, como las europeas y norteamericanas. Es un gran avance que en el Perú se haya superado esa discusión en el texto de la LGA y en el propio Código del Consumidor.

5. EL ARBITRAJE "OBLIGATORIO" EN OTRAS JURISDICCIONES: NORTEAMÉRICA Y EUROPA

La siguiente idea resume la visión que las asociaciones de consumidores norteamericanas tienen de las cláusulas arbitrales insertas en cláusulas generales de contratación: si el arbitraje beneficiara a los consumidores de cualquier manera, sería una opción y los consumidores la elegirían⁸.

⁸ Traducción libre de: "If arbitration were in any way beneficial to consumers, it could be

Tal afirmación admite dos objeciones. La primera es conceptual: si el arbitraje fuese una opción para los consumidores, ello importaría la necesidad de iniciar una negociación, lo cual es incompatible con las relaciones jurídicas estándares. En efecto, con ese criterio, debería poder negociarse las cláusulas resolutorias, las que establecen las condiciones del bien o del servicio, y en general, cualquier estipulación contractual: justo lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa (ahorrar el costo de negociar).

La segunda objeción es que no se puede presumir que las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares son *per se* abusivas. Más adelante veremos cuáles son los principales argumentos esgrimidos por las asociaciones de consumidores en ese sentido y concluiremos que todos ellos terminan en más o menos la misma razón: un inadecuado ejercicio de la función arbitral. Sin embargo, esto último no se soluciona restringiendo el arbitraje sino por el contrario, fortaleciendo su adecuado ejercicio.

En Estados Unidos las asociaciones de consumidores vienen realizando campañas masivas contra el arbitraje en relaciones jurídicas estándares, salvo que se pacte luego de surgida la controversia, en cuyo caso, dicen dichas asociaciones, en los hechos los consumidores sí ejercen una opción. En efecto, debido a la naturaleza de "tómalo o déjalo" de las cláusulas generales de contratación, al contratar bienes o servicios los consumidores no tienen reales posibilidades prácticas de oponerse a pactar un arbitraje para resolver las controversias que surjan en el futuro.

Una asociación de consumidores norteamericana llevó a cabo una investigación sobre casos de arbitraje obligatorio en la industria de tarjetas de crédito, litigados en la llamada *National Arbitration Forum (NAF)* en California. Los principales resultados fueron los siguientes: (i) son muchos los consumidores afectados, pues sólo en California se han litigado 34 mil arbitrajes de consumo entre enero de 2003 y marzo de 2007; (ii) hay un uso reiterado de cláusulas arbitrales en la industria de tarjetas de crédito; (iii) el 99.6% de los casos fueron iniciados por las empresas y el resto por los consumidores; y, (iv) el 94% de las decisiones favorecieron a las compañías, no a los consumidores⁹.

Nótese que, nuevamente, las críticas sostenidas por los opositores a los arbitrajes de consumo podrían trasladarse a las demás estipulaciones contenidas en cláusulas generales, como por ejemplo las condiciones para resolver o para prorrogar el contrato. Si lo que quieren los opositores es que

made an option and consumers would choose it" (Richard Alderman, Director, Consumer Law Center, University of Houston Law Center), en: www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf

⁹ www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf:

las cláusulas arbitrales se negocien antes de ser firmadas, también podrían pretender lo mismo respecto de cláusulas no menos importantes, como la de terminación del contrato, por ejemplo. Eso es lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa.

Las asociaciones de consumidores añaden que la aceptación de pactos arbitrales en contratos de consumo es una amenaza a los derechos de los consumidores, que es una re-escritura de facto de la Constitución, y que es peligroso que dichas cláusulas se estén propagando no sólo en la industria financiera sino además en cláusulas referidas a servicios públicos y en general a cualquier tipo de transacción comercial¹⁰.

En Europa la situación es distinta pues en las cortes norteamericanas hay un clima más favorable a este tema, "por ser menos intervencionistas en las transacciones comerciales y menos dispuestas a proteger a la parte débil de la relación. La mayoría de regulaciones no norteamericanas ha respondido rechazando esta tendencia"¹¹.

La Directiva 93/13/ECC de la Comunidad Europea fue emitida en abril de 1993 para regular los términos de los contratos de consumo (y evitar así que sean injustos). En los fundamentos de la Directiva se señala que su propósito es salvaguardar a los ciudadanos en su rol de consumidores, que como tales deben ser protegidos frente al comportamiento abusivo de los proveedores de bienes o servicios cuya expresión típica es la fijación de condiciones comerciales no negociadas. Se añade que la evaluación del carácter injusto de las condiciones comerciales debe efectuarse respetando el criterio de la buena fe, para lo cual debe tenerse en cuenta el poder de negociación de las partes involucradas.

El artículo 3 de la Directiva señala que una estipulación contractual que no ha sido negociada individualmente es injusta si, contra el principio de la buena fe, causa un desbalance significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor. El artículo 6 obliga a los Estados Miembros a incluir en su legislación interna el deber de que las estipulaciones consideradas injustas no sean oponibles entre las partes. La Directiva contiene un Anexo indicando cuáles son las disposiciones consideradas injustas (una suerte de artículo 1398° del Código Civil), una de las cuales es requerir que las disputas emanadas del contrato sean sometidas a arbitraje.

¹⁰ Consumer and Media Alert: The Small Print That's Devastating Major Consumer Rights, en: www.consumerlaw.org/issues/model/arbitration.shtml

¹¹ Mandatory Arbitration Report, 2008. Manitoba Law Reform Commission, en: www.gov.mb.ca/justice/mlrc/pubs/ma2008.html

En Canadá el uso de este tipo de cláusulas es un fenómeno relativamente reciente, pero se está volviendo más común. De hecho, en el caso *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* se consideró válida una cláusula arbitral contenida en un contrato de provisión de servicio de Internet, lo que terminó en el bloqueo de una acción de clase. Tal decisión jurisprudencial condujo a que en diciembre de 2002 el Gobierno de Ontario dictara disposiciones contra dicho fallo¹².

En el caso *Kanitz* los demandantes, a nombre de todos los contratantes del servicio de acceso a Internet, alegaron judicialmente que *Rogers Cable Inc.* incumplió su obligación de brindar acceso continuo al servicio de Internet y reclamaron el pago de indemnización por daños. *Rogers* alegó la existencia de un convenio arbitral, que en realidad no fue firmado por los consumidores, quienes habían dado a *Rogers* la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones de los contratos. La existencia de las modificaciones fue incluida en su página web, sin indicar en ella expresamente que se incluyó el sometimiento a arbitraje. Frente a ello, la única posibilidad de defensa para los demandantes era alegar que el acuerdo arbitral calificaba como *unconscionable* y por tanto inexigible.

Nos referiremos varias veces a los términos "*unconscionable*" o "*unconscionability*", al comentar jurisprudencia norteamericana sobre el valor que dan las cortes a los arbitrajes incluidos en las relaciones jurídicas estándares. Aunque no hay una categoría equivalente en la legislación peruana, basta con señalar que a efectos de este trabajo una provisión se entenderá como *unconscionable* si adolece una suerte de vicio de voluntad derivada de la falta de conciencia por parte de uno de los contratantes sobre la existencia y efectos de la estipulación. Hay dos tipos de *unconscionability*, una procedimental y otra sustantiva. Con la primera se analiza el proceso de formación del contrato (como hace la LGA con el artículo 15, la idea es asegurarse de que el consumidor sabe o tiene como saber que se está sometiendo a arbitraje). Con la sustantiva se examina los términos del contrato, analizando la razonabilidad comercial de la transacción, el propósito y efectos de las estipulaciones, la distribución de riesgos, etc.

Para evaluar si una cláusula o contrato es *unconscionable* se debe determinar si hay desequilibrio entre el poder de negociación de las partes y si la parte fuerte de la relación ha tomado ventaja sobre la parte débil. El caso *Kanitz* cumplió con la primera de ambas condiciones, pues las cláusulas generales de contratación tienen la naturaleza de "*take it or leave it*", pero no pasó la segunda

¹² Mandatory Arbitration and Consumer Contracts. Public Interest Advocacy Centre and Option Consommateurs. November 2004, en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291960

condición, pues no se acreditó que la compañía de cable tomaba ventaja de los consumidores. Así, contrariamente a lo sostenido por los demandantes, la Corte señaló que la mera existencia de una cláusula arbitral no equivale a una exención absoluta de responsabilidad y por tanto a un aprovechamiento de la parte débil de la relación contractual.

La principal crítica por parte de las asociaciones de consumidores canadienses a la decisión *Kanitz* es que ésta no midió correctamente el daño que causa permitir la exclusión de las acciones de clase mediante cláusulas arbitrales.

Los alcances del caso *Kanitz* fueron reducidos con el caso *MacKinnon v. Nacional Money Mart Co.*, que involucra una compañía que presta dinero a corto plazo y con altas tasas de interés. La Corte negó el pedido de los demandados de prohibir la acción de clase y señaló que procede esta última pues en términos prácticos, sin ella, los consumidores no tienen incentivos para litigar individualmente contra la compañía.

6. ARGUMENTOS PRINCIPALES CONTRA EL ARBITRAJE EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

Teniendo ya idea de que las cláusulas arbitrales en los llamados “contratos de consumo” no son siempre bien recibidas en otros países por las cortes y legislaciones, y sobre todo por los consumidores, veremos una a una las razones que sustentan esas críticas. También veremos que si trasladamos esas críticas al Perú, ellas resultan infundadas, salvo el delicado tema de las acciones de clase, presenta más retos que reales dificultades.

6.1. Altos costos

Ésta es la principal crítica, pues de acuerdo con los detractores de las cláusulas arbitrales en las relaciones de consumo, éstas desincentivan a los consumidores a litigar contra el proveedor, sobre todo si ocurre cualquiera de dos cosas: (i) que si el consumidor pierde deba reembolsar al proveedor por los gastos legales del proceso; o, (ii) que las cláusulas arbitrales vayan acompañadas de otras que limiten la recuperación de las costas y costos del proceso (es decir, que si el proveedor del bien o servicio resulta perdedor, no reembolsará los gastos de defensa legal asumidos por el consumidor).

Aunque es cierto que por lo general el costo de litigar en arbitraje es mayor que el costo de hacerlo en las cortes judiciales, no es menos cierto que, al menos en el Perú, los costos del tribunal arbitral (retribución de los árbitros, administración del proceso, etc.) no son los únicos relevantes. El tiempo asociado con la ineficiencia y sobrecarga procesal de las cortes judiciales –además

de en no pocas veces la corrupción- es valioso. Este elemento no es tomado en cuenta por quienes se oponen a rajatabla al arbitraje en relaciones de consumo, lo que desde ya, deslegitima la solidez de su posición.

Asociada con los costos del litigio arbitral, también se señala como desventaja la falta de competencia en los precios de los servicios de arbitraje, de modo que esto es usado por los proveedores como barrera para evitar que los consumidores inicien procesos contra ellos. Usar este argumento es casi tan absurdo como prohibir el transporte aéreo de pasajeros porque es una sola aerolínea la que presta el servicio, en vez de hacer justamente lo contrario, que es propiciar la competencia. De hecho, la estructura del propio mercado peruano muestra la existencia de varios centros arbitrales compitiendo, además de la significativa competencia del arbitraje ad hoc.

Finalmente, se señala como desventaja de los procesos arbitrales el hecho que para ganar es necesario invertir la mayor cantidad de dinero posible en el litigio, sobre todo por la contratación de expertos, lo cual es muy costoso y contribuye a profundizar el desbalance contra los consumidores. Cabe preguntarse por qué esta inversión en medios probatorios no sería necesaria en sede judicial.

6.2. Debido proceso

Como quiera que el arbitraje emana de un acuerdo entre las partes, éstas son libres de determinar las reglas que gobernarán el proceso. De allí que, señalan los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo, existe la posibilidad de que dichas cláusulas contengan reglas procedimentales que no benefician a los consumidores.

Además, mencionan ejemplos en que las reglas de las instituciones arbitrales atentan contra el derecho al debido proceso. Así, señalan que la *National Arbitration Forum (NAF)* restringe a las partes el acceso a información sobre el proceso, que los litigantes sí podrían obtener en las cortes judiciales. También señalan que en la mayor parte de casos referidos a la industria de tarjetas de crédito, los árbitros deciden sobre la base de documentos presentados por la compañía, sin que el consumidor los conozca.

No sabemos los detalles de los ejemplos indicados ni por qué se producen semejantes violaciones del debido proceso, pero eso debería arreglarse cambiando las reglas, no prohibiendo el arbitraje. Para seguir con el ejemplo de los aviones, es como prohibir el transporte aéreo de pasajeros porque una aerolínea (que incluso podría ser monopólica) presta un mal servicio y no cumple con los estándares internacionales de seguridad.

6.3. Falta de transparencia

Se señala que la información emanada del proceso arbitral no puede ingresar al dominio público, a diferencia de lo que ocurre con los litigios judiciales.

Las cláusulas arbitrales surgen de un contrato y a su vez contienen un contrato, de modo que deben ser tratadas como tal. A menos que la información contractual ingrese al dominio público debido a la intervención del Estado (administración de justicia, por ejemplo), tiene que mantenerse en la esfera privada. De allí a que por eso se profundice el desequilibrio entre proveedores y consumidores hay un buen trecho por recorrer.

Esta objeción –la permanencia del litigio arbitral en la esfera privada– suena más bien a una falta de confianza. Lo que una crítica como ésta deja entrever es que hace falta la anuencia del Estado sobre el resultado del proceso, como si con ello quedara “santificado”.

6.4. Riesgo de resultados inconsistentes

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo temen que con los mismos hechos, distintos árbitros lleguen a resultados distintos, de modo que sea virtualmente imposible usar fallos arbitrales como precedentes para el futuro. Por lo menos en el Perú, ésta es la crítica más fácil de rebatir. A diferencia del *common law*, no tenemos el sistema de precedentes.

6.5. Falta de reciprocidad entre las partes

Pues en las relaciones jurídicas no hay negociación previa. Ello es más grave todavía si se tiene en cuenta que las cláusulas generales de contratación se escriben con letra pequeña y en lenguaje incomprensible para la mayoría.

En primer lugar, esta crítica deriva de un asunto mayor, que no corresponde abordar en toda su extensión en este trabajo: a los detractores del arbitraje “de consumo” no les gusta las cláusulas generales de contratación y punto. Una vez más, así como el convenio arbitral no es negociado, tampoco lo es la forma de terminar el contrato o de modificarlo, y en general, otras provisiones contractuales de no poca importancia. Elijamos entonces. ¿Nos quedamos o no con las estipulaciones estándares? ¿Favorecemos o no la contratación masiva? y por tanto ¿generamos o no un importante ahorro en negociaciones? Al menos en el Perú la respuesta ha sido afirmativa.

El segundo tema (letra chica y lenguaje incomprensible) se resuelve con estándares, pero los informativos y no los dirigistas, como decíamos al inicio. Recordemos que el derecho medular de los consumidores es a estar bien informados, y esto pasa por establecer estándares adecuados de comunicación con los usuarios, no a meterse en el contenido de sus derechos.

6.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo alegan que no hay igualdad entre las partes en lo referido al control sobre el arbitraje, al punto que muchas cláusulas confieren al proveedor la facultad de elegir al árbitro. Esto se resuelve fácilmente: prohibiendo que ello ocurra, como sucede en el Perú (artículo 26 de la Ley General de Arbitraje).

También hay la percepción generalizada de que los árbitros están más dispuestos que los jueces a favorecer a los proveedores en vez de los consumidores, teniendo en cuenta que aquéllos dependen económicamente del número de casos recibidos para resolver. En otras palabras, los árbitros tienen fuertes incentivos financieros para fallar a favor de los proveedores y no de los consumidores porque en buena cuenta ese es su negocio. Para esto, es indispensable que las compañías hagan un seguimiento de los árbitros que tienden a ser favorables a ellas y asegurarse de que sean elegidos.

Nuevamente, en el ejemplo de la aviación comercial, es como prohibirla alegando que los funcionarios encargados de dar las licencias son corruptos y que se guiarán por los sobornos que pudieran recibir de las aerolíneas que no cumplen con las regulaciones aplicables.

Pero además, si una empresa utiliza sistemas arbitrales arbitrarios, ello afectaría su prestigio comercial y perdería clientes en el largo plazo. No hay entonces incentivos claros para que ello ocurra.

6.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido

En cuanto a la preparación requerida por las partes para comparecer en un proceso arbitral, los mismos detractores dicen que las grandes corporaciones pueden hacer uso de economías de escala para fortalecer sus posiciones en el arbitraje y preparar los casos. A su vez, la ausencia de acciones de clase en sede arbitral y la naturaleza confidencial de los procesos arbitrales hacen que para comparecer en el proceso los consumidores tengan que maximizar todos sus esfuerzos en preparar el caso.

Sobre la necesidad de que los consumidores se esfuercen para vencer a los proveedores, cabe indicar que indudablemente este esfuerzo es necesario también si la controversia se ventila en sede judicial.

6.8. Falta de protección a las acciones de clase

Recuérdese que de acuerdo con la decisión *Kanitz*, los consumidores no pueden iniciar acciones de clase cuando existe un convenio arbitral válido. Este fallo generó serias preocupaciones por parte de las asociaciones de de-

fensa de los consumidores, teniendo en cuenta la importancia práctica de las acciones de clase. Critican el hecho que la principal razón para pactar arbitraje en las relaciones jurídicas estándares es impedir el uso de acciones de clase, que son eficaces armas legales que otorgan el beneficio a los consumidores de agregar pretensiones en un solo proceso y evitar así los costos y riesgos de litigar individualmente.

De hecho, los clientes individualmente considerados tienen pocos incentivos para plantear por su cuenta y riesgo acciones judiciales contra una compañía, teniendo en cuenta que los riesgos de litigar individualmente no son sólo monetarios, sino que están basados en la desconfianza de los individuos frente a las cortes, el temor al resultado, las tensiones propias del litigio, etc. Pues bien, las acciones de clase mitigan estos riesgos.

En el siguiente acápite se abordará este tema con un poco más de detalle, pues en este tema las asociaciones de consumidores sí tienen un punto.

7. ÚNICA OBJECCIÓN PREOCUPANTE. LOS "ARBITRAJES DE CLASE"

En este punto comentaremos algunas decisiones judiciales adoptadas en Estados Unidos, donde las cláusulas arbitrales en contratos de consumo no están prohibidas y donde las cortes han mostrado distintas tendencias frente a la relación de este tema con las acciones de clase¹³.

En el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el análisis sobre si una cláusula arbitral permite o no una acción colectiva es un asunto de interpretación contractual que puede ser decidido por un árbitro (no por un juez).

El fallo generó un efecto directo en el contenido de los contratos de consumo, pues para evitar ambigüedades lingüísticas que puedan llevar a un resultado como el de *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, muchas cláusulas son redactadas prohibiendo expresamente las acciones de clase en arbitrajes. Los consumidores alegan que esas restricciones caen en la doctrina de *unconscionability*, pero con éxito limitado.

Otro fallo que vale la pena mencionar es el recaído en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* en el cual la Corte de Apelaciones del Primer Circuito indicó que una prohibición de las acciones de clase contenida en una cláusula arbitral no es exigible pues con ello se restringe la aplicación de las leyes federales y

¹³ Class Arbitration Waivers: The "Severability" Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*, Feb-Apr 2007, by Scanlon, Kathleen M, Clare, James. www.highbeam.com/doc/1P3-1248285081.html

estatales sobre prácticas anticompetitivas (*antitrust*) y porque se vulnera la norma 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil.

En el caso los demandantes eran suscriptores del servicio de cable en la ciudad de Boston, y alegaron la realización de prácticas anticompetitivas (elevar artificialmente el precio del servicio mediante acuerdos de reparto de que eliminaban la competencia). En el año 2001, *Comcast Corp.* incluyó un convenio arbitral en los acuerdos celebrados con suscriptores. Entre los años 2002 y 2003 se hicieron modificaciones a las cláusulas arbitrales, prohibiendo las acciones de clase.

La Corte de Apelaciones del Primer Circuito señaló que la cláusula arbitral vulneraba las Reglas Federales del Proceso Civil, pues los consumidores no demandarían a los proveedores sin un mecanismo como la acción de clase, lo cual importaría una severa restricción a su derecho de usar acciones colectivas. Según la Corte, esto es especialmente importante tratándose de acciones *antitrust*, que involucran discusiones complejas, testimonios de expertos y múltiples transacciones.

Lo interesante es que en vez de inaplicar íntegramente la cláusula, la Corte sólo "eliminó" la prohibición de la acción de clase y ejecutó el resto de la cláusula. Resultado: un proceso con el que ninguna de las partes estaba de acuerdo. Los demandantes se quedaron con una acción de clase, pero en sede arbitral, y los demandados se quedaron con su arbitraje, pero vía *class action*.

En el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se estableció la diferencia con el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, pues en este último el contrato guardaba silencio sobre las acciones de clase, de modo que la decisión de si se podía arbitrar acciones colectivas o no, correspondía al árbitro. En cambio, el contrato estándar de *Comcast Corp.* lo prohíbe expresamente.

Mientras que en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se rechazó la prohibición de arbitrajes de clase, en otras decisiones las cortes han sostenido lo contrario (la mayoría de Cortes de Distrito habrían reconocido y aceptado las prohibiciones de acciones de clase).

En síntesis, el resultado final del caso *Kristian v. Comcast Corp.* es un "arbitraje de clase", que es una figura conceptual y procedimentalmente extraña, por ser un híbrido poco usual.

También es interesante tener en cuenta el fallo *Dale v. Comcast Corp.* del 4 de setiembre de 2007 emitido por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito, en el cual la Corte señaló que la cláusula de arbitraje obligatorio no era aplicable porque ello suponía prohibir las acciones de clase, de modo que los afectados no tenían incentivos para demandar individualmente. También indicó que las referidas exclusiones de las acciones de clase (*class action wai-*

vers) tienen que ser examinadas de manera individualizada, caso por caso, considerando todos los hechos y circunstancias, incluyendo el análisis sobre si la estipulación contractual es equitativa, teniendo en cuenta los costos de las acciones individuales frente a las posibilidades de éxito, la posibilidad de recuperar costas y costos, las preocupaciones de política pública, etc. En el caso concreto la Corte señaló que la exclusión era *unconscionable* y anuló la estipulación arbitral.

En el caso *re American Express Merchants Litigation* la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocó la sentencia de primera instancia que declaró que los demandantes debían tramitar sus discrepancias en la vía arbitral. La decisión de segunda instancia señaló por el contrario que los demandantes no podían ejercer efectivamente sus derechos sin una acción de clase en sede judicial. La Corte del Segundo Circuito efectuó un extenso análisis de la importancia y utilidad de las acciones de clase para litigar demandas que individualmente son de poca cuantía.

Lo interesante del caso es que no sustentó la inexigibilidad de la cláusula arbitral en cuestiones de *unconscionability* sino en un análisis sobre la imposibilidad práctica de demandar individualmente al proveedor del servicio. Esta decisión generó importantes consecuencias, teniendo en cuenta que fue emitida luego de que diversas Cortes de Distrito y de Circuito habían convalidado las exoneraciones de acciones de clase (*class action waivers*).

Aunque potencialmente el caso *American Express* podría generar consecuencias similares en otros aspectos de las cláusulas arbitrales (y no sólo los referidos a acciones de clase), sus efectos son, para algunos, en extremo limitados. Ciertamente, el fallo no invalida las exoneraciones de acciones de clase *per se*, sino que requiere un análisis caso por caso.

Como puede apreciarse, Estados Unidos es un país en el que a pesar de las críticas y de las distintas tendencias de las cortes, en general las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares, con exclusiones de acciones de clase, pueden ser admitidas. En esta línea, es importante mencionar las Reglas para los Arbitrajes de Clase de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (*Supplementary Rules for Class Arbitrations of the American Arbitration Association*)¹⁴.

Las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje, que se aplican a las disputas sometidas a la AAA, están vigentes desde el 8 de octubre de 2003 y fueron expedidas luego de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Green Financial Corp. v. Bazzle*, en la que, como se ha indicado, la Corte señaló que

¹⁴ www.adr.org/sp.asp?id=21936

es el árbitro y no las cortes el que decide, como un asunto de interpretación contractual, si está permitido el arbitraje de clase.

Apenas es designado, el árbitro debe determinar en un laudo parcial y fundamentado, si la cláusula arbitral permite un arbitraje de clase. Este laudo parcial se llama *Clause Construction Award*. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales si lo quieren cuestionar.

Si transcurre el plazo sin que el *Clause Construction Award* sea cuestionado judicialmente, el árbitro debe analizar luego si se dan las condiciones para tramitar la acción de clase, para lo cual debe determinar si uno o más miembros de la clase tienen facultades para representar a los demás miembros. Para esto último se tomará en cuenta si la clase es tan numerosa que los litigios individualizados serían impracticables, si hay cuestiones de hecho o de derecho que son comunes a la clase, si los intereses de la clase serán adecuadamente protegidos, y sobre todo, si cada miembro de la clase ha celebrado un acuerdo conteniendo una cláusula arbitral sustancialmente igual a la suscrita por el representante de la clase y los demás miembros de ésta.

Efectuado este análisis, el árbitro emitirá un laudo parcial y fundamentado, denominado *Class Determination Award*. En este laudo se definirá cómo se compone la clase, quién es su representante; se fijan los puntos controvertidos y otros temas. También se debe indicar cuándo y cómo pueden excluirse los miembros de la clase que así lo deseen. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales para cuestionar este laudo parcial.

Transcurrido dicho plazo sin que ello haya ocurrido, el árbitro debe emitir la Notificación de Determinación de la Clase (*Notice of Class Determination*), haciendo los mayores esfuerzos para difundirla, de modo que la mayor cantidad posible de personas pueda enterarse, de acuerdo con las circunstancias. Debe indicar la naturaleza de la acción, la definición de la clase, las pretensiones y defensas previas; debe indicar que cualquier miembro de la clase puede asistir a las audiencias, que cualquier persona puede solicitar que se le excluya de la clase; debe indicar que el laudo tiene efectos obligatorios para todos los miembros de la clase; debe indicar la información relevante sobre la experiencia del árbitro, e indicar también quién es el representante de la clase y quién ejerce la defensa final.

Finalmente, el Laudo Final (*Final Award*) se emite pronunciándose sobre el tema de la controversia. En él se debe especificar o describir a quiénes se dirigió la Notificación de Determinación de la Clase, a quiénes el árbitro identifica como miembros de la clase, y quiénes optaron por ser excluidos de la acción.

Desde luego, las Reglas de la AAA señalan que la confidencialidad propia de los arbitrajes no aplica a los arbitrajes de clase, pues las audiencias son públicas.

Teniendo en cuenta las reflexiones y los avances que sobre este tema ya se han producido, no queda más que admitir que si bien las cláusulas arbitrales en condiciones estándares presentan ventajas no rebatidas con solidez por parte de sus detractores, sí presentan un inconveniente de orden práctico: que los consumidores no pueden unir esfuerzos para litigar contra el proveedor del bien o servicio mediante acciones de clase.

¿Ello debe conducir a la derogación del artículo 15 de la Ley General de Arbitraje? Evidentemente no. Lo que debe ocurrir más bien, es empezar a pensar en respuestas que concilien tres necesidades: la de propiciar la difusión del arbitraje como mecanismo eficiente de solución de conflictos; la de lograr esa difusión mediante la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos estándares, asegurando un adecuado mecanismo de formación de la voluntad; y finalmente, permitiendo que los consumidores sujetos a jurisdicción arbitral puedan aprovechar las sinergias propias de las acciones de clase.

Las primeras dos necesidades (difundir el arbitraje y hacerlo mediante cláusulas generales de contratación) ya han sido abordadas correctamente por la Ley General de Arbitraje. Lo que le falta es permitir que los consumidores que se sientan afectados se organicen para litigar conjuntamente contra el proveedor del bien o del servicio.

En efecto, a pesar de ser una norma correcta, el artículo 15 de la LGA es una norma incompleta pues no aborda un tema sobre el cual el legislador peruano debería empezar a pensar (y que en otras jurisdicciones ha suscitado no pocos desencuentros): la posibilidad de litigar en sede arbitral las “acciones de clase” o *class actions*.

Ya hay un avance en los artículos 128 a 131 del Código del Consumidor, que regula la defensa colectiva de los consumidores (para defender tanto intereses colectivos como difusos). Esta defensa colectiva puede hacerse tanto en sede administrativa a través de las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el INDECOPI, como en sede judicial, siendo dicha entidad la que, de oficio, puede promover procesos judiciales en los que puede acumular pretensiones de indemnización, reparación o sustitución de productos y en general cualquiera que sea necesaria para proteger a los consumidores afectados. La norma no menciona que la defensa colectiva puede realizarse por la vía arbitral.

El Código del Consumidor ya aborda las complejidades propias de las acciones de clase, pues entre otras disposiciones, señala que el INDECOPI representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su

voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas las publicaciones.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, la indemnización será cobrada por el INDECOPI, que luego prorrateará su monto o velará por la ejecución del fallo entre los consumidores que se apersonen ante dicha entidad, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

8. EL "ARBITRAJE DE CONSUMO"

Una cosa es el "arbitraje en las relaciones de consumo" y otra el "arbitraje de consumo". Existe una suerte de relación género a especie, pues el primero, que da título a este trabajo, comprende tanto los convenios arbitrales a que se refiere el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje como el llamado "arbitraje de consumo" a que se refieren los artículos 137 a 144 del Código del Consumidor. La regulación de este último se inspira en las normas emitidas en España, y consiste en un procedimiento extrajudicial voluntario en el que se encomienda a un Colegio Arbitral la resolución de una controversia, con la misma eficacia que una sentencia judicial¹⁵.

En 1986 en España comenzó a desarrollarse la experiencia piloto del arbitraje de consumo, antes de su regulación legal, para conocer así las necesidades reales de su funcionamiento y evaluar la aceptación entre consumidores y empresarios o comerciantes. Esta idea surgió, como ocurrió en el Perú con el cambio de enfoque en la protección de los consumidores, debido a los inconvenientes de la vía judicial, que desanimaban a la mayoría de los consumidores, dejando los conflictos sin resolver. No hay que olvidar que los conflictos de consumo suelen involucrar discusiones de pequeña cuantía.

En 1993 se aprobó el Real Decreto 636/93 (posteriormente se emitió el Real Decreto 231/2008) regulando el Sistema Arbitral de Consumo, con la intervención de dos tipos de órganos, uno encargado de la administración del arbitraje (Juntas Arbitrales), y otros que son quienes conocen de la controversia concreta y emiten el laudo (los Colegios Arbitrales).

En el Perú, repito que bajo la inspiración de la norma española, el Código del Consumidor ha creado el Sistema de Arbitraje de Consumo, que aunque apunta a disminuir la carga procesal del INDECOPI, lamentablemente deja algunas dudas importantes sin resolver. El Decreto Supremo N° 046-2011-PCM aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

¹⁵ <http://www.uncuma.org/Resources/ARB1001E.pdf>

Este sistema se basa en dos pilares: de un lado, las juntas arbitrales que INDECOPI crea en cada localidad, en coordinación con los gobiernos locales y regionales, y del otro lado, los órganos arbitrales, que cuando son colegiados (controversias superiores a 5 Unidades Impositivas Tributarias), son integrados por un árbitro propuesto por la entidad estatal en la que se constituye la junta arbitral, por uno propuesto por las asociaciones de consumidores y por uno propuesto por las organizaciones empresariales.

Como en España, las juntas arbitrales de consumo otorgan un distintivo oficial a las empresas que ofrezcan someterse al arbitraje de consumo, de modo que los clientes puedan enterarse de ello antes de ingresar al establecimiento comercial. El distintivo oficial supone garantizar al consumidor que los posibles conflictos se resolverán rápidamente. El Sistema de Arbitraje de Consumo permite a las dos partes resolver las controversias sin gastos y sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Aunque excede a los límites de este trabajo hacer un examen detallado de los aciertos y desaciertos del Sistema de Arbitraje de Consumo, es un acierto que vale la pena comentar el hecho que, respetando el principio de *kompetenz-kompetenz*, el órgano arbitral sea el único competente para decidir su propia competencia. El desacierto que causa perplejidad es la omisión absoluta sobre la forma en que se garantiza la gratuidad del arbitraje, teniendo en cuenta que además los árbitros prestan servicios que deben ser remunerados.

Finalmente, el artículo 145 del Código del Consumidor señala que el sometimiento del consumidor al arbitraje de consumo (dice "voluntario" pero ello es evidente) excluye la posibilidad de que el consumidor inicie un procedimiento administrativo o pretenda beneficiarse con medidas correctivas dictadas por la autoridad de consumo en los procedimientos de defensa colectiva que ésta inicie. Estamos de acuerdo con la norma, pero igual criterio debería aplicarse si un consumidor acude al arbitraje previsto en el artículo 15 de la Ley General de Arbitraje, que no es "de consumo" en los términos del Código del Consumidor.

No es el propósito de este trabajo delinear todos los temas que deberían abordarse en la norma que regule los arbitrajes de clase y los arbitrajes de consumo, sino simplemente poner algunos temas en la mesa de debates. Sólo así se descartará de plano la tesis según la cual las cláusulas arbitrales en las relaciones jurídicas estándares colocan a los proveedores en la situación "Cara, yo gano; sello, tú pierdes".

Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos

FELIPE OSTERLING PARODI (*)

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ (**)

SUMARIO: 1. *Palabras liminares.* 2. *Introducción al tema y supuestos.* 3. *Reconocimiento del laudo parcial en los Reglamentos de Centros Arbitrales Peruanos.* 4. *Materias sobre las cuales se puede expedir un laudo parcial.* 5. *Conveniencia y oportunidad de la emisión de laudos arbitrales parciales.* 5.1 *Resolver cuestiones o controversias previas.* 5.2. *Conciliación o transacción parcial de algún punto de la controversia entre las partes.* 5.3. *Resolver algún punto controvertido de forma anticipada en controversias con pluralidad de partes o de títulos.* 5.4. *Resolver materias de especial complejidad.* 6. *Efectos del laudo parcial.* 7. *Anulación del laudo parcial: Oportunidad para plantear el recurso de anulación y para el trámite.*

1. PALABRAS LIMINARES

Conocí a BERNARDO CREMADES y a YVES DERAINS a fines de mayo de 1996, cuando integré con ellos un tribunal arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de París, cuya sede fue la ciudad de Zürich, Suiza.

Se trató de un caso de singular complejidad e importancia que determinó que se efectuaran ocho o nueve audiencias en la ciudad de Zürich y una audiencia en París, en el lapso de los aproximadamente cinco años que duró el arbitraje.

(*) Doctor en Derecho y abogado en ejercicio. Socio principal del Estudio Osterling S.C. Profesor Principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

(**) Socio del Estudio Osterling S.C. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Con ese trato personal relativamente frecuente y las permanentes comunicaciones por teléfono y escritas que mantuvimos entre los árbitros, fui testigo de excepción de las altas calidades personales y profesionales de BERNARDO CREMADES e YVES DERAINS, con quienes desde esa época me unen estrechos vínculos de amistad.

Años después fui árbitro de la American Arbitration Association en un tribunal que tuvo su sede en París y que presidió YVES DERAINS.

Los lazos de amistad a los que he aludido se han vigorizado por haber estado tanto con BERNARDO como con YVES en Lima, con motivo de visitas que han efectuado a esta ciudad.

Cuando hablo de los profesores CREMADES y DERAINS me estoy refiriendo, sin duda, a dos de los árbitros más ilustres y reconocidos por la comunidad internacional. Nada más justo, por ello, que el merecido homenaje que se les rinde y en el cual me honro en participar.

FELIPE OSTERLING PARODI

2. INTRODUCCIÓN AL TEMA Y SUPUESTOS

Los laudos parciales permiten que el Tribunal Arbitral se enfoque en determinados temas de la controversia sin resolverla íntegramente y dejando pendientes otros aspectos. Así, se señala que “el típico ejemplo de ‘laudo final’ es aquel mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento. Pero también puede ser considerado ‘laudo final’ aquel que culmina la tarea de los árbitros, luego de que se hayan dictado uno o más ‘laudos parciales’. En ese sentido, siempre existirá un último (o a veces único) laudo con el que los árbitros darán por concluida sus funciones, pero, en el camino, es decir, durante la secuela de las actuaciones arbitrales, los árbitros tendrán la facultad (salvo pacto en contrario de las partes) de dictar uno o más laudos parciales”¹.

Ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en un laudo parcial no pondrá fin al litigio, pero podrá resolver aspectos esenciales para una mejor claridad en la resolución de la controversia integral mediante el laudo final.

En efecto, un laudo parcial “está referido a aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento de un tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver (sea en otro laudo parcial o en el laudo final) el resto del conflicto”².

¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Fondo Editorial de la UPC. Lima. 2007. p. 74.

² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. Cit., p. 297.

Dentro de las modalidades de laudos parciales tenemos los denominados laudos interlocutorios, en virtud de los cuales los árbitros resuelven cuestiones procedimentales accesorias. Al respecto, tomando como base lo dispuesto por el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional³, se señala que “(...) los árbitros tienen facultad para dictar resoluciones sobre cuestiones incidentales y sobre las cuestiones previas que sea necesario resolver antes de analizar el fondo de la cuestión (...) Por lo tanto el Tribunal Arbitral podrá dictar también laudos provisionales, interlocutorios o parciales (...)”⁴.

Otro supuesto de laudo interlocutorio es cuando las partes solicitan al Tribunal Arbitral que dicte un laudo arbitral para homologar la transacción que pudieran haber suscrito sobre la materia controvertida. En efecto, “puede también presentarse el caso en que las partes concilien sus pretensiones y le pidan a los árbitros la expedición de un laudo en los términos que han convenido, por lo que corresponde un laudo interlocutorio”⁵.

Diversa hipótesis de laudo parcial es el denominado laudo estimatorio de la excepción, el mismo que se pronuncia sobre los mecanismos de defensa previa que hubiera presentado la parte demandada, declarando la improcedencia de la demanda. Este tipo de laudo podría impedir la continuación del arbitraje, lo que determinaría la imposibilidad de analizar el fondo de la controversia mientras el laudo no quede firme o esté pendiente el recurso de anulación que pudiera interponer el afectado. Ciertamente, la parte afectada se encontrará facultada para acudir al Poder Judicial mediante un recurso de anulación del laudo que, de declararse fundado, podrá levantar la improcedencia declarada por el laudo parcial y, consecuentemente, discutir el fondo del asunto.

En efecto, queda claro que si el laudo, ya sea parcial, interlocutorio, preliminar, provisional o estimatorio de la excepción, pone fin a todo el proceso, aun cuando los árbitros no se hayan pronunciado sobre el fondo del asunto, la parte afectada con dicho laudo está facultada para interponer un recurso de anulación contra el laudo parcial. Este tema y sus implicancias serán tratados con mayor detalle en el acápite final del presente artículo.

³ En el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional la expresión laudo hace referencia, entre otros, a un laudo interlocutorio, parcial o final.

⁴ LEDESMA, Angela. Eficacia del Laudo. En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Cultural Cuzco A.C. 1989.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Gaceta Jurídica, 2008. p. 125.

3. RECONOCIMIENTO DEL LAUDO PARCIAL EN LOS REGLAMENTOS DE CENTROS ARBITRALES PERUANOS

Como referencia de la regulación del arbitraje institucional en el Perú, cabe señalar que la facultad del Tribunal Arbitral de emitir laudos parciales ha sido expresamente reconocida por los reglamentos de arbitraje de los principales Centros de Arbitraje de Lima, a saber:

a) Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

El Reglamento de Arbitraje de la CCL, en su artículo 54, recoge expresamente la posibilidad de emitir laudos parciales:

“Formalidad del laudo

Artículo 54.-

(...)

2. El Tribunal Arbitral está facultado para emitir laudos parciales sobre cualquier cuestión que se haya determinado como materia sujeta a su pronunciamiento, si así lo estima conveniente, continuándose con el arbitraje respecto al resto de ellas. Estos laudos podrán ser recurridos en anulación luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso”.

b) Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM).

El Reglamento de Arbitraje de AMCHAM señala en su artículo 32 que el Tribunal Arbitral *“podrá dictar laudos parciales sobre diferentes aspectos de la controversia. Estos laudos tendrán el mismo valor y los mismos efectos que el laudo final”.*

c) Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la PUCP menciona en el artículo 65 que los árbitros podrán decidir la controversia en un solo laudo o en varios laudos parciales, de considerarlo conveniente.

d) Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CAL).

El Reglamento de Arbitraje del CAL, en su artículo 54, también regula la facultad del Tribunal Arbitral para expedir laudos parciales dentro de un arbitraje.

4. MATERIAS SOBRE LAS CUALES SE PUEDE EXPEDIR UN LAUDO PARCIAL

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje (aprobada por Decreto Legislativo N° 1071) reconoce la posibilidad de dictar laudos parciales sobre:

i) la competencia de los árbitros,

- ii) cualquier discrepancia vinculada al Convenio Arbitral, o
- iii) cualquier otra incidencia sobre lo que es materia controvertida (sin resolver el fondo) y que podría ser impugnada vía un recurso de anulación conjuntamente con el laudo final.

Otros ejemplos de laudos parciales, sobre temas de forma, pueden expedirse cuando se suscite alguna controversia sobre el derecho aplicable, el idioma o el lugar del Arbitraje, por ejemplo, tal como lo indica Montero Muriel, al señalar que “en otros casos, a los que la Ley de Arbitraje no hace referencia expresa, también puede plantearse la oportunidad de resolver ciertas controversias mediante un laudo parcial. Éstos son, por ejemplo, supuestos en los que las partes mantienen disputas sobre el derecho aplicable a la relación jurídica cubierta por el convenio arbitral, sobre el idioma o bien sobre el lugar del arbitraje”⁶.

Como se puede advertir, los laudos parciales pueden emitirse sobre aspectos que se presenten en las diferentes etapas del proceso y sobre diversas materias.

Ahora bien, el contenido el laudo parcial puede ser muy flexible, al punto de pronunciarse sobre materias que también podrían haber sido objeto de una resolución que no alcance la condición de laudo. En tal sentido, es preciso establecer en qué supuestos nos encontraremos ante un laudo parcial y en qué casos ante una resolución del Tribunal Arbitral que resuelva materias trascendentes, sin alcanzar el *status* de laudo.

Al respecto, como sucede hoy en la mayoría de ordenamientos y en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), no existe en las normas que regulan el arbitraje una definición formal de lo que debe entenderse por laudo arbitral parcial o definitivo⁷.

Al respecto, Fernando Cantuarias agrega que “en efecto, cuando se discutió el contenido de lo que hoy es la Ley Modelo de UNCITRAL, se propuso definir al laudo de la siguiente manera: ‘El término laudo hace referencia a un laudo final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión aunque, en este último caso, sólo se tratará de un laudo si el tribunal denomina de tal manera a la decisión que adopte’.

⁶ MONTERO MURIEL, Félix. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2005. p. 352 citado por VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación. En Revista Peruana de Arbitraje N° 9. p 88.

⁷ MATHEUS, LÓPEZ, Carlos Alberto. Introducción al Derecho de Arbitraje. Semper Veritas Ediciones S.A.C. Lima. 2006. p. 172.

Sin embargo, al final se optó por no incluir definición alguna, debido a que no existió consenso acerca del concepto 'laudo' y del contenido exacto de los diferentes tipos de laudos que pueden dictar los árbitros"⁸.

En este sentido, para poder distinguir un laudo parcial de una resolución que absuelve parte del trámite de un proceso arbitral, el laudo parcial deberá cumplir con las características de todo laudo, en cuanto a la emisión de una opinión sobre el fondo del asunto (o parte de él) y como resolución donde el Tribunal Arbitral ejerce su poder de decisión.

En efecto "el laudo es un acto jurídico, de naturaleza jurisdiccional y procesal, como acabamos de advertir, absolutamente autónomo respecto del convenio arbitral. Es en el laudo que los árbitros ponen en evidencia su independencia e imparcialidad, su probidad, en suma"⁹.

El criterio que prevalece para otorgar a una decisión del Tribunal Arbitral la condición de laudo parcial se sustenta, fundamentalmente, en la decisión expresa del Tribunal de otorgarle tal condición. Ciertamente, las resoluciones que expida el Tribunal Arbitral a las que no se les otorgue la condición de laudos parciales, no podrán ser consideradas como tales.

5. CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA EMISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES PARCIALES

La práctica arbitral enseña que es conveniente y útil para las partes la resolución de controversias que sirvan como premisas para aspectos más complejos de la misma, lo cual permitiría evitar un dispendio de actividad procesal. Es el caso de las controversias cuya solución pasa por el análisis de presupuestos esenciales de definir antes de entrar al fondo del tema, o a una actividad probatoria compleja que solo resultaría pertinente en tanto las cuestiones previas hayan sido resueltas.

Así tenemos supuestos donde debe determinarse si el demandado ha incurrido en responsabilidad civil o no, antes de entrar a la probanza del monto del daño; o cuestiones previas sobre la determinación del idioma del arbitraje, sede del arbitraje, excepciones procesales, entre otros.

5.1. Resolver cuestiones o controversias previas

Como explica Barragán Arango, "por muchos años se ha considerado que el laudo arbitral es la expresión de los árbitros, en virtud de la cual finaliza

⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos. En: Revista Peruana de Arbitraje N°. 9. 2009. pp. 72-73.

⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Manual de Derecho Arbitral. Gaceta Jurídica, 2008. p. 124.

la disputa que se ha puesto en su conocimiento". En otras palabras, tradicionalmente se ha considerado que así como el Poder Judicial solo emite una sentencia, el árbitro solo dicta un laudo.

Sin embargo, el arbitraje se encuentra regido por principios de libertad procedimental y oportunidad en cuanto a las formas, lo que determina la aparición de figuras que permitan un pronunciamiento más ordenado del Tribunal Arbitral. Es el caso de los laudos arbitrales que se expiden sobre cuestiones incidentales, pero que podrían generar demoras o complicaciones en el trámite del arbitraje, tales como la ley aplicable, el idioma, el lugar del arbitraje, entre otros. Estos temas son frecuentemente resueltos mediante un laudo parcial.

5.2. Conciliación o transacción parcial de algún punto de la controversia entre las partes

Conforme se ha señalado, el laudo parcial es frecuentemente emitido a solicitud de las partes para homologar el acuerdo sobre alguna materia de la controversia.

Cabe advertir que, si bien bajo la ley peruana la transacción extrajudicial surte los efectos de la cosa juzgada, la emisión de un laudo parcial permite dejar constancia de dicho acuerdo procedimentalmente en el trámite del arbitraje y restringir el fallo final de los árbitros a los aspectos de la controversia que no hubieran sido objeto de la transacción. Así, de conformidad con el artículo 50.1 de la Ley de Arbitraje, a solicitud de las partes el Tribunal Arbitral podrá hacer constar la transacción en forma de laudo en los términos convenidos por las partes, sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

5.3. Resolver algún punto controvertido de forma anticipada en controversias con pluralidad de partes o de títulos

Otro supuesto en que resulta conveniente la emisión de laudos parciales es cuando existen varios actos jurídicos que dan origen a la controversia o varias partes involucradas en la misma. En dicho escenario, resulta especialmente importante dejar sentado cuáles son los temas de cada acto jurídico que serán materia de la discusión y cuál será la participación de cada una de las partes en dicho tema. En estos supuestos, resulta necesario que la controversia quede ordenada, de modo que las partes intervinientes puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

En este caso, el laudo parcial tendrá por objeto establecer antes de entrar al fondo de la controversia, cuáles de dichas cuestiones son comunes a todas las partes y el grado de vinculación de dichas cuestiones con los actos jurídicos que pudieran estar involucrados.

5.4. Resolver materias de especial complejidad

Sobre el particular, “puede ser útil apelar a laudos parciales sobre el fondo en controversias de extraordinaria complejidad o en aquellas que afectan multiplicidad de partes o contratos. En estos casos, la práctica arbitral demuestra que puede ser útil dictar un laudo sobre responsabilidad contractual únicamente, dejando para una fase ulterior la determinación del daño indemnizable sobre todo cuando la prueba del daño puede conllevar gastos probatorios importantes que se reducirían (al delimitar el ámbito de la prueba) una vez que se conozca cuál es la parte que debe ser indemnizada y, por ende, probar el daño sufrido”¹⁰.

Otro supuesto es cuando existen aspectos técnicos esenciales para la comprensión de la controversia cuya resolución permitiría a las partes y a los árbitros tener mayor claridad sobre los demás aspectos de la misma. En tales casos, la emisión de un laudo parcial contribuye al esclarecimiento del fondo de la materia y le da un enfoque más claro al trabajo de los árbitros para resolver la controversia y a los argumentos de las partes para presentar sus posiciones.

6. EFECTOS DEL LAUDO PARCIAL

Al respecto, los incisos 1) y 2) del artículo 59 de la Ley de Arbitraje disponen que “*todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento*” y “*produce efectos de cosa juzgada*”. Aquí la Ley no distingue entre laudo final y laudo parcial, por lo que resulta claro que el laudo parcial es igualmente definitivo y vinculante respecto a la materia sobre la que se hubiera emitido.

Otro de los efectos del laudo parcial en que se asemeja al laudo definitivo, es que en el caso de este último, la consecuencia es hacer que los árbitros cesen en su función, salvo para resolver las solicitudes de aclaración, corrección o integración del laudo que pudieran formular las partes. Lo mismo ocurre en el caso del laudo parcial, donde las materias objeto de pronunciamiento no podrán ser abordadas nuevamente por los árbitros, salvo para atender pedidos aclaratorios de las partes con relación al laudo emitido.

En consecuencia, dictado un laudo, sea éste parcial o final, la parte interesada podrá solicitar al tribunal arbitral la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y, además, su anulación ante el Poder Judicial.

¹⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos. *Ibid.* pp. 76-77.

7. ANULACIÓN DEL LAUDO PARCIAL: OPORTUNIDAD PARA PLANTEAR EL RECURSO DE ANULACIÓN Y PARA EL TRÁMITE

De conformidad con el artículo 62¹¹ de la Ley de Arbitraje, contra un laudo arbitral sólo puede interponerse un Recurso de Anulación según las causales taxativamente establecidas en el artículo 63 de la misma Ley.

En este caso, la falta de precisión de la Ley de Arbitraje peruana –y el silencio de la Exposición de Motivos– sobre si la referencia a “laudo” incluye tanto al “laudo final” como al “laudo parcial”, genera implicancias que deben tenerse en cuenta con relación a la interposición de recursos de anulación contra laudos parciales y la posible interferencia de la tramitación del recurso de anulación ante el Poder Judicial con el arbitraje.

En principio, la hermenéutica jurídica nos permite interpretar que la falta de distinción de la Ley de Arbitraje entre laudo parcial y final, determina que el recurso de anulación pueda ser interpuesto tanto contra un laudo final, como contra un laudo parcial. Sin embargo, en el caso de la presentación de recursos de anulación contra un laudo parcial, se presentan inconvenientes de carácter procesal.

En efecto, con la interposición de un recurso de anulación contra un laudo parcial se podría generar una situación en la cual el recurso de anulación se tramite ante el Poder Judicial, simultáneamente con el arbitraje que todavía tiene pendiente la expedición del laudo definitivo. Asimismo, si una vez emitido el laudo definitivo, la parte que resulte desfavorecida interpusiera un recurso de anulación, dicho recurso se tramitaría de manera independiente al recurso de anulación interpuesto contra el laudo parcial. Tal temperamento determinaría la existencia de recursos de anulación independientes (tanto para el laudo parcial como para el final) que se tramitarían en paralelo, lo cual generaría el riesgo de que el Poder Judicial emita pronunciamientos discordantes contra laudos (parcial y final) provenientes de un mismo arbitraje.

En opinión de Villa-García, el buen sentido nos indica que en un arbitraje podrá interponerse un solo recurso de anulación contra el laudo final y donde se podrá incluir lo resuelto en los laudos parciales¹².

Con relación a esta situación, comentado la Ley General de Arbitraje derogada, se señalaba que el problema se presentaba cuando la parte que no estaba de acuerdo con un laudo parcial, debía interponer el recurso de anulación inmediatamente después que se expediera.

¹¹ VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 9. 2009. pp. 104-105.

¹² VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 9. 2009. pp. 104-105.

En efecto, no obstante las distintas denominaciones que se le atribuían en la antigua Ley a aquella decisión de los árbitros que ponía fin a todo proceso arbitral o a una de las pretensiones planteadas de manera previa y sin pronunciamiento sobre el fondo, dicha decisión podía ser perfectamente cuestionada mediante el recurso de anulación del laudo.

Con relación al momento en que debía plantearse dicha impugnación, quedaba claro que si el laudo, llámese parcial, interlocutorio, preliminar, provisional o estimatorio de la excepción, ponía fin a todo el proceso, aun cuando los árbitros no se hubieran pronunciado sobre el fondo del asunto, la parte afectada con dicho laudo debía proceder a impugnarlo.

Sin embargo, según hemos referido, se presentaba un problema de índole procesal para aquellos laudos parciales que pusieran fin a una parte de la controversia sometida a la decisión de los árbitros, en la medida en que el proceso arbitral continuaba respecto de las demás pretensiones sobre las cuales no hubiera recaído pronunciamiento alguno.

En este caso, la parte afectada por la decisión de los árbitros que ponía fin a determinada pretensión, debía igualmente plantear la anulación del laudo parcial respecto de dicha decisión del Tribunal Arbitral ante el Poder Judicial.

En efecto, el Juez que conocía del recurso de anulación, debía solicitar a los árbitros o a la institución arbitral, la remisión del respectivo expediente a efectos de emitir pronunciamiento; sin embargo, el expediente aun se encontraba en trámite en sede arbitral respecto de aquellas controversias no resueltas.

Es por eso que, a efectos de no vulnerar el derecho de defensa de la parte impugnante, el Juez dejaba en suspenso la tramitación del recurso interpuesto, hasta que el Tribunal Arbitral emitiera pronunciamiento respecto de las controversias subsistentes al momento de la interposición del recurso de anulación del laudo parcial.

Cabe señalar que en ningún caso la parte afectada con un laudo parcial se debía reservar el derecho de impugnar, vía recurso de anulación, el mismo, al momento de la conclusión definitiva del proceso arbitral, pues ello implicaba haber perdido el derecho a impugnar dicho laudo parcial¹³.

Teniendo en cuenta la coyuntura existente durante la vigencia de la antigua Ley General de Arbitraje que hemos descrito, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima efectuó un gran avance en la materia al establecer en su artículo 54¹⁴ que los laudos parciales podían ser impugnados con el recurso de anulación, una vez emitido el laudo final.

¹³ MOLERO RENTERÍA, Alberto y PÉREZ-ROSAS PONS, Juan José. Op. Cit.

¹⁴ "Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley de Arbitraje vigente, las excepciones a la interposición inmediata de un recurso de anulación contra un laudo en el Perú se encuentran previstas en los incisos 4) y 5) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje¹⁵.

En efecto, el inciso 4) establece que si el tribunal arbitral desestima excepciones o cuestiones previas, es decir, emite un laudo parcial, esta decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación cuando se resuelva definitivamente el fondo de la controversia.

Por su parte, el inciso 5) dispone que si el tribunal arbitral, como cuestión previa, ampara solo parcialmente la excepción de incompetencia (es decir, dicta un laudo parcial), dicha decisión solo podrá ser impugnada en anulación luego de que se emita el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Esta medida de la Ley significa una solución al problema anotado en el caso de los laudos parciales emitidos cuando existe cuestionamiento a la competencia del Tribunal Arbitral y cuando resuelve cuestiones previas, debiendo observarse el criterio anotado.

En nuestra opinión, la solución legislativa resulta la más acertada. Cabe señalar que en los supuestos no previstos en los incisos 4) y 5) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando la parte afectada presente recurso de anulación, sería

(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia”.

¹⁵ “Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia”.

razonable que el Poder Judicial suspendiera la tramitación de dicho recurso hasta que se interponga el recurso de anulación contra el laudo final, para lo cual se deberán acumular todos los recursos de anulación interpuestos a efectos de ser resueltos de manera conjunta.

La cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA^(*)

Tuve el honor de conocer tanto al Prof. IVES DERAINS como al Prof. BERNARDO CREMADES hace muchos años, aunque en circunstancias distintas.

AL Prof. DERAINS lo conocí a través de su magnífico libro, publicado en España, sobre la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Era la primera vez que quienes estábamos interesados en el arbitraje podíamos estudiar una amplia gama de laudos y seguir los razonamientos de otros árbitros. Hasta entonces, esto había sido imposible porque primaba la tesis de que, siendo el arbitraje un contrato, no podía revelarse nada de su contenido sin autorización expresa de ambas partes. De esta forma, debido a una sobrestimación de la tesis contractual del arbitraje, esta rama del Derecho quedaba condenada a progresar muy lentamente por falta de comunicación. A diferencia de lo que sucede con las sentencias y resoluciones del Poder Judicial que son usualmente publicadas y comentadas, aquellos profesionales dedicados al arbitraje estaban incapacitados de formarse con la experiencia de los mayores y algún día dar ocasión a que sus laudos formen a su vez a los árbitros que siguen. En esta forma, el razonamiento arbitral no se veía enriquecido con la confrontación académica sino solamente en términos generales a través de los Tratados; pero la vivencia del arbitraje, el arbitraje como parte de la vida, quedaba cubierto por el velo de la confidencialidad.

IVES DERAINS rompió audazmente este principio retrógrado. Porque si bien en algunos casos la confidencialidad es necesaria y debe ser respetada cuando

^(*) Profesor y Ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Relaciones Exteriores. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies Granda Abogados.

ambas expresamente la solicitan fundamentándola en razones adecuadas, soy de opinión que el laudo arbitral y las decisiones en materia de jurisdicción deberían, como norma general, ser publicadas. Para evitar reclamaciones de las partes, IVES DERAÏNS suprimió todos los nombres propios de personas y de empresas en su obra. Sin embargo, era fácil adivinar quiénes eran los involucrados por el contexto de los hechos. Pero, sin temor a recibir críticas de los sectores más tradicionales, el Prof. DERAÏNS decidió afrontarlas colocando por encima de todo los intereses del Derecho.

Al profesor CREMADES lo conocí en Lima, en una visita que hizo a Lima a fin de ayudarnos en la redacción de la primera Ley de Arbitraje que tendría el Perú. Y me ocurrió un hecho simpático que recuerdo muy gratamente. En los días anteriores habíamos estado discutiendo en el Perú sobre los pasos previos al arbitraje. Y prácticamente todos los que tenían interés en el tema hablaban de manera muy natural, como algo ineludible, de la existencia de una cláusula compromisoria que aparecía en el contrato principal y que debía completarse al momento en que se presentara la controversia con un compromiso arbitral, como había sido siempre en el Perú de acuerdo a las normas del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, personalmente había tenido una pésima experiencia con ese formato porque cuando había que redactar el compromiso arbitral precisando el objeto del arbitraje era cuando ya las partes no eran amigas (como en el caso de la redacción del contrato principal) sino que ahora tenían un pleito de por medio. Por consiguiente, conseguir un acuerdo para el texto del compromiso resultaba muy difícil. En realidad, se estaba pidiendo a las partes que hicieran previamente el trabajo de fijación de puntos controvertidos que en realidad era parte del proceso arbitral. Adicionalmente, como estrategia, el demandado ponía todas las dificultades posibles en la precisión del tema para de esta manera dilatar el inicio del procedimiento. Mucho más lógico me parecía que sobre la base de la cláusula arbitral se iniciara el arbitraje y que los puntos controvertidos se establecieran ya en el proceso con la presentación por las partes de sus respectivas posiciones, como sucede en un juicio ante el Poder Judicial.

Pero en ese entonces yo era un abogado joven, lo que automáticamente me atribuía la cualidad o el defecto de tener poco respeto por la tradición. En estas circunstancias, me era muy difícil convencer a mis maestros de algo tan apartado de lo que ellos estaban acostumbrados. Es entonces que tuvo lugar la visita del Prof. CREMADES al Perú Y cuando la reunión formal había terminado, ya en un ambiente más informal, delante de mis profesores y colegas, me atreví a hacerle la pregunta que me inquietaba: ¿es demasiada locura pensar en la supresión del compromiso arbitral y pasar directamente de la cláusula compromisoria al proceso mismo? Y el Prof. CREMADES contestó de inmediato

que no sólo no era infracción alguna a la teoría del arbitraje sino que incluso esa era la tendencia actual que se estaba aplicando en los arbitrajes internacionales. Obviamente, después de esa aclaración, la primera Ley peruana de Arbitraje introdujo esa modificación que cambió totalmente el sentido y la eficiencia del proceso arbitral.

Años más tarde, tuve oportunidad de estar con IVES DERAINS y con BERNARDO CREMADES (aunque de lejos) en un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional en el que ambos fueron árbitros y donde presenté un informe oral sobre un tema vinculado al velo societario, en una audiencia que tuvo lugar en París.

Posteriormente, el Prof. DERAINS vino al Perú para dar unas conferencias sobre arbitraje en la Cámara de Comercio de Lima. Siempre con su espíritu innovador, convirtió una de las conferencias en un arbitraje simulado, en el que me correspondió ser uno de los árbitros, y que se desarrolló con gran lucimiento de nuestros estudiantes, los jóvenes abogados de las partes.

Por todo ello, me complace mucho participar en este libro con el objeto de agradecerles a IVES DERAINS y a BERNARDO CREMADES lo mucho que han hecho por el Derecho, por el arbitraje en el mundo y, muy particularmente, por el arbitraje en el Perú.

La doctrina Calvo, fruto de un eminente internacionalista uruguayo-argentino del S. XIX, se basaba fundamentalmente en el principio de que es necesario establecer una igualdad de tratamiento a todos los inversionistas privados. Por ese motivo, las controversias entre nacionales y extranjeros en materia de inversión o entre inversionistas extranjeros y Estados receptores debían ser resueltas por el Poder Judicial del país donde tenía lugar la inversión, al igual que en el caso de las controversias entre empresas nacionales o entre éstas y el Estado.

Ello llevó a que ciertos países latinoamericanos incorporaran en sus contratos con inversionistas extranjeros la llamada "cláusula Calvo", que establecía la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial del país receptor de la inversión.

Sin embargo, era claro que estas controversias podían ser de dos naturalezas, como antes se ha indicado: a) las que surgen entre el inversionista extranjero y sus socios o proveedores locales, esto es, en sus relaciones con empresarios privadas nacionales; y b) las controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión.

En el primer caso, la doctrina Calvo parece justa como principio. Sin embargo, resulta razonable que el inversionista extranjero tema que el Poder Judicial local favorezca a la parte local y, sin necesariamente faltar a la ley, adopte una visión del caso más favorable o simpática en favor de la parte

nacional, lo que puede influir en la interpretación de la ley. Por ese motivo, en la época post-Calvo, fin de dar confianza al inversionista, se mantuvo el principio de igualdad pero se varió su puesta en ejecución: las partes, nacional y extranjera, podían de común acuerdo determinar el fuero ante el cual debían ventilar sus controversias, pudiendo ser éste el correspondiente a la nacionalidad de una u otra parte o también un fuero de un tercer país independiente de ambas partes. Es así como muchos pleitos en materia de seguros eran sometidos a tribunales de Inglaterra y otros litigantes –particularmente cuando una de las partes era latinoamericana y la otra europea– se acogieron al fuero del Estado de New York.

Dado que hoy en día –más de cien años después de Calvo– se ha desarrollado un amplio y variado sistema de arbitraje internacional a cargo de expertos de todas las nacionalidades (Argentina, el país de Carlos Calvo, cuenta con expertos internacionales de primerísimo nivel), en la mayor parte de los países la legislación nacional permite que las personas naturales o jurídicas privadas puedan resolver los conflictos patrimoniales que pudieran surgir entre ellas mediante arbitrajes llevados a cabo por extranjeros y en país extranjero, donde los nacionales y los inversionistas de otros países encontrarán absoluta imparcialidad, lo que asegura el trato igual. El Código Civil peruano de 1984 establece que los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros¹ y además permite que, tratándose de controversias de carácter patrimonial, es posible que las partes elijan un tribunal extranjero o le proroguen jurisdicción en su favor².

En el segundo caso, tratándose de conflictos entre inversionistas privados extranjeros y Estados receptores de la inversión, la situación cambia radicalmente y se vuelve más compleja.

En estas condiciones, someter el conflicto a la resolución del Poder Judicial local como imponía la cláusula Calvo era, de alguna manera, darle la solución a una de las partes;

¹ Código Civil peruano de 1984: “artículo 2046.- Los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras” En realidad, las limitaciones a que se refiere la segunda parte de la norma son absolutamente extraordinarias e implican sólo una excepción.

² Código Civil peruano de 1984: “Art.2060.- La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú”. Esta facultad de escoger la jurisdicción en cualquier país es ratificada por el artículo 2067 del mismo Código que prescribe que “(...) los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer: (...) 2.- De los asuntos que hubiesen sido sometidos por las partes a una jurisdicción extranjera, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060”.

en este caso, al Estado receptor al cual pertenece tal Poder Judicial, No cabe duda de que se puede objetar, desde un punto de vista ilusamente jurídico, que el Poder Judicial es independiente del Poder Ejecutivo y que usualmente está compuesto por jueces muy bien formados e imparciales. Sea como fuere, nadie puede, honestamente, atribuir a ese temor del inversionista extranjero el carácter de una mera alucinación. Como señala ANTONIO BOGGIANO, "Es imposible dejar de ver que las soluciones de los casos iusprivatistas multinacionales, mediante cualquier clase de normas de derecho internacional privado, dependen mucho de quien sea el juez que individualizará la solución..."³. El inversionista extranjero se encuentra en un ambiente ajeno y tiene todo el derecho de pensar que, aunque no debiera ser, cabe la posibilidad de que el Poder Judicial del Estado receptor examine la controversia con un ánimo más propenso a que gane la parte nacional. La participación del Estado en la controversia introduce un cierto tinte político, al cual el Poder Judicial podría no ser indiferente. Por otro lado, tratándose de casos muy sonados, pudiera suceder que el Poder Judicial se vea aquejado por una fuerte presión mediática y atemorizado por las consecuencias que tendría una decisión contraria a los intereses inmediatos de su propio país.

Ciertamente, esto no puede significar tampoco que la igualdad consista en que la jurisdicción corresponda a los Tribunales del país del inversionista, porque el Estado receptor se sentiría afectado por la misma desconfianza que no puede superarse fundándose en la existencia de una distinción entre una justicia desarrollada y una justicia subdesarrollada, ya que la historia muestra que esa "justicia" de los países desarrollados se convierte muchas veces en una prepotencia inaceptable y contraria al principio de igualdad entre las partes. La noción de que las leyes inglesas obligan (y, lógicamente, protegen) a los súbditos británicos donde quiera que se encuentren⁴, puede prestarse a intentos muy intrusivos de solución de conflictos. Es importante resaltar que, en la Conferencia de La Haya de 1907, uno de los países europeos, aun cuando asumió una posición diferente de la latinoamericana, reconoció sin embargo que los países latinoamericanos tenían frente a sí "posibles abusos de la fuerza"⁵.

No respondiendo al criterio de igualdad ni la jurisdicción del Estado receptor ni la del Estado de donde procedía el inversionista, la solución de

³ Antonio Boggiano; Derecho Internacional Privado, Cit, p. Delia Revoredo de Debakey: Derecho Internacional Privado, en Delia Revoredo de Debakey (compiladora): Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. T. VI. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Lima, 1985, p. 920.

⁴ *Rex v. Sawyer*, 2 C. & K. 101; Cit. p. *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

⁵ La República Argentina en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz. Haya 1907, Buenos Aires, 1908, pp. 78-79.

conflictos se encontraba frente a un grave dilema: no existía remedio judicial independiente para solucionar casos de inversión en los que el Estado receptor y el inversionista extranjero estuvieran en desacuerdo sobre el alcance de las potestades del primero que pudieran afectar los derechos del segundo. Ninguna de las dos jurisdicciones nacionales –ni la del Estado receptor ni la del Estado al que pertenecía el inversionista– resultaban aceptables desde el punto de vista de la igualdad de tratamiento judicial.

Frente a este vacío, el inversionista privado extranjero pedía la ayuda política de su propio Estado, arguyendo el llamado principio que señala que la ofensa cometida a un particular es una ofensa al Estado del cual forma parte. En consecuencia, exigía que su propio país les diera una protección diplomática frente del país receptor de la inversión. Sin embargo, mezclar los asuntos comerciales con los asuntos de Estado y pasar del Derecho Internacional Privado y las costumbres comerciales al Derecho Internacional público era un salto demasiado grande que no podía tener buenas consecuencias. Este pretendido remedio, además de complicar la naturaleza de las cosas al hacer intervenir la política internacional ahí donde había un conflicto jurídico de naturaleza privada, resultó absolutamente ineficaz.

Es por ello que pronto se dio un fuerte movimiento –promovido inicialmente también por CARLOS CALVO y desarrollado por su colega, igualmente argentino, LUIS MARÍA DRAGO– en el sentido de exigir que los inversionistas extranjeros renuncien a la protección diplomática de sus Estados como condición fundamental para realizar negocios en el país receptor. Esta regla fue acogida por la mayor parte de los países latinoamericanos.

En la Conferencia Internacional de Paz de La Haya de 1907, donde participaron 17 Estados latinoamericanos, se instituyó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con facultad de resolver exclusivamente los problemas entre Estados. Pero es importante recordar que en dicha Conferencia se aprobó también la Convención para la Solución Pacífica de Conflictos Internacionales que, reconociendo expresamente que el arbitraje es “el medio más eficaz y al mismo tiempo el más equitativo para solucionar los conflictos”⁶, establece un organismo denominado Comisión Permanente de Arbitraje (CPA), que no está limitada a conocer conflictos entre Estados sino también aquellos litigios que surgen entre “una variedad de Partes, ya se traten de Estados, de partes privadas, de órganos del Estado o de organizaciones intergubernamentales, incluyendo los arbitrajes comerciales”⁷.

⁶ Convention de 1907 pour le Règlement Pacifique des Conflits Internationaux, artículo 38.

⁷ Página Web de la CPA: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1082

En esta forma, la Convención de la Haya de 1907 avizoraba ya los dos grandes objetivos de la segunda mitad del S. XX. En primer lugar, evitar la confusión entre los litigios económicos (aún cuando una de las partes fuera un Estado) y los conflictos propios del Derecho Internacional Público (donde ambas partes son necesariamente Estados), considerando que la intervención diplomática –y menos aún la militar– no debía ser utilizada por las Potencias para proteger a sus nacionales e imponer una solución estatal sobre los casos económicos en los que intervienen partes e intereses privados. En segundo lugar, la Convención de la Haya orienta a los Estados y a las partes privadas a buscar una solución a sus diferencias mediante un arbitraje internacional imparcial a fin de salir del atolladero con el que se tropieza al pretender usar una de las jurisdicciones nacionales involucradas en el caso, creando una desigualdad entre las partes.

El golpe de gracia contra la imposición de la jurisdicción nacional planteada por Carlos Calvo y contra la intervención política en asuntos comerciales y económicos donde intervienen partes privadas, fue la creación de un organismo imparcial y eficiente de solución de conflictos a cargo del Banco Mundial, que se conoce como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, o, según sus siglas en inglés, ICSID). En el campo propiamente comercial, existía la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Pero hacía falta un organismo autónomo que pudiera atender aquellos conflictos también de naturaleza económica pero que involucraban a cuando menos un Estado como parte en tanto que receptor de la inversión y que pudiera proteger al inversionista frente a las medidas o las presiones políticas. Esto implicaba que tal organismo fuera creado por una Convención internacional firmada por los países que quisieran ser miembros, aceptando su sometimiento a tal jurisdicción arbitral para todos los casos en los que se encuentre involucrado y comprometiéndose a cumplir los laudos correspondientes. Y esto se logró en la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington en 1965 (entró en vigencia en 1966), con la participación de 20 países; al día de hoy cuenta con la participación de 140 Estados miembros, lo que equivale a decir que el 73% de los países del mundo se ha sometido a la jurisdicción del CIADI.

Es interesante destacar que esta Convención excluye también la intervención de presiones diplomáticas en relación con los asuntos en litigio, al disponer en su artículo 27, 1, que *“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que cada uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido o arbitraje conforme a este Convenio...”*; haciéndose la salvedad

de que no quedan excluidas, claro está, las gestiones diplomáticas frente al Estado Contratante que, luego de terminado el arbitraje, no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo.

Al amparo de este nuevo mecanismo internacional e independiente de solución de conflictos, los países procedieron a suscribir un número cada vez mayor de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), donde en su mayor parte se establece la jurisdicción del CIADI para tratar las controversias que se encuentran dentro del marco de tales Tratados.

El pacto de jurisdicción en un TBI es, sin duda, una importante garantía para el inversionista. Pero estos tratados incluyen también protecciones para los inversionistas fundamentalmente basadas en un replanteamiento del principio de buena fe, que se expresa a través de *standards* definidos doctrinalmente o jurisprudencialmente, tales como el trato justo y equitativo, el respeto por las legítimas expectativas, la interpretación *in dubio pro investore*, el principio de la no confiscación sea directa o disimulada por otros procedimientos (*creeping expropriation*).

Estos nuevos instrumentos han encajado tan perfectamente dentro de la modernidad de la inversión que ya hay suscritos en el mundo cerca de 3,000 TBIs: ciertos Estados (los receptores) buscan inversiones extranjeras y por ello se esmeran en darles las mejores condiciones y garantías de operación; otros Estados (los inversores) buscan que sus nacionales que realizan inversiones en el exterior sean bien tratados y tengan las garantías para reclamar de una manera eficiente si el Estado receptor pretende modificar las reglas de juego estipuladas en relación con la inversión.

No cabe duda de que asistimos a un cambio fundamental en las relaciones jurídicas internacionales en materia de inversión. Y parecería que la característica fundamental de este cambio es que, en materia de controversias, las jurisdicciones nacionales pierden su espacio, el cual es tomado por jurisdicciones propiamente internacionales. Nos encontramos así con una escena totalmente diferente a la que existía antes, pero con sus elementos profunda y eficientemente articulados. Dentro de este panorama, la cláusula Calvo – que exigía la aplicación de la jurisdicción del país receptor– aparece sin duda alguna como una solución ineficiente y hoy anacrónica. Es un rasgo de tiempos confusos y carentes de mecanismos adecuados de solución de conflictos, que nunca más deben volver. Esto no significa que se hayan abandonado los principios de la doctrina CALVO, fundamentalmente el de la igualdad de trato en las controversias sobre inversión. Por el contrario, ese principio se realiza mucho mejor a través de un sistema totalmente opuesto al nacionalismo de la cláusula CALVO: El internacionalismo arbitral.

En el Perú, esta evolución de los conflictos de inversión, desde una cierta ley de la selva en la que manda el más poderoso hasta la solución mediante un arbitraje internacional, ha quedado marcada en la historia de la legislación.

En la Constitución Política peruana que entró en vigencia en 1933, se estableció que *“Las Compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República”*. Y acto seguido imponía la cláusula Calvo: *“En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”*⁸.

Sin embargo, ya la Constitución Política de 1979 –a pesar de su carácter bastante estatista y proteccionista– abría una ventana para escapar de la rigidez de la cláusula CALVO. Es así como, al tratar de las empresas extranjeras, contiene una sumisión a la jurisdicción peruana y una renuncia obligatoria a toda intervención diplomática, en palabras muy cercanas a las de la Constitución de 1933. Pero, a la línea, señala que los contratos de carácter financiero pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional. No debe olvidarse que en ese entonces el Perú tenía importantes necesidades de caja y que, por tanto, quería resultar atractivo frente a los financistas del extranjero. Y, no contentos con esta ventana, los miembros del Congreso abren a continuación una puerta importante para todos los demás casos de contratos entre extranjeros y entidades públicas peruanas: *“El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú”*. En esta forma, la Constitución peruana prácticamente ponía de lado la cláusula Calvo y permitía un reconocimiento de los TBI como convenios internacionales capaces de estructurar en la forma más conveniente las relaciones económicas entre el Estado peruano y los inversionistas extranjeros. Y la referencia a los convenios internacionales de los cuales es parte el Perú, estaba sin duda prioritariamente establecida como un reconocimiento de la importancia del ICSID.

La Constitución Política de 1993, hoy vigente, libera al Estado de toda atadura con la jurisdicción nacional en su relación con los inversionistas extranjeros. Es así como suprime definitivamente el último rezago de la cláusula Calvo en lo que se refiere a la imposición de la jurisdicción exclusiva del Estado receptor, dejando solamente la referencia a la renuncia a toda reclamación diplomática⁹. Y aquí se desliza un error de redacción que, sin embargo, queda aclarado en el párrafo siguiente. En efecto, a continuación del texto sobre la

⁸ Constitución Política del Perú de 1933, artículo 17, segundo párrafo.

⁹ Constitución Política del Perú de 1993, artículo 63, segundo párrafo.

reclamación diplomática se agrega “*Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero*”. Pero esta frase heredada de las dos Constituciones anteriores ya no tenía razón de ser, porque se trataba de una excepción a la obligación de someter los conflictos a la jurisdicción nacional que, en las Constituciones anteriores, aparecía inmediatamente antes. Pero habiéndose suprimido tal obligación en términos generales ya no cabía colocar la excepción a lo inexistente; más bien esa excepción pudiera contribuir a confundir el sentido de la norma suponiendo –a mi modo de ver, en forma totalmente equivocada– que todavía podría existir la obligación de jurisdicción nacional para los contratos no financieros que firme el Estado con extranjeros.

Felizmente, el párrafo siguiente del mismo artículo aclara el tema sin dejar lugar a dudas: “*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterla a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*”¹⁰.

Por otra parte, es muy importante destacar que la Constitución peruana de 1993 reconoce al arbitraje no como un simple contrato –cuya ejecución podría haber sido discutida jurisdiccionalmente ante el Poder Judicial– sino como una verdadera jurisdicción, de naturaleza independiente de la estatal constituida por el Poder Judicial, pero igualmente válida y vinculante para las partes como ésta¹¹.

También es preciso referir que, en la misma década del noventa, se promulga el Decreto Legislativo N° 662 que tiene por objeto “*remover los obstáculos y restricciones a la inversión extranjera a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales*”¹². Dentro de ese orden de ideas, la misma norma legal crea la posibilidad de que el Estado peruano celebre convenios de estabilidad jurídica directamente con el inversionista extranjero. Y se permite expresamente que el Estado pueda someter las controversias derivadas de tales convenios a “*tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales el Perú sea parte*”¹³; lo que constituye una clara alusión al CIADI. A su vez, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada establece enfáticamente que: “*En sus relaciones con particulares, el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las*

¹⁰ Constitución Política del Perú de 1933, artículo 63, tercer párrafo.

¹¹ Constitución Política del Perú de 1933, artículo 139, inc. 1: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

¹² Decreto Legislativo N° 662, de 29 de Agosto de 1991: Cuarto Considerando.

¹³ Decreto Legislativo N° 662, de 29 de Agosto de 1991: artículo 16.

empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”¹⁴.

Como podemos ver, la preocupación de CALVO respecto de la necesidad de una cierta igualdad de las partes en la administración de justicia que conozca controversias de inversión, era perfectamente válida; pero su propuesta cerradamente nacionalista no era –o no sería hoy en día– una solución al problema que correctamente había detectado. Quizá no pudo encontrar una solución mejor porque en sus tiempos no existía realmente una alternativa apropiada, dado que sólo se podía escoger entre la jurisdicción del inversionista extranjero o al jurisdicción del Estado receptor.

Pero la globalización se ha encargado de facilitar la solución del problema estableciendo no solamente la libertad de las partes privadas para escoger cualquier jurisdicción, sino también promoviendo redes de jurisdicciones posibles, netamente internacionales, basadas en el arbitraje, sea éste comercial o de inversión. Por consiguiente, podríamos decir que el espíritu de CALVO sigue vigente, pero que la solución del problema que dicho jurista advirtió toma un camino radicalmente opuesto, pero también más adecuado que el sugerido por él: en vez de cerrarse las compuertas jurisdiccionales de cada nación, éstas se han abierto de par en par, de manera que el mundo de hoy ha logrado encontrar mejores soluciones al “problema CALVO”, gracias a la amplitud de la comunicación; lo que, sin perder de vista la preocupación del jurista, deja totalmente de lado sus propuestas, llámense “doctrina Calvo o “cláusula CALVO”.

No cabe duda de que la cláusula Calvo ha quedado fuera de contexto. No sé si se puede decir que en el S. XX el concepto de soberanía ha declinado en América Latina y ello ha permitido ampliar el espectro de soluciones de controversias con una mira más internacional. Quizá algo de eso hay. Básicamente, los nacionalismos han perdido fuerza dentro del contexto de una economía global; y sus ensayos de reaparición están condenados al fracaso porque el aislamiento –o la relación absolutamente mediatizada y condicionada, que viene a ser una de sus manifestaciones más “modernas” – no es, como a veces se piensa, el resurgir de una Nación sino, por el contrario, un aislamiento que constituye una forma de suicidio nacional.

¹⁴ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por Decreto Legislativo N° 757: artículo 48.

Por ello, pienso que los nacionalismos y las doctrinas del “cierra-puertas” jurisdiccional han decaído sustancialmente en América Latina (con algunas excepciones). Pero de ello no se sigue (como lo he leído en algún estudio no latinoamericano) que la soberanía –entendida como el poder para gobernar autónomamente una sociedad dentro de un determinado territorio histórico– se haya debilitado: por el contrario, se mantiene aún con mucha fuerza.

A diferencia de lo ocurrido con las naciones europeas en razón de la unión política y comercial que éstas han logrado, en América Latina no hay todavía una noción de comunidad de naciones integrada dentro de un marco de reglas generales. Es posible que esto sea un futuro deseable. Pero por el momento no hay una concesión sobre la autonomía de los Estados; no se aspira a suprimir las fronteras y compartir normas comunes sino que los países de América Latina se limitan a vivir con entusiasmo un interés en abrir puertas y ventanas y dejar que la casa se ventile con los vientos de la modernidad, particularmente en el ámbito de la economía (...) sin dejar por ello que nadie se entrometa.

Como puede verse, los tiempos de la cláusula Calvo han quedado atrás en términos generales.

Sin embargo, recientemente se han presentado algunos casos en las controversias internacionales relativas a temas de inversión en los que parecería que la cláusula Calvo pretende renacer de sus cenizas y, totalmente fuera de contexto, amenaza destruir el sistema internacional de solución de conflictos y regresar a los anacrónicos nacionalismos.

Es así como nos encontramos que, en algunos casos, se ha discutido la precedencia entre un TBI y un contrato de inversión, debido a que el Estado receptor ha pretendido eludir la jurisdicción internacional con un “argumento Calvo” basado en la inserción de una cláusula Calvo en sus contratos con los inversionistas extranjeros, a pesar de que el inversionista se encontraba protegido por un TBI. Y el asunto ha creado complicados problemas conceptuales en los árbitros que han tenido a su cargo tales procesos.

Básicamente, la idea ha sido oponer una cláusula contractual de renuncia a cualquier otra jurisdicción que no sea la judicial del país receptor, frente a la existencia de un TBI que determina una jurisdicción internacional para los conflictos en materia de inversión.

Uno de los primeros casos que discutió este tema fue el planteado por la Société Générale de Surveillance (SGS) con la República Islámica de Pakistán¹⁵ donde se desarrollaron dos procedimientos paralelos: de un lado, SGS inició

¹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, International Arbitration Report, Vol. 18, # 9, September 2003.

un procedimiento de arbitraje ante el CIADI, de acuerdo al BIT entre Suiza y Pakistán; paralelamente, la SGS solicitó una medida cautelar ante el Poder Judicial paquistaní, mientras durara el arbitraje ante el CIADI. Sin embargo, la Corte Suprema de Pakistán no sólo declaró que tal medida no era procedente sino que, además, estableció que la controversia debía ser conocida y resuelta por un árbitro único paquistaní, nombrado por la Corte Suprema de ese país. Es así como el Tribunal CIADI tuvo que pronunciarse sobre su competencia.

Hay otro caso de la SGS, esta vez con la República de Filipinas¹⁶, en el que se plantea una cuestión jurisdiccional aparentemente similar a la anterior. La SGS sostiene que se han producido incumplimientos en las obligaciones contractuales asumidas por Filipinas y reclama una indemnización. Es interesante hacer notar que en la Decisión sobre Jurisdicción de este caso tiene lugar una declaración sobre el valor de los precedentes en los arbitrajes del CIADI. El Tribunal considera que la decisión del caso SGS v. Pakistán no puede ser considerada como un precedente para este segundo caso porque las resoluciones en los arbitrajes CIADI no son obligatorias en términos de *stare decisis* sino únicamente como *res iudicata*, es decir, son válidas sólo para el caso en el que han recaído. Todo lo que se puede pedir es que los Tribunales CIADI actúen de manera consistente unos con otros; pero, en última instancia, esa consistencia es responsabilidad únicamente de cada Tribunal y depende de la ley aplicable.

Más recientemente encontramos el caso de la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina, más conocido actualmente como el “caso Vivendi”¹⁷.

En esta controversia, los demandantes presentaron el caso ante un Tribunal CIADI, aduciendo que la provincia argentina de Tucumán había incurrido en actos violatorios del contrato de concesión pactado con los demandantes, los que llevaron a la terminación anticipada de dicho contrato pactado a treinta años. Por consiguiente, plantearon su demanda contra la República Argentina por los perjuicios sufridos, basada en el TBI suscrito por Argentina con Francia. Por su parte, Argentina, como demandada, adujo que el contrato suscrito con los demandantes establecía que todas las desavenencias entre las partes serían conocidas por los órganos administrativos y los tribunales de Tucumán y, por tanto, el Tribunal CIADI no tenía jurisdicción.

¹⁶ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, caso N° ARB/02/6 de 29 de Enero de 2004.

¹⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux) v. República Argentina. Caso ICSID N° ARB/97/3, Decisión de anulación.

El Tribunal no admitió la argumentación de Argentina, declarando que el CIADI tenía jurisdicción en razón de que los actos constituían violaciones del TBI. Sin embargo, en el laudo se abstuvo de dirimir las cuestiones aduciendo que el contrato de concesión pactaba un primer proceso en Argentina y que, solamente agotado éste, el Tribunal CIADI podía conocer el fondo del asunto. En esta forma, dicho Tribunal se declaraba competente, pero sólo después de que hubieran terminado los procedimientos y juicio en Argentina. En razón de una nulidad de esta parte del laudo interpuesta por los demandantes, el Comité correspondiente del CIADI declaró nula tal postergación del ejercicio de la jurisdicción que el propio Tribunal había reconocido.

Otro de esos casos académicamente muy interesantes es el de Aguas del Tunari contra Bolivia, en un contrato sobre administración del suministro de agua potable.

Aguas del Tunari, la concesionaria e inversionista, es una compañía constituida en Bolivia, cuyo 55% de sus acciones pertenecían originalmente a una compañía de Gran Caimán, que a su vez era una filial de una compañía norteamericana; y el 45% restante pertenecía a otra compañía norteamericana denominada Bechtel. Por razones que no son del caso estudiar, se produjeron intensas protestas populares y políticas en Bolivia por el servicio de agua. En estas circunstancias, la compañía norteamericana, Bechtel, vendió su paquete de acciones mitad a mitad a otra compañía norteamericana y a una compañía italiana, las cuales constituyeron a su vez una compañía holandesa denominada International Water. Finalmente, la Compañía de Grand Caimán, luego de un paso por Luxemburgo, termina siendo de propiedad también de International Water.

En estas circunstancias, Aguas del Tunari, compañía boliviana pero ahora de propiedad de una sociedad holandesa, plantea una demanda ante el CIADI en relación con su contrato con el Estado boliviano, amparándose en el TBI suscrito entre Bolivia y Holanda. Y Bolivia contesta que la Constitución boliviana establece que los recursos naturales son de “dominio original” del Estado y, por tanto, están sujetos a un sistema administrativo propio, el cual a su vez sólo puede ser discutido ante el Poder Judicial boliviano. Y agrega que el demandante ha reconocido expresamente la jurisdicción de los tribunales bolivianos y la aplicación de las leyes de Bolivia en el contrato de concesión.

En realidad, este caso –desde un punto de vista académico– presenta interrogantes de diverso tipo. En primer lugar, Bolivia discutió la “nacionalidad” holandesa de la empresa concesionaria aduciendo que el contrato original se firmó con una empresa de Gran Caimán y sugirió que las posteriores transferencias de acciones no fueron hechas sino para acogerse al TBI con Holanda. En otras palabras, International Water no sería un “nacional” de Holanda

ni estaría controlada por holandeses, por lo que la filial boliviana no podía acogerse al TBI Bolivia-Holanda. En segundo lugar, el contrato de concesión celebrado con Aguas del Tunari (la filial boliviana de International Water) –que es un documento que expresa la libre voluntad de las partes– contiene una renuncia a toda jurisdicción extranjera y un sometimiento del concesionario a las leyes y a los tribunales estatales de Bolivia.

El primer tema –relativo a la distinción entre compañías reales y compañías pantalla– sería también muy interesante de analizar, pero queda al margen de la cuestión que estamos estudiando en este trabajo. El segundo tema que se presentó en ese caso se refiere al sentido de la palabra “control”: ¿cuándo se puede decir que una empresa controla a otra? Para algunos –como fue el caso de Bolivia– el control supone la facultad de disponer de un bien o de dar órdenes a otras personas; para otros, el sentido comercial y usual de término “control” se refiere únicamente a la propiedad de las acciones de otra empresa, aunque no se ejerza una intervención minuciosa en los actos y decisiones de la empresa controlada y ésta goce de relativa independencia. Sin embargo, este tema –con todo lo de interesante que se anuncia– excede también la pregunta formulada inicialmente en este artículo. Por estas razones, tendré que dejar tan interesantes puntos controvertibles para un siguiente análisis. Dentro de este trabajo, el caso de Aguas del Tunari es relevante en cuanto que encierra una discusión sobre si la aplicación de un TBI que dispone que el CIADI sea la jurisdicción válida frente a la tesis de que los tribunales nacionales establecidos constituyen la jurisdicción válida porque así ha sido establecido en el contrato de concesión.

Un caso más que merece tenerse en cuenta antes de entrar en el análisis de la cuestión planteada es el de Azurix Corp. y la República de Argentina en relación –nuevamente– con la concesión para el suministro de agua, esta vez en la Provincia de Buenos Aires, con motivo de la privatización del servicio.

La demanda fue interpuesta por Azurix Corp. aduciendo que Argentina había incurrido, a través de varias de sus dependencias administrativas estatales, en violación de los derechos que correspondían a la demandante sobre la base del Tratado concerniente a la Promoción Recíproca y a la Protección de la Inversión celebrado en 1991 entre la República Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica. Argentina contestó aduciendo que el ICSID no era una jurisdicción jurídicamente aceptable porque Azurix se había sometido, según el contrato de concesión, a los tribunales de la ciudad de La Plata, renunciando a cualquier otra jurisdicción.

También es interesante revisar otro caso en el que también se discutió el alcance de los tratados internacionales frente a las cláusulas contractuales que imponen la jurisdicción nacional pero que no se tramitó ante el CIADI y

que es el relativo a los edulcorantes de refrescos en México dentro del marco esta vez del TLCAN (NAFTA, según sus siglas en inglés). México sostuvo que Estados Unidos había incumplido el TLCAN en lo que se refiere a la azúcar mexicana. Consiguientemente, el Gobierno mexicano, en una suerte de venganza denominada en el Derecho Internacional como “contramedida”, había elevado notablemente el impuesto al edulcorante con base de maíz que era producido por empresas norteamericanas con plantas en México, dejando libre de impuesto al edulcorante basado en azúcar. De esta manera, los inversionistas norteamericanos en jarabe de maíz vieron reducirse su mercado porque los fabricantes de refrescos preferían emplear el azúcar de caña que resultaba mucho más barata debido a la desigualdad creada por el impuesto. Por consiguiente, las firmas Archer Daniels Midland Company, Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. y Corn Products International, INC. iniciaron un arbitraje ante el CIADI contra la República de México, que dio lugar a dos paneles arbitrales¹⁸.

Este caso contiene también múltiples aspectos interesantes para el jurista, como la naturaleza de las contramedidas en el Derecho Internacional consuetudinario, la proporcionalidad de la medida con el perjuicio, etc. Pero de alguna manera se relaciona con el tema del presente trabajo en cuanto que las contramedidas fueron aplicadas contra los inversionistas norteamericanos en México y no contra Estados Unidos, a pesar de que era en todo caso el Estado -y no los inversionistas- quien habría incurrido en ilicitud. Sin embargo, la defensa mexicana sostuvo que los inversionistas no tenían derecho a demandar al Estado mexicano ante el CIADI porque el TLCAN no les otorgaba ningún derecho a ellos ya que era un acuerdo de Estado a Estado; en consecuencia, lo que tenían que hacer los demandantes, en todo caso, era dirigirse a su país de origen -Estados Unidos- para que les brinde protección diplomática. Como se puede apreciar, por un camino curioso regresamos a la protección diplomática que es el único tema de la doctrina Calvo sobre el que ha existido permanentemente consenso en la comunidad internacional en el sentido de que debe evitarse en lo posible, como pensaba Carlos Calvo; y, por otra parte, se hace pasar la ley nacional por encima del tratado con el argumento de que el tratado no crea derechos a favor de particulares.

Los casos que han sido mencionados fueron resueltos de forma diferente en razón de los hechos. Pero a través de ellos se puede percibir una perspectiva jurídica común.

¹⁸ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. v. México*. Caso CIADI N° ARB (AF) /04/05 y *Corn Products International, INC. v. México*. Caso CIADI N0. ARB (AF)/04/01.

Fundamentalmente, todos los tribunales arbitrales consideraron, de una forma o de otra, que las obligaciones y derechos que nacen de un tratado en materia de inversión y comercio –léase un TBI o un acuerdo de libre comercio– son diferentes de las que nacen del contrato que pudiera celebrar el inversionista con el Estado receptor a fin de realizar una obra pública. Y, si bien hay un acuerdo casi unánime en el sentido de que el tratado otorga al inversionista derechos sustantivos que puede reclamar directamente a través de un arbitraje internacional, por otra parte se considera que las controversias estrictamente contractuales deben ser conocidas por la jurisdicción que ambas partes –inversionista y Estado receptor– hayan establecido para el caso, la cual puede ser eventualmente la jurisdicción de los tribunales nacionales del Estado receptor. Hay quizá una excepción que se da en el caso de *Corn Products International, INC. vs. México*, por cuanto el tribunal no reconoce derechos sustantivos al inversionista, fundados en un tratado internacional. Pero, la objeción pierde su vigor y eficacia, porque el mismo tribunal reconoce que el inversionista adquiere cuando menos derechos procesales mediante el tratado, que le permiten acudir directamente a los tribunales internacionales en representación de su país. La diferencia es sutil y, en todo caso, irrelevante para determinar en realidad la competencia internacional, la que no se ve afectada por este razonamiento.

Es importante que en el llamado “caso Vivendi”, es a nivel del Comité del CIADI que conoce las anulaciones que se ha señalado categóricamente que, tratándose de controversias basadas en violaciones del TBI, no sólo son nulas las decisiones de un Tribunal CIADI que ejerza una jurisdicción que no posee, como también aquellas en las que no ejerce la jurisdicción que posee en razón de un tratado o acuerdo relevante¹⁹. Y subraya que tal Tribunal que tiene jurisdicción bajo un TBI no le está permitido rechazar la reclamación en base a que podía o debía ser tratada por un tribunal nacional. A lo que agrega que un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de una conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado²⁰.

De esta forma, con motivo de la inversión realizada por un extranjero en un país receptor que tiene un TBI con el país del cual procede el inversionista, pueden plantearse dos tipos de controversias. Unas se derivan directamente del contrato celebrado por el inversionista sea con el Estado receptor (caso de obra pública), sea con una empresa local del país receptor; las otras se derivan directamente de las cláusulas del TBI.

¹⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux) v. República Argentina*. Caso ICSID N° ARB/97/3, Decisión de anulación. p. 86.

²⁰ *Ibidem*, pp. 102-103.

Las primeras se refieren fundamentalmente al incumplimiento puntual de la contraparte local de ciertas obligaciones a favor del inversionista extranjero; por ejemplo, la falta de pago por la contraparte local de las armadas por el monto y en los plazos convenidos. También puede tratarse con controversias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato para establecer el plazo dentro del cual debe realizarse la obra. Y podrían citarse muchos ejemplos más de este tipo de discusiones que surgen desde dentro del contrato y tienen que ser solucionadas también dentro del contrato

El segundo tipo de controversias surge cuando el Estado receptor –sea contraparte contractual o no del inversionista– interfiere en la inversión infringiendo en tanto que Estado las garantías establecidas en el TBI. No estamos en este caso dentro del marco contractual sino dentro del campo de acción del Estado en tanto que Estado que incumple sus compromisos internacionales establecidos en el TBI. Este es el caso de medidas adoptadas por el Estado que infringen el trato correcto y equitativo o que vulneran legítimas expectativas del inversionista o que conducen a una confiscación taimada y encubierta de los bienes del inversionista a través de elevación de impuestos o dificultades administrativas, etc. (*creeping expropriation*). Notemos que estos derechos pueden estar explícitamente planteados en el TBI pero pueden también ser implícitos, en tanto que forman parte del *standard* internacional de protección al inversionista que, por definición, los TBIs pretenden garantizar.

Para ciertos internacionalistas, esta distinción entre tipos de controversias no es válida porque los TBIs convierten automáticamente toda obligación contractual en una obligación de Derecho Internacional. En realidad, se dice, el TBI es una garantía que otorga el Estado receptor al inversionista extranjero. Por tanto, al constituirse en garante, ese Estado receptor deviene parte como tal de la relación contractual y la eleva a nivel del Derecho internacional. Y esta situación se encuentra subrayada cuando además se ha establecido en el TBI una “cláusula sombrilla”²¹, la cual no es la causa de la conversión de obligación contractual a obligación internacional –ya que esto lo realiza por sí solo el TBI– sino simplemente una acentuación de esa internacionalización del problema pasado a una forma explícita lo que se encuentra implícito en el BTI.

Para otros, en cambio, las obligaciones contractuales tienen una naturaleza propia inconfundible y, por tanto, tienen que encontrarse regidas no por el Derecho Internacional sino por el Derecho de los Contratos. Un contrato de concesión o de privatización no pierde su carácter contractual por el hecho de que su contraparte sea el Estado receptor. Por consiguiente, las controversias

²¹ *Umbrella Clause*.

que se deriven de ellas no están sujetas a una jurisdicción internacional sino a la jurisdicción nacional correspondiente.

Entre esas dos posiciones opuestas, existen varias intermedias.

Es así como algunos sostienen la primera de las interpretaciones señaladas –la obligación contractual se convierte automáticamente en obligación internacional en razón del TBI- pero le agregan una excepción: las obligaciones contractuales se internacionalizan... salvo que en el contrato correspondiente las partes hayan convenido expresamente en que la jurisdicción competente será la nacional del país receptor.

Otra posición intermedia introduce la noción de *ius imperium* como criterio de distinción entre los actos del Estado en tanto que parte de un contrato y aquellos actos en los que, más allá de su carácter de contratante, suponen una intromisión gubernamental en la ejecución del contrato. En otras palabras, la internacionalización al amparo del TBI sólo se produce cuando se produce una distorsión en el contrato por la intervención del Estado en tanto que poder pública, cualquiera que se la forma que utilice para realizar tan tipo de intervención. El recordado Profesor Thomas Walde señalaba, en un artículo ya clásico,²² que si la empresa o el Estado receptor de la inversión actúan como simples contratantes privados, la controversia debe entenderse privada y nacional; en cambio, si el Estado receptor aprovecha de su *imperium* y de su poder administrativo a fin de presionar o modificar las relaciones contractuales a las cuales está sometido el inversionista, esos actos y sus consecuencias corresponden a la jurisdicción internacional establecida por el BTI. No se trata, entonces, de convertir todos los reclamos contractuales en reclamos internacionales sino únicamente de controlar internacionalmente el abuso del Estado receptor, confundiendo su papel de contratante con el de detentador de un *ius imperium*.

El problema se presenta con un carácter dramático y peligroso si se considera la situación desde el punto de vista de las renunciaciones o *waivers* contractuales, i.e., la introducción de una cláusula en el contrato –generalmente impuesta por el Estado receptor- por la que el inversionista extranjero declara expresamente renunciar a la jurisdicción internacional y acepta plenamente someterse solamente a la jurisdicción local del país receptor.

Frente a ello se ha dicho que esas renunciaciones serán válidas solamente en la medida de que se refieran a asuntos estrictamente contractuales; pero ahí donde puede pensarse que hay una cierta mala fe o abuso del Estado receptor,

²² Thomas W. Walde, The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, 1 *Transnational Dispute Management* 31 & N° 71, 33 (Oct. 2004), p. 82.

el régimen internacional establecido por el TBI prima sobre la estipulación contractual de renuncia a la jurisdicción internacional, debido a que esa intervención abusiva del Estado ya no es parte de la ejecución normal del contrato: tiene una intención y una dirección extracontractual. Y ésta parece en efecto una manera inteligente de sortear el problema salvando la jurisdicción internacional. Pero no cabe duda de que muchas veces, en las controversias que se presentan en los contratos de los Estados receptores con inversionistas extranjeros, resulta muy difícil distinguir donde termina el campo contractual y comienza la intervención apoyada en el *ius imperium*. En muchos casos, la argumentación y los hechos mismos van a mezclar estos dos planos sin que sea posible distinguir entre procesos “puramente” contractuales y procesos “puramente” internacionales.

Como se puede apreciar, esta discusión se presta para un retorno *ex facto* a la cláusula Calvo, burlando el pacto internacional que resulta de la existencia de un TBI. Podemos imaginar que un Estado receptor, más allá de los TBIs que pudiera haber firmado, exige a los inversionistas extranjeros someterse plenamente a la jurisdicción local como condición para poder realizar la inversión. Y pensemos también que, siendo muy difícil distinguir entre las controversias basadas en el contrato y las controversias basadas en el TBI, el tratamiento de este tema tendrá siempre algo de inseguro y quizá de arbitrario. En estas condiciones, a los inversionistas no les quedará mucha opción: si quieren participar en el proyecto promovido por el país receptor no tienen más remedio que firmar la cláusula de renuncia a toda jurisdicción que no sea la nacional y correr así el riesgo de no tener defensa efectiva en los casos de reclamaciones por infracción del trato justo y equitativo, por la falta de respeto a las legítimas expectativas, por una interpretación que acoja la buena fe como elemento fundamental para entender las obligaciones contractuales, y por la protección contra la confiscación encubierta.

Esto nos llevaría a un retroceso de más de 50 años y al debilitamiento de todo ese sistema de justicia internacional que ha sido construido en las últimas décadas a fin de que el Derecho se encuentre a la altura de las modernas relaciones comerciales y de inversión.

No hay un camino claro para escapar de esa trampa histórica que nos presenta la reciente evolución de hecho que está afectando el sano funcionamiento de un mundo globalizado. Es claro que si un país decide adoptar la política de exigir el *waiver* al inversionista como condición *sine qua non*, esta decisión no puede ser impugnada por la comunidad internacional por cuanto se trataría del ejercicio de la soberanía de tal país. En América Latina, hay países que han desarrollado un sistema jurídico de profundo respeto por las instancias internacionales y de gran seguridad para el inversionista. Pero

nunca se puede estar totalmente seguro porque los tiempos y los gobiernos cambian. Últimamente hemos visto renacer en Sudamérica un nacionalismo agresivo que ha logrado el poder en algunos Estados. Por consiguiente, es preciso estar muy conscientes de la presencia de una tendencia “neo-calvista” si queremos conservar la independencia internacional de los tribunales que conocen las causas que involucran a los Estados.

Quizá la única forma por el momento de proteger el sistema de justicia internacional, es que los tribunales arbitrales internacionales, al tomar las decisiones de jurisdicción, sean muy estrictos en la salvaguarda de lo pactado en los TBI y en la defensa de los derechos sustantivos internacionales que se han desarrollado en los últimos años. Esto implica que, cuando existe duda sobre si un determinado evento es meramente contractual o si implica una perturbación del contrato apoyada en el *ius imperium*, los árbitros sean muy duros para aceptar la tesis privatista y se orienten más bien a defender la tesis internacionalista. De esta forma, esa puerta que se pretende abrir de par en par para liberarse de la justicia internacional, quede reducida a dejar pasar solamente los casos en que indiscutiblemente se trate de asuntos meramente contractuales.

Los acuerdos internacionales en materia de inversión

JAIME DUPUY ORTIZ DE ZEVALLOS (*)

SUMARIO: 1. *Prólogo.* 2. *Introducción.* 3. *Contenido de los AII.* 4. *Conclusiones.*

1. PRÓLOGO

Profundamente inspirado en la experiencia y pulcro ejercicio desempeñado por dos de los más prominentes exponentes del arbitraje internacional de inversión en la actualidad, doctores YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, cuya experiencia marca un derrotero difícil de seguir entre los profesionales que hemos encontrado un interés particular en esta cautivadora área del derecho, el presente trabajo sólo pretende dar un marco introductorio y general a la temática de inversiones en los Acuerdos Internacionales.

La riqueza de los temas revisados en forma superficial en el presente trabajo definitivamente obliga a que éstos sean materia de un análisis más profundo y exhaustivo.

2. INTRODUCCIÓN

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de maestría en dirección de negocios internacionales y comercio exterior por la Universidad San Ignacio de Loyola con la Escuela ESIC de España. Desde el 2004 se desempeña como asesor legal del Vice Ministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR, habiendo participado en la negociación de los Acuerdos Bilaterales de Inversión con Canadá, Colombia, Japón, Austria, Israel, Kuwait e India, así como en la negociación de los Capítulos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos, Chile, Canadá, Singapur, México, China, Corea del Sur, Centroamérica, Unión Europea, EFTA y el TPP. Asimismo, ha participado en las revisiones legales de los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos, Singapur, China y México, encargándose actualmente del proceso de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Los Acuerdos Internacionales en materia de Inversión (en adelante, AII) son los instrumentos internacionales en materia de inversión que brindan a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones en los países receptores de la inversión, garantías en cuanto al nivel de trato, protección respecto a riesgos no comerciales y mecanismos adecuados de solución de controversias, todo ello con la finalidad de consolidar un marco jurídico que garantice y proteja tanto a la inversión como al inversionista, coadyuvando a crear un clima apropiado, estable y previsible que promueva la atracción de inversión extranjera y fomente su establecimiento en el país.

El Perú promueve la suscripción de los AII como complemento de la legislación nacional en la materia y como un mecanismo para el desarrollo integral de la política económica y del comercio exterior del país que fomente la creación de empleo, la transferencia de tecnología, el incremento en el flujo de bienes y servicios entre los países suscriptores y posicione al Perú en una posición ventajosa frente a otros países con los cuales compite para atraer inversiones.

De acuerdo a los diferentes instrumentos legales en los que se incluyen los AII, éstos pueden ser bilaterales¹, plurilaterales² o multilaterales³; y, en cuanto

¹ Son los llamados indistintamente Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT, por sus siglas en inglés), Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones – APPRI (IPPA, por sus siglas en inglés) o los *Foreign Investment Protection and Promotion Agreements* – FIPA, como se le denominan en Canadá. Para efectos del presente artículo se utilizará la denominación BIT.

² Un ejemplo podría ser la existencia futura de un AII a nivel de la Comunidad Andina (CAN). Actualmente, las disposiciones que regulan el tema de la inversión a nivel de la CAN son las Decisiones 291 y 292. Cabe resaltar que ambas se limitan únicamente al compromiso de conceder trato nacional a los inversionistas de países miembros de la CAN, así como a la regulación de las Empresas Multinacionales Andinas (EMA).

³ A la fecha no existe un acuerdo multilateral en materia de inversión. Hace unos años existió la iniciativa de negociar un Acuerdo Multilateral de Inversión (*Multilateral Agreement on Investment* – MAI) en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés), que finalmente se vio truncada por diversos motivos, como el secretismo de las negociaciones, rechazo por parte de organizaciones internacionales no gubernamentales, ausencia de participación de los países en desarrollo, posturas en pro de la preeminencia de la legislación doméstica, enfoque proteccionista en favor de los inversionistas y no de los Estados receptores de la inversión, ausencia de salvaguardas ambientales, entre otros.

En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) lo que existe es el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMS, por sus siglas en inglés), acuerdo multilateral sobre el comercio de mercancías, que prohíbe determinadas medidas que resultan incompatibles con las obligaciones de trato nacional y de eliminación general de restricciones cuantitativas, previstas en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de la OMC (GATT, por sus siglas en inglés).

Asimismo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC (GATS, por sus siglas en inglés) abarca las inversiones extranjeras en los servicios como uno de los cuatro modos de suministro de servicios (modo 3 – presencia comercial).

al nivel de especificidad temática, pueden constituir tratados específicos de inversión o formar parte de un Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC) o Acuerdo de Complementación Económica (en adelante, ACE)⁴.

En términos generales, las disposiciones de los BIT son similares a las previstas en los capítulos de inversión de los TLC, aunque estos últimos pueden tener un mayor alcance debido a la mayor cobertura de los TLC en cuanto a temas (acceso a mercados, propiedad intelectual, contrataciones públicas, comercio de servicios, entre otros, además de inversión), que muchas veces implica la implementación de estrategias cruzadas (entre capítulos) y otras consideraciones en relación a la maximización del impacto total de los TLC.

En el Cuadro 1 se detalla los AII vigentes, suscritos y en negociación con los que actualmente cuenta el Perú.

Es importante mencionar que la mayoría de los BIT vigentes, según el cuadro, fueron suscritos por el Perú en la década de los noventa, siguiendo un modelo de BIT estadounidense anterior al del año 1994. Es recién a partir de la aplicación e implementación del Capítulo 11 sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) que los EE.UU. y Canadá formulan en el 2004 un nuevo modelo de BIT que será la base de los AII de nueva generación, tanto a nivel de los BIT como de los Capítulos de Inversión en los TLC.

Es justamente en base a esos modelos que el Perú negoció los Capítulos de Inversión en los TLC y en la profundización de los ACE que en el cuadro aparecen como vigentes, suscritos o en negociación.

Asimismo, ese mismo enfoque es el utilizado en la vigente negociación del llamado Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés), que involucra a los siguientes nueve países miembros del Foro de Cooperación Asia Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés): Australia, Brunei Darussalam, Chile, Malasia, Nueva Zelandia, Perú, Singapur, Estados Unidos y Vietnam.

En cuanto a las negociaciones de los TLC con EFTA (bloque conformado por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) y la Unión Europea, el enfoque difiere del previsto en los referidos modelos. En un próximo artículo se procederá al análisis de los mismos.

⁴ Los ACE con acuerdos comerciales suscritos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante, ALADI), el mayor grupo latinoamericano de integración, creado por el Tratado de Montevideo de 1980, conformado por los siguientes doce países miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Cuadro 1: AII vigentes, suscritos y en negociación

	AMÉRICA	EUROPA		ASIA / OCEANÍA	
Argentina	BIT vigente (24.10.96)	Alemania	BIT vigente (01.05.97)	Australia	BIT vigente (02.02.97)
Bolivia	BIT vigente (19.03.95)	Austria	BIT en negociación	Corea del Sur	TLC vigente (01.08.11)
Canadá	TLC vigente (01.08.09)	Bélgica/Luxemburgo	BIT vigente (11.09.08)	China	BIT vigente (01.02.95)
Colombia	BIT vigente (21.03.04)	Dinamarca	BIT vigente (17.02.95)		TLC vigente (01.03.10)
	Nuevo BIT suscrito (España	BIT vigente (17.02.96)	India	BIT en negociación
Costa Rica	TLC suscrito (26.05.2011)	Finlandia	BIT vigente (14.06.96)	Israel	BIT en negociación
Cuba	BIT vigente (25.11.01)	Francia	BIT vigente (30.05.96)	Japón	BIT vigente (10.12.09)
Chile	Profundización de ACE	Italia	BIT vigente (18.10.95)	Kuwait	BIT en negociación
	vigente (01.03.09)	Noruega	BIT vigente (05.05.95)	Malasia	BIT vigente (25.12.95)
Ecuador	BIT vigente (09.12.99)	Países Bajos	BIT vigente (01.02.96)	Singapur	TLC vigente (01.08.09)
El Salvador	BIT vigente (15.12.96)	Portugal	BIT vigente (18.10.95)	Tailandia	BIT vigente (15.11.93)
	TLC en negociación	Reino Unido	BIT vigente (21.04.94)		TLC negociación
Estados Unidos	TLC vigente (01.02.09)	República Checa	BIT vigente (06.03.95)		
Guatemala	TLC en negociación	Rumania	BIT vigente (01.01.95)	BLOQUE	
Honduras	TLC en negociación	Suecia	BIT vigente (01.08.94)	Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico TPP**	TLC en negociación
México	Profundización de ACE	Suiza	BIT vigente (23.11.93)		
	suscrito (06.04.11)	BLOQUE			
Panamá	TLC suscrito (25.05.2011)				
Paraguay	BIT vigente (18.12.94)	EFTA	TLC suscrito (17.07.10)*		
Venezuela	BIT vigente (18.09.97)	UNION EUROPEA	TLC en revisión legal		

* Con respecto a Suiza y Liechtenstein, el Acuerdo se encuentra vigente desde el 01 de julio de 2011.

** Grupo conformado por Australia, Brunei Daurassalam, Chile, EE.UU., Malasia, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Vietnam.

3. CONTENIDO DE LOS AII

Para efectos del análisis de las disciplinas, obligaciones y compromisos que integran los AII, se dividirá los mismos en los AII de primera y segunda generación, caracterizando a estos últimos el seguimiento del modelo elaborado por los EE.UU. y Canadá en el año 2004.

Con respecto a los AII de primera generación, es importante mencionar que éstos incluyen una definición amplia y comprehensiva de lo que debe entenderse como inversión, designando a todo tipo de activo definido de acuerdo a la legislación de cada parte. Generalmente incluyen una lista no taxativa de lo que se considera inversión, como derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles, acciones o participaciones societarias, préstamos, derechos de propiedad intelectual, concesiones, entre otros elementos.

Asimismo, el ámbito de aplicación incluye tanto a los inversionistas como a sus inversiones existentes y futuras, aplicándose únicamente el mecanismo de solución de controversias a los asuntos que surjan después de la entrada en vigor del AII, incluso respecto de las inversiones existentes⁵.

De otro lado, carácter intrínseco de estos AII es la no inclusión de disciplinas de acceso a mercados, por lo que el ingreso de una inversión se regula únicamente por lo dispuesto en la legislación interna de las partes. Es decir, la cobertura del AII se da a la fase de post establecimiento de la inversión.

El esquema de estos AII incluye, de manera general, los siguientes componentes:

- **Trato nacional (TN):** no conceder a los inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones un trato menos favorable que el que se conceda a los inversionistas nacionales y/o a sus inversiones.
- **Trato de nación más favorecida (NMF):** no conceder a los inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones un trato menos favorable que el que se conceda a los demás inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones, previéndose dos salvedades:
 - (i) los privilegios que se conceda a los demás inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común, una zona libre de comercio, por su asociación con tales agrupaciones, o acuerdos internacionales similares; y

⁵ A modo de ejemplo, ver sentencia del caso *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. v. República del Perú* (Caso CIADI N° ARB/03/4), en el que, a pesar de tratarse de una inversión existente, el Tribunal se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la controversia por referirse a actos anteriores a la vigencia del BIT entre la República de Chile y la República del Perú.

- (ii) los beneficios y ventajas que se conceda a los demás inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones como consecuencia de la celebración de convenios o acuerdos para evitar la doble imposición u otros acuerdos en materia impositiva.
- **Nivel mínimo de trato (NMT):** concesión de un trato justo y equitativo para los inversionistas extranjeros y/o sus inversiones, así como protección y seguridad jurídica.
- **Requisitos de desempeño (RQ):** prohibición de condicionar las inversiones a los siguientes requisitos o compromisos:
 - (i) Exportar un determinado tipo, nivel o porcentaje de bienes o servicios, en términos generales o hacia un mercado en específico;
 - (ii) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (iii) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes o servicios de origen nacional o de cualquier procedencia interna;
 - (iv) Relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
 - (v) Restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produzca o preste, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de su producción, sus exportaciones o a las ganancias en divisas que generen; o
 - (vi) Transferir a una persona, natural o jurídica, en su territorio, tecnología, proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Acuerdo.
- **Altos ejecutivos (AE):** permitir que las inversiones extranjeras designen a los individuos que deseen para ocupar puestos de alta dirección o para conformar los órganos de administración u operación de la misma, sea cual fuere la nacionalidad de dichos individuos, sin perjuicio de las disposiciones en materia laboral.
- **Compensación por pérdidas (CP):** no conceder a los inversionistas extranjeros un trato menos favorable que el que se conceda a los inversionistas nacionales ante el sufrimiento de pérdidas en sus inversiones por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, estado de sitio o insurrección; respecto de restituciones, compensaciones,

indemnizaciones u otros resarcimientos. Estos pagos deberán ser libremente transferibles.

- **Expropiación (directa e indirecta) (EXP):** Las inversiones de inversionistas extranjeros sólo podrán ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, de manera no discriminatoria, por causa de necesidad pública y, en tal caso, deberán ser indemnizadas de acuerdo al valor de la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o medida equivalente.

Esta indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago efectivo, según el tipo usual de interés bancario; deberá de ser realizable y libremente transferible. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equivalente, el monto de la indemnización y cualquier otra cuestión relacionada podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario.

- **Transferencia de capitales (TRANSF):** garantía de libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión. La transferencia se efectuará en moneda libremente convertible, sin restricción ni demora al tipo de cambio aplicable en cada caso.
- **Posibilidad de recurrir a arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias (AI):** toda interpretación o aplicación del Acuerdo deberá, en lo posible, ser dirimida por los Gobiernos de las partes contratantes a través de sus canales diplomáticos. Si una controversia no pudiere ser resuelta de esa manera, será sometida al Poder Judicial de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión. La controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional⁶ por acuerdo de ambas partes o a petición de cualquiera de ellas, cuando no exista una decisión sobre el fondo de la misma después de 18 meses de iniciado el proceso judicial, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.

Incluye dos mecanismos de solución de controversias: (i) inversionista-Estado y (ii) Estado-Estado.

En cuanto a los AII de nueva generación, estos constituyen acuerdos más comprehensivos y detallados que los anteriores.

⁶ Sea bajo un procedimiento arbitral en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) o ante un tribunal arbitral ad-hoc, establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Así, característica intrínseca de estos AII, a diferencia de los anteriores, es que sí incluyen disciplinas de acceso a mercados, haciendo extensible el ámbito de aplicación del acuerdo a los inversionistas y sus inversiones bajo las formas de inversión permitidas por la legislación nacional y a todas las etapas del ciclo de la inversión, esto es, desde su establecimiento, gestión y desarrollo, hasta su liquidación parcial o total, ya sea que intenten realizar, se encuentren realizando o hayan realizado una inversión en el país. Es decir, la cobertura del AII se da tanto a la fase de pre como de post establecimiento de la inversión.

Siguiendo esta nueva estructura, la negociación se realiza bajo el enfoque de “lista negativa”, es decir, las disciplinas, obligaciones y compromisos se aplican horizontalmente a todos los sectores de la economía, salvo en aquellos donde de manera expresa se estipulen reservas, aplicables también al capítulo de comercio transfronterizo de servicios de los TLC.

Estas reservas, que son listadas en las comúnmente denominadas Medidas Disconformes, son de dos tipos:

- (a) Reservas en función de medidas que se encuentren vigentes al momento de la suscripción del AII – Anexo I de Medidas Disconformes⁷; y
- (b) Reservas a futuro – Anexo II de Medidas Disconformes⁸.

Cabe resaltar que una característica especial de estas reservas es la aplicación del principio de *stand still* y el denominado *ratchet clause* que la práctica comercial ha venido introduciendo en todos los acuerdos comerciales que a la fecha se vienen negociando, siguiendo el modelo de los AII de nueva generación.

Así, mientras el principio de *stand still* consiste en no incluir nuevas medidas disconformes (salvo las que se puedan disponer en función de las reservas a futuro listadas en el mismo acuerdo), el *ratchet clause* consiste en no hacer más gravosa una medida disconforme que ya se encuentra listada por las partes. Así, si bien las partes se reservan la posibilidad de modificar las medidas que se encuentran listadas como disconformes, tal modificación nunca podrá ser más gravosa, sino sólo orientada a su liberalización. Si la

⁷ Ejemplo de estas reservas podría ser la disposición constitucional de restringir la inversión extranjera en minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía dentro de los 50 kilómetros de las fronteras, la que vulneraría el principio de trato nacional de los AII.

⁸ Ejemplo de estas medidas podría ser la reserva cultural, en función de la cual el Estado se reserva la facultad soberana de poder legislar en el futuro de forma tal que otorgue beneficios determinados a favor de su industria cultural, a pesar que puedan constituir vulneraciones de las disciplinas contempladas en los AII.

modificación efectuada resulta menos gravosa, esta medida suplantarán a la anterior, no pudiendo retornarse al nivel inicial.

De otro lado, a pesar de continuar incorporando un concepto de inversión amplio, con cobertura de todas las formas posibles de activos que un inversionista posee o controla de manera directa o indirecta en el país, los AII de nueva generación incorporan una connotación económica a dicha definición, cual es que esta inversión reúna las características de compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancias y la asunción de riesgo.

Asimismo, a pesar de continuar incorporando una lista no taxativa de lo que se considera inversión⁹, estos AII de nueva generación incluyen también ejemplos de lo que no debe considerarse inversión, como los reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, los préstamos bilaterales entre Estados o las órdenes o sentencias presentadas en una acción judicial o administrativa.

De otro lado, en cuanto a las disciplinas de tratamiento a las inversiones, los AII de nueva generación continúan incorporando los estándares relativos de trato nacional y trato de nación más favorecida sobre la base de la existencia de circunstancias similares. Asimismo, en función de jurisprudencia existente relacionada a arbitrajes internacionales en materia de inversión, ha sido política del Perú limitar la aplicación del trato de nación más favorecida a las disciplinas sustanciales contenidas en los AII y no a las reglas procesales incluidas en los mecanismos de solución de controversias, ello con el fin de evitar la "creación" de diferentes procedimientos en función de lo que cada inversionista considere como "más favorable" (comúnmente denominado como *treaty shopping*)¹⁰.

Adicionalmente a estos estándares relativos se incluye una definición más específica del estándar absoluto de nivel mínimo de trato, acorde con el derecho internacional consuetudinario, en función de sus dos componentes:

- (a) Trato justo y equitativo: obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con

⁹ Con la característica adicional de hacer más extensa esa lista no taxativa, incluyendo conceptos tales como licencias, autorizaciones y permisos, siempre que generen derechos protegidos mediante la legislación interna.

¹⁰ A modo de ejemplo, ver sentencia del caso Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España (Caso CIADI N° ARB/97/7). En dicho proceso, enmarcado en el BIT entre la República Argentina y el Reino de España, el demandante solicita la aplicación, vía el principio de trato de nación más favorecida, del BIT entre la República de Chile y el Reino de España, a efectos de la aplicación del convenio arbitral (consentimiento previo) dispuesto en este último.

el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

- (b) Protección y seguridad plenas: exigencia de proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

Con respecto a los requisitos de desempeño, los AII de nueva generación persisten en las prohibiciones de condicionar la inversión a determinados requisitos o compromisos, tanto de manera absoluta o condicionando la recepción de una ventaja al cumplimiento de dichos requisitos.

Cabe resaltar que, acorde con la tendencia de estos AII de nueva generación, de incluir disposiciones destinadas a salvaguardar objetivos legítimos de bienestar público, como la salud, el medio ambiente y el trabajo, la prohibición de transferencia de tecnología, como requisito de desempeño, no afecta el requerimiento, obligación o compromiso de capacitación laboral, siempre que efectivamente esta capacitación no implique transferencia de alguna tecnología particular, proceso productivo u otro conocimiento patentado o de alguna otra forma protegido por derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se disponen determinadas salvedades en materia de asuntos medio ambientales, programas de promoción de exportaciones y contrataciones públicas.

En cuanto a la disciplina de altos ejecutivos, se hace expresa la prohibición de designar a personas de una nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección empresarial. Asimismo, se incluye la posibilidad de exigir que la mayoría de los miembros de las juntas directivas sean de una nacionalidad o residentes de un territorio en particular, siempre que ello no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista de ejercer el control sobre su inversión (independientemente de la normativa laboral de cada Estado).

En lo que respecta a las disciplinas de protección, los AII de nueva generación, al igual que los anteriores, otorgan al inversionista protección frente a eventuales riesgos no comerciales, tales como medidas gubernamentales que pudieran afectar, injustificadamente, la propiedad sobre su inversión, la libre transferencia de los flujos relacionados con la inversión o la normal gestión y explotación de la misma, previendo obligaciones compensatorias en los casos que una acción o medida con efecto expropiatorio fuera aplicada.

Así, adicionalmente al otorgamiento de trato nacional con respecto a la compensación por pérdidas que puedan sufrir las inversiones en caso de conflicto armado o contienda civil, los AII de nueva generación abordan con mayor detalle la regulación de la disciplina de expropiación, en base a la extensa y variada experiencia práctica promovida por el NAFTA.

En la historia de nuestra regulación jurídica, el término “expropiación” siempre ha estado ligado, como en la mayoría de las legislaciones de tenden-

cia romano germánica o *civil law*, a una limitación del derecho de propiedad, entendiéndose como tal al derecho real¹¹ que implica la facultad que el propietario o el dueño tiene de gozar y disponer libremente de las cosas o bienes.

Así, el artículo 70 de nuestra Constitución Política dispone lo siguiente:

“Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

Al respecto, JORGE AVENDAÑO señala que “la norma en mención tiene tres partes bien marcadas: (i) la declaración expresa de que la propiedad es inviolable, (ii) el señalamiento de los límites al ejercicio de la propiedad, y (iii) la regulación de la expropiación”¹².

Al explicar la inviolabilidad de la propiedad, AVENDAÑO manifiesta que la acepción está ligada, en primer lugar, a que nadie la puede afectar, desconocer o cuestionar, y en segundo lugar, a que el Estado la debe garantizar y hacer respetar. Así, prosigue, la inviolabilidad está referida “a que el Estado no puede privar de ella a los particulares, salvo que sea a través de la expropiación”.

En cuanto a los límites al ejercicio de la propiedad se señalan dos: el bien común y la ley. Resulta interesante lo comentado por AVENDAÑO, respecto del uso del término “bien común” en reemplazo del término “interés social”, plasmado en las Constituciones de 1933 y 1979. Así, mientras este último fue utilizado, bajo el argumento de “responder a la conveniencia de un determinado sector social”, como causal expropiatoria de predios para la reforma agraria y de la fallida estatización de la banca, aquél fue impuesto en su reemplazo con la intención de afectar el bien de todos, aquello que beneficia a la generalidad de las personas¹³.

Finalmente, en cuanto a la expropiación, AVENDAÑO sostiene que “La expropiación se funda en que el interés público prima sobre el interés particular [;] [p]ero eso presupone dos cosas: que las causales de expropiación estén expresa y previamente establecidas en la ley, y por tanto, no queden libradas al criterio de los gobernantes; y que el Estado pague al particular el precio justo del bien expropiado”.

¹¹ Porque se ejerce sobre una *res* o “cosa” en latín.

¹² AVENDAÑO, Jorge. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por Artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica, 2005. pp. 942-946.

¹³ Según manifiesta AVENDAÑO, el origen del concepto de bien común se encuentra en encíclicas papales de inicios del siglo pasado.

Así, la regla general de la inviolabilidad de la propiedad tiene una sola excepción: la expropiación, entendida ésta como el acto por el cual el Estado priva a un individuo de su propiedad con el objeto de emplearla en beneficio y utilidad de la sociedad.

El desarrollo de lo previsto en el citado artículo 70 de la Constitución se encuentra en la Ley N° 27117, del año 1999, mediante la cual se aprobó la Ley General de Expropiaciones.

El artículo 2 de la referida Ley define la expropiación como “la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

Asimismo, los artículos 12 y 13 de la Ley disponen que todos los bienes inmuebles de dominio privado puedan ser objeto de expropiación, así como el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo.

Hasta acá, un desarrollo doméstico del concepto de expropiación estrechamente vinculado al derecho de propiedad de los bienes inmuebles.

Sin embargo, una fuente jurídica adicional a las leyes y la Constitución está dada por los compromisos y obligaciones contenidos en los tratados internacionales, como el caso de los AII.

En este sentido, el artículo 55 de la Constitución dispone que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. De igual forma, el rango de ley de los tratados viene dado por el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución, que para efectos de calificar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, detalla las normas con rango de ley, entre éstas, los tratados internacionales.

Así pues, los AII contienen un principio básico que consiste en que las inversiones de inversionistas extranjeros no podrán ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a la expropiación o nacionalización¹⁴, salvo por causa de propósito público y sujeto a una indemnización.

¹⁴ Si bien en los AII no se establece una diferencia entre la expropiación y la nacionalización, para efectos del presente trabajo nos referiremos a estos dos términos indistintamente como expropiación. Sin perjuicio de lo anterior, en puridad, mientras que la nacionalización constituye la transferencia de la propiedad de ciertos medios de producción pertenecientes a particulares, a favor del Estado, realizada por motivos de interés social o seguridad nacional sin conllevar el pago de una indemnización; la expropiación, como bien ya la hemos definido, constituye la transferencia coactiva de la propiedad de un particular, a favor del Estado, por razón de interés público y previo pago de su valor económico.

Indudablemente, las redacciones entre los diferentes AII varían en su contenido, pero el sentido intrínseco de la disposición contenida en todos ellos es la inclusión de dos variantes de la expropiación: la directa y la indirecta.

Y al estar esta disposición contenida en todos los AII firmados por el Perú, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución referida precedentemente, la misma forma parte ya de nuestra regulación interna desde la década de los noventa (*de iure*), fecha en la cual el Gobierno del Perú inicia la suscripción de los primeros AII.

El concepto de la expropiación indirecta tiene como punto de partida la doctrina de la regulación expropiatoria o *regulatory taking*, construida en el marco del derecho anglosajón o *common law*, específicamente en los Estados Unidos.

El desarrollo de esta doctrina es explicada por RODRIGO DELAVEAU de la siguiente manera¹⁵:

“El desarrollo y la libertad de una sociedad y sus individuos dependen en gran medida del contenido y protección de los derechos de propiedad. En prácticamente todos los sistemas jurídicos se encuentra consagrada la indemnización a los particulares en el evento que el Estado les prive de su propiedad mediante un acto de expropiación. Siendo una de las primeras en reconocer dicha garantía, la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos prohíbe al Estado expropiar bienes para uso público, sin el pago de una justa compensación a su propietario. La aplicación de dicho requisito es relativamente fácil de cumplir cuando la Administración ejerce formalmente la privación de propiedad a un particular, especialmente cuando se trata de bienes inmuebles. Cabe preguntar, entonces, si debe indemnizarse cuando las regulaciones del Estado han limitado –sin una expropiación formal– mediante la restricción normativa de los modos en que pueden usar su propiedad. Esta es la doctrina de la regulación expropiatoria, en cuya virtud se plantea que mientras en una expropiación tradicional el Estado priva física y formalmente a un propietario de su dominio, en el caso de una regulación expropiatoria se sostiene que el Estado hace efectiva una expropiación de facto a través de una regulación que reduce o elimina sustancial o completamente el valor de la propiedad. En este sentido, se conjuga el dominio eminente del Estado¹⁶, la potestad de policía¹⁷ y el derecho de propiedad”. (el subrayado es nuestro).

¹⁵ DELAVEAU, Rodrigo. *La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 33, N° 3, 2006. pp.411-438.

¹⁶ En cuanto al dominio eminente del Estado, cabe resaltar que, según manifiesta DELAVEAU, “el poder de la administración para expropiar un bien privado para un uso público permisible se le ha considerado en Estados Unidos como un atributo del Estado Nacional y los Estados federales. Este reconocimiento proviene del caso *Kohl vs. United States* de 1875, en que por primera vez se usó el término ‘dominio eminente’. Una definición sencilla y clara del dominio eminente es el derecho del Estado, mediante su organización ordinaria, a reafirmar (*reassert*), sea temporal o permanentemente, su dominio sobre cualquier porción del suelo del Estado, debido a la necesidad o bien público. Este término parece haber sido acuñado en 1625 por el escolástico holandés Hugo Grocio y desarrollado en ese país por diversos filósofos del derecho natural. En efecto, los tribunales norteamericanos a menudo explican el dominio eminente en referencia a los principios de derecho natural hasta el período posguerra civil. En Inglaterra y Estados Unidos se considera como una importante fuente de la teoría del dominio eminente la derivada de John Locke en relación a la delegación que hace el pueblo al Poder Legislativo. Locke equipara este poder a la facultad que tiene el Estado para cobrar impuestos.”

¹⁷ En cuanto a la potestad de policía, DELAVEAU manifiesta que el “juez supremo [norteamer-

Así, lo que se reconoce es que existen casos en que una medida restrictiva del uso del derecho de propiedad, que no implique una afectación formal a una propiedad mediante el uso de dominio eminente, puede tener el mismo efecto jurídico, y por tanto se requiere que el Estado indemnice a los propietarios¹⁸. Estas medidas restrictivas son las denominadas regulaciones expropiatorias o *regulatory takings*.

Toda vez que en los sistemas jurídicos anglosajones el Derecho está configurado en gran medida por el antecedente jurisprudencial, y teniendo en cuenta que al fin y al cabo la regulación expropiatoria es una creación jurisprudencial, a continuación se detalla los casos que dieron forma a esta figura.

Como bien lo describe DELAVEAU, si bien el concepto de expropiación implícita resulta medianamente claro desde 1872, año en el cual se falló el caso *Pumpelly vs. Green Bay Co*, la yuxtaposición de las palabras “expropiación” y “regulatoria” data recién de la opinión del juez supremo Oliver Wendell Holmes en el caso *Pennsylvania Coal vs. Mahon* en 1922. El término “expropiación regulatoria” aparece originalmente en casos federales y estatales publicados desde el final de la década de 1970. Fue utilizado por primera vez en un fallo de la Corte Suprema en 1981, en el voto de disidencia redactado por el supremo William Brennan en el caso ya citado de *San Diego Gas & Electric Co. vs. City of San Diego*.

El caso *Pennsylvania Coal vs. Mahon* es el primer y más citado caso de la Corte Suprema de Estados Unidos referido a la regulación expropiatoria¹⁹. En éste, finalmente la Corte Suprema de los Estados Unidos le dio la razón a la empresa Pennsylvania Coal Co., quien alegaba que la Ley Kohler (mediante la cual se prohibió la actividad minera de depósitos de carbón bajo la superficie

ricano] William Brennan está asociado al debate sobre la expropiación regulatoria primordialmente por su apoyo a las restricciones del poder de policía en numerosos fallos, afirmando, [en su voto en minoría], que ‘las regulaciones del poder de policía, tales como los planes reguladores y otras restricciones del uso del suelo, pueden destruir el uso y el goce de la propiedad en orden a promover el bien público, de manera tan efectiva como una sentencia condenatoria formal o la invasión física de la propiedad’ (*caso San Diego Gas & Electric Co. vs. City of San Diego* de 1981, p.621). La legitimidad subyacente al poder de policía es raramente discutida. Richard Epstein, tal vez el teórico libertario de los derechos de propiedad, ha sostenido que ‘el poder de policía es completamente congruente con la teoría de Locke del Estado, que requiere que los individuos abandonen el estado de naturaleza pura con el objeto de obtener paz y seguridad contra las posibles agresiones de sus vecinos. Si los individuos pueden justificar el uso de la fuerza contra sus vecinos, del mismo modo puede el Estado actuar en su nombre’. La expansiva noción del poder de policía prevaleció en Estados Unidos durante la década del veinte y del treinta del siglo recién pasado, y es hoy por hoy mucho más controversial.”

¹⁸ Citando a RICHARD POSNER, DELAVEAU manifiesta que “de no pagar el Estado lo debido, existen poderosas razones para que no existan incentivos para las personas en invertir o adquirir bienes raíces, con las nefastas consecuencias que ello implica.”

¹⁹ Según DELAVEAU, se trata del *Madison vs. Marbury* de la regulación expropiatoria, para muchos el fallo que dio origen al control de la constitucionalidad de las leyes.

de un predio que perteneciera a un tercero, siempre y cuando causara perjuicios a numerosos usos superficiales, incluyendo carreteras, fábricas, tiendas, colegios, iglesias, entre otros, afectando de esta manera a la empresa, que tenía derechos sobre carbón subterráneo frente a los derechos de los predios superficiales de la Sra. Mahon) constituía una expropiación inconstitucional de la propiedad.

Según resalta DELAVEAU, la idea más resaltante del fallo redactado por el juez supremo Holmes manifiesta lo siguiente:

"La regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación. (...) En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino. Estamos en peligro si nos olvidamos que el fuerte deseo público de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio (...)”²⁰.

A pesar del voto de disidencia y a una falta de dirección por parte de la Corte Suprema norteamericana²¹, la relevancia de este caso *resulta* innegable y sus efectos se proyectan hasta nuestros días.

Dada la ausencia de reglas generales en materia de inversiones en el ámbito multilateral (ver nota al pie de página 3), la evolución de esta materia se ha venido dando en el ámbito bilateral, a través de los AII, y como consecuencia de la jurisprudencia derivada de casos ventilados ante diversos foros internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el Tribunal de Reclamos Irán - Estados Unidos, las Cortes que aplican la Convención Europea y Americana de Derechos Humanos, así como diversos tribunales *ad hoc*.

Según RUDOLF DOZER²², toda esta jurisprudencia en su conjunto consiste en aproximadamente treinta casos principales (no siempre homogéneos o

²⁰ Resulta interesante el voto de disidencia del juez supremo Louis Brandeis que, en palabras de DELAVEAU, resulta ser casi tan famosa como el voto de Holmes. Así, manifiesta, Brandeis se pronuncia a favor de lo que ahora se conoce como excepción de daño: si el uso de un predio es en sí mismo nocivo, peligroso o causa un daño público, el legislador es libre de regular su uso sin compensación alguna, aun cuando el poder de policía pueda causar pérdidas en el propietario. Añade DELAVEAU que este argumento sería usado numerosas veces en el futuro, con el objeto de justificar la acción administrativa.

²¹ Como bien menciona DELAVEAU, algunos integrantes de la Corte Suprema ha revelado en sus fallos una total hostilidad hacia la doctrina de la regulación expropiatoria, que emerge de su visión hacia este caso. Por eso, para estos jueces, *Pennsylvania Coal* es solo una opinión o un consejo y no verdadera jurisprudencia, en el sentido que tiene ésta en el derecho anglosajón.

²² DOZER, Rudolf. *Indirect Expropriations: New Developments?* artículo adaptado en base a los comentarios expresados en el Coloquio sobre Expropiaciones Regulatorias en el Derecho

consistentes) que arrojan una luz en cuanto a interrogantes generales o disposiciones de hecho específicas. Cuando el tratado que debiera interpretarse haga referencia a la “expropiación indirecta” o una disposición similar, sería de ayuda que inicialmente se atiende a este cuerpo jurisprudencial a efectos de revisar las decisiones relevantes. El punto de partida para determinar el “sentido corriente” de las cláusulas pertinentes -siendo éste la principal regla de interpretación según el artículo 31²³ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena)- sería importante que sea establecido a la luz de estos casos.

Así, continúa DOZER, la tendencia de tribunales recientes de ignorar estos casos no contribuye al crecimiento orgánico del derecho internacional en materia de inversiones, ni a la certidumbre legal basada en la consistencia jurisprudencial. La ausencia de correspondencia con casos previos será definitivamente siempre una opción, pero ignorarlos generará interrogantes con respecto a si existió un esfuerzo adecuado, de parte del tribunal, de sentar una decisión en el contexto apropiado.

Con referencia al artículo 31 de la Convención de Viena ya citado, es importante resaltar que, teniendo en consideración que dicha disposición pone énfasis en el objeto y fin del tratado como parte de la regla de interpretación, podría argumentarse que una aproximación teleológica para la interpretación de tratados bilaterales o multilaterales debería basarse en la presunción de que estos tratados han sido negociados con el objeto de facilitar y promover la inversión extranjera, lo cual usualmente se encuentra reflejado en el preámbulo de los mismos. Así se podría concluir que, en caso de duda, estos tratados deberían interpretarse a favor del inversionista extranjero, reforzando sus derechos con el fin de promover un mayor flujo de inversión extranjera.

Esta línea de pensamiento sería indudablemente inconsistente con la regla clásica, actualmente ya no aceptada de manera general, de que los tratados deben ser interpretados a favor de la soberanía estatal. Esta contraposición de ideas deberá ser atendida con mayor profundidad en el futuro. En este contexto, los argumentos referidos a que los tratados de inversión benefician tanto al inversionista como al Estado receptor de la inversión, y que los mismos se basan en el reconocimiento de derechos y obligaciones de ambas partes, debe ser examinado con mayor detalle.

Internacional, realizado el 26 y 27 de abril de 2002 y organizado por la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York y la Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Nueva York.

²³ El artículo 31 de la Convención de Viena dispone lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (...)”

No se debe perder de vista que el derecho de las inversiones es una disciplina emergente. Pocas áreas del derecho internacional generan tanta controversia como el derecho relacionado con la inversión extranjera. Mucho de esta disciplina, tal como se da en la actualidad, fue creado por países desarrollados exportadores de capital que buscaron proteger las inversiones realizadas por sus ciudadanos en los países receptores de inversión extranjera directa, países en vías de desarrollo mayormente.

La interacción de diversos factores económicos, políticos e históricos ha ido dando forma al desarrollo del derecho internacional de la inversión extranjera. Tradicionalmente, las inversiones eran protegidas en virtud de una posición militar de dominio (como resultado del colonialismo). En partes del mundo en donde no existía esta relación colonial, puede encontrarse la génesis de la responsabilidad de los Estados, siendo Estados Unidos el progenitor de la doctrina de la responsabilidad estatal por daños a los extranjeros y su propiedad. Así, fue Estados Unidos quien buscó externalizar las normas que gobiernan a los extranjeros y su propiedad, argumentando un estándar mínimo internacional aplicable al caso.

Como bien se ha mencionado anteriormente, si bien las redacciones entre los diferentes AII varían en su contenido, como común denominador tenemos la disposición de que las inversiones de inversionistas extranjeros sólo podrán ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización cuando concurren los siguientes presupuestos: (i) de manera no discriminatoria, (ii) por causa de necesidad pública y, en tal caso, (iii) deberán ser indemnizadas de acuerdo al valor de la inversión expropiada o nacionalizada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o medida equivalente.

Esta indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago efectivo, según el tipo usual de interés bancario; deberá de ser realizable y libremente transferible. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equivalente, el monto de la indemnización y cualquier otra cuestión relacionada podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario.

Si bien se mantiene la noción básica de que las inversiones de inversionistas extranjeros sólo podrán ser expropiadas por motivos de necesidad pública, de manera no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización y con apego al principio del debido proceso, los AII más recientes incluyen determinadas disposiciones específicas que regulan en forma más detallada la manera de cómo se debería proceder con las expropiaciones.

En cuanto a la motivación de que se haga por necesidad pública, atendiendo a que la legislación interna de cada país contempla diferentes fundamentos para proceder con una expropiación (necesidad pública y seguridad nacional en el caso peruano, según lo dispuesto por el ya citado artículo 70 de la Constitución), cada vez es más frecuente la utilización del término "propósito público", como principio del derecho internacional consuetudinario, con la salvedad de que las partes dispongan que su legislación interna podrá expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, generando con ello consistencia entre los AII y los preceptos constitucionales internos de cada Estado²⁴.

Con respecto a la indemnización, el estándar de compensación más frecuentemente utilizado es el de Hull, el cual consiste en una compensación pronta, efectiva y adecuada²⁵, lo que implica el pago rápido, total, a precio de mercado y en una divisa convertible²⁶ de la compensación. Otros estándar utilizado, pero en menor medida, es el de la "compensación adecuada"; sin embargo, la vaguedad del término y su indefinición no permiten lograr una disciplina de carácter certero.

Ahora bien, en cuanto al ámbito mismo de la disciplina, los AII más recientes van más allá de incluir las expropiaciones, nacionalizaciones u otras medidas que en sus efectos sean equivalentes, para incluir expresamente dos modalidades de expropiación: la directa y la indirecta²⁷.

Cabe resaltar que la tendencia actual consiste en definir, en líneas generales, a la expropiación directa como la transferencia formal del título o del derecho de dominio sobre una propiedad, y a la expropiación indirecta como un acto o serie de actos que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

Toda vez que este concepto de expropiación indirecta no es recogido directamente en las legislaciones internas de los países, esta definición de lo que debe considerarse expropiación indirecta, debido fundamentalmente a

²⁴ Si bien no se dispone una definición de lo que se considera "propósito público", la intención subyacente es la procedencia de la expropiación sólo cuando existe un interés colectivo que la justifica y no una mera motivación personal o individual.

²⁵ Estándar formulado por el Secretario de Estado de los EE.UU. Cordell Hull, quien señaló en 1938, en correspondencia dirigida al Gobierno de México, que "de acuerdo a todas las normas legales y de equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto".

²⁶ Las cinco monedas de libre uso reconocidas por el Fondo Monetario Internacional son el dólar estadounidense, el marco alemán, el yen japonés, la libra esterlina y el franco francés.

²⁷ O "regulación regulatoria", como se le denomina doctrinalmente.

la experiencia derivada del NAFTA, contempla una serie de elementos a ser considerados para su determinación:

- (a) Investigación factual, de caso por caso;
- (b) Impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- (c) La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
- (d) El carácter de la acción gubernamental.

Así, si bien no se define expresamente lo que constituye una expropiación indirecta²⁸, tal como se encuentra en los AII anteriores, con las incertidumbres que ello acarrea, sí se incluye una serie de pautas que deberán tomarse en cuenta para su determinación, disponiéndose adicionalmente los supuestos que no deberían constituir expropiación indirecta.

Adicionalmente al hecho de disponer que una medida que genere un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido, se incluye que tampoco constituirán expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios que se diseñen y apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, ello en concordancia con la tendencia ya referida de estos AII de nueva generación, de incluir disposiciones destinadas a salvaguardar objetivos legítimos de bienestar público, además de esclarecer la no afectación de la soberanía de los Estados con respecto a estos temas.

Reforzando lo anterior, el mismo texto del AII suele incluir una cláusula que dispone expresamente que nada impedirá a las partes adoptar, mantener o aplicar las medidas que considere necesarias para asegurar que la inversión extranjera se desarrolle de acuerdo a consideraciones ambientales, siempre que sea compatible con las obligaciones del mismo Acuerdo.

En la práctica, el concepto de expropiación indirecta ha estado estrechamente vinculado a los “excesos” cometidos por los Estados en cuando a temas de índole fiscal. Al respecto, la Constitución Política del Perú señala que los

²⁸ A modo de referencia, el único AII que hemos encontrado que sí incluye una lista ilustrativa de las medidas que podrían tener efectos equivalentes a la expropiación es el Acuerdo Bilateral de Inversión EE.UU.-Haití, que incluye la imposición de contribuciones, la venta obligatoria del total o parte de la inversión, o el debilitamiento o privación de su gestión, control o valor económico.

tributos no podrán tener efecto confiscatorio, asumiéndose de esa manera que una medida tributaria puede llegar a tener efectos equivalentes a una expropiación.

A modo de reflexión final sobre el tema, si bien este concepto de expropiación indirecta no es recogido directamente en las legislaciones internas de los países, sí está incluido en un número significativo de AII negociados por diversos países. Así, en los países como el Perú, en los cuales, en virtud de su sistema jurídico, los tratados internacionales se incorporan a su legislación nacional, esta figura ya existe *de jure*.

El tema de la expropiación indirecta es un concepto que no sólo está bien difundido en el ámbito internacional de tratamiento de las inversiones, sino que de manera lógica se conecta a la expropiación directa por cuanto lo que importa es que los Estados no generen acciones que afecten injustificada y negativamente las inversiones, sea tomando físicamente la propiedad o a través de regulaciones de efecto equivalente.

Incorporar pautas más detalladas en los AII de nueva generación, orientadas a una más certera determinación de cuándo se está frente a una expropiación indirecta, permitirá evitar los abusos de inversionistas, en cuanto a la interposición de demandas “frívolas”.

En cuanto a la disciplina de transferencia de capitales, se continúa en la línea de garantizar la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión²⁹, con la salvedad de impedir esta transferencia por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de las leyes relacionadas a quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados; infracciones criminales o penales; reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias; o garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales o administrativos.

Finalmente, los AII de nueva generación incluyen también un mecanismo para la solución de controversias entre el Estado y un inversionista extranjero, aplicable en los casos que el Estado haya actuado de tal forma que constituya una violación de alguno de los compromisos contenidos bajo las disciplinas del mismo AII.

²⁹ Como aportes de capital, ganancias de capital, productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión, intereses, pagos por regalías, entre otros.

A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente se iniciaron amplias reformas económicas y un proceso de liberalización del comercio exterior en América Latina y el Caribe. Esto condujo también a una considerable liberalización del régimen de las inversiones en la mayoría de esos países, permitiéndose a los mismos aceptar el arbitraje internacional como medio de resolver diferencias que pudieran plantearse entre el Estado anfitrión e inversores extranjeros, apartándose de lo que había sido la tradición de la mayor parte de los países latinoamericanos, basada en la doctrina Calvo.

Según esta doctrina, un extranjero debe “renunciar a la protección diplomática de su Estado de origen y a sus derechos conforme al Derecho Internacional, y recurrir exclusivamente a los tribunales del Estado receptor y a la legislación de éste. Los extranjeros pueden recibir un tratamiento tan favorable como los nacionales, pero no tienen derecho a un tratamiento más favorable”. Este nuevo enfoque frente a las inversiones extranjeras ha permitido superar un importante impedimento a la negociación y suscripción de AII entre países latinoamericanos y países exportadores de capital.

Todos los acuerdos antes mencionados incluyen una referencia a determinados mecanismos específicos institucionales de arbitraje, a diferencia de lo que normalmente se establece en relación con disputas entre partes contratantes en cuyo caso se asignan a tribunales arbitrales ad hoc sin procedimientos preestablecidos. Estos acuerdos se refieren al arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), o conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, cuando el Estado anfitrión o el de origen del inversionista extranjero no sea parte contratante de CIADI.

Siguiendo lo que constituye cada vez más la práctica en los AII de nueva generación, en la mayor parte de éstos se incluyen formas alternativas de arbitraje. Esto resulta particularmente relevante para aquellos casos cuando el arbitraje en el marco del CIADI no es aplicable debido a restricciones de jurisdicción. En su gran mayoría se refieren a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La mayoría de estos AII contemplan que el inversionista y el Estado receptor intenten solucionar las controversias de manera amigable mediante consultas y negociaciones antes de someterla a arbitraje. En algunos casos, debe cumplirse un plazo antes que la controversia pueda ser sometida a arbitraje.

Algunos AII disponen que el inversionista pueda recurrir al arbitraje sólo si antes no ha sometido la controversia a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se efectuó la inversión. De la misma manera, el recurso al arbitraje precluye la posibilidad de recurrir a tribunales nacionales. Varios AII

de nueva generación firmados por países latinoamericanos también incluyen este principio (comúnmente denominado como *fork in the road*) y disponen que la elección que haga el inversionista entre uno u otro procedimiento “será definitiva” y excluyente.

Asimismo, varios de estos AII contienen normas de transparencia y prevén la participación de terceros que pudieran sentirse afectados por la materia de la controversia (*amicus curiae*).

Finalmente, se prevé que las audiencias sean públicas, salvo cuando las partes soliciten la confidencialidad de determinadas acciones.

Aplicable al caso peruano, la inclusión de un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado a través de un arbitraje internacional no constituye una novedad, toda vez que el artículo 63 de la Constitución Política del Perú señala que “*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional. En la forma en que lo disponga la ley*”.

Es importante destacar el nivel de avance del Estado peruano en materia de solución de controversias internacionales referidas a inversión, que incluso viene siendo considerado como ejemplo por diversos países en distintos foros.

Así, mediante Ley N° 28933, se estableció el denominado “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión”, como complemento de la política de Estado de promover la inversión privada nacional y extranjera.

El objeto de la norma en cuestión es regular la coordinación entre las entidades del sector público, ante las eventuales controversias que pudieran surgir frente a inversionistas extranjeros. Ello cobra mayor importancia en el marco del proceso de descentralización, frente a la cada vez más frecuente suscripción de contratos de concesión entre los gobiernos regionales y locales con inversionistas, o ante los diversos tipos de acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas nacionales o extranjeros, que remiten a mecanismos internacionales de solución de controversias.

Es por ello que ante la eventualidad de controversias en sede arbitral internacional es urgente potenciar la capacidad de respuesta *ex ante* del Estado peruano, mediante un sistema de coordinación que atraviese transversalmente a los tres niveles de Gobierno, con la finalidad del procesamiento y la formulación de las estrategias de acción oportunas y adecuadas frente a la ocurrencia de estas controversias, centralizando la información correspondiente a las obligaciones asumidas por el Estado, al suscribir acuerdos internacionales o contratos en materia de inversión que establezcan mecanismos internaciona-

les de solución de controversias. También sirve como una alerta para que el sistema pueda encarar oportuna y eficazmente estas controversias.

La ley prevé como entidad coordinadora al Ministerio de Economía y Finanzas y establece un órgano colegiado multisectorial denominado Comisión Especial, adscrito a dicho Ministerio, que tiene como objeto principal la representación del Estado en las controversias internacionales de inversión. Es importante destacar que la Comisión Especial está facultada para evaluar las posibilidades de negociación en trato directo y para adoptar la estrategia para lograrla.

4. CONCLUSIONES

El desarrollo económico y social de los países requiere atraer los recursos necesarios para acometer los proyectos prioritarios. Se trata además de atraer recursos que vengan aparejados con tecnología y factores dinamizadores de la economía. En tal sentido, crear y mantener un clima apropiado para la inversión constituye una tarea prioritaria.

La atracción de inversiones extranjeras en los países en desarrollo debe ser una estrategia diseñada para generar la capacidad productiva en el país receptor, capaz de crear puestos de trabajo, fuentes de ingresos en divisas y transferencia de conocimiento o tecnología. Para ello se requiere contar con las políticas públicas adecuadas, que creen las condiciones para que la inversión pueda prosperar, a la vez que se resguardan los intereses nacionales de desarrollo sustentable.

Si bien el aumento de inversión extranjera no responde únicamente a la suscripción de los AII, su negociación con países que son altos exportadores de capital (como los países miembros de la OECD, por ejemplo) constituye un factor adicional que contribuye a aumentar la inversión extranjera al garantizar seguridad jurídica y estándares internacionales de protección a los inversionistas. Así, los AII se han constituido a lo largo de los últimos años en una herramienta muy útil para atraer inversiones en los países. Por una parte permiten al inversionista contar con reglas de juego claras y estables que hagan viable su inversión y sobre todo sostenibles en el tiempo. Por otra parte, otorgan a los países receptores la oportunidad de establecer condiciones a los inversionistas que le permitan aprovechar al máximo las potencialidades de nuevas inversiones para el desarrollo económico y social del país.

Como bien se mencionó al inicio del presente trabajo, el Perú promueve la suscripción de los AII como complemento de la legislación nacional en materia de inversión y como un mecanismo para el desarrollo integral de la política económica y del comercio exterior del país que fomente la creación

de empleo, la transferencia de tecnología, el incremento en el flujo de bienes y servicios entre los países suscriptores y posición al Perú en una posición ventajosa frente a otros países con los cuales compite para atraer inversiones. Vale decir, los AII constituyen una herramienta más dentro de la política integral de promoción y fomento de la inversión extranjera.

El país, al igual que el resto de regiones en el mundo, ha hecho uso de esta importante herramienta a lo largo de las dos últimas décadas, perfeccionando su contenido sobre la marcha. Con el paso del tiempo, las experiencias que cada país ha vivido y las controversias que han surgido en torno a la correcta interpretación y aplicación de estos acuerdos, ha generado una dinámica de perfeccionamiento de los AII, haciéndolos cada vez más complejos.

Este trabajo ha pretendido efectuar una primera aproximación a las obligaciones y disciplinas contenidas en estos AII, requiriéndose el inicio de una discusión y análisis más profundos de las mismas, con miras a su continuo perfeccionamiento.

La obligación de motivar el laudo y la acción de anulación en la Ley Peruana de Arbitraje

JULIO CÉSAR GUZMÁN GALINDO (*)

SUMARIO: 1. Nota preliminar. 2. Introducción. 3. Concepto de motivación en una decisión jurídica. 4. El alcance del deber de motivación en la ley de arbitraje. 5. Excepciones a la obligación de motivar en sede arbitral. 6. Algunos criterios para motivar el laudo. 7. Consecuencias del incumplimiento del deber de motivar el laudo y la acción de anulación del mismo. 8. Conclusión.

1. NOTA PRELIMINAR

Al escribir estas líneas en homenaje a los prestigiosos y reconocidos árbitros YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, me viene a la memoria la excelente obra de Y. DERAINS "Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional"¹, que coincidentemente en su difusión tomó parte también el Profesor CREMADES.

Recuerdo la lectura que hicimos de la compilación de jurisprudencia arbitral en el Seminario de Arbitraje Comercial Internacional (CCI), curso académico 1992/1993, bajo la dirección de Don EVELIO VERDERA Y TUELLS, en el Doctorado del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. En esa oportunidad el profesor VERDERA propuso a los participantes, como línea de investigación en el Seminario de Arbitraje, precisamente la "Revisión de los laudos de la CCI" y en esa línea académica nos entregó como fuente principal la obra de YVES DERAINS.

Esa actividad permitió que cada investigador tomase como materia de estudio uno de los laudos reseñados en la referida compilación de jurisper-

(*) Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

¹ DERAINS YVES, *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Edición Corte Española de Arbitraje, Madrid, 1985.

dencia, para ampliar y profundizar los contenidos. La obra de Y. DERAINS incluía la reseña y comentarios a más de 60 laudos expedidos en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional, cuyas materias de controversia estaban referidas a contratos de suministro, de agencia, compraventa, contratos “llave en mano”, crédito documentario, garantía bancarias, entre otros tópicos, así como algunos temas de arbitraje, tales como el arbitraje institucional, procedimiento arbitral y autoridad de cosa juzgada, validez de la cláusula de arbitraje contenida en el contrato.

La contribución a la institución del arbitraje en el orbe por parte de Y. DERAINS, árbitro de reconocido prestigio, es muy importante y significativa, su iniciativa de difundir la jurisprudencia arbitral marcó un hito en la doctrina del arbitraje. El trabajo de sus denominadas “Crónicas” tiene la virtud que sin romper el principio de confidencialidad del arbitraje y la reserva del laudo mismo, con un especial y delicado trabajo supo difundir los criterios y las razones de cada laudo arbitral de interés para los árbitros, abogados dedicados al arbitraje y demás personas interesadas en la práctica del arbitraje.

Debo destacar también la excelente presentación que realizó de la obra misma, el Dr. EVELIO VERDERA, bajo el título “*El pierce the veil arbitral de Yves DERAINS*” y su pertinente dirección en tomar la obra como fuente de trabajo principal en el referido Seminario de Arbitraje Comercial Internacional.

Don EVELIO VERDERA destacaba en su “*pierce the veil arbitral*” el equilibrio que había logrado la difusión de los laudos de la Corte de la CCI, ello es, entre la reserva y confidencialidad que debe respetarse en todo arbitraje y la necesidad de difundir los criterios que aplican los árbitros en sus decisiones. El Profesor VERDERA refería que YVES DERAINS había buscado una “solución pragmática” entre los contrapuestos intereses, como en los mejores laudos, en todo lo que puede ofrecer de interés un laudo sin afectar los límites esenciales de la institución del arbitraje.² Se ha logrado un equilibrio entre la reserva y la publicidad, y el éxito de esta iniciativa inteligente e innovadora se debió al “tacto y la profesionalidad” de Y. DERAINS, precisa E. VERDERA.

² VERDERA y TUELLS EVELIO, “El pierce the veil arbitral de Yves DERAINS”, en *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara Comercio Internacional*. Edición Corte Española de Arbitraje, Madrid, 1985. p. 36. En su presentación el Dr. Verdera explica este principio importante en toda decisión arbitral y que todo árbitro debería aplicar, que es, lograr con la decisión “resolver satisfactoriamente las divergencias surgidas (...) porque con independencia de una solución que pueda darse a un contraste pasajero, las partes desean sobre todo salvaguardar la buena armonía de sus relaciones que la publicidad, derivada inevitablemente de un litigio judicial, pondría en entredicho. Es la *preoccupation d'harmonie*, de que nos habla René David, también presente en las consideraciones de E. Minoli que ve en el arbitraje la mejor de las técnicas de solución de conflictos, porque permite, escribe *far giustizia conservando l'amizia*.”

El “pierce the veil arbitral” de Y. DERAINS se efectuó entonces conforme a criterios de publicidad compatibles con los principios del arbitraje y esta labor tuvo como precedente una “Crónica de Laudos Arbitrales de la CCI” publicada a partir del año 1974 en el *Journal du Droit International*³ y que desde entonces se ha convertido en una publicación periódica⁴.

Hoy en día resulta de interés, sin romper el principio de confidencialidad, conocer los criterios que aplican los árbitros, ello sobre todo en el arbitraje comercial internacional, en el cual se ha dado importancia a la existencia de una *lex mercatoria* en cuya construcción y elaboración intervienen también los árbitros.

Como refería inicialmente la difusión de las “Crónicas” de Y. DERAINS, se debió también a la iniciativa de la Corte Española de Arbitraje y de quien en esa época fue su Presidente, BERNARDO CREMADES; como refiere E. VERDERA la difusión se debe al empuje tesonero y eficaz del profesor CREMADES, que al promover la difusión de esta compilación se puso a disposición de la comunidad arbitral en lengua española los trabajos de Y. DERAINS.

La Corte Española de Arbitraje, a la que mucho ha contribuido Don Bernardo CREMADES como Presidente, nació con una definida vocación iberoamericana, como se precisa en su norma de creación, teniendo presente el “incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana” y de los empresarios y comerciantes” de aquellos países. (Vid, el preámbulo del Real Decreto N° 1094/1981, del 22 de mayo de 1981). La Corte Española de Arbitraje, precisa en su presentación E. VERDERA, ha sido un paso importante y se ha convertido en el “auténtico centro propulsor de un amplio movimiento a favor del estudio y la difusión del arbitraje”, entre las que cabe destacar la Revista de la Corte Española de Arbitraje y la misma obra de Y. DERAINS.

Debo destacar también la actividad precursora del Consejo Superior de Cámaras de Comercio de España, que en 1977 realizó una labor de compila-

³ *Journal du Droit internationale. Chambre du Commerce internationale. Chronique des sentences arbitrales, Extrait du Journal du Droit internationale, 101° anne, 1974, N° 04, octobre -novembre, Editions Techniques S.A., 123, Paris, 1974.* En esa línea cabe mencionar también la publicación de la *Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale: chronique des sentences arbitrales*, por los destacados autores: BERTRAND DERAINS, SIGVARD JARVIN, FERNANDO MANTILLA-SERRANO, EDUARDO SILVA ROMERO, CORINNE TRUONG-NGUYEN, en el *Journal du droit international*, N° 4, 2009, pp. 1355-1414.

⁴ Vid. VERDERA Y TUELLS, Op. Cit. p. 36. Refiere el Profesor VERDERA que esta labor de difusión de los laudos arbitrales y precisamente las razones o considerandos, en un tiempo habría sido impensable, arriesgado y difícil y que las “Crónicas” de Y. DERAINS constituyeron la culminación de un proceso evolutivo iniciado por la propia CCI y que tuvo favorable acogida en medios profesionales y académicos.

ción de la legislación y la doctrina del arbitraje con el concurso de destacados juristas del ámbito iberoamericano, labor de análisis y estudio que culminó con la publicación denominada “El arbitraje comercial en Iberoamérica” (1982)⁵ y que llevó un prólogo de BERNARDO CREMADES, quien destacaba “el desarrollo del arbitraje en España y desde España en los países hispánicos”, y precisaba que los trabajos publicados responden a una “voluntad iberoamericana”⁶.

Esa voluntad y vocación por una familia jurídica iberoamericana se viene concretando también en las actividades del Club Español del Arbitraje, fundado en Madrid por el año 2005 y que viene reuniendo a un gran número de abogados y árbitros vinculados al arbitraje comercial a efecto de promover el arbitraje en los países de Iberoamérica. En esta corriente y actividad del Club Español del Arbitraje podemos ver también la participan activa de YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES, como miembros activos del club.

En ese sentido, podemos concluir estas líneas diciendo que YVES DERAINS y D. BERNARDO CREMADES, a finales del siglo XXI e inicios del presente, han contribuido en forma muy notable y con excelencia al desarrollo del arbitraje internacional y especialmente en el ámbito latinoamericano, y se puede decir que si el arbitraje como institución que conocemos, tiene que llevar unos sellos, esos deben ser de Y. DERAINS y B. CREMADES, absolutamente.

2. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva del razonamiento y la argumentación jurídica, se puede advertir que nuestra legislación de arbitraje ha previsto como deber del árbitro o tribunal arbitral, al decidir una controversia, motivar el laudo. Ese es el sentido de la norma contenida en el artículo 56 de la Ley de Arbitraje (LA), que establece expresamente, que “todo laudo deberá ser motivado”⁷.

⁵ AA.VV, *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*, Editado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982. Esta obra gentilmente me fue alcanzada por D. TOMÁS SALINAS MATEOS, en ese entonces (1992) Secretario del Instituto de Derecho Comparado de Madrid, quien con una gran voluntad y vocación aportó a la integración de la comunidad jurídica iberoamericana, pues vimos como acogía en las aulas del Instituto a diversos juristas y estudiantes provenientes de Perú, México, Colombia, Chile, Costa Rica, Guatemala, República Dominicana, Bolivia, entre otros países.

⁶ AA.VV, *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*, Editado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982.

⁷ La ley peruana en este aspecto sigue la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, 1985. (Vid, numeral 43 de la Ley Modelo, en el que se establece que el Laudo debe ser motivado).

Las cuestiones que se plantean a partir de dicha disposición, en el ámbito de la práctica arbitral son las siguientes: ¿qué alcance tiene la referida disposición que exige motivar el laudo? ¿El incumplimiento a dicho deber legal tiene alguna consecuencia jurídica? ¿Esa consecuencia, puede acarrear la anulación del laudo?

Por ello, considero importante conocer los alcances jurídicos de la obligación de motivar los laudos arbitrales, a efecto de determinar las consecuencias que puede tener la falta o deficiente motivación del laudo, y la incidencia de ello en la impugnación del laudo vía el recurso de anulación.

En ese sentido, este artículo pretende exponer el incumplimiento al deber de motivación del laudo como causal de anulación del mismo. Estas y otras cuestiones son las que pretendemos explicar, con base en el texto legal, la práctica arbitral y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, 1985.

3. CONCEPTO DE MOTIVACIÓN EN UNA DECISIÓN JURÍDICA

Motivar un laudo es justificar la decisión dictada por el árbitro o tribunal a efecto de resolver el caso o controversia sometida a su jurisdicción. Justificar una decisión consiste en exponer por parte del árbitro o tribunal las distintas razones que la fundamentan, en forma lógica, suficiente y objetiva.

Es de precisar, que el laudo, puede contener varias decisiones, según los extremos o puntos controvertidos que han sido materia del proceso, en ese sentido, las razones o fundamentos deben tener la concatenación y orden respectivo a cada una de las decisiones adoptadas en el laudo. En otro sentido, es de precisar que, cada decisión debe tener su razón o razones, las mismas que deben ser explicadas y expuestas.

La exigencia de motivar las decisiones arbitrales contenidas en el laudo, desde el punto de vista jurídico, está referida principalmente al arbitraje de derecho. Motivar, como se ha precisado, implica justificar la decisión, el fallo, y ello tiene como finalidad evitar la arbitrariedad, más aún, si la decisión se da dentro de un margen de discrecionalidad.

En toda controversia existe la necesidad de justificar, de “fundamentar la suficiencia objetiva de una solución”, como precisa CALVO GARCÍA⁸, agrega que la necesidad de fundamentar la decisión jurídica ha de vincularse al resultado, entendemos al fallo o decisión misma. En un fallo arbitral de derecho se

⁸ CALVO GARCÍA Manuel, *Teoría del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid 1996, pp. 125-129.

debe contrastar las razones sobre los hechos, la interpretación de las normas aplicables, y el alcance de las mismas al caso concreto⁹.

¿Por qué los jueces – incluyendo los árbitros – deben justificar sus decisiones?, en el mundo moderno – agrega CALVO– los jueces han dejado de ser los *sacerdotes de la ley*; “detrás de la obligación de motivar hay toda una filosofía que busca hacer de la jurisprudencia una *jurisprudencia convincente*”¹⁰.

Con esto queremos decir que el resultado de la aplicación del derecho es la decisión jurídica, ello es en el caso del arbitraje, la resolución contenida en el Laudo. La aplicación del derecho debe estar motivada o justificada. Desde el punto de vista de la metodología jurídica una decisión está motivada cuando está justificada en derecho, y ello implica una justificación interna y externa. La primera está referida a la estructura de los argumentos, ello es, a la justificación lógico-deductiva de un razonamiento jurídico o “validez lógica que une las premisas con la conclusión de un argumento”; la segunda a la parte del razonamiento que no presenta carácter lógico-deductivo. La justificación externa está referida a “controlar la adecuación o solidez de las premisas” en una decisión jurídica¹¹.

Como vemos la motivación tiene dos aspectos, por un lado, el aspecto metodológico racional y argumentativo, que incide en el nivel o calidad del razonamiento y por otro lado puede referirse al imperativo legal y constitucional, dado que desde el punto de vista de la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico los jueces no son creadores del derecho, en el sentido que la jurisprudencia sea fuente de derecho, sino que existe un sistema de aplicación de la Ley y un principio de control de legalidad de los actos de derecho.

En este artículo, pretendemos explicar éste último aspecto referido a las consecuencias de una infracción al deber de motivar un laudo y la implicancia de dicha obligación en la anulación del laudo. Considero que los aspectos argumentativos y de razonamiento jurídico corresponden al aspecto metodológico del laudo, aspecto que en sede arbitral tiene naturaleza distinta, diferente a la dogmática de la jurisdicción ordinaria.

4. EL ALCANCE DEL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA LEY DE ARBITRAJE

El deber de motivación del laudo que el árbitro debe realizar para elaborar y adoptar la decisión arbitral esta normado en el artículo 56 de la Ley de

⁹ CALVO GARCÍA Manuel, Op. Cit., p. 125

¹⁰ CALVO GARCÍA Manuel, Op. Cit., p. 126.

¹¹ MORESO Jose Juan y VILAROSANA Josep María, Introducción a la Teoría del Derecho, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2004. pp. 255,256.

Arbitraje (LA) contenida en el Decreto Legislativo N° 1071. La norma referida establece con relación al contenido del laudo, lo siguiente:

“Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50 (...).”

La norma glosada impone, por el término que expresa “deberá”, la obligación de motivar el laudo, salvo que las partes acuerden que el árbitro o árbitros tengan esta obligación al momento de laudar.

La LA ha previsto, considerando los principios de autonomía de la voluntad y el de libre disposición de las partes, que siempre orientan el proceso arbitral, la posibilidad que las partes determinen, conforme a sus intereses y conveniencia, que el laudo no deba motivarse. Ello se justifica, porque el arbitraje como institución presenta como una de sus características la eficacia, la no apelación del laudo o la no revisión del mismo en una segunda instancia o por el Poder Judicial, de acuerdo a ello, las partes pueden acordar que no se motive el laudo, para lograr una decisión más pronta, oportuna y eficaz.

En el caso no exista esta disposición, los árbitros estarán obligados a motivar el laudo en cumplimiento de la norma legal.

El otro supuesto que la norma antes glosada prevé, se presenta en el sentido que no es exigible la motivación del laudo cuando se dicta un laudo como consecuencia de una transacción entre las partes, y al que hace referencia el artículo 50 de la LA.

“Artículo 50.- Transacción

Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia. (...)”
(el subrayado es nuestro)

En ese sentido, el acuerdo que pone fin en forma total o parcial a la controversia no requerirá de fundamentación.

La norma contenida en el referido artículo 56 de la LA, tiene como antecedente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006). La citada norma establece:

"43. El laudo arbitral debe dictarse por escrito con indicación de su fecha. Debe también ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los "términos convenidos" por las partes (es

decir, de un laudo que haga constar la transacción a que hayan llegado éstas)". (el subrayado es nuestro).

El artículo 25, numeral 2 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional, establece similar norma con relación a la obligación de motivar el laudo. La referida norma establece:

"Artículo 25.

Pronunciamiento del Laudo

El Laudo deberá ser motivado".

Este es uno de los elementos indispensables con relación al contenido, del laudo, conforme al indicado reglamento.

En el caso del arbitraje conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI, 1966) prevé en sus normas que el laudo debe estar motivado, "razonado sin excepción alguna"¹².

Conforme a nuestra LA consideramos que en principio la motivación del laudo, constituye una obligación de naturaleza legal, salvo que las partes acuerden que el laudo no será motivado. En este último caso, las partes deben acordar expresamente y por escrito que los árbitros no están obligados a exponer las razones que han dado lugar a su decisión o decisiones contenidas en el laudo. Conforme a ello, estamos ante una norma legal obligatoria, pero no imperativa, en el sentido que por regla de autonomía privada se puede establecer y pactar la expedición de un laudo no motivado. Este acuerdo debe darse con anterioridad a la designación de los árbitros.

Cabe precisar entonces que, en caso de no existir un acuerdo expreso de las partes con relación a un laudo no motivado, prevalece la norma legal y por ende la obligación de motivar el laudo. En este supuesto de obligatoriedad de la motivación será necesario determinar cuáles son límites de exigencia de dicha obligación. Es necesario evitar en la interpretación legal de esta exigencia de motivación y a la que la norma legal refiere que el laudo "deberá ser motivado", la aplicación de presupuestos procesales, normativos

¹² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) Sección 4.- El Laudo. artículo 48, numeral 3: *El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.*

o de metodología judicial o razonamiento jurídico¹³. Ello, en razón a la naturaleza del arbitraje, como institución, que debe ser un medio eficaz y eficiente en la solución de controversias, y en el que las actuaciones referidas a la emisión del laudo no deben llevar a redactar frases ampulosas. Es conveniente no estructurar argumentos complejos, que impidan una comunicación adecuada de la decisión arbitral y al contrario compliquen su estructura y afecten la certeza de la decisión, lo que puede originar además, recursos dilatorios, aclaratorios o impugnaciones innecesarias.

5. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR EN SEDE ARBITRAL

Como se ha referido, la regla es motivar el laudo, pero la misma tiene excepciones, como es el acuerdo de las partes o en el caso de una transacción o acuerdo que pone fin a la controversia, como se expuso anteriormente.

Además de estos supuestos, conviene referir otros casos en la práctica arbitral y en el ámbito internacional sobre todo, en los que no es usual motivar el laudo y por ende no existe obligación de los árbitros en este sentido. Es el caso de los arbitrajes técnicos (*look-sniff umpires*)¹⁴ o arbitrajes que por su naturaleza o efecto económico no requieren de un laudo motivado. Este criterio es aplicable a casos sobre cuestiones técnicas, de hechos, como de una compraventa, en el que la controversia debe resolverse respecto a las características, calidad, cantidad de una mercancía, o con relación al cálculo del precio, o casos referidos a cánones o arrendamientos en los que se debe determinar los importes adeudados¹⁵.

La actual normativa de la LA ha previsto esta forma de laudos en la Décimo Tercera Disposición Complementaria, la misma que prevé:

“DÉCIMO TERCERA. Procedimiento pericial

¹³ La práctica judicial, por su diferente naturaleza al arbitraje y el mismo ordenamiento jurídico exige a los jueces la motivación de sus sentencias. En ese sentido, el artículo 139, numeral 5 de la Constitución Política establece como uno de los principios de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Conforme a ello, la motivación judicial es un imperativo constitucional que ha llevado también a que en la formación de los jueces, la Academia de la Magistratura, estructuren cursos de Razonamiento Jurídico. Con relación a la motivación de las decisiones judiciales, Vid. CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 125.

¹⁴ Vid. ROWLAND Peter M.B, *Arbitration: law and practice*, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales: Sweet & Maxwell, London 1988, p. 66.

¹⁵ Sobre estos casos, expone también BULLARD Alfredo, Vid. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, AA.VV. Coordinadores SOTO Carlos; Bullard Alfredo, , Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, Lima 2011. Tomo I, P. 614,

Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario”.

En los referidos supuestos, claro está, que no es exigible motivar el laudo, dado que versaría sobre cuestiones de hecho y no de derecho.

Otro caso, en el que la práctica no exige que el laudo sea motivado, se presenta en el ámbito del arbitraje marítimo, salvo que las partes expresamente acuerden lo contrario. Este caso se da por ejemplo en la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres, cuyo reglamento como institución de arbitraje especializado, establece que los laudos no deben estar motivados, salvo que las partes acuerden tal exigencia para el tribunal arbitral¹⁶.

En los Estados Unidos de América, la regla en los procesos arbitrales refiere que los árbitros no están obligados a emitir un laudo motivado, salvo que las partes lo soliciten expresamente. En la práctica arbitral del referido país, el laudo no motivado se le denomina *one-line award* o *one line arbitration*¹⁷.

Estos casos, refieren supuestos que por cuestiones técnicas o fallos que se refieren a controversias estimativas o de determinación de cantidades o importes no requieren de motivación, siendo suficiente el informe pericial o la evidencia del cálculo o procedimiento técnico para adoptar la decisión.

No obstante lo expuesto, consideramos que en el ordenamiento peruano los árbitros deben motivar el laudo, salvo que las partes acuerden lo contrario.

6. ALGUNOS CRITERIOS PARA MOTIVAR EL LAUDO

La motivación del laudo, entonces, se debe dar en los laudos de derecho, en los que por su naturaleza debe interpretarse y aplicarse las normas jurídicas pertinentes, y en ese sentido, considerarse la aplicación de los principios del derecho.

Considerando que la LA establece la obligación de motivar el laudo, salvo que exista un acuerdo de las partes en contrario, se observa la necesidad de determinar los términos en que debe cumplirse dicha exigencia legal.

¹⁶ Vid. HARRIS/ PLANTEROSE/ TECKS, *The Arbitration Act 1996*, Oxford, 1988, p. 258.

¹⁷ Esta es la regla adoptada por la *American Arbitration Association* (AAA) en materia de arbitraje comercial nacional. Vid. GOMEZ PALACIO Ignacio, *El laudo arbitral no motivado. Vía de solución poco explorada en México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. www.juridicas.unam.mx.

Para interpretar la norma legal, una parte de la doctrina arbitral nacional informa¹⁸ que no debe exigirse motivaciones complejas o sofisticadas a los árbitros, al extremo de convertir en una carga esta actividad. La actividad de motivar el laudo no debe estar relacionada con el tamaño o extensión del laudo o con la fundamentación, la referencia a citas legales, doctrina o cita de textos jurisprudenciales.

Los referidos criterios se exponen considerando que en el arbitraje debe evitarse exigencias complejas a los árbitros y que generen la posibilidad de cuestionamientos o impugnaciones contra el laudo, a ello se agrega que de acuerdo al actual sistema, y de tendencia universal, no está prevista la apelación del laudo y menos la posibilidad de una segunda instancia que revise el fondo del fallo.

Otro sector de la doctrina¹⁹, propugna la motivación del laudo en una perspectiva procesal, en este caso, propone que los árbitros deben cumplir con el deber de motivación del laudo, en términos más exigentes. Ese esquema hace referencia a evitar una "motivación inadecuada", sea esta "aparente" o "defectuosa", o "deficiente".

Los referidos conceptos están relacionados con la estructura argumental del laudo, la aplicación de criterios de razonamiento jurídico-lógico, que – según esta doctrina – consideran su aplicación a la elaboración de los laudos arbitrales.

Considero que, si bien estos criterios son perfectamente aplicables en la práctica judicial, no resultarían compatibles con la esencia del arbitraje. La falta

¹⁸ En esta línea de doctrina que propugna la motivación como una actividad no compleja, está LOHMANN, BULLARD Y CANTUARIAS. En materia arbitral, precisa LOHMANN, "que el laudo no es apelable, y en ese sentido el deber de motivación no puede ser exigido con tanta severidad como las resoluciones judiciales, fundamentalmente porque no hay doble instancia sobre el fondo", LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Interferencia judicial en los arbitrajes", Revista Peruana de Arbitraje, N° 01, Lima Perú, 2005, p. 273. Citado por BULLARD Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje... Op. Cit. p. 621. BULLARD, señala "con relación a la motivación que, se trata de evitar que exigencias complejas abran la ventana para cuestionamientos. Por eso la LA opta por lo simple". Finalmente, CANTUARIAS indica que "la falta de motivación no se encuentra relacionada con el peso o tamaño del laudo, o con la parquedad o brevedad de los razonamientos", CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, Arbitraje Comercial y de las Inversiones, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima - Perú, 2008, p. 322, citado por BULLARD, Alfredo, Op. Cit. p. 619.

¹⁹ En esta tendencia se encuentran ARRARTE Y PALACIOS. ARRARTE ARRISNABARRETA Ana María, Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia, THEMIS Revista de Derecho N° 43, Lima 2001, pp. 64. PALACIOS PAREJA Enrique, La motivación de los laudos y el recurso de anulación", Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Segunda Parte, Biblioteca de Arbitraje, Vol. 6, Palestra Editores, Lima 2008, pp. 309. Citado por BULLARD Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (...) Op. Cit. pp. 619-620.

de motivación del laudo o deficiencia en la misma debe observarse desde la perspectiva de la dogmática misma del arbitraje como institución.

Como se observa, por un lado, existe la tendencia a interpretar el deber de motivación contenido en la LA, en un sentido más laxo o menos exigente, ello considerando que la práctica arbitral responde a un ámbito privado y en el proceso arbitral no se ha previsto el recurso de apelación;²⁰ y por otro lado aplicar principios procesales y jurisdiccionales para determinar la exigencia de motivación del laudo.

Considero, a la vista de estas tendencias, que la interpretación del alcance del deber de motivación que la LA exige a los árbitros al momento de emitir su laudo no debe llevar a una aplicación de prácticas judiciales o criterios de razonamiento jurídico exigibles a los jueces. Por la naturaleza de la función jurisdiccional, y los jueces como parte de un poder del Estado, garante de la legalidad, de la constitucionalidad y el respeto a los derechos en un determinado orden jurídico, los principios y criterios son distintos o corresponden a la esencia de dicha función.

Para el caso de la práctica arbitral y dada la naturaleza de la institución arbitral, como medio *alternativo* al Poder Judicial para la solución de controversias, en forma rápida, eficaz y eficiente, considero que resulta innecesario *judicializar* toda práctica arbitral y en especial la de la actuación de los árbitros y del mismo laudo arbitral.

Por ello, considero que la exigencia de motivación en la elaboración de un laudo no debe estar determinada por criterios judiciales y menos de presupuestos del derecho procesal.²¹ En ese sentido, estoy de acuerdo en que el deber de motivación de los árbitros al momento de laudar debe evaluarse conforme a la naturaleza del proceso arbitral y no de las exigencias de una función judicial.

No obstante lo expuesto, considero también que resultaría en otro extremo considerar la obligación de motivar el laudo, contenida en el artículo 56° de la

²⁰ Al respecto, precisa BULLARD: "Pero en arbitraje, de acuerdo a la nueva Ley, no hay apelación, y por tanto ese remedio (la revocación) no existe. Al no existir ese remedio cabe preguntarse qué sentido tiene proteger una institución (la motivación) cuyo objetivo es proteger el derecho de la parte a apelar (...). Sin apelación, la motivación no puede entenderse de la misma manera". BULLARD Alfredo, Op Cit. p. 621.

²¹ Debo precisar que la *judicialización* del arbitraje que se caracteriza muchas veces por la aplicación de prácticas procesales y de normas del mismo proceso civil al arbitraje, y a la que me refiero como tendencia a evitar en el desarrollo y fortalecimiento del arbitraje, no implica en absoluto el desconocimiento de los principios fundamentales de la jurisdicción estatal y de los principios esenciales y directrices del proceso civil - como instituto jurídico- en cuanto sea aplicable al proceso arbitral, y que todo árbitro debe respetar.

LA, como una exigencia simple, o que la obligación de motivar se cumple por el solo hecho que ésta exista o esté incluida en el laudo.

La obligación va un poco más allá, en ese sentido, la obligación de motivar el laudo debe llevar al árbitro a contemplar ciertos elementos indispensables o esenciales para lograr una *motivación pertinente y una motivación adecuada*.

En ese sentido considero que desde una perspectiva de técnica arbitral la motivación del laudo debe seguir los siguientes criterios:

- Exponer las razones o motivos de la decisión o decisiones (manifestar por qué se decidió en determinado sentido)
- Se debe expresar e identificar los presupuestos de derecho y de hecho que sustentan las decisiones y cada una de las decisiones. (Es frecuente en los casos sometidos a proceso arbitral, que se presentan varios puntos controvertidos a resolver, entonces cada uno de ellos debe llevar a una decisión y cada extremo debe estar fundamentado).
- La decisión o decisiones contenidas en el laudo deben dictarse en forma correspondiente a cada pretensión y cada una de las decisiones debe estar fundamentada en el laudo. (Se deben enunciar los motivos que llevan al árbitro a admitir o rechazar determina pretensión)
- La motivación debe ser concisa, coherente, y evitar una argumentación extensa y profusamente innecesaria, que puede dar lugar a duda o ambigüedad.

En ese sentido, el laudo debe estar motivado conforme a nuestra LA y los árbitros deben cuidar de exponer claramente las razones y fundamentos de la decisión arbitral.

7. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE MOTIVAR EL LAUDO Y LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL MISMO

La inexistencia de motivación o la deficiencia en la misma conforme a la LA tienen determinadas consecuencias legales que deben evaluarse. En principio, y desde el contexto o estructura de toda norma jurídica, se debe considerar que si la ley establece una obligación (motivación del laudo) la misma debe tener una consecuencia en caso de incumplimiento, falta o deficiencia. De lo contrario, estaríamos ante una norma imperfecta desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho.

En ese sentido, considero que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, en caso el árbitro o el tribunal arbitral falten al deber de motivación del laudo, contenido en el artículo 56 de la LA, estarían incurriendo en un supuesto de causal de anulación. En este supuesto, considero que el laudo puede ser objeto de anulación conforme al artículo 63, numeral 1 c) de la LA.

La referida norma, si bien, no establece expresamente que el incumplimiento del deber de motivación del laudo sea una causal de anulación, de su lectura podemos advertir que si considera el supuesto, en el sentido que el laudo no estaría ajustado a la Ley de Arbitra, o ser habría dado en contravención a la glosada disposición del artículo 56 de la LA.

La norma antes referida establece:

“Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”²².

La norma glosada hace referencia a las *actuaciones arbitrales*, también denominadas o comprendidas en el concepto de *procedimiento arbitral*. En ese sentido, la expedición del laudo y el laudo mismo, como acto decisorio del árbitro o árbitros en el proceso arbitral, estaría comprendido dentro del concepto de actuación arbitral. En ese supuesto, en el caso que no exista acuerdo de las partes para la expedición de un laudo no motivado, y se expide un laudo con falta o defecto en la motivación, se debe entender que el mismo no estaría ajustado conforme a la LA, y específicamente no se encuentra expedido conforme al artículo 56 de la LA, que exige expresamente que el laudo debe estar motivado.

Conforme a lo expuesto, si bien la LA de arbitraje no ha previsto en forma expresa la inexistencia de motivación o el defecto de la misma como una causal de nulidad, se debe interpretar que el incumplimiento del artículo 56 de la LA, que prevé la obligación de motivar el laudo, es una causal de anulación del laudo, de conformidad con el artículo 63, numeral 1 c). Esta norma establece en el citado numeral 1 c) que el laudo puede ser anulado *por no ajustarse a lo establecido en este Decreto Legislativo*, ello es la Ley de Arbitraje que contiene dicho decreto²³. En tal sentido, en el caso que el laudo no esté expedido con-

²² La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, 1985, establece en su artículo 34, numeral 2 a) IV. que el laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado (...) cuando, *la parte que interpone la petición pruebe: que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.* (el subrayado es nuestro).

²³ BULLARD precisa que *no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado y refiere ¿bajo*

forme al artículo 56 de la LA se debe interpretar que se trata de un laudo no ajustado lo establecido en la citada norma legal.

Cabe precisar que la acción de anulación del laudo por la referida causal no debe pretender la revisión, evaluación o calificación del laudo, menos determinar evaluación de calidad del mismo.

Debe considerarse también que la LA de arbitraje no ha previsto el recurso de apelación, por ende la revisión del laudo no es posible por esta vía de impugnación.

En ese sentido, para el caso de una impugnación del laudo por falta de motivación debe considerarse también lo previsto en el artículo 62 de la LA, norma que establece:

“Artículo 62.- Recurso de anulación

(...)

El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

La norma glosada refiere que por la vía de la anulación del laudo, está prohibido al Tribunal o instancia judicial que conozca del asunto, *calificar* las motivaciones contenidas en el laudo arbitral y que es objeto de impugnación. El término *calificar* denota que no se puede revisar el laudo o evaluar el fondo del asunto, al evaluar los motivos o razones del laudo. Ello quiere decir que la instancia judicial no puede entrar a revisar el fondo de la controversia, con la justificación de revisar la motivación del laudo. Revisar la motivación de laudo o las razones de la decisión arbitral en la vía judicial constituiría un incumplimiento al límite previsto en el citado artículo 62 de la LA. Si ello ocurre en sede judicial, se estaría desnaturalizando la acción anulación para llevarla al esquema de una apelación, lo que no está permitido por la LA²⁴.

La LA impide claramente revisar el laudo y el fondo del asunto, pero no la forma. En cuanto a la forma el laudo puede ser impugnado por falta o defecto en la motivación, cuando se evidencie objetivamente que no existe

qué causal de anulación se puede cuestionar la inexistencia de motivación? Ninguno de los incisos del artículo 63 hace referencia a la falta de motivación como causal de anulación. Vid. BULLARD, Alfredo, Op. Cit. pp. 630-631.

²⁴ En ese sentido, BULLARD al referirse al sentido del artículo 62 de la LA señala que *como está redactada la norma, no cierra el camino a que el juez defina la existencia de una motivación, sin entrar a calificar las bondades o defectos de la misma. Dicho de otra manera, el juez puede ver de fuera si la motivación existe, pero no puede ver la motivación desde dentro y calificar si es adecuada. Op. Cit. pp. 629-630.*

una motivación o razón que sustente el laudo o que alguna de las decisiones contenidas en el carecen de fundamento (motivación insuficiente).

Cabe destacar que existe precedente en la jurisdicción comercial con lo relación a lo expuesto y que resuelve una acción de anulación contra un laudo arbitral por “falta de motivación interna del razonamiento” y por “evidente falta de congruencia”, al resolver la controversia en base a disquisiciones que no fueron expuestas en la demanda arbitral, me refiero a la sentencia expedida por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima, de fecha 19 de abril del 2010, Expediente N° 00404-2009.

La indicada instancia resolvió declarar fundado el recurso de anulación de laudo por la causal contenida en el literal b) del Inciso 1 del artículo 63 de la LA. Entre los principales argumentos de la sentencia, podemos referir el siguiente:

“Octavo: Así, la facultad del Juzgador de evaluar las vulneraciones a cualquiera de las garantías propias del debido proceso arbitral dentro de esta vía, se encuentra claramente reconocida no solo dentro de nuestro ordenamiento constitucional y legal, sino además por la propia interpretación que de ellos hace el Tribunal Constitucional; y tanto más, si en reiterados pronunciamientos, este orégano de control constitucional ha establecido la necesidad de debatir estos aspectos dentro del procedimiento de anulación de laudo arbitral, antes de recurrir al amparo (por todas, la ya referida Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6167-2005-PHC/TC); debiendo subsumirse cualquiera de las alegaciones de violación del debido proceso arbitral, por extensión, dentro de la causal contenida en el artículo 63°, inc.1, literal b) del Decreto Legislativo No.1071, pues no cabe duda que, de uno u otro modo, el derecho de defensa se verá finalmente comprometido en cualquiera de estos casos y, además, porque esta interpretación de la norma constituye la más adecuada a lo establecido en por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional según el cual “Los Jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal”.

Noveno.- Ahora bien, no cabe duda que uno de los principales componentes del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la motivación de las resoluciones (...) el cual de ningún modo podría ser ajeno al proceso arbitral (...) de modo alguno podría sostenerse que, al someterse a la jurisdicción arbitral, las partes renuncien o perjudiquen de algún modo su derecho a obtener una solución a su conflicto de intereses debidamente sustentada bajo parámetros de razonabilidad y coherencia, o que otorguen a los árbitros la facultad de resolver la causa con arbitrariedad (...).”

Conforme a ello se observa que la referida sentencia expresar que, uno de los principales componente del debido proceso es la motivación de resoluciones, la misma que también está recogida en el artículo 56°, inc.1 de la Ley de Arbitraje. En principio queda claro que por un principio de razonabilidad

y con el fin de evitar la arbitrariedad el árbitro o tribunal arbitral están en obligación de motivar el laudo, bajo sanción de nulidad.

Queda por determinar bajo que causal legal de anulación puede alegarse la falta de motivación del laudo, como vemos la sentencia de la jurisdicción comercial considera que la causal es la prevista artículo 63, inc.1, literal b) de la LA.

“Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.” (el subrayado es nuestro).

Los jueces, consideran que la falta de motivación del laudo, es un derecho contenido en el derecho de defensa y éste en el derecho a un debido proceso. En esta línea de razonamiento de la sentencia se puede ver además una visión constitucional del deber de motivación aplicable a los laudos arbitrales, ello explicable porque de acuerdo a la norma constitucional se considera al arbitraje como una jurisdicción.

“Artículo 139.- (...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. (...)”

La misma sentencia recoge esta interpretación al señalar que el reconocimiento de la jurisdicción arbitral en sede constitucional comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular de las prescripciones del **artículo 139°** de la Constitución Política.

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...).”

La observancia del debido proceso, precisa la sentencia deberá entenderse de acuerdo a la naturaleza del proceso arbitral.

8. CONCLUSIÓN

En sede arbitral de derecho, bajo los principios de no arbitrariedad, confianza en el arbitraje, y del control de legalidad de los actos arbitrales, los laudos deben motivarse, dado que la sociedad del siglo XXI espera en la aplicación del derecho una jurisprudencia justa y también convincente.

Por ello, considero que desde el punto de vista sistemático y de una interpretación estricta de la Ley de arbitraje el incumplimiento al deber legal de motivar el laudo dispuesto por el artículo 56 de la Ley de Arbitraje constituye causal concreta para pretender la anulación del laudo, en caso este incurra en el incumplimiento a esta obligación legal, y la misma se halla prevista en el artículo 63, numeral 1 c) de la LA.

Como se ha expuesto, todo laudo al faltar al deber de motivación exigido por la Ley de Arbitraje “no está ajustado” a ley, como refiere el citado literal c del artículo 63 de la LA, ello, es que no está conforme o contraviene lo dispuesto por la Ley de Arbitraje que expresamente prevé la obligación de motivar el laudo.

La solución de controversias inversionista: Estado en el TLC Perú – Estados Unidos de América

NATALE AMPRIMO PLÁ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Inversión. 3. Inversionista de una parte. 4. Acuerdo de inversión. 5. Autorización de inversión. 6. Inversión cubierta. 7. Protección de trato nacional. 8. Protección trato de nación más favorecida. 9. Nivel mínimo de trato. 10. Expropiación e indemnización. 11. Solución de controversias inversionista – Estado. 12. Selección de los árbitros. 13. Realización del arbitraje. 14. Medidas provisionales de protección. 15. Transparencia de las actuaciones arbitrales. 16. Derecho aplicable. 17. Acumulación de procedimientos. 18. Laudos. 19. Reglas especiales.

Hace ya algún tiempo tuve el placer de conocer personalmente tanto a BERNARDO CREMADES como a IVES DERAINS, y, a lo largo de ya varios eventos internacionales en los que hemos coincidido, he podido departir con ellos de manera distendida.

En estas breves líneas introductorias no haré referencia a sus excelencias profesionales, pues son ampliamente conocidas por todos. Quiero referirme a la calidad humana de ambos; a esa voluntad por apoyar la difusión del arbitraje, asistiendo a eventos en lugares alejados y dedicando horas a difundir desinteresadamente sus vastos conocimientos; y, al final de las conferencias, sin hacerse problemas por el cansancio o los efectos del *jetlag*, darse tiempo siempre para conversar, en un clima de mucha confianza, sobre temas diversos, compartiendo experiencias vividas en tantos años de vida dedicados al arbitraje, y dando consejos a quienes como yo, pertenecemos a una generación más joven. Para nosotros, sólo escucharlos es una experiencia inolvidable e invaluable.

En ese sentido, cuando se me planteó la posibilidad de participar en el libro homenaje dedicado a ellos, no dudé en aceptar tal honrosa posibilidad, colaborando, modestamente, en retribuir en algo a quienes tanto les debemos.

(*) Abogado. Socio Principal de Amprimo & Flury Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Parlamentario.

1. INTRODUCCIÓN

El 1 de febrero de 2009 entro en vigencia el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América (en adelante: TLC)¹, que fuera suscrito el 12 de abril de 2006.

Dentro de los objetivos que se mencionan en el Preámbulo del TLC, se encuentra el de asegurar un marco jurídico previsible para los negocios y las inversiones.

Como lo explica CREMADES, los Estados han entendido que la mejor forma de atraer inversiones es la estabilidad y la seguridad jurídicas. "Al objeto de garantizar dicha seguridad jurídica, los Estados que negocian un tratado establecen la oferta pública de someterse al arbitraje respecto de las diferencias que pudieran tener con los inversores del otro país contratante. De esta forma, los inversores al optar por el arbitraje previsto en estos tratados internacionales, aceptan la oferta pública, generándose el convenio de arbitraje casando al efecto la oferta pública y la aceptación individualizada en un verdadero convenio arbitral. Tratados de derecho internacional público sirven de base jurídica para procedimientos arbitrales más bien incardinados a en lo que pudiera llamarse derecho internacional privado. Se difumina, en consecuencia, la línea de lo público y lo privado en el derecho internacional"².

En armonía con tal objetivo, el TLC contiene un capítulo específico -el Capítulo Diez- en el que se aborda lo relativo a las Inversiones y a la Solución de Controversias Inversionista-Estado.

El Capítulo Diez comprende tres secciones: la Sección A, titulada Inversión; la Sección B, titulada Solución de Controversias; y, la Sección C, titulada Definiciones.

En cuanto al ámbito de acción del Capítulo Diez, es importante indicar que el Capítulo de Inversiones se aplica a las medidas que un país emita o aplique en relación con inversionistas y sus inversiones en su territorio; incluyendo las inversiones existentes y las que se realicen en el futuro, salvo en lo relativo a hechos o actos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del TLC, o cuando la situación generada cesó de existir antes de esto último.

Respecto al mecanismo de Solución de Controversias, el Capítulo Diez incluye como herramienta para la solución de aquellas que surjan entre el Estado y un inversionista al arbitraje, al cual se puede recurrir cuando se

¹ El texto completo del TLC se encuentra en: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=215>.

² CREMADES, Bernardo M. *Arbitraje Internacional: Del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones*. En: Estudio de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 548.

considere que el Estado receptor de la inversión ha actuado en contravención de alguno de los compromisos previstos en la Sección de Inversiones, que contempla Disciplinas sobre Tratamiento (tales como Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida o Nivel Mínimo de Trato), así como Disciplinas de Protección (previstas frente a eventuales riesgos no comerciales que puedan afectar injustificadamente la propiedad sobre la inversión, la libre transferencia de los flujos relacionados con la inversión o la normal gestión y explotación de la misma; o cuando debe aplicarse el principio de trato nacional respecto de la compensación por pérdidas en caso de conflicto armado o contienda civil, y la obligación de compensar en aquellos casos que la actuación de las Fuerzas Armadas genere un perjuicio económico en las inversiones).

2. INVERSIÓN

¿Qué se entiende por inversión? De acuerdo con la definición que aparece en la Sección C del Capítulo Diez, "Inversión" significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) Una empresa;
- b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;^{3 4}
- d) Futuros, opciones y otros derivados;
- e) Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) Derechos de propiedad intelectual;

³ La nota 16 indica que "Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan esas características".

⁴ La nota 17 precisa que "Los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones".

- g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna⁵ 6; y
- h) Otros derechos de propiedad, tangible o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

3. INVERSIONISTA DE UNA PARTE

El TLC menciona reiteradamente el término “Inversionista de Parte”, ¿qué debemos entender por ello? Conforme con la definición que aparece en la Sección C del Capítulo Diez, “Inversionista de una Parte” significa “una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”.

4. ACUERDO DE INVERSIÓN

La Sección C del Capítulo Diez define “Acuerdo de Inversión” como “un acuerdo escrito⁷ entre una autoridad nacional⁸ de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta

⁵ La nota 18 indica que “El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión”.

⁶ La nota 19 indica que “El término de ‘inversión’ no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa”.

⁷ La nota 12 precisa que “acuerdo escrito” se refiere “a un acuerdo escrito, ejecutado por ambas partes, donde en un solo instrumento o en múltiples instrumentos se crea un intercambio de derechos y obligaciones vinculando a ambas partes bajo la ley aplicable estipulada en el artículo 10.22.2. Para mayor certeza, (a) un acto unilateral de una autoridad administrativa o judicial, tales como un permiso, licencia o autorización emitida por una Parte solamente en función de su capacidad regulatoria, o un decreto, orden o sentencia, por sí misma; y (b) un decreto u orden de consentimiento administrativo o judicial, no deberán ser considerados un acuerdo escrito”.

⁸ La nota 13 refiere que “autoridad nacional” significa una autoridad del nivel central de gobierno.

diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:

- a) respecto de los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta;
- b) para proveer servicios al público en representación de una Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o
- c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso o beneficio exclusivo o preponderante del gobierno”.

5. AUTORIZACIÓN DE INVERSIÓN

“Autorización de Inversión” significa “una autorización otorgada por la autoridad de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte”⁹, según reza la definición que aparece en el Anexo C del Capítulo Diez.

6. INVERSIÓN CUBIERTA

La “inversión cubierta” es la inversión efectuada por un inversionista de un Estado en el territorio del otro Estado, que exista a la fecha de entrada en vigor del TLC o sea adquirida, establecida o expandida posteriormente.

Como ya se señaló precedentemente, el Capítulo de Inversiones se aplica a las medidas que un país emita o aplique en relación con inversionistas y sus inversiones en su territorio; incluyendo las inversiones existentes y las que se realicen en el futuro, salvo en lo relativo a hechos o actos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del TLC, o cuando la situación generada cesó de existir antes de esto último (artículo 10.1.3).

7. PROTECCIÓN DE TRATO NACIONAL

La Protección de Trato Nacional, desarrollada en el artículo 10.3, consiste en que el Estado receptor de la inversión concede al inversionista y/o a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y/o a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas, en lo referente al establecimiento,

⁹ La nota 14 indica que “Para mayor certeza, las acciones tomadas por una Parte con el fin de hacer cumplir las leyes de aplicación general, tales como leyes en materia de competencia, no están incluidas en esta definición”.

adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.

8. PROTECCIÓN TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La Protección de Trato de Nación más Favorecida, contemplada en el artículo 10.4, consiste en que el Estado receptor de la inversión concede a los inversionistas y/o a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas y/o a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.

Con la cláusula de Trato de Nación más Favorecida se produce, como expresan CANTUARIAS y KUNDMÜLLER, la comparación con el tratamiento que reciben otros inversionistas nacionales de terceros países, de modo que mediante la referida cláusula, no cabe brindar un tratamiento “menos favorable” que el que reciben terceros inversionistas. De esta forma, las disposiciones de otro Acuerdo Internacional de Inversiones pueden ser aplicables al TLC, si se demuestra que son más favorables y existe relación entre las partes involucradas¹⁰.

9. NIVEL MÍNIMO DE TRATO

Consiste en que el Estado receptor de la inversión concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

En ese sentido, el artículo 10.5.2 indica, para mayor certeza, que el Nivel Mínimo de Trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario¹¹, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. En ese sentido, los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos; sin embargo, puntualiza que:

- a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de

¹⁰ CANTUARIAS S., Fernando y KUNDMÜLLER C., Franz. “Solución de controversias Inversionista - Estado”. En: *TLC Perú - Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2008, pp. 472 y 473.

¹¹ En el Anexo 10-A del TLC se desarrolla el concepto de “derecho internacional consuetudinario”.

acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y,

- b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Estado proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional.

10. EXPROPIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

El artículo 10.7 establece, como regla general, que ningún Estado “puede expropiar no nacionalizar una inversión cubierta, sea directamente o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación’)”. Sin embargo, la referida regla admite como excepción la expropiación, siempre que concurren las siguientes circunstancias (artículo 10.7.1):

- a) Que la expropiación se deba a motivos de propósito público¹²;
- b) De manera no discriminatoria;
- c) Mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y
- d) Con apego al principio del debido proceso y al Nivel Mínimo de Trato (artículo 10.5).

En cuanto a la indemnización a pagarse en caso de expropiación, el artículo 10.7.2 establece que debe pagarse sin demora; ser equitativa al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación de haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”); no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y, debe ser completamente liquidable y libremente transferible. Además, se contempla el pago de intereses, a una tasa comercialmente razonable para la moneda que se utilice, desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago (artículos 10.7.3 y 10.7.4).

11. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA - ESTADO

La Sección B del Capítulo Diez establece el mecanismo para la Solución de Controversias entre el Estado receptor de la inversión y un inversionista, aplicable en los casos que el Estado haya actuado de tal forma que constituya una violación de alguno de los compromisos contenidos en el TLC.

¹² La Nota 4 indica que el referido artículo 10.7 debe interpretarse de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 10-B, en la que, entre otras precisiones, se indica que “Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar públicos, tales como salud pública, la seguridad y el medioambiente”.

El mecanismo previsto se aplica también, por extensión, a los incumplimientos, por parte del Estado receptor de la inversión, de algún compromiso asumido de manera particular con el inversor al cual haya otorgado derechos respecto de la explotación de recursos naturales, la prestación de servicios públicos o el desarrollo de infraestructura (acuerdos de inversión). De esta forma, se encuentran comprendidos los contratos de concesión minera, hidrocarburos, y los relativos a la concesión de aeropuertos, puertos y demás infraestructura, y todos los contratos vinculados a estos últimos.

En cuanto al momento de someter una controversia a arbitraje, hay que indicar que el artículo 10.15 señala que en caso de una controversia relativa a una inversión, “el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes”. Sin embargo, el artículo 10.16 prevé que, si el inversor considera que no puede resolverse la controversia relativa a la inversión mediante consultas y negociación, puede, ya sea por cuenta propia o en representación de una empresa constituida en el Estado receptor de la inversión, que sea una persona jurídica de propiedad del demandante o que se encuentre bajo su control directo o indirecto, someter a arbitraje la reclamación, en la que se alegue que el Estado receptor de la inversión ha violado una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Diez, una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión; y que ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Es importante indicar que, conforme con el artículo 10.18, ninguna reclamación puede someterse a arbitraje si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el artículo 10.16, y de los daños que él o la empresa que representa hubiere sufrido.

Respecto al procedimiento a seguir para someter una reclamación a arbitraje, el artículo 10.16.2 obliga al inversor a, por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, entregar al Estado demandado una notificación escrita en la que manifieste su intención de someter la reclamación a arbitraje (lo que se llama: “notificación de intención”), en la que especificará:

- a) El nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;
- b) Por cada reclamación, la disposición del TLC, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

- c) Las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y,
- d) La reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Además, el demandante debe, junto con la notificación de arbitraje, entregar: a) el nombre del árbitro que hubiere designado; y, b) el consentimiento escrito del demandante para que el Secretario General del CIADI nombre tal árbitro (artículo 10.17.6).

Una vez transcurridos 90 días de cursada la “notificación de intención”, y si han transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante puede someter la reclamación a arbitraje, siempre que, adicionalmente, haya renunciado por escrito a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue constituya una violación a las que se refiere el artículo 10.16 (artículo 10.18.2). Esto último, sin embargo, no prohíbe al demandante iniciar o continuar una medida cautelar ante un tribunal judicial o administrativo del Estado receptor de la inversión, siempre que dicha medida no involucre el pago de daños monetarios y se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje (artículo 10.18.3).

El demandante puede optar entre cualquiera de las cuatro alternativas que el artículo 16.16.3 contempla, que los Estados han aceptado como válidas, dando su consentimiento anticipado, y que son:

- a) El Convenio CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado del inversor sean partes del Convenio CIADI;
- b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que sólo uno de los Estados suscriptores del TLC sea miembro CIADI;
- c) Un arbitraje *ad hoc* conforme a la Reglas de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL; y,
- d) Cualquier regla de arbitraje institucional o *ad hoc* que el demandante y el demandado acuerden.

Como lo recuerdan CANTUARIAS y KUNDMÜLLER, en el caso del TLC no existe realmente una alternativa entre los supuestos a) y b), pues tanto el Perú como los Estados Unidos de América son miembros del CIADI y, como se sabe, para acceder a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, uno de los Estados no debe ser miembro del Convenio CIADI. Además, en cuanto a la

alternativa d) (cualquier regla de arbitraje institucional o *ad hoc* que el demandante y el demandado acuerden), es generalmente aplicable tratándose de “acuerdos de inversión”, ya que resulta poco probable que un inversionista, pudiendo recurrir al Convenio CIADI a un arbitraje *ad hoc* conforme a las Reglas de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL, fuerce un foro arbitral particular para la solución de los conflictos referidos a la Sección A del Capítulo Diez. De esta forma, cuando se trate de un reclamo motivado por la violación de dicha Sección A, el inversionista optará por promover un arbitraje CIADI¹³ o un arbitraje *ad hoc* conforme a la Reglas de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL.¹⁴

¿Cuándo se considera una reclamación sometida a arbitraje? Según el artículo 10.16.4, cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (“notificación de arbitraje”) del demandante:

- a) a que se refiere el párrafo 1 del artículo 36 del Convenio CIADI es recibida por el Secretario General del CIADI, si nos encontramos ante un CIADI;
- b) a que se refiere el artículo 2 del Anexo C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI es recibida por el Secretario General del CIADI, si nos encontramos ante un arbitraje sujeto a dichas reglas;
- c) a que se refiere el artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, conjuntamente con el escrito de demanda a que se refiere el artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, sea recibida por el demandado, si nos encontramos ante un arbitraje *ad hoc* conforme a la Reglas de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL; o,
- d) a que se refiere cualquier institución de arbitraje o bajo cualquiera de las reglas de arbitraje seleccionadas según el artículo 10.16.3.d, sea recibida por el demandado, si nos encontramos ante un arbitraje de esa naturaleza.

¿Las reglas de arbitraje aplicables (CIADI, Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL o las de cualquier institución de arbitraje o bajo cualquiera de las reglas de arbitraje seleccionadas según el artículo 10.16.3.d, según sea el caso) son las vigentes a la fecha de entrada en vigencia del TLC o aquellas que estuviese vigentes a la fecha del reclamo sometido a arbitraje? Conforme con el artículo 10.16.5, las reglas de arbitraje que regirán serán las que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje.

¹³ El artículo 25 del Convenio CIADI exige para poder acceder a la jurisdicción CIADI, que se trate de una disputa de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.

¹⁴ CANTUARIAS S., Fernando y KUNDMÜLLER C., Franz. Op. Cit., pp. 484 y 485.

12. SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

Salvo que se hubiese convenido otra cosa, el Tribunal Arbitral estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro que presida, será designado por acuerdo de las partes contendientes.

Si el Tribunal Arbitral no se constituye en un plazo de 75 días contados a partir de la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje, el Secretario General del CIADI, a pedido de cualquiera de las partes contendientes, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.

13. REALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

Las partes contendientes pueden convenir en la sede legal donde haya de celebrarse el arbitraje. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral determinará dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York (artículo 10.20.1).

El Tribunal Arbitral está facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente. En ese sentido, cada comunicación deberá identificar su titular y cualquier persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación (artículo 10.20.3).

Como procedimiento general, el artículo 10.20.4 señala que el Tribunal Arbitral, sin perjuicio de la facultad que tiene para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares (tales como una objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal), conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el artículo 10.26¹⁵. Al respecto, dicha objeción se presentará al Tribunal Arbitral tan pronto como sea posible después de la constitución de éste último, y en ningún caso más tarde de la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda; debiendo el Tribunal Arbitral, tan pronto reciba la objeción, suspender cualquier actuación sobre el fondo del litigio y establecer un cronograma para la consideración de la objeción, que sea compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para

¹⁵ El artículo 10.26.3 establece que el Tribunal Arbitral no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.

la consideración de cualquier otra cuestión preliminar y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.

El artículo 10.20.4(c) establece que al decidir acerca de una objeción, el Tribunal Arbitral asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje, en el escrito de demanda (si al controversia se sigue bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL), así como cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa.

Sin embargo, el artículo 10.20.5 prevé un procedimiento especial a seguirse para resolver una objeción, si es que ésta es planteada dentro de los 45 días siguientes a la constitución del Tribunal Arbitral. En este supuesto, el Tribunal Arbitral suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y decidirá, de manera expeditiva, acerca de la objeción planteada a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud, salvo que una parte contendiente solicite una audiencia, en cuyo caso el Tribunal Arbitral puede tomar 30 días adicionales para emitir su decisión.

De igual forma, aún en el supuesto que no se hubiere solicitado la audiencia antes referida, el Tribunal Arbitral puede, demostrando un motivo extraordinario, retardar la emisión de su decisión por un breve plazo, que no puede exceder de 30 días.

Es importante destacar que, conforme con el artículo 10.20.4(d), el demandado no renuncia a formular ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo, simplemente porque haya formulado o no una objeción conforme con el artículo 10.20.4 ó 10.20.5.

Igualmente, debe resaltarse que, de acuerdo con el artículo 10.20.7, el demandado no puede oponer como defensa, contrademanda o derecho compensatorio, el hecho que el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación por la totalidad o por una parte de los daños alegados de conformidad con un seguro o contrato de garantía.

Otro aspecto que debe resaltarse, es el previsto en el artículo 10.20.9(a), según el cual, "a solicitud de cualquiera de las partes contendientes, el tribunal, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y las Partes no contendientes. Dentro del plazo de 60 días después de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes pueden presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de decisión o laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios".

14. MEDIDAS PROVISIONALES DE PROTECCIÓN

El artículo 10.21.8 contempla la posibilidad que el Tribunal Arbitral ordene “una medida provisional de protección para preservar los derechos de una de las partes contendientes, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del tribunal, incluida una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal. El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el artículo 10.16. Para efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación”.

15. TRANSPARENCIA DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

El artículo 10.21 está referido a la transparencia en las actuaciones arbitrales, para lo cual se contempla audiencias públicas, así como la divulgación de ciertas piezas del arbitraje, incluyendo los laudos y decisiones del Tribunal Arbitral.

Sin lugar a dudas, la posibilidad de intervención de *amicus curiae*, aceptada en el artículo 10.20.3 y ya comentada anteriormente, también se debe considerar como una medida de transparencia de las actuaciones arbitrales. Igual ocurre, desde nuestra óptica, con lo previsto en el ya comentado artículo 10.20.9(a), según el cual, el tribunal, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y las Partes no contendientes.

16. DERECHO APLICABLE

Si la reclamación está referida a una violación de la Sección A del Capítulo Diez debe, según el artículo 10.22.1, ser resuelta de conformidad con lo previsto en el TLC y las normas aplicables del Derecho Internacional.

Por el contrario, si la reclamación está referida a una autorización de inversión o a un acuerdo de inversión, el Tribunal Arbitral deberá aplicar:

a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o,

b) si las partes no han especificado o acordado otra manera: la legislación del país receptor de la inversión (es decir, la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría al caso), y las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables.

17. ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

El artículo 10.25 prevé que, de haberse presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado, conforme al artículo 10.16.1 (esto es, sustentadas

en que el Estado receptor de la inversión ha violado una obligación de conformidad con la Sección A del capítulo Diez, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión), y las reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente puede tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación.

En ese sentido, la parte contendiente que pretenda obtener una orden de acumulación, entregará una solicitud, por escrito, al Secretario General del CIADI y a todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación, en la que especificará el nombre y dirección de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación; la naturaleza de la orden de acumulación solicitada; y, además, el fundamento en que se apoya la solicitud. En importante indicar que el Secretario General del CIADI puede, dentro de los 30 días posteriores a la recepción de una solicitud de acumulación, determinar que ésta última es manifiestamente infundada; y que, en el supuesto que ello no ocurra, o que todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación convengan otra cosa, el Tribunal Arbitral estará conformado por tres árbitros: uno designado por acuerdo de los demandantes; otro designado por el demandado; y, finalmente, el árbitro presidente que designará el Secretario General del CIADI, quien no será nacional de ninguna de las partes.

¿Qué ocurre si el demandado o los demandantes no designan árbitro? ¿Qué plazo tienen para hacerlo? Las respuestas a estas interrogantes las encontramos en el artículo 10.25.5, según el cual si dentro del plazo de 60 días siguientes a la recepción por el Secretario General del CIADI, el demandado o los demandantes no designan a su respectivo árbitro, el Secretario General, a petición de cualquier parte contendiente respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación, designará al árbitro o a los árbitros que no se hayan designado. Al respecto, el referido artículo precisa que en tales supuestos, el Secretario General del CIADI designará como árbitro a un nacional de la parte demandada, si es que fue ésta la que no designó árbitro oportunamente; y, en caso contrario, si fueron los demandantes los que no designaron árbitro, el árbitro designado por el Secretario General será uno de la nacionalidad de aquellos.

Incluso el artículo bajo comentario prevé que un demandante, que haya presentado una reclamación a arbitraje conforme al artículo 10.16.1, y cuyo nombre no aparezca mencionado en la solicitud de acumulación, puede for-

mular una solicitud por escrito al Tribunal Arbitral, a efectos de ser incluido (artículo 10.25.7).

Finalmente, el artículo 10.25.8 establece que el Tribunal Arbitral que se establezca para conocer la acumulación de procedimientos, dirigirá sus actuaciones conforme a lo previsto en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL.

18. LAUDOS

Conforme con el artículo 10.26.1 el Tribunal Arbitral, al dictar un laudo definitivo desfavorable al Estado receptor de la inversión, puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

- a) Daños pecuniarios y los intereses que procedan;
- b) Restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución; y,
- c) Las costas y honorarios de abogado.

Cuando el arbitraje consiste en una reclamación que le ha planteado en representación de una empresa constituida en el Estado receptor de la inversión, que sea una persona jurídica de propiedad del demandante o que se encuentre bajo su control directo o indirecto [artículo 10.16.1(b)], el laudo:

- a) Que prevea la restitución de la propiedad, dispondrá la restitución que se otorgue a la empresa;
- b) Que conceda daños pecuniarios e intereses que procedan, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y,
- c) Dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.

En cuanto al laudo, hay que indicar que:

- a) es obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto (artículo 10.26.4); y,
- b) en ningún caso el Tribunal Arbitral se encuentra autorizado para ordenar el pago de daños que tengan el carácter punitivo (artículo 10.26.3).

Respecto a la ejecución del laudo definitivo, el artículo 10.26.6 indica que la parte contendiente no puede solicitarla hasta que:

- a) En el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI:

- a.1) Hayan transcurrido 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o,
- a.2) Hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación; y,
- b) En el caso de un laudo definitivo de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL o las reglas seleccionadas por las partes conforme a la posibilidad ya comentada del artículo 10.16.3(d):
 - b.1) Hayan transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o,
 - b.2) Un Tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

19. REGLAS ESPECIALES

Dos aspectos finales que deben comentarse, y que hemos calificado como reglas especiales, están previstos en los artículos 10.20.9 y 10.20.10:

El primero de ellos, que incluso ya esbozamos anteriormente, está referido a que, a petición de cualquiera de las partes contendientes, el Tribunal Arbitral, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes. Dentro del plazo de 60 días después de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes pueden presentar comentarios escritos al Tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de decisión o laudo. El Tribunal Arbitral considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios (artículo 10.20.9).

El segundo, contempla que si entre el Perú y los Estados Unidos de América entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos internacionales de comercio o inversión para conocer controversias de inversión, Perú y los Estados Unidos de América Perú y los Estados Unidos de América procurarán alcanzar un acuerdo que haga que tal órgano de apelación revise los laudos dictados de acuerdo con el artículo 10.26 en los arbitrajes que se hubieran iniciado después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes (artículo 10.20.10). Sin lugar a dudas, esta previsión a futuro, independientemente si tiene o no fundamento, encierra una desconfianza al arbitraje, tal como viene funcionando hoy. Sobre esto último, no creo que

una solución efectiva sea crear una segunda instancia, pues, coincidiendo con PAULSSON, una segunda instancia o un órgano *ad hoc* de apelación no tiene más autoridad ni legitimidad que aquella que tiene el Tribunal Arbitral inicial escogido por las partes¹⁶.

¹⁶ PAULSSON, Jan. *¿Cómo mejorar los laudos internacionales sin minar el sistema?* En Revista Peruana de Arbitraje 8/2009. Lima: Magna, 2009, p. 15.

Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fase inicial del procedimiento. 3. Algunas reglas para el comportamiento de los árbitros. 4. Decisiones del tribunal arbitral antes del laudo final. 5. Los árbitros en la audiencia. 6. Después de la audiencia hasta el laudo final. 7. La redacción de la sentencia arbitral. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

He decidido elegir este tema pues en un libro de homenaje a BERNARDO CREMADES y YVES DERAINS creo que no podría haber otro mas adecuado. CREMADES y DERAINS son ejemplos en el mundo real de lo que debe de ser un árbitro. Mucho de lo que sigue está basado en lo que he leído escrito por ellos o en la experiencia de participación como abogado, co-arbitro o presidente de tribunales arbitrales con ellos.

La finalidad de cualquier procedimiento de arbitraje es alcanzar una buena sentencia arbitral. A su vez, una buena sentencia es aquella que (i) solventa el litigio, (ii) con efecto de cosa juzgada, (iii) aplicando adecuadamente la ley y el contrato, (iv) respetando las normas jurídicas obligatorias, (v) tras un juicio justo, donde las reglas del *due process* hayan sido respetadas y (vi) con carácter *enforceable* en los países en los cuales existan medios que garanticen la concretización de la decisión arbitral, y en su caso el eventual incumplimiento por las partes.

Se puede decir que la obtención de una buena sentencia comienza con la elección de los abogados que van a acompañar la causa¹. Sin una buena *ad-*

(*) Socio Fundador de PLMJ y Coordinador del área de arbitraje, antiguo Presidente del Colegio de los Abogados de Portugal, miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de CCI y de la lista de árbitros y conciliadores de CIRDI

¹ O en el momento de la redacción de la cláusula arbitral, ya que una cláusula patológica va a enfermar todo el procedimiento, aunque no lo destruya o impida de concretizarse.

vocacy, las probabilidades en lograr alcanzar una buena sentencia son mucho menores. Pero hay que decir que la elección de los árbitros es un momento esencial a la buena decisión de la causa. Árbitros incompetentes en las cuestiones jurídicas y de hecho que les sean sometidas, poco trabajadores, sin tiempo disponible para dedicar al proceso, sin experiencia, que no sean independientes o imparciales, solamente por algún improbable acaso producirán una buena sentencia arbitral.

Esta reflexión² no abordará la fase inicial del proceso arbitral, pero se inicia en el momento en el que los dos co-árbitros han elegido ya el árbitro presidente (o este haya sido nombrado por la entidad responsable para ello), con lo que, constituido el tribunal arbitral, el proceso comenzará.

2. LA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO

Puede suceder que los árbitros se conozcan, hayan estudiado en la misma universidad, participen juntos en encuentros, seminarios y congresos o hayan trabajado juntos en procesos arbitrales en la calidad de abogados, árbitros o peritos legales.

Sin embargo, y sobretodo en arbitrajes internacionales, es bastante probable que los co-árbitros³ no se conozcan, más allá de lo que resulte de sus respectivos currícula vitae. Así mismo, una tarea esencial es que los árbitros que van a trabajar juntos puedan lograr obtener, gradualmente, un elevado grado de cohesión.

Por eso, para lograr obtener, al final, una buena sentencia arbitral, todo se deberá empezar a preparar cuando los árbitros reúnen o intercambian puntos de vista por primera vez y los requerimientos y documentos de las partes les son remitidos. En esta fase, el Presidente empezará a tratar de entender que tipo de tribunal tiene que dirigir y como deberá hacerlo. También en este momento se deberá iniciar una percepción lo más clara cuanto posible sobre los puntos de vista de las partes y una definición rigurosa sobre las cuestiones legales y de hecho esenciales.

Esta tarea no es fácil, pero lo mejor es que comience a concretizarse desde el inicio del proceso arbitral. Naturalmente, cada una de las partes va a presentar sus puntos de vista con el máximo de parcialidad que sea compatible con la necesidad de evitar el riesgo de perjudicar la credibilidad de tesis defendida. La lógica y la fuerza del principio del contradictorio y de la igualdad de armas

² Originariamente preparada para el 1^{er} Curso de Formación Avanzada en Arbitraje, realizado por ICC con grande éxito en Junio de 2011, en S. Paulo, Brasil.

³ Así como el árbitro presidente, si no es elegido por ellos.

van a permitir al Tribunal Arbitral acceder a puntos de vista contrastantes y, por regla general, incompatibles, lo que ayudará a alcanzar una buena decisión.

La existencia de posiciones contrastantes y antagónicas de las partes, todavía, no es suficiente. Es esencial que los árbitros se sometan ellos mismos al efecto del contradictorio: que analicen el punto de vista de una parte y después de la otra, para que puedan beneficiar de la percepción que surge de distintas miradas sobre los hechos y de interpretaciones diversas del derecho aplicable.

Este es un buen método para evitar los errores de que pueda enfermar el proceso decisorio. Esta regla práctica, aparentemente evidente y fácil de seguir, no siempre se concretiza en todos los tribunales arbitrales. Incluso, sin referir situaciones patológicas en las que los árbitros no son independientes ni imparciales, cualquier inclinación favorable a quien le nombró⁴ lleva a que, conciente o inconcientemente, el espíritu de algún o algunos árbitros no esté realmente preparado para considerar la controversia como un campo abierto a soluciones variadas y discordantes.

Sin embargo, más allá de ello, el Tribunal Arbitral es un órgano colegial. Beneficiando de la interacción de tres personas, a menudo con culturas jurídicas y experiencias distintas y que, en algunos casos, pueden tener predisposiciones relativas al caso que sean contradictorias o, por lo menos, difícilmente superables. Es probable que así sea, por lo menos, hasta un cierto punto, sin que se pueda considerar la situación patológica. Cuando un *counsel* o una parte elige uno de los co-árbitros, tiene frecuentemente el cuidado de elegir alguien que, en lo que concierne a las cuestiones legales, no sea intelectualmente hostil al punto de vista que más conviene a la parte en cuestión y que sobre la materia de facto tenga una predisposición favorable que, en todo el caso, no afecte la independencia del co-arbitro pues que eso sería altamente nefasto y contraproducente. Así, cuando el Tribunal empieza trabajando, el Árbitro Presidente ya sabe, o debe al menos convenir, que cada uno de los co-árbitros necesita de ser integrado en el colectivo de forma a que se favorezca la constitución de un equipo de trabajo unido.

La cuestión es, por lo tanto, saber como conseguir entonces que la unidad y cohesión del Tribunal se construyan, se mantengan y duren hasta el final. Como resultado, y más veces de lo que sería deseable, existe – sobre todo en arbitrajes con árbitros poco experimentados – una tendencia para optar por el *splitting the baby*, con sentencias salomónicas que permitan un consenso entre todos los árbitros, obviando el “riesgo” de la *dissenting opinion* y intentando agrandar, al menos parcialmente, a todos. Esta tendencia es muy nefasta al

⁴ Incluso, DERAINS afirma que es esencial aprovechar las situaciones para probar “each other’s independence from the start of the case”.

instituto del arbitraje, ignorando la voluntad de las partes (que determinarían un proceso arbitral y no una mediación que así sería vinculativa) y afectando el derecho y la justicia.

En el plan de la estrategia militar y de la teoría de los conflictos, se suele decir que solamente logra alcanzar y construir una buena paz quien esté preparado para llevar a cabo una (buena) guerra. Este paradigma puede y debe aplicarse al tema que estamos desarrollando. El árbitro presidente solamente alcanza un consenso si está dispuesto – y los co-árbitros lo sepan – a una decisión que no sea unánime y que, en el límite y caso sea legalmente posible, no sea acompañada por ningún de los demás árbitros.

El tribunal arbitral es una entidad colectiva, en la cuál los aspectos psicológicos y comportamentales son determinantes. Debe intentarse que entre los árbitros se desencadenen procesos virtuosos que acentúen la cohesión y el sentido de participación o de contrario –caso algún árbitro se deniegue– aislen quien no desea, no puede o no sabe actuar de acuerdo con las reglas fundamentales del sistema. De lo que se trata, al final, es principalmente lograr que cada uno de los árbitros se sienta más próximo del colectivo arbitral que del abogado que lo designó o de la parte que probablemente lo ha aprobado por sugerencia del abogado.

3. ALGUNAS REGLAS PARA EL COMPORTAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Pero eso no es bastante. Del punto de vista de los co-árbitros la cuestión es un poco distinta. El co-árbitro debe anhelar a que sus puntos de vista, lo que supo comprender, o lo que entiende deber ser relevado, sea perceptible para sus compañeros del tribunal y, en especial, para el árbitro presidente.

Para que todo eso sea tangible, existen algunas reglas de naturaleza práctica, que sostienen de todos modos las reglas contractuales y legales y que exprimen los deberes de conducta que no pueden ser jamás olvidados. Así, en lo que se refiere al co-árbitro, es fundamental que el mismo sea: (i) constructivo, (ii) serio, imparcial y independiente y que parezca que efectivamente lo es, (iii) que no desperdicie argumentos en ofensivas de menor importancia, mediante los cuales solamente desgastará su imagen; (iv) que sepa “presentir” el árbitro presidente; (v) que revele ser, y sea efectivamente, leal al tribunal arbitral; y (vi) que domine perfectamente el caso, en su vertiente legal y factual.

El co-árbitro debe sobre todo estar apto para articularse con el árbitro presidente. De nada sirve un co-árbitro muy inteligente, con una enorme capacidad de trabajo y experiencia, con densidad científica eminentemente superior, si el estilo de sus relaciones humanas, su forma de comportarse en el colectivo, su forma instintiva de tratar con los otros, provocaren la pérdida

de la oportunidad de crear empatía con el árbitro presidente. Y la empatía puede perderse de muchas maneras, desde el exceso de presunción hasta la insoportable humildad, desde la divergencia auto-suficiente hasta la constante conformidad.

Un co-arbitro debe tener el coraje de la coherencia, la delicadeza de la modestia, la voluntad de la cooperación, el equilibrio en la conformidad y en la discordancia. Debe ser una persona abierta y maleable, que no se aísle en sus posiciones que nunca llegarán a consenso, pero también debe ser una persona con capacidad de demostrar sus propias convicciones. En esto, como en todo que se relaciona con un procedimiento arbitral o judicial, es la materia de hecho y no los argumentos que determinarán el desenlace del procedimiento. Tener y expresar opiniones que la materia de hecho no (o todavía no) comporta es un riesgo que no se puede tener. Sin embargo, la clareza de la materia de hecho debe provocar la sustentación con determinación de la solución legal que mejor se ajusta a la realidad demostrada.

Por su turno, el árbitro presidente también no puede olvidar algunas reglas esenciales para delimitar y orientar su comportamiento. Así debe (i) ser completamente independiente y imparcial; (ii) dominar en absoluto el proceso, conociendo con pormenor y rigor la materia de hecho y de derecho; (iii) establecer una relación personal de lealtad y confianza –y se posible de amistad– con los co-árbitros, (iv) indagar y percibir en que medida los co-árbitros son efectivamente imparciales y actuar en conformidad; (v) dar a los co-árbitros la oportunidad y la seguridad de escucharlos; (vi) conciliar la modestia con la autoridad.

Para cualquier persona que tenga a su cargo el deber de liderar un grupo humano en acción, los aspectos psicológicos y comportamentales son esenciales. Es difícil ganar la confianza de los demás y es muy fácil disiparla. El árbitro presidente necesita construir *auctoritas* sobre una base de *potestas* que resulta del cargo que le fue atribuido. Caso no sea apto para hacerlo, difícilmente consigue la legitimidad de la aceptación indiscutible que añade a la legitimidad que resulta de las normas legales y contractuales que demarcan su función.

Por lo demás existe una pequeña y sencilla regla que puede añadir muchísimo a la eficacia del trabajo, ampliar la conciencia y el conocimiento del caso y sus especificidades, además de permitir que el tiempo de maduración de la sentencia crezca, aunque eso no perjudique la efectividad de la decisión en el plazo más corto posible. Es, sencillamente, la preparación de la parte expositiva de la sentencia (identificación de la partes, síntesis de las posiciones que sostienen, el historial del proceso y las cuestiones esenciales a decidir) en el decurso del procedimiento y con antelación en relación a la producción de

prueba testimonial. Esta regla, escasas veces practicada por los árbitros poco experimentados o con falta de tiempo y sin apoyo, es de la mayor utilidad puesto que posibilita ir comunicando con los co-árbitros y recibiendo sus *inputs* en el decurso de la etapa procesal en la que incumbe esencialmente a las partes hacer su trabajo.

Durante el procedimiento arbitral pueden suceder situaciones de difícil o imposible predicción. Tales situaciones deberán ser enfrentadas por el Tribunal Arbitral con cohesión y siempre añorando el respeto por las reglas esenciales del *due process*, las cuales constituyen un límite a los poderes de los árbitros. La prudencia manda, en caso de duda, que se actúe en términos tales que aseguren, aunque por exceso, la igualdad de armas entre las partes, el respeto por el principio del contradictorio, la negación del efecto sorpresa y la posibilidad de cada una de las partes en presentar plenamente su caso. Obviamente, se deberán ponderar también con precaución eventuales normas legales imperativas que –en el caso de su violación– puedan generar la anulación del laudo o la imposibilidad de su ejecución. La eficacia exige, de otra parte, que el Tribunal no permita abusos que bloqueen o imposibiliten la gestión del procedimiento. El objetivo de los árbitros deberá ser el de lograr un equilibrio entre estos dos impulsos, y, a ese efecto, la experiencia acumulada por ellos es un valioso auxiliar.

4. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL ANTES DEL LAUDO FINAL

El tribunal arbitral puede ser llamado a tomar decisiones antes de la sentencia final por diversos motivos. Es el caso evidente de las sentencias parciales, pero puede suceder más que ello, por cuestiones de organización y logística procesales, pedidos de cooperación al poder judicial para producción de prueba, protestas de los abogados con respecto a actitudes de la contraparte, etc. Estas cuestiones son muchas veces perfectamente razonables y legítimas, resultando de preocupaciones o dudas, las cuales, una vez resultas o aclaradas, aumentan la eficacia del proceso y la cooperación entre las partes y el tribunal. En algunas situaciones, sin embargo, la situación es otra. Es lo que pasa cuando una de las partes tiene como estrategia la destrucción del proceso arbitral y la creación de motivos, verdaderos o falsos, para intentar alcanzar la anulación o la inviabilidad de la ejecución en las jurisdicciones en donde existan activos que permitan la cobranza del valor de una eventual condena.

Estas situaciones constituyen una prueba por la que el tribunal arbitral debe pasar⁵. En primer lugar, porque permiten reforzar o constatar la invia-

⁵ Incluso, DERAIS afirma que es esencial aprovechar las situaciones para probar “each other’s independence from the start of the case”.

bilidad de cohesión interna del tribunal. En segundo lugar, porque permiten demostrar la falta de independencia e imparcialidad de un o más árbitros. Por otra parte, por lo menos en algunas situaciones, pueden transmitir algún tipo de información sobre la posible tendencia de los árbitros, y en particular, del presidente, con respecto a las cuestiones de fondo. Finalmente, porque pueden destruir la viabilidad de una sentencia ejecutable o reforzar la probabilidad de que los tribunales estatales lo acepten, no anulando o confirmando la ejecución, dependiendo del caso.

Por todos estos motivos, las fases en las que el tribunal está más expectante (en el caso de las arbitrajes CCI, entre la firma de la Acta de Misión y el inicio de la audiencia final) pueden ser esenciales a la obtención de una buena decisión. Para ello, es muy importante que los árbitros sientan el deber de la independencia y imparcialidad en el caso concreto, y que no cometan el error de soportar o apoyar las posiciones de una de las partes que no tengan sentido o que manifiestamente desagraden al presidente porque cuestionan su capacidad de liderar el proceso o su seriedad; al contrario, si suceden situaciones de este tipo, el co-árbitro deberá aprovecharlas para demostrar su "fidelidad" al tribunal arbitral y no a la parte o al abogado que lo haya nombrado. El árbitro presidente, más allá del deber de aprovechar estas situaciones para profundizar el conocimiento de los demás árbitros y, en cierto modo, probar su respectiva independencia y imparcialidad y el sentido de cooperación de los co-árbitros, necesita reforzar su *auctoritas* en esas situaciones y no fragilizarla con reacciones, aunque comprensibles, que demuestren incapacidad de liderazgo del procedimiento.

5. LOS ÁRBITROS EN LA AUDIENCIA

Tarde o temprano, llega la audiencia. La forma como los árbitros actúan en ella constituye un factor relevantísimo a la buena decisión final. Esta es la ocasión en la que las partes, sus abogados y los árbitros estarán juntos por primera vez, de forma continuada y sujetos a las tensiones naturales de las audiencias. La aceptación indiscutible de la sentencia, la cual permitirá la pacificación socio-psicológica de las relaciones jurídicas en crisis, dependerá en larga medida de la forma como transcurre la audiencia.

La calidad de la sentencia también depende del modo como transcurre la audiencia, incluso cuando los documentos son muy relevantes, el derecho aplicable suficientemente claro y las declaraciones escritas de los testigos y peritos esclarecedoras. La interacción entre los árbitros –la cual hasta este momento ocurre en el silencio y confidencialidad de sus reuniones y *conference calls* restringidas– se hace transparente y pública, delante de los abogados, partes, testigos y peritos, todos ellos atentos a las más sutiles señales del tribunal

o de algún de los árbitros, sean comentarios, preguntas o hasta expresiones faciales significativas.

Por todo ello, el papel del árbitro presidente en la audiencia es más importante todavía, y el mismo debe tomar precauciones especiales de forma a que ninguna de sus reacciones o actitudes pueda atraicionar su opinión, provocar dudas sobre su imparcialidad y independencia a quienes lo observan, o convencerlos que no domina adecuadamente los hechos y el derecho aplicable o que no tiene conocimiento riguroso del proceso. También los co-árbitros deberán tomar precauciones, pues en esta ocasión el árbitro presidente – conciente o inconcientemente – los pondrá a prueba frente a quienes los han nombrado. Revelar independencia y imparcialidad es tremendamente más sencillo cuando nadie está presente que ante aquellos que los nombraron y que, naturalmente, quieren sentir que “su” árbitro es favorable o al menos predispuesto a una de las partes.

La cuestión de las preguntas formuladas a los testigos y peritos, o incluso a los abogados, es un tema clásico del núcleo central en este ámbito. Sucede frecuentemente que el co-árbitro ayude a aclarar la posición de quien lo ha nombrado y que sea capaz de hacer entender a los colegas del tribunal arbitral la posición de esa parte, y esto es usualmente considerado como normal. Sin embargo el árbitro deberá hacerlo sin fragilizar su imagen antes los otros árbitros y también sin incumplir los valores éticos que lo deben sustentar. En este ámbito existe algo de esquizofrenia y el arte de no ultrapasar las fronteras en un o en otro sentido –evitando simultáneamente del desinterés y el exceso de interés en las declaraciones de la posición de la parte que lo nombró– es de sobremanera uno de las más importantes aspectos para evaluar la calidad del co-árbitro.

Mi entendimiento es que el árbitro presidente debe reducir al mínimo sus intervenciones para pedir aclaraciones adicionales durante las declaraciones de los testigos y incluso –aunque yo crea que en esta situación se debe aceptar un activismo más marcado– a peritos. El arbitraje es un proceso de partes, regla general representadas por abogados calificados y experimentados; por lo tanto no tiene mucho sentido el activismo por parte del tribunal arbitral para lograr aclaraciones de los hechos no logradas por los abogados.

Como en todas las reglas, todavía, hay excepciones, y la búsqueda de la verdad substantiva es natural en el proceso arbitral. Así mismo, a veces el árbitro presidente debe intervenir para que no queden equívocos o para aclaración en el caso de que considere que las respuestas no fueron claras. Lo deberá hacer, sin embargo, con precaución y buscando que ese procedimiento suceda de forma substancialmente idéntica con los testigos de ambas las partes.

Ya con respecto a los co-árbitros, se deberá admitir un activismo más acentuado, evitando, sin embargo, la creación, como resultado, de una sensación de parcialidad, de que el árbitro se comporta como un abogado de recurso que intenta corregir las fallas o insuficiencias del abogado del caso. Además, deberá ser capaz de pedir aclaraciones sin tener el espíritu del abogado de la parte que, como regla, no debe formular preguntas a las cuales no sepa cual va a ser respuesta, para evitar el riesgo de empeorar su causa, y así dar al testigo la oportunidad de parecer más creíble por haber resistido a la prueba del *cross examination*.

6. DESPUÉS DE LA AUDIENCIA HASTA EL LAUDO FINAL

Terminada la audiencia, entramos en la fase crucial del trabajo del tribunal arbitral – la de los debates que conducen a la decisión final. Este trabajo, como he dicho, puede y debe ser preparado a lo largo de todo el proceso, primeramente permitiendo a los árbitros que se conozcan, ganen confianza recíprocamente, y se den cuenta si algún o algunos no son, y en que medida, imparciales. A lo largo del proceso, se debe crear la costumbre de las decisiones colectivas. Como anteriormente ya mencionado, es importante que en esta fase el árbitro presidente haya preparado la parte expositiva de la sentencia y definido las cuestiones fundamentales de hecho o de derecho, a las cuales el tribunal deberá responder. Idealmente, el árbitro presidente tendrá estas cuestiones de fondo definidas y compartidas con los co-árbitros antes del inicio de la audiencia, sobretodo si durante el proceso los mismos hayan demostrado fidelidad al tribunal, cohesión del grupo, imparcialidad e independencia.

Mi experiencia demuestra que es muy útil que poco después de la audiencia se realice una primera reunión entre los árbitros para comenzar a debatir el caso. Esta opción es tremendamente importante en los arbitrajes internacionales, pues la reunión física de los árbitros no es, regla general, fácil, por lo no se debe desperdiciar la oportunidad del dialogo presencial. Es cierto que, regla general, en este momento las alegaciones finales de las partes no fueron todavía producidas por escrito⁶. Las ventajas, sin embargo, de la reunión presencial son superiores a sus inconvenientes o riesgos. Además, según la experiencia, permite los comentarios y opiniones “calientes” de los árbitros, inmediatos al sucedido, más espontáneos y constructivos que si fueron en reunión posterior.

⁶ También por esta razón, favorezco la producción de alegaciones verbales en arbitrajes internacionales, en el final de la audiencia, aunque que después sean presentadas alegaciones finales escritas.

En esta reunión, regla general, es posible acordar las líneas generales de las respuestas a las cuestiones en análisis. Esto sucede muchas veces con las cuestiones de derecho (sobretudo cuando los árbitros vienen de jurisdicciones diversas y ninguna de ellas se relaciona con el derecho aplicable). Hasta el acuerdo de líneas generales ya facilitará la pesquisa final y la fundamentación jurídica definidora de la sentencia por parte del árbitro presidente. Muchas veces también, sin embargo, lo mismo sucede con las cuestiones de hecho, sobretudo cuando la conclusión en un o en otro sentido depende de la credibilidad relativa de los testigos y de la relación entre lo que dicen los documentos y la forma con los han entendido las partes o los testigos.

En la secuencia de esta reunión, el árbitro presidente debe hacer una especie de acta escrita, en la cual enumere resumidamente las cuestiones analizadas y las respuestas que sobre ellas obtuvo de los co-árbitros, con una fundamentación resumida. Este documento deberá ser considerado *work in progress*, lo cual, a través varias aproximaciones sucesivas, se va convirtiendo en el esqueleto de la parte deliberativa de la sentencia. El acta deberá mencionar las cuestiones acordadas, las no consensuales o aquellas que todavía no están maduras.

Creo que este proceso asegura la optimización entre la necesidad de un liderazgo y de una dinámica fuerte del árbitro presidente con una franca adhesión a la idea del colectivo y de la cooperación de cada uno de los árbitros. En la práctica, se trata de un método de aproximaciones sucesivas en el que la coherencia lógica del proceso va ella misma ayudando a aumentar las zonas de consenso sin perjudicar el principio fundamental de que la decisión arbitral no es una decisión de mediación. Los árbitros deben buscar el máximo denominador común posible, y nunca el mínimo denominador común, lo cual significa, regla general, una denegación de justicia.

Evidentemente, en el mundo real, a veces –incluso con árbitros imparciales e independientes, y más cuando uno o más no lo son– no es viable una solución justa a la que todos los árbitros adhieran. En este tipo de situaciones, es esencial que el árbitro presidente no olvide que es preferible una decisión por mayoría, o incluso tomada por sí mismo solamente, que el precio a pagar para evitar un voto de vencido, cediendo en cuestiones esenciales y destruyendo la misión del tribunal arbitral. En estas situaciones, el árbitro presidente tiene de forma evidente un poder tanto más fuerte cuanto más claro sea para los demás co-árbitros que no irá ceder en lo que es su convicción, solamente para “comprar” una decisión unánime. Esta regla, no obstante, deberá ser entendida y aplicada con sensatez y adecuación, pues muchas veces se justifica un esfuerzo de consenso que, sin afectar los deberes funcionales y la conciencia del árbitro presidente ni colocar en peligro el núcleo o la esencia de la deci-

sión, permita alguna acomodación con preocupaciones legítimas de uno o más árbitros. Este complejo y delicado esfuerzo, característico de los árbitros experimentados, se insiere perfectamente en la lógica inherente a la justicia arbitral, la cual es genéticamente una “justicia de comerciantes”.

A veces, desafortunadamente, los procedimientos arbitrales no pueden decorrer con la normalidad esperada, porque uno o dos co-árbitros no han aceptado ser nombrados a la vista de la resolución del litigio y su pacificación. Al contrario, a veces aceptan el nombramiento con el fin de contribuir a que no se pueda hacer justicia, dejándose instrumentalizar al interés de una de las partes que pretende boicotear el arbitraje (a pesar de haberla aceptado como forma de resolver el litigio) o por lo menos crear condiciones para, posteriormente, posibilitar la anulación de la sentencia o impedir su confirmación para ejecución en otros países. Estas situaciones son típicas de árbitros demasiado parciales, hasta “terroristas”, para utilizar un término internacionalmente estabilizado.

Pueden suceder situaciones menos graves pero que a pesar de ello provoquen dificultades serias. Así es el caso de los árbitros que no tengan tiempo debido al exceso de trabajo, que no sean competentes o calificados, que acepten un arbitraje que va a realizarse en un idioma que no dominen o que sean simplemente perezosos. Existen también situaciones en las que, durante el procedimiento, los árbitros se incompatibilizan entre sí y/o con los abogados de una de las partes.

En todas estas situaciones, la experiencia y la determinación del árbitro presidente es esencial. Deberá actuar con toda la diplomacia para lograr que la cohesión del tribunal sea la máxima posible, considerando las circunstancias. Todavía, en situaciones límite, la única solución es asumir la dirección del procedimiento de forma más autónoma y menos compartida, tener atención y cautela redoblada para que nada suceda que pueda afectar las condiciones de ejecución de la sentencia arbitral y deberá mantener el árbitro o los árbitros en los cuales perdió la confianza alejados de las informaciones, para impedir que una de las partes sea favorecida, debido a la falta de independencia del árbitro que haya nombrado, en relación a la parte que respectó y aceptó las reglas del juego, y de este modo, quedó sin posibilidad de obtener (incluso ilegalmente) informaciones privilegiadas.

Es verdad que las situaciones patológicas pueden ser tan graves que hasta el Presidente más experto, prudente, diplomático y determinado, no logra superar y resolver el problema. Pero estas situaciones son bastante excepcionales. Por ello la elección del árbitro presidente por las partes, abogados o co-árbitros es una decisión crucial y de la cual depende no solamente una

buena decisión sino también y antes de ello, la existencia misma de una decisión en tiempo útil.

7. LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

La redacción de la sentencia arbitral que se sigue a los debates entre los árbitros anteriormente referidos puede ser un trabajo colectivo, pero es esencial que sea coordinado y unificado por el árbitro presidente. En determinadas situaciones puede ser muy útil a una buena sentencia que parte de ella sea minutada por uno o por los dos co-árbitros, sobretodo en lo que se refiere a cuestiones jurídicas en las cuales uno de ellos sea más experto, o pasándose lo mismo con materias técnicas. Sin embargo, nada de esto puede justificar que el presidente no cumpla sus funciones. Al contrario, lo ideal es que la cooperación de redacción de los co-árbitros sea limitada a la producción de minutas de partes del texto, si posible de acuerdo con un guión elaborado por el Presidente y que sea posterior al acuerdo entre los árbitros (o, no existiendo, a la decisión mayoritaria o del presidente) relativo al sentido esencial de la decisión. Sino, el riesgo es no solamente la pérdida de tiempo, sino también que el proceso de decisión sea bastante más complicado.

En la redacción de la sentencia arbitral, es natural y comprensible que se permita que el estilo personal del Presidente sea dominante, y también que sean ponderadas las culturas jurídicas regionales o nacionales, incluso las jurisdicciones, en las que con más probabilidad se espere que sea ejecutada la sentencia, en el caso de que la parte derrotada no la cumpla de forma espontánea. Sin embargo, es comúnmente conocido que la ICC es la institución arbitral que lidera los arbitrajes internacionales en número y en valores y que, más allá, se caracteriza por un riguroso proceso de control de calidad realizado por el Secretariado y por la Corte Internacional de Arbitraje, por lo que la experiencia acumulada por esta institución es importante.

Por ello, recomiendo vivamente a todos los que tengan que redactar o participar en la redacción de sentencias arbitrales el artículo fundamental *Drafting awards in ICC Arbitration*, de HUMPHREY LLOYD y otros⁷, donde son abordados los problemas más frecuentes y sugeridos los modos más adecuados, desde un punto de vista formal, la organización de la sentencia.

Como refieren los autores del artículo, lo esencial es que la sentencia posea los siguientes atributos: *Clarity, precision, brevity and ease of use*. Es necesario que, en las célebres palabras del Profesor WIRTH, en un seminario del ASA, la sentencia sea *the rehabilitation of the law, by restoring legal certainty*. Por ello, la sentencia deberá ser fundamentada, aunque *both thorough and self sufficient*; o

⁷ V. "ICC International Court of Arbitration Bulletin", Vol. 16/ N° 2 - Fall 2005, pp. 19-40.

sea, no debe ser excesiva, pero tampoco tan poco detallada y profunda que las partes o quien deban aplicarla no queden esclarecidos con respecto al sentido y justificación de la decisión.

8. CONCLUSIÓN

Llega el momento de concluir. Para ello, creo que se puede elaborar el resumen siguiente:

Cada sentencia es... una sentencia. No hay reglas generales que sirvan a todos los casos.

Una buena sentencia es la mejor promoción posible del arbitraje.

Una buena sentencia, normalmente, no agrada a todos.

Una buena sentencia es regla general admirado y respetada por todos.

Más allá de todo, una buena sentencia deberá ser *enforceable* en las jurisdicciones en las cuales sea más probable su ejecución.

La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión

ANNE VÉRONIQUE SCHLAEPFER (*)

ANNE-CAROLE CREMADES (**)

SUMARIO: 1. *La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional.* 1.1. *La existencia de una obligación de motivar los laudos.* 1.1.1. *La práctica a priori en desuso o limitada de no motivar los laudos.* 1.1.1.1. *La antigua tradición inglesa de no motivar los laudos.* 1.1.1.2. *Los arbitrajes de calidad.* 1.1.2. *La convergencia de las normas internacionales, nacionales y arbitrales sobre la existencia de una obligación de motivar los laudos.* 1.1.3. *¿Hacia la supresión o limitación de la motivación para reducir la duración y costo del proceso?* 1.2. *Las sanciones de la falta de motivación o de la deficiencia de la motivación.* 1.2.1. *La sanción de la falta de motivación.* 1.2.2. *La sanción de una motivación deficiente.* 1.2.3. *Conclusión.* 1.3. *El objetivo de la motivación.* 1.3.1. *Las expectativas de las partes (o de sus abogados).* 1.3.2. *El interés de los árbitros.* 2. *La motivación de los laudos en arbitraje de inversión.* 2.1. *La razón de la motivación más detallada de los laudos dictados en arbitraje de inversión.* 2.2. *El alcance del control de la motivación como causal de anulación (artículo 52 (1) (e) del Convenio de Washington).* 3. *Conclusión.*

Esta contribución tiene por origen una ponencia de ANNE VÉRONIQUE SCHLAEPFER en el 24 *Annual Symposium of Arbitrators* que tuvo lugar en París el 30 de marzo de 2009. Hemos desarrollado y completado nuestras reflexiones sobre este tema en la perspectiva del presente homenaje a YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES, para quienes tenemos una especial consideración. Han sido, y siguen siendo, grandes árbitros que han aportado mucho al desarrollo del arbitraje comercial internacional y del arbitraje de inversión, tanto en Europa como en Latinoamérica.

(*) Abogada, Schellenberg Wittmer, Ginebra, Suiza. miembro del Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra y Presidente del Comité nacional encargado de los arbitrajes sometidos al Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

(**) Abogada, Schellenberg Wittmer, Ginebra, Suiza.

1. LA MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS EN ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Se suele considerar en arbitraje comercial internacional que un tribunal arbitral no podría simplemente enunciar su decisión sino que tiene que explicar como y por qué ha llegado a esta decisión.

Es preciso analizar si existe efectivamente una obligación de motivar los laudos (1.1) y cuál es la sanción de esta obligación (1.2), antes de examinar cuál es el objetivo de la motivación (1.3).

1.1. La existencia de una obligación de motivar los laudos

La necesidad de motivar un laudo no es tan universal como parece a primera vista (1.1.1), aunque es cierto que hoy existe una cierta convergencia de la normativa internacional, de las leyes nacionales de arbitraje y de los reglamentos arbitrales para exigir de los árbitros que motiven sus laudos (1.1.2). Sin embargo, la preocupación de querer reducir la duración y el costo de los pleitos ha llevado recientemente a explorar la posibilidad de dictar fallos sin motivación (1.1.3).

1.1.1. La práctica a priori en desuso o limitada de no motivar los laudos

La práctica de dictar laudos no motivados existía principalmente en los países de *common law*, en particular en Inglaterra hasta hace algunos años (1.1.1.1). Sigue existiendo, de manera residual, en algunas ramas del arbitraje como los “arbitrajes de calidad” (1.1.1.2).

1.1.1.1. La antigua tradición inglesa de no motivar los laudos

Tradicionalmente los árbitros de *common law* se abstendían de motivar sus laudos, siguiendo el consejo que habría supuestamente dado un magistrado inglés, LORD MANSFIELD, a los jueces de la *Court of King's Bench* según el cual:

*“Consider what you consider justice requires and decide accordingly. But never give your reasons; for your judgment will probably be right, but your reasons will certainly be wrong”*¹.

Aconsejaba pues a los jueces que no motivaran sus decisiones para limitar el riesgo de ver el razonamiento criticado por las partes. Sea o no auténtica esta frase, lo cierto es que existía en Inglaterra una larga tradición de dictar laudos arbitrales no motivados.

La práctica de motivar los laudos de manera más sistemática empezó a desarrollarse en materia marítima, cuando los árbitros de la *London*

¹ Citado por LORD BINGHAM, Thomas. “Reasons and reasons for reasons: differences between a Court judgment and an arbitral award”. En: *Arbitration International*, 1988, p. 146.

Maritime Arbitrator's Association comenzaron a enunciar los motivos de sus decisiones en el laudo mismo o aparte de forma confidencial².

Una de las novedades del *Arbitration Act 1979* fue la incitación a motivar los laudos – aunque de forma indirecta y en términos relativamente complicados, sin erigir la motivación de los laudos en principio general. En ciertas circunstancias, en caso de que un laudo no estuviera motivado o suficientemente motivado, el juez inglés podía reenviar el laudo al tribunal arbitral para que éste explicitara los motivos (“*reasons*”) de su decisión con suficientes detalles para permitir al juez apreciar el recurso pendiente contra el laudo³.

En la decisión inglesa *The Oinoussian Virtue v. Virtue Shipping Corporation* de 1981, el juez escribía: “It is widely believed that one of the chief benefits of the Act is that reasoned awards will be readily given; it is, I believe, the general practice of maritime arbitrators to give reasons awards as a matter of course, and I trust that it either has, or will, become the general practice of all English arbitrators to do so”⁴.

Hoy en día, el *Arbitration Act 1996* ha mantenido –aunque en términos más sencillos– la posibilidad de reenviar un laudo a los árbitros para que enuncien los motivos de su decisión⁵. Pero sobre todo ha consagrado una obligación general de motivar los laudos, salvo acuerdo contrario de las partes^{6 7}.

² LORD BINGHAM. Op. Cit., p. 146.

³ Los apartados (5) y (6) del artículo 1 del *Arbitration Act 1979* disponían lo siguiente: “(5) Subject to subsection (6) below, if an award is made and, on an application made by any of the parties to the reference, (a) with the consent of all the other parties to the reference, or (b) subject to section 3 below, with the leave of the court, it appears to the High Court that the award does not or does not sufficiently set out the reasons for the award, the court may order the arbitrator or umpire concerned to state the reasons for his award in sufficient detail to enable the court, should an appeal be brought under this section, to consider any question of law arising out of the award.

(6) In any case where an award is made without any reason being given, the High Court shall not make an order under subsection (5) above unless it is satisfied (a) that before the award was made one of the parties to the reference gave notice to the arbitrator or umpire concerned that a reasoned award would be required; or (b) that there is some special reason why such a notice was not given”.

⁴ [1981] 1 Lloyd’s Rep 533, 537.

⁵ El artículo 70 (4) del *Arbitration Act 1996* dispone: “If on an application or appeal it appears to the court that the award (a) does not contain the tribunal’s reasons, or (b) does not set out the tribunal’s reasons in sufficient detail to enable the court properly to consider the application or appeal, the court may order the tribunal to state the reasons for its award in sufficient detail for that purpose”.

⁶ El artículo 52 (4) del *Arbitration Act 1996* dispone: “The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons”. Algunos autores ingleses consideran que esta exigencia puede ser excesiva en algunos casos y que la motivación de un laudo no debería constituir una condición absoluta para el reconocimiento de un laudo extranjero, ver LORD MUSTILL, Michael / BOYD, Stewart, *Commercial Arbitration*. 2da. Edición. Londres: Companion, 2001, pp. 335-336.

⁷ El acuerdo contrario de las partes, que exime a los árbitros de su obligación de motivación, tiene por consecuencia de cerrar a las partes dos recursos muy específicos del derecho inglés que son (i) la solicitud al juez, durante el procedimiento arbitral, que determine un

Esto constituye una revolución en derecho inglés, aunque la práctica se orientaba ya en esta dirección (salvo en los arbitrajes de calidad, ver *infra* 1.1.1.2). Esta innovación se inscribe en la tendencia general observada en derecho comparado (ver *infra* 1.1.2). Sin duda, ha participado a la promoción reciente de Londres como una de las principales plazas de arbitraje en Europa.

1.1.1.2. Los arbitrajes de calidad

Los arbitrajes de calidad atañen a litigios puramente técnicos sobre la calidad de mercancías (“*commodities*”). En este tipo de arbitraje, muy común en Inglaterra o en otras ciudades portuarias, el árbitro es un especialista de la mercancía litigiosa, un hombre conocedor del oficio, y no un jurista. Le corresponde decidir si la mercancía entregada es o no de la calidad pactada o si es de una calidad media aceptable. No actúa como simple perito, ejerce una verdadera misión jurisdiccional y puede pronunciar la resolución del contrato o rebajar el precio contractual⁸.

Son arbitrajes del tipo “*look*” o “*sniff*”⁹, en los que le basta al árbitro mirar u oler para apreciar si el pescado es o no de la calidad pactada, si el trigo es o no de la calidad pactada. Esta apreciación no requiere, por definición, mucha motivación o exégesis, ni la esperan o exigen las partes. Sólo les importa que el árbitro decida si el pescado o el trigo eran o no de la calidad pactada, para liquidar la operación económica y pasar a otra cosa.

Lo único que interesa a las partes, para la gestión eficiente de sus negocios, es la resolución rápida de su disputa y no las razones subyacentes al resultado. El tiempo que tardaría el árbitro en formular una motivación comprometería la velocidad del proceso, la cual es esencial en este tipo de arbitraje. Por eso existe una tradición de no motivar los laudos dictados en los arbitrajes de calidad.

Fuera de esta área específica del arbitraje, existe en cambio una convergencia de la normativa internacional, nacional y arbitral para exigir que los laudos sean motivados.

1.1.2. La convergencia de las normas internacionales, nacionales y arbitrales sobre la existencia de una obligación de motivar los laudos

La gran mayoría de las leyes de arbitraje prevén que los árbitros tienen que dictar laudos motivados. Sin embargo, la formulación de esta obligación

punto preliminar de derecho que se plantea en el arbitraje (artículo 45 del *Arbitration Act*) y (ii) la apelación del laudo sobre un punto de derecho (artículo 69 del *Arbitration Act*).

⁸ LOQUIN, Éric. «De la distinction entre l’expertise et l’arbitrage». En: *RTD Com.*, Paris, 2009, p. 537.

⁹ LORD BINGHAM, Op. Cit., p. 144.

difiere de una ley a otra, especialmente en cuanto a la posibilidad dada para las partes de convenir lo contrario.

Algunas leyes imponen la motivación de los laudos de manera obligatoria. Es el caso, por ejemplo, de la ley italiana¹⁰, belga¹¹, holandesa¹², peruana¹³, brasileña¹⁴ o colombiana¹⁵.

Pero la mayoría admiten la posibilidad de un acuerdo contrario de las partes, empezando por la ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o mejor conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL), que prevé en su artículo 30 (2) que “[e]l laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30”.

Es el caso también de la ley suiza¹⁶, francesa¹⁷, alemana¹⁸, mexicana¹⁹, venezolana²⁰ o costarricense²¹, así como la ley inglesa mencionada anteriormente²².

Pocas son las leyes que no contienen ninguna indicación al respecto. Por ejemplo, la ley sueca, argentina, uruguaya o ecuatoriana.

En cuanto a la ley española, la redacción original del artículo 37 (4) la ley de 23 de diciembre de 2003 reproducía la de la ley modelo: la regla era la exigencia de la motivación del laudo a menos que las partes hubieran convenido otra cosa. Con ocasión de la reforma de dicha ley llevada a cabo en

¹⁰ Artículo 823 del Código de procedimiento italiano, que exige sin embargo solamente una motivación “somera”.

¹¹ Artículo 1701 (6) del Código de procedimiento belga.

¹² Artículo 1057 (4) (e) del Código de procedimiento civil holandés, que reserva explícitamente los laudos que se limitan a la constatación de la calidad o del estado de una cosa, los cuales no tienen que ser motivados.

¹³ Artículo 50 (4) y (5) y artículo 51 de la Ley peruana de arbitraje de 2008.

¹⁴ Artículo 26 (II) de la Ley brasileña de 1996.

¹⁵ Artículo 214 (3) del Decreto colombiano n°1818 de 1998.

¹⁶ Artículo 189 de la Ley suiza de derecho internacional privado de 1987 (LDIP).

¹⁷ Resulta de la combinación de los nuevos artículos 1482 y 1506 del Código de procedimiento civil francés (CPC) tras la reforma del 13 de enero de 2011. El artículo 1482, aplicable en materia de arbitraje doméstico, prevé que el laudo es motivado, so pena de nulidad (artículo 1483). En artículo 1506 dispone que el artículo 1482 es aplicable en materia de arbitraje internacional, salvo acuerdo contrario de las partes. Es decir que la motivación de los laudos es imperativa en arbitraje interno pero dispositiva en arbitraje internacional. La solución era idéntica bajo el sistema anterior, por combinación de los antiguos artículos 1471, 1480 y 1495 del Código de procedimiento civil.

¹⁸ Artículo 1052 (2) del Código de procedimiento civil alemán.

¹⁹ Artículo 1448 del Código de comercio mexicano.

²⁰ Artículo 30 de la ley venezolana de arbitraje de 1998.

²¹ Artículo 58 de la ley costarricense de arbitraje de 1996.

²² Artículo 52 (4) de la ley inglesa de arbitraje de 1996, citado *supra* par. 10.

mayo de 2011, se ha excluido la posibilidad que tenían las partes de decidir si el laudo debe ser o no motivado. El nuevo artículo 37 (4) dispone que “*el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes*”. Esta modificación ha sido objeto de algunas críticas por lo que supone como atentado al principio sagrado de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a los convenios internacionales en materia de arbitraje, si el Convenio de Nueva York de 1958 es silencioso sobre la motivación de los laudos (la falta de motivación no es un motivo de no reconocimiento de un laudo extranjero), en cambio el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra en 1961, prevé en su artículo VIII que se presumirá que las partes han convenido que el laudo deberá ser motivado, salvo si las partes hubieran expresamente estipulado lo contrario o si hubieran elegido un procedimiento arbitral en el cual no hay costumbre de motivar los laudos, siempre que en tal caso las partes o una de ellas no hayan solicitado expresamente que el laudo fuese motivado. Esta segunda excepción corresponde a los arbitrajes de calidad.

Los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen también exigir que los laudos dictados en los arbitrajes que administran sean motivados, empezando por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que ejerce un control relativamente avanzado sobre la calidad de esta motivación²³. Es sin embargo sólo desde 1998 que la exigencia de motivación figura de manera explícita en el reglamento de la CCI. Las versiones anteriores del reglamento no lo preveían expresamente²⁴.

El reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) prevé también que los laudos serán motivados aunque permite a las partes pactar lo contrario²⁵.

No obstante esta convergencia de las distintas normativas para exigir la motivación de los laudos, se observa actualmente una nueva tendencia a explorar las ventajas que podría resultar, en términos de reducción de du-

²³ Artículo 25 (2) del Reglamento de la CCI. Dicho Reglamento prevé además en su artículo 27 que antes de firmar el laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte, quien podrá “ordenar modificaciones de forma” y “llamar la atención” del tribunal “sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia”.

²⁴ Sin embargo, varias decisiones francesas antiguas consideraron que, aunque el reglamento de 1988 no lo previera explícitamente, los árbitros CCI tenían la obligación de motivar sus laudos para responder a las expectativas de las partes (C.A. París, 20 de junio de 1996, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 657; C.A. París, 5 de marzo de 1998, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 86).

²⁵ Artículo 26 (1) del Reglamento de arbitraje de la LCIA.

ración y costo del arbitraje, del pronunciamiento de laudos no motivados o motivados de forma somera.

1.1.3. ¿Hacia la supresión o limitación de la motivación para reducir la duración y costo del proceso?

Tradicionalmente, se consideraba que una de las principales ventajas del arbitraje era la mayor celeridad para la resolución de los conflictos que la justicia estatal. Esta supuesta celeridad se debía, por una parte, a la flexibilidad del procedimiento arbitral y, por otra parte, al carácter final de la decisión obtenida contra la cual no cabe recurso en apelación.

En realidad, el procedimiento arbitral es más o menos formal (y por lo tanto largo) dependiendo de la cultura jurídica de los abogados y/o árbitros o de las circunstancias del caso. Por ejemplo, las solicitudes excesivas de aportación de pruebas documentales o el interrogatorio durante varias semanas de testigos y peritos alargan evidentemente el procedimiento.

Además de esta dilatación del procedimiento arbitral, la redacción del laudo suele tardar varios meses después de la última audiencia o intercambio de memorias, de modo que no es infrecuente esperar tanto, si no más, en obtener un laudo arbitral de lo que se tardaría para una sentencia judicial (incluso quizá de segunda instancia). Naturalmente, el tiempo que dedican los árbitros a la redacción de la motivación del laudo tiene una incidencia directa sobre sus honorarios y por lo tanto sobre el costo global del arbitraje.

Partiendo de esta simple constatación, algunos autores han sugerido recientemente la idea de dictar laudos no motivados como solución (imperfecta) al incremento del costo y duración del procedimiento arbitral²⁶.

Según ellos, en la medida en la que el laudo no es revisable en cuanto al fondo ni por el juez de la anulación ni por el juez del exequátur, resulta de cierta forma irrelevante que sea o no motivado. Lo único que importaría realmente, para asegurar la eficacia de laudo, es que las causas de posible nulidad o no reconocimiento o ejecución estén mencionadas y razonadas (por ejemplo, el análisis de la validez del convenio arbitral).

Para estos autores, el laudo no motivado no es una panacea y no se podría recomendar de manera general para todo tipo de litigios, pero es una opción que tener en mente. En muchos casos, lo que desea el cliente es una solución rápida de su litigio. Quiere saber si ganó o perdió. La necesidad de obtener

²⁶ Por ej., GÓMEZ-PALACIOS, Ignacio. "El laudo arbitral no motivado. Vía de solución poco explorada en México". *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, tomo I, México: IJ-UNAM, 2008, p. 283; HARRIS, Robert. "Getting your just award". Estados-Unidos: *The Connecticut Law Tribune*, 19 de enero de 2004. Disponible en law.com.

un laudo motivado provendría a veces más del abogado que del cliente, como instrumento de valoración de su propio trabajo.

Subrayan además que un laudo razonado es, en cierta forma, una invitación a continuar el litigio. Cada etapa del razonamiento que se incluye o se omite en el laudo puede ser una excusa para solicitar la nulidad del laudo, lo que aumenta de nuevo el costo y la duración de la resolución del litigio. Por lo tanto, el abogado tendría que asegurarse que su cliente ha entendido que un laudo motivado tiene por consecuencia encarecer y alargar el proceso.

¿Qué pensar de esta propuesta de dictar laudos no motivados para reducir el costo y la duración del arbitraje?

Es cierto que la preocupación de celeridad estuvo al origen de la ausencia de motivación de los laudos dictados en los arbitrajes de calidad anteriormente mencionados.

Es cierto también que, hoy en día, las instituciones arbitrales toman cada vez más en cuenta la preocupación de las partes de reducir la duración y el costo del arbitraje. Por ejemplo, la CCI hace de la disponibilidad del árbitro una condición primordial de la aceptación de su misión y toma en consideración su prontitud en resolver el litigio a la hora de fijar sus honorarios²⁷. Con este mismo objetivo, la Comisión de Arbitraje de la CCI ha publicado recientemente un informe con 86 consejos para controlar la duración y el costo de un arbitraje²⁸. Sin embargo, este informe no menciona la posibilidad de dictar laudos no motivados puesto que el reglamento de la CCI exige que los laudos sean motivados y que precisamente la CCI controla de manera bastante detallada dicha motivación.

Otras instituciones arbitrales, en cambio, han adoptado reglas específicas para ofrecer a las partes que lo deseen un procedimiento acelerado, en el cual la posibilidad de obtener un laudo motivado de forma somera, o no motivado, es efectivamente uno de los parámetros utilizados para abreviar el procedimiento. Es el caso del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

²⁷ Ver, por ejemplo, la “declaración de aceptación, disponibilidad e independencia” (“*ICC arbitrator statement of acceptance, availability and independence*”) firmada por quienes aceptan desempeñar la función de árbitro en un arbitraje CCI: “*I confirm, on the basis of the information presently available to me, that I can devote the time necessary to conduct this arbitration diligently, efficiently, and in accordance with the time limits in the Rules, subject to any extensions granted by the Court pursuant to Articles 18 and 24 of the Rules. I understand that it is important to complete the arbitration as promptly as reasonably practicable and that the ICC Court will consider the duration and conduct of the proceedings when fixing my fees (Article 2(2) of Appendix III to the Rules). My current professional engagements are as below for the information of the ICC Court and the parties*”.

²⁸ ICC Commission on Arbitration, “*Techniques for controlling time and costs in arbitration*”, ICC Publication 843 (disponible también en la web de la CCI).

(“*Swiss Rules*”) que unificó en 2004 el procedimiento de los arbitrajes organizados por las distintas Cámaras de comercio de Suiza²⁹, y de los reglamentos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en Suecia (SCC)³⁰ y de la *American Arbitration Association* (AAA)³¹.

La preocupación de celeridad y limitación del coste de la justicia se observa también en los procesos judiciales. Por ejemplo, el nuevo Código de procedimiento civil suizo, que ha unificado (a partir del 1 de enero de 2011) las reglas de procedimiento civil aplicables en todos los cantones, ha generalizado la práctica que existía en algunos cantones de dictar fallos sin motivar, las partes pudiendo solicitar posteriormente una motivación escrita³².

²⁹ El artículo 42 del Reglamento Suizo prevé un “procedimiento abreviado” aplicable a todos los casos en los que el monto en litigio es inferior a un millón de francos suizos (+/- un millón de dólares) o a los casos de mayor cuantía cuando las partes lo hayan acordado. Este procedimiento abreviado permite obtener, en un plazo de seis meses (salvo circunstancias excepcionales) a partir de la fecha en la cual el expediente ha sido trasladado al tribunal arbitral, un laudo que indica de forma somera las razones que lo fundamentan, salvo que las partes hayan acordado que ninguna motivación era necesaria. Es interesante sin embargo observar que en la práctica los laudos dictados en dichos procedimientos abreviados son en realidad casi tan detallados como los otros.

³⁰ El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en Suecia (SCC) propone un reglamento especial para los arbitrajes acelerados (“*Rules for expedited arbitrations*”), en el cual se puede obtener un laudo no motivado en tres meses salvo si una parte pide que el laudo sea motivado (artículo 35 (1)).

³¹ El reglamento de arbitraje de la *American Arbitration Association* (AAA) prevé para los arbitrajes domésticos que el árbitro no necesita dictar un laudo motivado salvo (i) que las partes lo soliciten por escrito antes de la designación del árbitro, o (ii) que el árbitro considere conveniente emitir un laudo razonado (artículo R-42(b) de las *Commercial Arbitration Rules*). En cambio, para los arbitrajes internacionales, el reglamento de la AAA prevé que el tribunal deberá indicar las razones en las que está basado el laudo, a menos que las partes convengan que no es necesario (artículo 27(2) de las *International Arbitration Rules*). En materia de arbitraje de construcción, el reglamento de la AAA prevé que los árbitros deberán emitir “*a concise written financial breakdown of any monetary awards*” y “*a line item disposition of each non-monetary claim or counterclaim*”, salvo si las partes renuncian a ello o si al contrario exigen un laudo más motivado (artículo R-44(b) y (c) de las *Construction Industry Arbitration Rules*).

³² El nuevo artículo 239 del Código de procedimiento civil suizo prevé que el juez podrá, si quiere, comunicar a las partes el fallo solo sin motivación escrita. Esta posibilidad se limita, sin embargo, a las decisiones que no pueden ser objeto de un recurso directo al Tribunal federal supremo suizo. Una motivación escrita deberá ser emitida si una de las partes lo solicita en el plazo de diez días después de la comunicación del fallo. La falta de solicitud de la motivación vale renuncia a todo recurso contra la decisión. Esta nueva disposición permite no sólo acelerar la administración de la justicia sino también reducir su coste en la medida en la que en Suiza (como en arbitraje, pero contrariamente a otros países), los justiciables tienen que abonar tasas judiciales al iniciar o al perder una acción en justicia. El importe de estos emolumentos depende, entre otras cosas, del tiempo pasado por el juez a redactar o no la motivación de la decisión.

No obstante lo anterior, nos parece que la idea de dictar laudos no motivados para reducir la duración y el costo del arbitraje sería un remedio peor que el mal.

Primero, la duración total de un arbitraje no depende exclusivamente del tiempo que toman los árbitros para la redacción del laudo. Si es cierto que este tiempo puede parecer largo a las partes, es porque están simplemente en una fase de espera, sin hacer nada, mientras que en la fase anterior de intercambio de memorias, están a menudo ellas mismas bajo presión para proporcionar a tiempo los documentos o testimonios necesarios, o sus comentarios sobre los proyectos de memorias.

Segundo, aun en los casos en los que el tiempo transcurrido entre el cierre de la instrucción y el pronunciamiento del laudo es efectivamente largo, no es necesariamente debido a la obligación de motivar el laudo. Varios otros factores pueden incidir como la indisponibilidad de un árbitro o un desacuerdo entre los árbitros sobre la decisión que adoptar.

Tercero, es bastante dudoso que la supresión de la motivación tenga una incidencia significativa sobre el costo global del arbitraje. Los árbitros tendrán de todas formas que estudiar las memorias, las pruebas, los testimonios, preparar y asistir a las vistas, tomar decisiones durante el procedimiento, etc. Por lo tanto, la reducción del costo concerniría solamente una parte de los honorarios de los árbitros, los cuales muy a menudo ni siquiera son la partida más importante de los gastos ocasionados por un arbitraje, en su globalidad.

Cuarto, existen otros métodos para reducir de manera más eficiente la duración y quizá el coste del arbitraje. La manera más obvia de hacerlo es recurriendo a reglamentos de procedimientos acelerados ("*expedited procedures*") o simplemente acortando los plazos aun sin recurrir a un reglamento específico, de manera a organizar un tipo de "*fast track arbitration*". De manera significativa, la experiencia adquirida en el Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra muestra que los laudos dictados en los "procedimientos abreviados" del artículo 42 del Reglamento Suizo son en realidad cuidadosamente motivados.

Otra opción sería que los árbitros dictaran solamente un fallo y que proporcionaran ulteriormente los motivos que lo fundamentan si alguna de las partes lo requiere, como en el nuevo Código de procedimiento civil suizo. Esta opción plantearía sin embargo la cuestión de saber a partir de cuando empieza a correr el plazo para interponer un recurso en nulidad.

En conclusión, la renuncia a la motivación del laudo arbitral no nos parece una solución recomendable. Constituiría un remedio peor que el mal contra el cual se pretende luchar. Como veremos en la parte 1.3, contrariamente a lo que

se puede pensar, las partes mismas, y no sólo sus abogados, quieren entender cómo y por qué los árbitros han llegado a la solución que han adoptado, tanto más cuanto que han invertido mucho tiempo y dinero en la presentación de su posición y que no hay ninguna segunda instancia para revisar la decisión de los árbitros. Un laudo no motivado podría legítimamente causar una cierta desconfianza a las partes. La motivación es en realidad la única garantía para el justiciable que los árbitros han entendido su posición y que la decisión no ha sido tomada de manera arbitraria.

1.2. Las sanciones de la falta de motivación o de la deficiencia de la motivación

Hemos visto que aunque las partes tengan la posibilidad de renunciar a tener un laudo motivado, es en realidad poco común que lo hagan. Se puede por lo tanto decir que la regla general es que los laudos tienen que ser motivados y que la excepción es que no lo sean (bien por estar dictados en una rama de negocios en la que cual no hay tradición de motivar los laudos o porque las partes han autorizado los árbitros a emitir un laudo no motivado).

Cabe entonces preguntarse (i) cuál es la sanción de un laudo no está motivado cuando las partes no lo han autorizado y (ii) cuál es la sanción de una motivación deficiente.

1.2.1. La sanción de la falta de motivación

Es relativamente inusual que un juez estatal (de anulación o del exequá-tur) conozca de un laudo no motivado porque las partes los suelen ejecutar espontáneamente.

La sanción dependerá primero de si la legislación arbitral exige o no la motivación de los laudos.

En general, los pocos países que imponen de manera obligatoria que los laudos estén motivados suelen hacer expresamente de la falta de motivación un caso de nulidad del laudo. Es el caso, por ejemplo, de la ley italiana³³, belga³⁴, holandesa³⁵, brasileña³⁶, colombiana³⁷ o de la ley francesa en materia de arbitraje interno³⁸. En cambio, la ley peruana exige la motivación de los laudos pero la

³³ Artículos 823 y 829 (5) del Código de procedimiento italiano.

³⁴ Artículos 1701 (6) y 1704 (i) del Código de procedimiento belga.

³⁵ Artículos 1057 (4) (e) y 1065 (1) (d) del Código de procedimiento civil holandés.

³⁶ Artículos 26 (II) y 32 (III) de la Ley brasileña de 1996.

³⁷ Artículos 214 (3) y 218 (1) (d) del Decreto colombiano n°1818 de 1998.

³⁸ Artículos 1482 y 1483 del Código de procedimiento civil francés, que no son aplicables en materia internacional.

ausencia de motivación no es en sí una causa de anulación del laudo³⁹. En cuanto a la ley española, la reforma de mayo 2011 ha impuesto la motivación obligatoria del laudo⁴⁰ pero sin hacer de su ausencia una causa expresa de nulidad o anulación del laudo.

Cuando la ley de arbitraje no exige obligatoriamente la motivación del laudo sino que dispone que el laudo será motivado salvo acuerdo de las partes, un laudo que no fuera motivado, aunque las partes no lo hubieran autorizado, no sería necesariamente anulado.

Por ejemplo, en Suiza, la falta de motivación de un laudo no es *per se* un motivo de anulación de un laudo. El Tribunal Federal suizo ha juzgado varias veces que el derecho de ser oído en forma contradictoria (garantizado por los artículos 182 (3) y 190 (2) (a) de la ley de derecho internacional privado suiza (LDIP) y cuya violación es un motivo de anulación de un laudo) no incluye el derecho de exigir que el laudo sea motivado⁴¹. Para el Tribunal Federal suizo, “*el orden público no es violado por el mero hecho de que el laudo no esté motivado*”⁴². Es decir que incluso si las partes no han renunciado a tener un laudo motivado, la falta de motivación no es una causa de anulación del laudo.

Según los autores suizos, los árbitros podrían de todas formas exponer las razones del laudo posteriormente en un documento separado si las partes lo requieren (como delante de las jurisdicciones suizas) o a invitación del Tribunal Federal en caso de recurso en anulación⁴³. Sin embargo, si la falta de motivación impide al Tribunal Federal determinar si el laudo debería ser anulado en virtud de uno de los motivos de anulación previstos por la ley, el laudo podría ser anulado si los árbitros no han dado explicaciones suficientes⁴⁴.

En Inglaterra, como mencionado más arriba, un laudo no motivado no es nulo sino que el juez puede reenviar el laudo a los árbitros para que enuncien los motivos de su decisión⁴⁵.

³⁹ Artículos 50 (4), 50 (5), 51 y 73 de la Ley peruana de arbitraje de 2008.

⁴⁰ Nuevo artículo 37 (4) de la Ley española de arbitraje de 2003.

⁴¹ *Inter alia*, ver decisiones del Tribunal Federal suizo del 21 de agosto de 1990 (116 II 373, en *Bulletin ASA*, 1991, p. 30); 17 de febrero de 2000 (en *Bulletin ASA*, 2001, p. 787); 6 de diciembre de 2004 (4P.115/2004, en *Bulletin ASA*, 2005, p. 490); 23 de marzo de 2005 (4P.26/2005 en *Bulletin ASA*, 2005, p. 704); 22 de enero de 2008 (134 III 186).

⁴² Decisión del Tribunal Federal suizo del 21 de agosto de 1990 (116 II 373, en *Bulletin ASA*, 1991, p. 30).

⁴³ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. 2da edición. Ginebra: Schulthess, 2007, N° 744 y 748.

⁴⁴ *Ibidem*, N° 749.

⁴⁵ Artículo 70 (4) del Arbitration Act 1996 citado en la nota de pie de página N° 6.

En Francia, fuera del arbitraje interno (en el cual la motivación es obligatoria y por lo tanto su ausencia es automáticamente causa de nulidad del laudo), se considera que la falta de motivación de un laudo dictado en materia internacional no constituye una violación del orden público internacional⁴⁶. La jurisprudencia ha precisado que la falta de motivación sería sancionada únicamente si la ley aplicable o el convenio arbitral preveían una obligación de motivar⁴⁷, o si la falta de motivación disimulara una vulneración del derecho del debido proceso⁴⁸.

Por otra parte, una sentencia francesa ha asimilado el rechazo no motivado de “*todas las otras demandas*” de una parte a una omisión de estatuir, la cual no permite, en derecho francés, interponer un recurso en anulación, sino que obliga a las partes a volver ante el tribunal arbitral⁴⁹.

1.2.2. La sanción de una motivación deficiente

En regla general, los tribunales estatales suelen ser muy reticentes a sancionar la calidad de la motivación de los laudos en virtud del sacrosanto principio de prohibición de revisión del fondo del laudo.

Dos problemas específicos se han planteado en relación con la calidad de la motivación: (i) saber hasta qué punto los árbitros tenían que contestar a los múltiples argumentos de las partes y (ii) saber si la contradicción de los motivos de un laudo se debía sancionar.

Respecto a la primera cuestión, se considera que los árbitros no tienen la obligación de contestar a cada uno de los argumentos de las partes, en particular a los que no son pertinentes⁵⁰. La motivación debe simplemente permitir a las partes entender las razones principales que han conducido a la solución adoptada y apreciar las posibilidades de recurrir contra ella.

La jurisprudencia suiza ha deducido del derecho a ser oído en forma contradictoria, garantizado por los artículos 182 (3) y 190 (2) (a) de la LDIP, el deber del tribunal arbitral de examinar y discutir en el laudo los puntos pertinentes. Cuando por inadvertencia o equivocación, los árbitros no han tomado en consideración alegatos o pruebas de una parte que eran importantes para la

⁴⁶ GOLDMAN, Bertold, Philippe FOUCHARD y Emmanuel GAILLARD. *On International Commercial Arbitration*. París: Litec, 1999, n°1394. Un autor, al contrario, considera que «un laudo arbitral sin ninguna motivación es un acto arbitrario» y por lo tanto “nulo” independientemente de la ley aplicable (DELVOLLE, Jean-Louis, “Essai sur la motivation des sentences”. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1989, p. 149, esp. p. 165).

⁴⁷ Corte de Apelación de París, 28 de junio de 1988. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1989, p. 238.

⁴⁸ Corte de Casación francesa, 18 de marzo de 1980. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1980, p. 496.

⁴⁹ Corte de Casación francesa, 7 de enero de 1999. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1999, p. 272.

⁵⁰ POUURET y BESSON. Op. Cit., N° 749.

resolución de la disputa, esta parte se encuentra *de facto* en la misma situación que si hubiera sido privada de su derecho de ser oída en forma contradictoria sobre este punto. Es el concepto de “denegación de justicia formal” (“*déni de justice formel*”), propio al derecho suizo.

La parte que invoca una “denegación de justicia formal” deberá demostrar (i) que el tribunal arbitral no ha examinado algunos de sus alegatos o pruebas y (ii) que estos elementos eran susceptibles de influir sobre la solución de la controversia. Si el laudo arbitral es totalmente silencioso sobre estos elementos, los árbitros o la parte adversa deberán justificar esta omisión, demostrando que los elementos omitidos no eran pertinentes para la resolución del litigio o, si lo eran, que han sido rechazados implícitamente por el tribunal arbitral.

El Tribunal Federal suizo precisa que hay violación del derecho de ser oído solamente si el tribunal arbitral no cumple con su deber de examinar los problemas pertinentes. Los árbitros no tienen la obligación de discutir todos los argumentos invocados por las partes, de manera que no se les puede reprochar no haber rechazado, ni siquiera implícitamente, un argumento objetivamente desprovisto de toda pertinencia.

Fiel a su tradición pro-arbitraje, es poco frecuente que el Tribunal Federal suizo anule un laudo, pero los pocos laudos que han sido anulados estos últimos años lo han sido precisamente por este motivo de “denegación de justicia formal”⁵¹. La jurisprudencia reciente del Tribunal Federal muestra por lo tanto que en caso de duda más vale tratar, aunque sea en pocas líneas, un argumento si éste puede ser considerado como pertinente.

Respecto a la segunda cuestión de saber si se debe sancionar la contradicción de los motivos de un laudo, pocas legislaciones arbitrales lo prevén expresamente. Es el caso, por ejemplo, del derecho italiano⁵². Sin embargo, la jurisprudencia italiana interpreta esta disposición de manera estricta, considerando que solamente una contradicción de motivos tal que no permite entender el *ratio decidendi* justifica la anulación del laudo⁵³.

La mayoría de los derechos consideran que la contradicción de motivos no es, en sí, un motivo de anulación.

Por ejemplo, la jurisprudencia francesa considera que, fuera de los casos de violación del principio de contradicción o del orden público internacional, el contenido de la motivación de los laudos escapa al control del juez de la

⁵¹ Tribunal Federal suizo, 26 de mayo de 2010, 4A_433/2009; Tribunal Federal suizo, 16 mayo de 2011, 4A_46/2011.

⁵² Artículo 829 (11) del Código de procedimiento italiano.

⁵³ Corte de Apelación de Nápoles, *Rivista dell'arbitrato*, 1996, p. 63, citado por POUURET y BESSON. Op. Cit., N° 750.

anulación. El recurso en anulación basado sobre una contradicción de motivos tiende en realidad a criticar el fondo de la motivación del laudo y es, por lo tanto, inadmisibile⁵⁴.

De la misma manera, en Suiza, la contradicción de motivos tampoco podría conducir a la anulación del laudo en la medida en la que la ausencia de motivación no constituye una causal de anulación⁵⁵. En Inglaterra, el juez podría remediar a la contradicción de motivos invitando a los árbitros a corregirla.

1.2.3. Conclusión

Resulta de lo anterior que si existe una obligación de motivar los laudos en arbitraje comercial internacional, en realidad no existe casi ningún control sobre esta motivación. Sin embargo, la práctica muestra que los laudos arbitrales están motivados y muchas veces de manera muy detallada. Eso conduce a preguntarse por qué los árbitros motivan sus laudos si los motivos que enuncian escapan a todo control.

1.3. El objetivo de la motivación

No obstante la falta de control de la motivación de los laudos por los tribunales, los árbitros dictan laudos motivados por razones que atañen tanto a las expectativas de las partes (1.3.1) como al propio interés de los árbitros (1.3.2).

1.3.1. Las expectativas de las partes (y de sus abogados)

Las partes quieren entender por qué y cómo el tribunal arbitral ha llegado a una solución dada. Han invertido tiempo, dinero y energía para convencer a los árbitros de que su posición era correcta y preferible a la de la parte adversa. Necesitan entender qué argumento ha sido decisivo y cuál ha sido considerado irrelevante o injustificado.

Es especialmente importante para la parte perdedora entender por qué ha perdido y estar segura de que sus argumentos han sido tomados en cuenta. Si la lectura del laudo no le permite entender las razones de su fracaso, puede despertar un sentimiento natural de injusticia. El tribunal arbitral debe por lo

⁵⁴ Corte de Casación francesa, 11 de mayo de 1999. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1999, p. 811. Antes de esta fecha, la jurisprudencia francesa consideraba, al contrario, que la contradicción de motivos equivalía a una ausencia de motivos que podía conducir a la anulación del laudo cuando existía una obligación de motivar derivada de la ley aplicable o del acuerdo de las partes (Corte de Casación, 11 de diciembre de 1979, *Revue de l'Arbitrage*. París, 1982, p. 419). La crítica, por varios autores franceses, de la paradoja que constituía sancionar la contradicción de motivos cuando el juez no tenía el poder de controlar los mismos, condujo al abandono de esta jurisprudencia.

⁵⁵ POUURET y BESSON. Op. Cit., N° 750.

tanto prestar especial atención a la motivación del rechazo de los argumentos de la parte perdedora.

Puede ser igualmente importante para la parte vencedora saber sobre qué base ha ganado, por ejemplo si ha obtenido menos de lo que pedía o si está tratando de establecer un precedente.

De manera más fundamental, la motivación es una garantía para el justiciable de que la decisión tomada no lo ha sido de manera arbitraria y de que tampoco es el simple resultado de una negociación entre los árbitros que han “cortado el bebé por la mitad”. De ahí viene el aforismo inglés según el cual es tan importante que se haga justicia como que se vea que se hace justicia: “*Not only must Justice be done; it must also be seen to be done*”⁵⁶. La motivación garantiza la racionalidad de la decisión de los árbitros.

Pero eso no significa que cada uno de los argumentos de las partes tiene que estar debatido y refutado en el laudo. Las partes esperan un laudo motivado pero lo esperan en un plazo razonable. Un laudo muy detallado, que discutiera cada argumento y elemento de prueba de las partes, pero dictado más de un año después de la última memoria, no sería satisfactorio para las partes por la demora y el coste desproporcionado que ello implicaría. Además, una parte que invoca todo tipo de argumentos, una cosa y lo contrario, no puede legítimamente esperar que el tribunal discuta en detalle cada uno de sus argumentos.

Los árbitros tienen que encontrar un término medio entre la obligación de motivar y la necesidad de dictar un laudo en un plazo razonable. Una de las tareas del tribunal arbitral es precisamente determinar cuáles de los argumentos de las partes requieren ser analizados y contestados en detalle. Una motivación incompleta podría provocar una cierta frustración a las partes; podrían tener la impresión de que sus esfuerzos no han sido tomados en cuenta por los árbitros. Al contrario, una motivación demasiado detallada podría darles la impresión de que el tribunal ha perdido de vista que la misión que le habían encargado era resolver una diferencia en un plazo razonable y no escribir una novela o un tratado de derecho.

La cultura jurídica y judicial del árbitro así como su personalidad influyen obviamente en el nivel de detalle de la motivación de su laudo. Muchas veces también, el grado de motivación dependerá de la actitud de las partes durante el arbitraje (saber si han esgrimido o contestado a todos los argumentos posibles de manera exhaustiva “*leaving no stone unturned*”; o si han dejado entender que el razonamiento del tribunal sobre tal o tal punto era

⁵⁶ LORD HEWART en *Rex v Sussex Justices; Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233.

particularmente importante). El grado de motivación dependerá también de la complejidad (factual y/o jurídica) de las cuestiones que resolver. Por ejemplo, ¿hasta qué punto debe el tribunal arbitral explicar por qué ha dado más peso a tal prueba que a tal otra? ¿Deben los árbitros indicar explícitamente que han desestimado un testimonio porque el testigo no les parecía digno de confianza? ¿O deben al contrario ser más reservados para no ofender a una u otra parte? En realidad, no hay una respuesta única a estas preguntas. Dependerá de las circunstancias y de la personalidad de los árbitros.

1.3.2. El interés de los árbitros

Es también el propio interés del árbitro motivar sus laudos aunque no exista casi ningún control sobre esta motivación.

Primero, la motivación constituye una disciplina intelectual con función “profiláctica”⁵⁷ que protege al árbitro contra toda decisión inconsiderada o impulsiva. Siempre existe un riesgo de que el árbitro, por una buena impresión de audiencia o una mejor pluma de una de las partes, piense intuitivamente dar razón a una parte, pero que a la hora de redactar la motivación, examinando más de cerca los argumentos y pruebas de la parte adversa, termine finalmente dándole razón a esta última⁵⁸.

Segundo, los árbitros tienen que mostrar que han hecho su trabajo seriamente. En arbitraje, no hay recurso en apelación; no se tiene una segunda oportunidad con árbitros más competentes como es el caso con un juez estatal de segunda instancia. Está en juego la credibilidad del arbitraje mismo como método de resolución de las controversias y los árbitros están perfectamente conscientes de ello. Por eso motivan sus laudos de manera tan detallada.

De manera más trivial, una motivación detallada responde también al deseo del árbitro de justificar, por la calidad de su trabajo (*i.e.* de su motivación), que los honorarios (a veces muy altos) que recibe son merecidos.

Tercero, los árbitros pueden también tener en mente la posible futura publicación del laudo. No obstante la supuesta confidencialidad del arbitraje comercial, hoy en día muchos laudos son publicados (aunque en realidad constituyen una proporción mínima de los laudos dictados). Contrariamente al nombre de las partes que suele ser siempre anónimo, el de los árbitros a veces no lo es. Y aunque el nombre de los árbitros sea supuestamente anónimo, se sabe a veces que, en tal caso famoso, el tribunal arbitral ha decidido X e Y por los motivos A y B. Por lo tanto, si una motivación es deficiente, siempre existe

⁵⁷ HADDAD, Michael. “Adequacy of reasons in arbitral awards”. En: *Macquarie Journal of Business Law*. Australia, 2008, p. 353, esp. p. 358.

⁵⁸ LORD BINGHAM, Op. Cit., p. 142.

un riesgo que se sepa, lo cual sería nefasto para la reputación del árbitro. Esta consideración es aun más presente en arbitraje de inversión.

2. LA MOTIVACIÓN DE LOS LAUDOS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

No existe *a priori* ninguna razón de hacer una diferencia entre arbitraje comercial y arbitraje de inversión respecto a la exigencia de motivación de los laudos – tanto menos cuanto que un arbitraje de inversión puede estar gobernado por el Reglamento de la CCI o de otra institución. Por lo tanto, los comentarios anteriores se aplican del mismo modo al arbitraje de inversión.

Sin embargo, los laudos dictados en materia de inversión suelen, en general, estar motivados de manera mucho más detenida que en arbitraje comercial. Eso se debe a que las consideraciones por las cuales los árbitros dictan laudos motivados tienen aún más peso en arbitraje de inversión (2.1) y, en particular, al causal de anulación por falta de motivación previsto por el Convenio de Washington (2.2).

2.1. La razón de la motivación más detallada de los laudos dictados en arbitraje de inversión

La especificidad del arbitraje de inversión, sobre todo en el marco del CIADI, explica que los laudos sean más motivados que en material comercial.

Primero, es importante para un Estado soberano (quizá más que para una parte privada) entender las razones que subyacen en todo fallo, especialmente cuando se trata de una condena pronunciada por tres personas físicas extranjeras.

Segundo, la publicidad de los laudos es mucho más corriente en arbitraje de inversión que en arbitraje comercial. Casi todos los laudos CIADI, o por lo menos extractos de los mismos, son publicados. Por lo tanto, los árbitros necesitan asegurarse aún más que sus laudos están perfectamente fundamentados. De ahí las múltiples referencias jurisprudenciales y doctrinales que se observan en los laudos CIADI comparados con los laudos dictados en materia comercial.

Tercero, la necesidad o la voluntad de desarrollar una jurisprudencia coherente en materia de arbitraje de inversión puede también explicar que los laudos estén motivados de manera más detenida. Aunque no exista ninguna regla de “*stare decisis*” en arbitraje de inversión, que obligue a los árbitros a respetar los precedentes establecidos por las decisiones anteriores, los árbitros CIADI suelen considerar que tienen que tomar en cuenta dichas decisiones⁵⁹.

⁵⁹ Ver por ejemplo *El Paso Energy International Co. v. República de Argentina*, caso CIADI

Por eso muchos árbitros CIADI explican en detalle por qué en un caso dado la solución adoptada anteriormente por otro tribunal arbitral no sería adecuada.

Cuarto, *last but not least*, el texto mismo del Convenio de Washington obliga a los árbitros a motivar el laudo, so pena de anulación. El artículo 48 (3) del Convenio dispone que “*el laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado*”. En la medida en la que la obligación de motivar procede directamente del Convenio de Washington, el acuerdo contrario de las partes que eximiría al tribunal de esta obligación no sería válido⁶⁰. Sobre todo, el artículo 52 (1) (e) hace de la falta de motivos en los que se funda el laudo una causal de anulación del mismo⁶¹, lo que es poco común en derecho comparado como se ha visto anteriormente. De hecho, las pocas anulaciones que se han pronunciado hasta hoy se han basado principalmente sobre esta causal – lo que incita *a fortiori* a los árbitros a cuidar la motivación de sus laudos.

2.2. El alcance del control de la motivación como causal de anulación (artículo 52 (1) (e) del Convenio de Washington)

La falta de motivación es el argumento más frecuentemente invocado para obtener la anulación de un laudo CIADI⁶². El mecanismo de recurso en anulación previsto por el Convenio de Washington difiere de un recurso en apelación. El comité *ad hoc* de anulación no puede modificar o corregir el laudo ni sustituir su propia conclusión o motivación a la de los árbitros; sólo puede anular el laudo en caso de darse uno de los vicios enumerados por el artículo 52 (1) del Convenio⁶³.

ARB/03/15, Decisión sobre la competencia del 27 de abril de 2006, para. 39; *BP America Production Co. and others v. República de Argentina*, caso CIADI ARB/04/8, Decisión sobre la competencia del 27 de abril de 2006; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Co. v. República de Argentina*, caso CIADI ARB/03/13, Decisión sobre la competencia del 27 de abril de 2006.

⁶⁰ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2009, p. 918, para. 51. El primer proyecto de Convenio preveía al contrario que el laudo tenía que ser motivado “*salvo acuerdo contrario de las partes*”.

⁶¹ “*Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (...) (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en los que se funde*”.

⁶² Sobre este tema, ver CAMPOLIETO, Federico. “*Sur le défaut de motifs comme cause d’anulation des sentences arbitrales CIRDI*”. En: *Les Cahiers de l’Arbitrage/The Paris Journal of International Arbitration*. Paris: LGDJ, 2010, p. 1007.

⁶³ Ver, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, caso CIADI N°ARB/01/8, decisión del comité *ad hoc* de 25 de septiembre de 2007, par. 44; *Azurix Corp. v. República de Argentina*, caso CIADI N°. ARB/01/12, decisión del comité *ad hoc* de 1er de septiembre de 2009, par. 41.

La apreciación de la falta de motivación plantea naturalmente la cuestión del alcance del control que debe operar el comité de anulación sobre la motivación del laudo. ¿Debe el comité conformarse con un control formal de la existencia de motivos, independientemente de su tenor? ¿O debe exigir que los motivos sean pertinentes, con el riesgo que ello implica de revisión al fondo?

El alcance del control de la motivación operado por los comités *ad hoc* ha evolucionado con el tiempo. Se pueden observar claramente dos fases en la jurisprudencia y quizá una tercera que se esté perfilando.

Las primeras decisiones de anulación pronunciadas en el CIADI, a mediados de la década ochenta, en los casos *Klöckner v Camerun*⁶⁴ y *Amco v Indonesia*⁶⁵, adoptaron una interpretación relativamente amplia de la causal de falta de motivación. Consideraron que la falta de motivación no consistía en una ausencia de motivos sino en la falta de motivos “suficientemente pertinentes” susceptibles de justificar el resultado⁶⁶. El comité se otorgaba por lo tanto el poder de controlar la pertinencia y el carácter apropiado y correcto de la motivación del laudo y de su resultado.

Estas decisiones fueron criticadas por haber procedido a una revisión del fondo del litigio en violación de la lógica del Convenio de Washington. En teoría, la anulación tiene por objeto remediar a situaciones graves limitativamente enumeradas y constituye una excepción al principio general según el cual el laudo es “obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos por este Convenio” (artículo 53 (1)). La causal de anulación por falta de motivación no tiene por objetivo permitir un examen, por un segundo panel, de la pertinencia de las apreciaciones del primer panel.

Los comités *ad hoc* posteriores fueron menos intervencionistas. En la decisión *MINE v Guinea*, el comité consideró que:

“El requisito de que en todo laudo se expresen los motivos en que se funda implica que debe permitirse al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho. Implica eso, y sólo eso. La solidez del razonamiento no es un criterio de revisión apropiado conforme al párrafo (1)(e), porque lleva invariablemente a un comité ad hoc a examinar los aspectos sustanciales de la decisión del tribunal, lo que equivale a no tener en cuenta la exclusión del recurso de apelación dispuesta por el artículo 53 del Convenio. Un comité podría sentirse tentado a anular un laudo por el hecho de que ese

⁶⁴ *Klöckner v. Camerun*, caso CIADI N° ARB/81/2, decisión del comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985.

⁶⁵ *Amco v. Indonesia*, caso CIADI N° ARB/81/1, decisión del comité *ad hoc* de 16 de mayo de 1986.

⁶⁶ *Klöckner v. Camerun*, par. N° 119-120.

examen haya revelado una aplicación manifiestamente incorrecta de la ley, la cual, sin embargo, no es una causal de anulación.

A juicio del Comité, la obligación de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo permita establecer cómo pasó el tribunal del punto A al punto B y ulteriormente a la conclusión a la que ha llegado, aunque haya incurrido en un error de hecho o de derecho. El requisito mínimo no se cumple, en especial, cuando los motivos expresados son contradictorios o vanos”⁶⁷.

Los ejemplos más significativos de limitación del alcance del control operado bajo el artículo 53 (1) (e) son probablemente los casos *Wena v Egipto* y *CDC v. Seychelles*, en los que los laudos no fueron anulados aunque su motivación comportara lagunas y errores. En el caso *Wena*, el comité señaló que

“ni el artículo 48 (3) ni el artículo 52 (1) (e) especifican la manera en la que los motivos del tribunal tienen que estar enunciados. El objeto de estas dos disposiciones es asegurarse que las partes serán capaces de entender el razonamiento del tribunal. Este objetivo no requiere que cada motivo esté expresamente enunciado. Los motivos pueden ser implícitos en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que puedan ser razonablemente deducidos de los términos utilizados en la decisión.

(...) El objetivo de esta causal de anulación no es que el laudo sea reformado en el fondo. Es permitir a las partes entender la decisión del tribunal. Si el laudo no cumple este requisito mínimo en cuanto a los motivos formulados por el tribunal, no tiene necesariamente que ser sometido a un nuevo tribunal. Si el comité ad hoc así lo decide, en base al conocimiento que tiene del litigio, los motivos que sostienen las conclusiones del tribunal pueden ser explicadas por el comité ad hoc mismo”⁶⁸.

⁶⁷ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. República e Guinea*, caso CIADI N° ARB/84/4, decisión del comité ad hoc de 22 de diciembre de 1989, par. 5.08-5.09.

⁶⁸ *Wena Hotels Limited v. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N° ARB/98/4, decisión del comité ad hoc de 5 de febrero de 2002, par. 83.

Más recientemente, ver la decisión del comité ad hoc de 19 de octubre de 2009 en el caso CIADI n°ARB/03/6, *MCI Power Group L.C. & New Turbine Inc. v. República de Ecuador*, en la cual el comité consideró que aunque el laudo no lo expresara de manera clara, se podía deducir del razonamiento del tribunal que había rechazado o aceptado implícitamente tal o tal argumento de las partes (par. 76-77 o 87). Si el tribunal debe contestar a todas las pretensiones de las partes, en cambio no tiene la obligación de examinar todos los argumentos de las partes cuando no son pertinentes (par. 67-68).

Ver también, la decisión dictada el 10 de diciembre de 2010 en el caso CIADI N° ARB/04/7, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile*, la cual subrayó que “no todas las lagunas o ambigüedades en el razonamiento hacen que la motivación se separe de este estándar. (...) muchas veces estas deficiencias pueden ser comprendidas por el contexto y los antecedentes que constituyeron las premisas de la motivación. Es posible que las fases del razonamiento se encuentren implícitas en las consideraciones o las conclusiones hechas en el laudo o también puedan ser inferidas razonablemente del contexto de la decisión. Solamente se debe conceder la anulación cuando no sea posible entender cómo el tribunal de arbitraje llegó a su conclusión, es decir, cuando es imposible para el lector seguir el razonamiento. Algunos comités ad hoc a veces han “reconstruido” razonamientos inexistentes cuando han considerado que el razonamiento del tribunal necesita cierta explicación. Surge la pregunta de saber si un comité ad hoc no debería darse por satisfecho, en

A partir de esta época, el procedimiento de anulación empezó a ser regido por la regla según la cual „no corresponde al comité de anulación dar una segunda opinión sobre el fondo del asunto”, ni apreciar el carácter relevante o correcto de la motivación del laudo⁶⁹. El propósito del control es simplemente asegurarse que el tribunal ha cumplido su obligación de exponer los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que le han conducido a la decisión adoptada, independientemente de que estas consideraciones sean o no correctas.

En el caso *Vivendi v. Argentina*, el comité declaró lo siguiente:

“Se acepta tanto en los casos como en la literatura que el artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

En la opinión del Comité, la anulación conforme al artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas”⁷⁰.

esos casos, al decir simplemente que las motivaciones presentes no alcanzan a constituir una situación de falta de motivación sin tener que entrar en esos esfuerzos reconstructivos” (par. 355-356).

⁶⁹ *CDC Group plc v. Seychelles*, caso CIADI N°. ARB/02/14, decisión del comité ad hoc de 29 de junio de 2005, par. 35. Ver más recientemente la decisión precitada del comité en el caso *Azurix Corp. v. República de Argentina*: “En general, se acepta que esta causal de anulación se aplica únicamente en los casos en los que queda claro que el Tribunal no expresó los motivos sobre los que se funda el laudo, pero no en los casos en los que el Tribunal sólo omitió la expresión de motivos convincentes y correctos” (par. 53). Ver también la decisión precitada del comité ad hoc en *MCI v. República de Ecuador*: “El Laudo puede reflejar un razonamiento y contener una conclusión que sea legalmente correcta o incorrecta, pero la opinión del Comité sobre esta cuestión es irrelevante para el escrutinio del laudo conforme al artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington” (par. 86).

⁷⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v. República de Argentina*, caso CIADI N°. ARB/97/3, decisión del primer comité ad hoc de 3 de julio de 2002, par. 64-65. Ver también la decisión precitada en el caso *Eduardo Vieira v. Chile*: “Las motivaciones contradictorias no implican necesariamente un incumplimiento del deber de motivar la decisión,

El criterio de la anulación adoptado por esta decisión es relativamente restrictivo y requiere la prueba que la falta de motivación sobre un punto en particular ha afectado el resultado final del laudo. La falta de motivación sólo puede conducir a la anulación cuando la cuestión sobre la cual no se han expresado motivos era necesaria para que el tribunal se pronunciara. Otras decisiones han retomado este criterio, como por ejemplo en el caso *Lucchetti v. Perú*⁷¹.

En cuanto al caso *CMS v. Argentina*, el comité adoptó una solución intermedia. Anuló la parte del laudo relativa a la cláusula paraguas, estimando que existía una omisión en los motivos que impedía al lector seguir el razonamiento del tribunal sobre dicho punto. Pero consideró que esta parte era escindible del resto del laudo puesto que la condena pronunciada por el tribunal se basaba en otras conclusiones independientes. Por lo tanto, la anulación parcial del laudo no tuvo ninguna incidencia sobre el resultado final⁷². En su conclusión, el comité señaló que el laudo contenía „*evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones, todos los cuales han sido identificados y destacados por el Comité. Sin embargo, el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones. Tal como se ha declarado (párrafo 136 anterior), en estas circunstancias el Comité no puede reemplazar la apreciación de los hechos y del derecho realizada por el Tribunal por la suya*”⁷³.

especialmente cuando el tribunal se enfrenta a veces precisamente con la obligación de discutir, analizar y determinar temas que presentan consideraciones contradictorias. Por ende, solamente las motivaciones claramente frías deben traducirse en un incumplimiento del deber de motivar las decisiones” (par. 357).

⁷¹ *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Perú S.A. v. República del Perú*, caso CIADI N° ARB/03/4, decisión del comité *ad hoc* de 5 de septiembre de 2007, par. 128.

⁷² *CMS Gas Transmission Co. v. República de Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/8, decisión del comité *ad hoc* de 25 de septiembre de 2007, par. 86-100. Una solución intermedia parecida fue adoptada el 14 de junio de 2010 en el caso CIADI n° ARB/05/19, *Helnan International Hotels A/S v. República árabe de Egipto*. El comité anuló dos párrafos del laudo en los que el tribunal arbitral, aunque afirmando que no existía obligación alguna de agotar los recursos internos antes de iniciar un arbitraje CIADI, consideró que la decisión litigiosa de bajar de categoría un hotel, contra la cual ningún recurso había sido interpuesto ante los tribunales administrativos egipcios, no se podía considerar como una violación por Egipto de sus obligaciones bajo el tratado de inversión. La interposición de un recurso ante los tribunales locales hubiera sido necesaria para demostrar la violación por el Estado de sus obligaciones. Estos motivos, de cierta forma contradictorios, fueron considerados por el comité como una extralimitación manifiesta por el tribunal de sus facultades (artículo 52 (1) (b)), pero no condujeron a la anulación del laudo en su totalidad porque no fueron decisivos para los árbitros.

⁷³ *Ibidem*, par. 158.

Una nueva corriente parece sin embargo desarrollarse en la jurisprudencia más reciente. Las últimas decisiones de los comités *ad hoc* parecen efectivamente volver a una interpretación amplia de la falta de motivación y ejercer un control avanzado del razonamiento y de las apreciaciones del tribunal arbitral.

La decisión más característica de esta nueva tendencia se halla en el caso *Mitchell v. Congo*. El comité anuló el laudo por extralimitación manifiesta por el tribunal de sus facultades (artículo 52 (1) (b)) y falta de motivación (artículo 52 (1) (e)). El comité consideró que la motivación del laudo en cuanto a la existencia de una inversión protegida por el tratado bilateral era incompleta, oscura e inadecuada, lo cual afectaba seriamente la coherencia del razonamiento de los árbitros sobre su competencia⁷⁴. En realidad, el comité anuló el laudo por haber admitido de manera improcedente, según él, la existencia de una inversión. Esta decisión fue criticada por haber procedido a una verdadera revisión del laudo⁷⁵.

Otras decisiones posteriores de anulación han procedido también a su propia apreciación de los hechos y del derecho. Por ejemplo, en el caso *Sempra Energy v. Argentina*, si bien el comité *ad hoc* consideró que la causal de anulación del artículo 52 (1) (e) no se daba porque “no hubo falta de expresión de motivos por parte del tribunal” porque era “claro como razonó el tribunal para arribar a [su] conclusión”⁷⁶, anuló sin embargo el laudo por extralimitación manifiesta por el tribunal de sus facultades (artículo 52 (1) (b)) al haber éste aplicado el vigésimo quinto artículo de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, en vez del artículo XI del tratado bilateral de inversión. El comité criticó abiertamente la motivación del laudo al respecto, considerando por ejemplo que “el razonamiento del tribunal no distingue claramente entre la cuestión del carácter auto-juzgable o no del artículo XI y la cuestión anterior acerca de su alcance y aplicación”⁷⁷, y que “no resultan claras las observaciones del tribunal de párrafo 378 en cuanto a que ‘el propio Tratado (...) no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocaciones del estado de necesidad. La norma

⁷⁴ *Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo*, caso CIADI N° ARB/99/7, decisión del primer comité *ad hoc* de 1er de noviembre de 2006, par. 40-41.

⁷⁵ BEN HAMIDA, Walid. “Two nebulous ICSID features: the notion of investment and the scope of annulment control. Ad hoc committee decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo”. En: *Journal of International Arbitration*. Holanda: Kluwer, 2007, p. 287. SCHREUER, Christoph. y Rudolf DOLZER. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 69.

⁷⁶ *Sempra Energy International v. República de Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/16, decisión del comité *ad hoc* de 29 de junio de 2010, par. 168.

⁷⁷ *Ibidem*, par. 194.

*aplicable a dichas materias se encontrará por consiguiente en el derecho consuetudinario' (énfasis agregado)"*⁷⁸.

Habrá que observar si esta nueva tendencia a realizar un control más extenso de la motivación de los laudos se confirma o si estas decisiones constituyen una excepción.

3. CONCLUSIÓN

Hoy en día, la motivación de los laudos parece constituir, en la mayoría de los casos, una verdadera necesidad. Salvo casos muy específicos, renunciar a ella para intentar ahorrar tiempo o dinero no sería una solución satisfactoria, ni para los árbitros ni para las partes o sus abogados. El nivel de detalle en el que los árbitros tienen que entrar depende en realidad de las circunstancias del caso, de la complejidad de los puntos que analizar, del comportamiento de las partes durante el procedimiento, pero también de la personalidad de los árbitros. Un buen árbitro es también un árbitro que consigue motivar su laudo de manera apropiada.

⁷⁸ *Ibidem*, par. 201.

Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?

XAVIER FAVRE-BULLE (*)

EDGARDO MUÑOZ (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje.* 2.1. *Grados de dualidad en las leyes.* 2.2. *Razón fundamental de la distinción.* 2.3. *Criterios determinantes de la internacionalidad.* 3. *La situación en Suiza.* 3.1. *La evolución de la ley de arbitraje.* 3.2. *Diferentes regímenes para el arbitraje interno e internacional.* 3.3. *Los puentes entre el Capítulo 12 LDIP y el CPC suizo.* 3.4. *Consideraciones prácticas.* 4. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Un arbitraje puede ser interno o internacional. La distinción comúnmente se funda en la existencia de elementos relacionados con más de una jurisdicción nacional¹. En algunos sistemas legales, un solo conjunto de disposiciones gobierna todo arbitraje independientemente de su naturaleza interna o internacional. En otros, el carácter interno o internacional de un arbitraje trae consigo la aplicación de dos conjuntos de disposiciones distintos². Dichos cuerpos legales podrían abordar de manera distinta cuestiones relacionadas, por ejemplo, con el tipo de controversias y entes que pueden someterse al arbitraje, los requisitos del convenio arbitral, el control que ejercen los tribunales estatales sobre el procedimiento arbitral, las acciones en contra de los laudos y el mecanismo para su ejecución.

(*) Doctor en Derecho, Maestro en Derecho (LL.M.), Abogado ante los tribunales de Ginebra, Suiza y Socio del despacho Lenz & Staehelin, Ginebra, Suiza.

(**) Doctor en Derecho, Maestro en Derecho (LL.M.), Abogado ante los tribunales de México y asociado en el despacho Lenz & Staehelin, Ginebra, Suiza.

1 Ver GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International Law, 1999, § 84 *et seq.*, p. 46 *et seq.*

2 LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International Law, 2005, p. 57 *et seq.*

Sin embargo, la mayoría de los sistemas legales no poseen dos conjuntos de disposiciones claramente separados uno del otro para regir cada tipo de arbitraje. Diferentes grados de monismo o dualismo se observan en las leyes de arbitraje. Como ejemplo de tales grados hemos decidido concentrarnos en las leyes de Suiza así como de Francia, España y Perú en tributo a YVES DERAIS, BERNARDO CREMADES y los directores de esta obra. Las leyes de arbitraje de estos países recientemente fueron el objeto de reformas parlamentarias en las cuales se confirmó o abandonó su enfoque monista o dualista precedente.

En la primera parte de esta contribución examinaremos los grados de monismo o dualismo de estas leyes de arbitraje, las razones para adoptar disposiciones específicas que rijan el arbitraje internacional y el criterio determinante de la naturaleza internacional de una controversia (*i.e.* los elementos extrajeros) [ver 2 *infra*]. En su segunda parte, nos concentraremos en el derecho suizo, en su evolución, en sus diferentes cuerpos legales para el arbitraje interno e internacional y lo puentes establecidos entre ellos [ver 3 *infra*].

2. MONISMO Y DUALISMO DE LAS LEYES DE ARBITRAJE

En la tradición de derecho civil, la ley que indistintamente rige arbitrajes internos e internacionales adquiere el adjetivo de monista. Por el contrario, el régimen dual en el cual un conjunto separado de disposiciones aplica al arbitraje internacional mientras que otro conjunto aplica al arbitraje interno se conoce como dualista³. No obstante esta distinción doctrinal, existen varias grados de dualidad en las leyes de arbitraje examinadas en esta contribución⁴. La razón por la que se adopta una ley monista o dualista puede fundarse en eventos históricos, concepciones filosóficas o consideraciones prácticas⁵. El criterio determinante de la naturaleza internacional de una controversia es un elemento fundamental en la aplicación de disposiciones especiales del arbitraje internacional⁶.

³ Ver por ejemplo la reciente compilación de contribuciones en lengua francesa y española que utilizan dichos conceptos BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010; CONEJERO ROOS, Cristian, HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio, MACCHIA, Valeria, SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (coordinadores). *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2009.

⁴ Ver 2.1 *infra*.

⁵ Ver 2.2 *infra*.

⁶ Ver 2.3 *infra*.

2.1. Grados de dualidad en las leyes

Conforme al derecho español⁷ y peruano⁸, un único cuerpo de disposiciones rige el arbitraje internacional e interno. Por tanto, la doctrina mayoritaria concuerda en clasificar tales leyes de arbitraje como monistas⁹. No obstante, ambas leyes establecen derogaciones y excepciones aplicables al arbitraje internacional¹⁰. Sin intención alguna de poner en tela de juicio el adjetivo de “monista” comúnmente dado a estas leyes, vale la pena revisar las derogaciones y excepciones que les dan un cierto toque de dualismo.

De acuerdo a la ley de arbitraje española (en lo sucesivo “LAE”), el Estado no podrá invocar las prerrogativas de su derecho para evadir las obligaciones derivadas de un convenio arbitral en un arbitraje internacional¹¹. Esta disposición constituye una excepción al principio de derecho administrativo español conforme al cual el Estado, o alguna entidad controlada por el mismo, sólo podrán ser demandados ante el tribunal estatal competente¹². Principio aún aplicable en el arbitraje interno. Además, el artículo 9(6) LEA contiene una norma de derecho internacional privado especial para arbitrajes internacionales. Esta disposición expande el ámbito de las controversias susceptibles de someterse al arbitraje y reduce los requisitos de validez del convenio arbitral¹³. Las partes en un arbitraje internacional también son libres de elegir las normas jurídicas (y no sólo el derecho) que debe ser aplicado por los árbitros para resolver la controversia¹⁴. Al referirse a “las normas jurídicas” el rango de opciones sobre las disposiciones legales aplicables a la sustancia de la contro-

⁷ Ver Ley de Arbitraje N° 60/2003, del 23 de diciembre de 2003, reformada por el Decreto de Ley N° 11/2011, del 20 de mayo de 2011.

⁸ Ver Decreto de Ley N° 1071, publicado en la Gaceta Oficial el 28 de junio de 2008.

⁹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España”. En: CONEJERO ROOS, Cristian, HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio, MACCHIA, Valeria, SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (coordinadores). *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2009, p. 380; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Arbitraje Comercial Internacional en Perú”. En: CONEJERO ROOS, Cristian, HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio, MACCHIA, Valeria, SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (coordinadores). *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2009, p. 606.

¹⁰ Ver 2 *infra*; también ver FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne”. En: BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds.). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010, p. 211 *et seq.*; MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “La nueva ley de arbitraje peruana”. En: *Reforma Judicial - Revista Mexicana de Justicia*. (13) 2009, p. 175.

¹¹ Ver artículo 2(2) LAE.

¹² FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, en nota al pie 10 *supra*, p. 211.

¹³ Artículo 9(6) LAE: “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”.

¹⁴ Ver artículo 34(2) LAE.

versia es menos restrictivo que la sola posibilidad de elegir “el derecho” de un Estado. Por ejemplo, las partes podrían acordar la aplicación de instrumentos internacionales o supranacionales como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales¹⁵.

La ley de arbitraje peruana (en lo sucesivo “LAP”) adopta las disposiciones de la LAE y de la Ley Modelo de Uncitral¹⁶. Así, los artículos 2(2) y 4(4) LAP reflejan las disposiciones en el artículo 2(2) LAE conforme al cual el Estado no podrá invocar las prerrogativas que le otorga el derecho para evadir las obligaciones derivadas de un convenio arbitral en un arbitraje internacional. Además, el artículo 13(7) LAP refleja el artículo 9(6) LAE que establece una norma de derecho internacional privado especial para determinar el derecho aplicable a la arbitrabilidad de la controversia y los requisitos de validez del convenio arbitral en arbitrajes internacionales¹⁷. Asimismo, cuando el procedimiento arbitral internacional ya ha comenzado, el artículo 16(4) LAP establece que los tribunales estatales de Perú deberán remitir a las partes al arbitraje a menos que el asunto en litigio infrinja manifiestamente el orden público internacional (sólo en los casos en que el procedimiento no haya comenzado el tribunal estatal competente podría rehusarse a referir a las partes al arbitraje si encuentra que el convenio arbitral es manifiestamente nulo)¹⁸. En arbitrajes internacionales los árbitros no deben ser abogados o licenciados en derecho¹⁹. El artículo 47(9) LAP permite a las partes, con permiso del tribunal arbitral, recurrir al tribunal estatal competente en busca de medidas provisionales relacionadas con el procedimiento arbitral²⁰. Además el artículo 57(2) LAP refleja el artículo 34(2) LEA que establece que las partes en arbitrajes internacionales son libres de elegir las normas jurídicas²¹ conforme a las cuales los árbitros decidirán la controversia.

A la fecha, Francia ha mantenido una ley de arbitraje dualista. El Libro IV del Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo “CPC francés”) rige el arbitraje. Sin embargo, el Título I del Libro IV rige el arbitraje interno, mientras

¹⁵ Ver FERNANDEZ ROZAS, Op. Cit., en nota al pie 10 *supra*, p. 212.

¹⁶ MATHEUS LÓPEZ, Op. Cit., en nota al pie 10 *supra*, pp. 174, 175.

¹⁷ Ver nota al pie 13 *supra*.

¹⁸ Ver artículo 16(4) LAP.

¹⁹ Ver artículo 22(1) LAP: “En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.”

²⁰ Ver artículo 47(9) LAP.

²¹ Al referirse a las normas jurídicas, las partes podrán acordar la aplicación de normas internacionales o supranacionales como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

que el Título II del mismo libro rige el arbitraje internacional²². No obstante el arbitraje internacional se rige por un conjunto distinto de disposiciones, algunas disposiciones del Título I se aplican al Título II por medio de una referencia cruzada a efecto de regir algunos asuntos del arbitraje internacional²³. Entre las disposiciones comunes se encuentran aquellas que rigen el convenio arbitral²⁴, la constitución del tribunal arbitral y la intervención del juez de apoyo²⁵, el proceso arbitral²⁶, el laudo arbitral²⁷, y los recursos disponibles distintos a la apelación o la anulación del laudo²⁸. En arbitrajes internacionales, el artículo 1507 CPC francés dispone que el convenio arbitral no se encuentra sometido a ningún requisito de forma. Además, el artículo 1505(4) CPC francés adopta el concepto de denegación de justicia como elemento determinante del juez de apoyo competente en arbitrajes internacionales derivado de la decisión de la Corte de Casación en el caso *Nioc vs Israel*²⁹. Otras disposiciones específicas del arbitraje internacional incluyen la posibilidad de que el presidente del tribunal decida solo³⁰ y que las partes renuncien al recurso de anulación del laudo³¹. Aunque no está plasmado en el CPC francés, el principio jurisprudencial según el cual “ni el Estado ni sus entes pueden fundarse en su derecho para resistir la implementación de un convenio arbitral”³² igualmente aplica al arbitraje internacional. La jurisprudencia también ha declarado la validez de convenios arbitrales previos a la controversia en contratos de consumo cuando el arbitraje es internacional³³.

²² Ver Decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011 relativo a la reforma del arbitraje en Francia.

²³ Ver artículo 1506 CPC francés.

²⁴ Ver artículos 1446, 1447, 1448(1)(2) y 1449 CPC francés.

²⁵ Ver artículos 1452 - 1458 y 1460 CPC francés.

²⁶ Ver artículos 1462, 1463(2), 1464(3), 1465 - 1470 y 1472 CPC francés.

²⁷ Ver artículos 1479, 1481, 1482, 1484(1)(2), 1485(1)(2) y 1486 CPC francés.

²⁸ Ver artículos 1502(1)(2) y 1503 CPC francés.

²⁹ Ver la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa del 1 de febrero de 2005, *Arrêt* N° 404, Caso N° 01-13.742/02-15.237: la Corte de Casación confirmó la facultad de los tribunales franceses para designar a un arbitro cuando una de las partes se rehúse en incumplimiento del convenio arbitral y ello conlleve a la frustración del derecho de la otra parte a acudir al arbitraje (denegación de justicia) no obstante la falta de relación directa entre el arbitraje y Francia. Sobre esta sentencia ver TATTEVIN, Guillaume. “Case note: Judgment of the French *Cour de Cassation*, first civil chamber 1 February 2005 in case N° 01-13.742/02-15.237, *NIOC v. Israel*”. En: *Stockholm International Arbitration Review*, (2) 2005, pp. 221-229.

³⁰ Ver artículo 1513 CPC francés.

³¹ Ver artículo 1522 CPC francés.

³² Ver Reporte al Primer Ministro sobre el Decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011 relativo a la reforma del arbitraje, Gaceta Oficial de la República Francesa del 14 de enero de 2011, en el que se refiere al caso *Galakis* del 2 de mayo de 1966 publicado en J.C.P., 1966, II, 14798.

³³ Conforme al artículo 2061 del Código Civil francés y el artículo L. 132(2) del Código de Protección al Consumidor francés, los convenios arbitrales con consumidores previos a la controversia son nulos en asuntos internos. Sin embargo, la Corte de Casación francesa

Suiza también tiene una ley de arbitraje dualista. Un conjunto de disposiciones legales, el Capítulo 12 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1987 (en lo sucesivo “LDIP”) rige el arbitraje internacional. Un conjunto distinto de disposiciones en la Parte 3 del Código Federal de Procedimiento Civil (en lo sucesivo “CPC suizo”, que entró en vigor el 1 de enero de 2011) rige las controversias que no entran en el ámbito de aplicación del Capítulo 12 LDIP³⁴, o sea los arbitrajes internos³⁵. La LDIP comparte con las leyes antes analizadas muchos conceptos y disposiciones aplicables exclusivamente al arbitraje internacional. Las principales diferencias entre el arbitraje internacional e interno serán revisadas a detalle más adelante³⁶.

2.2. Razón fundamental de la distinción

Antes de la entrada en vigor de la LEA en 2003, España tuvo tres leyes dualistas de arbitraje³⁷. La razón para remplazar tal sistema dual por uno unitario se fundó en la convicción de que “lo que es bueno para el arbitraje internacional también lo es para el arbitraje interno”³⁸. Al promulgar la LAE, el poder legislativo español consideró el crecimiento de las relaciones comerciales internacionales, en particular con Latinoamérica, y la falta de servicios de arbitraje internacional adecuados en España³⁹. Las reformas adoptadas en 2011 también reconocieron que la LAE constituyó una mejora en la regulación del arbitraje al establecer un marco legal moderno y unitario para el arbitraje interno e internacional⁴⁰. La adopción de un único cuerpo de disposiciones legales, inspirado por la Ley Modelo de Uncitral, buscó facilitar el conocimiento

ha reconocido la validez de los convenios arbitrales con consumidores previos a la controversia en asuntos internacionales, ver la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa del 21 de mayo de 1997, *Meglio v. V2000*, Rev. cri. dr. internat. privé 1998.87 (Annot. V. Heuzé); la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa del 21 de mayo de 1997, *Renault v. V2000*, Rev. arb. 1997, 1997.537 (Annot. E. Gaillard), citada en KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration”. En: *Global Reflections on International Law, Commerce y Dispute Resolution Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, nota al pie 22, p. 445.

³⁴ Ver artículos 1(d) y 353 *et seq* CPC suizo.

³⁵ SCHWEIZER, Philippe. En: BOHNET, F., HALDY, P., JEANDIN N., SCHWEIZER, P., TAPPY, D. (eds). *Code de procédure civile commenté*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2011, ad. artículo 353, §§ 13, 14, p. 1370; BESSON, Sébastien. “L’arbitrage interne et international en Suisse: le nouveau CPC à l’aune du Concordat et du Chapitre 12 de la LDIP”. En: BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010, § 14, p. 16.

³⁶ Ver 3.2 *infra*.

³⁷ Ver FERNANDEZ ROZAS, Op. Cit., en nota al pie 10 *supra*, pp. 200, 207- 209.

³⁸ FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.*, en nota al pie 10 *supra*, p. 209.

³⁹ Ver Exposición de Motivos de la LAE N° 60/2003 del 23 de diciembre de 2003.

⁴⁰ Ver Preámbulo de la Ley N° 11/2011 del 20 de mayo de 2011 de reforma de la Ley 60/2003.

de la LEA y dar certeza a los socios comerciales de España⁴¹. De este modo, la presentación monista de la LEA se fundó en razones prácticas⁴².

Perú también pasó de una ley de arbitraje dualista promulgada en 1996 a una LAP monista promulgada en 2008⁴³. Desde los trabajos legislativos para la promulgación de la ley de arbitraje dualista de 1996, un sector de la comunidad legal consideró más conveniente adoptar un único cuerpo de disposiciones por razones de simplicidad y porque las disposiciones arbitrales deben ser iguales independientemente de la naturaleza interna o internacional de la controversia. Sin embargo, otro sector consideró que la división de las disposiciones era conveniente, no porque cada tipo de arbitraje requiere diferentes soluciones, sino por razones meramente prácticas: las disposiciones sobre arbitraje internacional buscaban principalmente la atracción de empresas extranjeras y para ello era mucho más fácil tener disposiciones para el arbitraje internacional que reprodujeran casi totalmente la Ley Modelo de Uncitral (permitiendo así que las empresas extranjeras conocieran de ante mano el régimen)⁴⁴. Al adoptar la LAP monista en 2008, el poder legislativo declaró que, si bien el sistema dual tuvo su razón de ser en 1996 cuando el arbitraje en Perú era casi inexistente, la solución más conveniente en 2008 era la adopción un cuerpo de disposiciones unitario⁴⁵, dado el crecimiento del comercio y la inversión extranjera y la entrada en vigor del tratado de libre comercio con los Estados Unidos⁴⁶. Así el legislativo se propuso que el arbitraje internacional alcanzara el mismo éxito conseguido para el arbitraje interno en sólo una década. Como en España, la LAP es monista por razones meramente prácticas⁴⁷.

En Francia, el sistema dualista fue conservado en la reforma del CPC francés de 2011, dada la especificidad del arbitraje internacional que implica necesariamente flexibilidad en asuntos de procedimiento⁴⁸. La razón fun-

⁴¹ Ver Exposición de Motivos de la LAE N° 60/2003 del 23 de diciembre de 2003.

⁴² No obstante su sustancia la LAE mantiene un grupo de disposiciones para el arbitraje internacional, ver 2.1 *supra*.

⁴³ MATHEUS LÓPEZ, Op. Cit., en nota al pie 10 *supra*, p. 175; SOTO COAGUILA, Op. Cit., en nota al pie 9 *supra*, p. 606.

⁴⁴ FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. "La nueva Ley de arbitraje peruana de 2008". En: *Varia - Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 1 (3), 2008, p. 784.

⁴⁵ Ver Exposición de Motivos de la LAP, reproducida en SOTO COAGUILA, Op. Cit., en nota al pie 9 *supra*, p. 607.

⁴⁶ Ver Exposición de Motivos de la LAP, reproducida en SOTO COAGUILA, Op. Cit., en nota al pie 9 *supra*, p. 606.

⁴⁷ No obstante su sustancia la LAP mantiene un grupo de disposiciones específicas para el arbitraje internacional, ver 2.1 *supra*.

⁴⁸ Reporte al Primer Ministro sobre el Decreto N° 2011-48 del 13 de enero de 2011 relativo a la reforma del arbitraje, Gaceta Oficial de la República francesa del 14 de enero de 2011, ad. Título II antes de abordar el artículo 1504.

damental para adoptar un sistema dualista se remonta a la década de 1930. Bajo la premisa de que eran necesarias normas más flexibles para que la ley de arbitraje satisficiera las expectativas del comercio internacional⁴⁹, la Corte de Casación comenzó a estatuir principios específicos para el arbitraje internacional⁵⁰. Entre las sentencias de referencia se encuentran *Mardelé v Muller*: un caso en el que fue rechazada la presunción de nulidad de los convenios arbitrales establecida por el Código Civil francés, cuando el arbitraje afecte los intereses del comercio internacional⁵¹. En otros dos casos de referencia, *Myrtoon Steamship, Onic v Capitaine San Carlo y Galakis*, la corte removió la prohibición de cláusulas arbitrales en contratos o acuerdos internacionales con entes públicos⁵². Además, en el caso *Gosset* la corte reconoció el principio de autonomía conforme al cual el convenio arbitral es un acuerdo separado, no necesariamente afectado por la nulidad, ineficacia o inexistencia del contrato principal⁵³. Muchos de estos principios se encuentran ahora incorporados en el Libro IV, Título II del CPC francés, que contiene las disposiciones que rigen el arbitraje internacional⁵⁴. El sistema dual confirma la percepción francesa del arbitraje. La razón fundamental de tal dualismo es la concepción filosófica del arbitraje internacional como un orden legal verdaderamente autónomo⁵⁵, que requiere una interpretación liberal y autónoma de las disposiciones que le son aplicables⁵⁶.

En la ley suiza de arbitraje ya no existe esa fuerte distinción de principios aplicables al arbitraje internacional como aún ocurre conforme a la ley francesa [ver 3.2 *infra*]. No obstante, Suiza aún mantiene dos cuerpos legales. Dicho

⁴⁹ POUURET, François, BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd ed. London: Thomson, 2007, § 22, p. 24.

⁵⁰ JACQUET, Jean Michel. "La distinction entre arbitrage interne et international en droit français". En: BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds.). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010, pp. 179, 180; POUURET / BESSON, Op. Cit., en nota al pie 49 *supra*, § 23, p. 25.

⁵¹ Ver la referencia a la sentencia de la Corte de Casación francesa en POUURET / BESSON, Op. Cit., nota al pie 49 *supra*, § 23, p. 25; JACQUET, Op. Cit., en nota al pie 50 *supra*, p. 180.

⁵² Ver la referencia a la sentencia de la Corte de Casación francesa en POUURET / BESSON, Op. Cit., nota al pie 49 *supra*, § 23, p. 26; JACQUET, Op. Cit., en nota al pie 50 *supra*, p. 181.

⁵³ Ver la referencia a la sentencia de la Corte de Casación francesa en POUURET / BESSON, Op. Cit., nota al pie 49 *supra*, § 23, p. 26; JACQUET, Op. Cit., en nota al pie 50 *supra*, p. 181.

⁵⁴ Ver 2.1 *supra*.

⁵⁵ ANCEL, Jean Pierre. "The Decree of 13 January 2011 -Increasing the efficiency of arbitration in France". En: www.parisarbitration.com.

⁵⁶ BONOMI, Andrea. "Monisme et dualisme". En: BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds.). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010, p. 173: refiriéndose a la opinión de Emmanuel Gaillard respecto del arbitraje internacional en GAILLARD, Emmanuel. *Aspect philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Recueil des cours de l'Académie de La Haye. Leiden/Boston : 2008, § 329, pp. 51-216.

dualismo es más bien en términos formales que sustantivos⁵⁷. La razón de dicha distinción se funda en principios constitucionales del pasado y consideraciones prácticas [ver 3.1 *infra*]⁵⁸.

2.3. Criterios determinantes de la internacionalidad

Las leyes de arbitraje establecen un criterio para determinar la aplicación de disposiciones específicas para un arbitraje internacional. Los elementos que forman dicho criterio usualmente reflejan las razones para adoptar disposiciones específicas para un tipo de arbitraje⁵⁹. Francia es quizás el mejor ejemplo al respecto. Conforme al artículo 1504 del CPC francés, será internacional el arbitraje que afecte los intereses del comercio internacional⁶⁰. Esta disposición adopta el razonamiento de la Corte de Casación en el caso *Mardelé v Muller* en el que se rechaza la presunción de nulidad de convenios arbitrales internacionales⁶¹. La jurisprudencia francesa ha establecido el criterio en los siguientes términos: “La naturaleza internacional de un arbitraje debe determinarse conforme a la realidad económica del proceso durante el cual se presenta”⁶². No obstante el hecho de que las partes al arbitraje tengan sus domicilios o establecimientos en Francia, las disposiciones sobre el arbitraje internacional serán aplicables si la controversia tiene una naturaleza internacional como una cuestión de hecho, por ejemplo si el contrato establece su ejecución en el extranjero⁶³.

En Suiza, el criterio para la aplicación de la LDIP toma en cuenta el domicilio o establecimiento de las partes del convenio arbitral. El arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje es en Suiza y si al menos una de las partes no tenía su domicilio o establecimiento en Suiza al momento de la conclusión del convenio arbitral⁶⁴. Este criterio tiene la ventaja de la previsibilidad del régimen aplicable al momento de la conclusión del convenio arbitral; aunque en ocasiones dicha previsibilidad ha sido puesta en tela de juicio en el contexto de arbitrajes multi-partes⁶⁵.

⁵⁷ Ver BONOMI, Op. Cit., nota al pie 56 *supra*, p. 168.

⁵⁸ BONOMI, Op. Cit., nota al pie 56 *supra*, p. 173.

⁵⁹ BONOMI, Op. Cit., nota al pie 56 *supra*, p. 174.

⁶⁰ Ver artículo 1504 CPC francés.

⁶¹ Ver la referencia a la sentencia de la Corte de Casación francesa en POUDET / BESSON, *op. cit.*, en nota al pie 49 *supra*, § 23, p 25; JACQUET, *op. cit.*, en nota al pie 50 *supra*, p. 180.

⁶² Ver la sentencia del Tribunal de Apelación de París del 14 de marzo de 1990, *Murgue Seigle v Coflexip*, Rev Arb 355 (1991) citada en LEW / MISTELIS / KRÖLL, Op. Cit., nota al pie 2 *supra*, p. 59.

⁶³ Ver GAILLARD / FOUCHARD, Op. Cit., nota al pie 1 *supra*, § 107 *et seq.*, p. 55 *et seq.*

⁶⁴ Ver artículo 176(1) LDIP.

⁶⁵ La previsibilidad buscada por el artículo 176(1) LDIP ha sido puesta en tela de juicio por la

En España y Perú, se adoptó un sistema combinado propuesto por la Ley Modelo de Uncitral⁶⁶. Este consiste en criterios alternativos según los cuales un arbitraje es internacional si:

(i) al momento de la celebración del convenio arbitral las partes tenían sus domicilios en Estados diferentes:

(ii) uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios:

(a) el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral;

(b) el lugar donde una parte sustancial de las obligaciones debe cumplirse;

o

(c) el lugar con el que la relación jurídica tenga una relación más estrecha⁶⁷.

La LAE agrega un criterio similar al contemplado por la ley de arbitraje francesa conforme al cual un arbitraje será internacional cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional⁶⁸.

Este sistema combinado ha sido antes criticado como demasiado amplio ya que permite la internacionalización de una controversia, por ejemplo, por el mero acuerdo del lugar del arbitraje en el extranjero⁶⁹. Si embargo, si se tiene en cuenta que estas leyes monistas fueron promulgadas bajo la premisa de que “lo que es bueno para el arbitraje internacional también lo es para el arbitraje interno”, las opciones para que las partes internacionalicen sus controversias deben ser bienvenidas.

sentencia de la Suprema Corte suiza en un caso en el que un convenio arbitral multi-partes había sido firmado por varias empresas, unas con establecimientos en Suiza y otras en el extranjero. La Suprema Corte consideró que el procedimiento arbitral debía regirse por las disposiciones sobre arbitrajes internos (entonces el Concordato) y no por el Capítulo 12 LDIP sobre el arbitraje internacional, ya que los procedimientos sólo involucraban a partes con establecimientos en Suiza y no a aquellas con establecimientos en el extranjero. La Suprema Corte ignoró el texto claro del artículo 176(1) LDIP y simplemente consideró a “las partes del procedimiento arbitral” para determinar la naturaleza internacional del procedimiento en lugar de a “las partes que acordaron el convenio arbitral”. Ver la sentencia de la Suprema Corte suiza del 24 de junio de 2002 (4P. 54/2002) y los comentarios sobre esta sentencia en PATOCCHI, Paolo Michele. “L’administration de la preuve dans l’arbitrage interne et international”. En: BONOMI, Andrea, BOCHATAY, David (eds.). *Arbitrage Interne et International*. Genève: Librairie Droz, 2010, nota al pie 5, p. 55.

⁶⁶ Ver artículo 1(3)(a)(b) Ley Modelo de UNCITRAL.

⁶⁷ Ver artículo 3(a)(b) LAE y artículo 5(1)(a)(b)(c) LAP.

⁶⁸ Ver artículo 3(c) LAE.

⁶⁹ LEW / MISTELIS / KRÖLL, Op. Cit., nota al pie 2 *supra*, § 4-37, p. 61.

3. LA SITUACIÓN EN SUIZA

3.1. La evolución de la ley de arbitraje

Antes de la reforma de la Constitución suiza en 2000, la Confederación (como Estado Federal) tenía la facultad de legislar respecto de aspectos sustantivos de derecho privado mientras que los 26 cantones mantenían la facultad exclusiva respecto de asuntos de derecho procedimental a nivel cantonal (civil, penal, administrativo)⁷⁰. Así, hasta 1969, cada código cantonal de procedimiento civil incluía un apartado de arbitraje. La existencia de 26 diferentes cuerpos legales con disposiciones sobre el arbitraje en Suiza era, evidentemente, algo complejo y engorroso. En respuesta, en 1969 fue promulgada una Convención Intercantonal de Arbitraje (en lo sucesivo el “Concordato”), con el objeto de armonizar y unificar la ley del arbitraje. Cada Cantón tenía la posibilidad de adherirse al Concordato como a una convención sobre cuestiones procedimentales.

Eventualmente todos los Cantones se adhirieron al Concordato. Este cuerpo de disposiciones único, bastante innovador en la década de 1960, alcanzó su propósito de aquel tiempo y contribuyó a la importancia de Suiza como lugar de arbitrajes. Sin embargo, en la década de 1980 era claro que el Concordato no satisfacía más las necesidades de la comunidad arbitral, principalmente a causa de sus múltiples disposiciones imperativas. Los usuarios comenzaron entonces a criticar las restricciones al principio de autonomía de la voluntad en procedimientos arbitrales internacionales⁷¹.

Muchos intentos se hicieron para lograr un acuerdo entre los Cantones para la posible modernización del Concordato, pero todo fue en vano. La solución encontrada en 1987 fue dejar el Concordato para arbitrajes internos y pasar a un régimen dualista conforme al cual el arbitraje internacional sería regido por el derecho federal, aprovechando la competencia legislativa de la Confederación suiza en materia de derecho privado sustantivo y la posibilidad de incluir un conjunto de disposiciones, o sea el Capítulo 12, sobre arbitraje internacional en la promulgación de la nueva LDIP⁷².

⁷⁰ SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 8, p. 1369.

⁷¹ BERTI, Stephen. “Introduction”. En: BERTI, Stephen (ed.). *International Arbitration in Switzerland*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, § 2, p. 428, §§ 398, 407, pp. 158, 159: las disposiciones criticadas incluyen entre otras el requisito de forma escrita, la definición limitativa de arbitrabilidad, la aplicación del código de procedimiento civil a falta de acuerdo de las partes en cuanto al reglamento procedimental, la falta de poder de los tribunales arbitrales para ordenar medidas provisionales, las disposiciones estrictas sobre el contenido de los laudos, las causales y las dos instancias procesales para la anulación de los laudos.

⁷² SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 8, p. 1369.

“En este contexto, el origen dualista de la ley suiza de arbitraje se funda en:

(i) la entonces distribución competencial constitucional entre los Cantones y la Confederación para legislar sobre asuntos procedimentales y de derecho sustantivo privado, respectivamente; y

(ii) la necesidad de establecer disposiciones más adecuadas para el arbitraje internacional con el fin de satisfacer las expectativas de los usuarios del comercio internacional”⁷³.

En 2000, no obstante, la Constitución fue reformada para otorgar a la Confederación suiza la competencia legislativa en cuestiones de procedimiento⁷⁴. A partir de entonces, la Confederación comenzó a elaborar el CPC suizo, incluida la Parte 3 dedicada al arbitraje interno. Muchos académicos y profesionales vieron en ello una oportunidad para unificar el derecho del arbitraje y abogaron en tal sentido⁷⁵. Al final, el régimen dualista, comenzado con el Capítulo 12 LDIP, se mantuvo con el CPC suizo⁷⁶. Las razones para corroborar el régimen dualista se dijeron ser el éxito indiscutible del Capítulo 12 LDIP y del Concordato en sus áreas respectivas⁷⁷. La LDIP ofrece exitosamente libertad y flexibilidad máxima a las partes. Con el CPC suizo se propuso incorporar las disposiciones exitosas del Concordato y adoptar muchas de las soluciones modernas desarrolladas para el arbitraje internacional⁷⁸. El contenido de las disposiciones de la Parte 3 del CPC suizo es muy cercano al Capítulo 12 LDIP, y en algunos aspectos el CPC suizo refleja expresamente la práctica internacional⁷⁹. En palabras del Consejo Federal, esto se debe a que el “arbitraje interno debe experimentar el éxito de nuestro arbitraje internacional”⁸⁰. No obstante, algunas cuestiones importantes aún distinguen las disposiciones que rigen el arbitraje interno de aquellas que rigen el arbitraje internacional. Las diferencias principales serán revisadas en la sección

⁷³ PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 5, p. 56.

⁷⁴ Exposición de Motivos del 28 de junio de 2006 relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo p. 6842 (*Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile Suisse*); SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 8, p. 1369.

⁷⁵ POUURET / BESSON, *op. cit.*, en nota al pie 49 *supra*, § 24, p. 27.

⁷⁶ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 6999.

⁷⁷ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 6999.

⁷⁸ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 6999.

⁷⁹ SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículos 353, § 2, 1368.

⁸⁰ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 6998.

3.2. Diferentes regímenes para el arbitraje interno e internacional

El Capítulo 12 LDIP y el CPC suizo difieren en algunos puntos. Pero los más relevantes para el presente análisis son el ámbito de asuntos arbitrables, el derecho aplicable a su sustancia, así como los recursos y las causales para la revisión de los laudos ante tribunales estatales.

El artículo 354 CPC suizo mantiene el criterio en el artículo 6 del Concordato conforme al cual el arbitraje sólo puede tener por objeto pretensiones y obligaciones de libre disposición para las partes⁸¹. Este último es más limitado que la definición de arbitrabilidad para arbitrajes internacionales según el artículo 177(1) LDIP: cualquier controversia que tenga un interés patrimonial puede ser objeto de un arbitraje internacional.

A falta de elección del derecho o las normas jurídicas aplicables a la sustancia de la controversia, el artículo 381(2) del CPC suizo refiere al derecho que la autoridad judicial estatal hubiera aplicado. Por lo tanto, un tribunal arbitral deberá determinar el derecho aplicable conforme a la norma de derecho internacional privado aplicable por los tribunales estatales conforme a la LDIP, tal como es el artículo 117 LDIP sobre el derecho aplicable a los contratos. De este modo, el CPC suizo se aparta del artículo 187 LDIP, que prevé una norma de derecho internacional privado independiente y específica del arbitraje internacional: el derecho con el que la controversia tenga un vínculo más cercano será aplicable a la sustancia, sin otro criterio (salvo elección del derecho por las partes).

La renuncia acordada del derecho al recurso de anulación del laudo no existe en arbitrajes internos conforme al CPC suizo (en arbitrajes internacionales el artículo 192 LDIP permite la renuncia de tal derecho). Las causales para la anulación de laudos en arbitrajes internos e internacionales son muy parecidas con una excepción importante: el artículo 393(e) CPC suizo contempla la causal de la arbitrariedad, como lo hacía el Concordato. Conforme a la jurisprudencia, un laudo es arbitrario cuando es manifiestamente contrario a los hechos del caso o infringe manifiestamente el derecho o la equidad⁸². Por el contrario, en arbitrajes internacionales, esta causal no existe; un laudo sólo podrá ser anulado si infringe el orden público de acuerdo con el artículo 190(2) LDIP.

⁸¹ Las controversias relativas a derechos sobre los cuales las partes no tienen una libre disposición incluyen asuntos de derecho familiar, del estatuto personal o la responsabilidad delictiva, la mayor partes de los aspectos del derecho laboral, el arrendamiento residencial, ver también SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 354, § 3, p. 1372.

⁸² Ver la sentencia de la Suprema Corte 5P.232/2004 del 18 de noviembre de 2004, publicada en el Boletín de la Suprema Corte, ATF 131 I 45; Ver también la Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, §5.25.8, p. 7011; PLOUDRET, François. "Presentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne (article 351 à 397 P-CPC)". En: LUKIC, Suzana. (ed.). *Le Project de Code de procédure civile fédérale*. Lausanne: Cedidac, 2008, p. 239.

3.3. Los puentes entre el Capítulo 12 LDIP y el CPC suizo

A pesar de mantener un régimen dualista del arbitraje, la legislatura suiza no quiso imponerlo a las partes cuyos procedimientos arbitrales tienen lugar en Suiza. La división formal entre las disposiciones que rigen el arbitraje interno y aquellas que rigen el arbitraje internacional fue salvada a partir de cláusulas pasarelas que permiten a las partes optar a favor de la aplicación a su controversia de uno de ambos cuerpos legales⁸³. Así, el Capítulo 12 LDIP contiene una disposición que permite a las partes excluir su aplicación a favor de las disposiciones arbitrales del CPC suizo⁸⁴. El artículo 353(2) CPC suizo contiene una disposición equivalente que permite que las partes hagan lo opuesto, o sea, acordar la aplicación del Capítulo 12 LDIP en lugar del CPC suizo⁸⁵. De esta manera, la elección válida del Capítulo 12 LDIP⁸⁶ tiene como consecuencia que sus disposiciones apliquen a pesar de que todas las partes al convenio arbitral estén domiciliadas en suiza y la controversia no tenga ningún elemento extranjero. La doctrina coincide con esta interpretación⁸⁷.

Sin embargo, algunos autores dudan que la elección del Capítulo 12 LDIP en arbitrajes puramente internos sea posible⁸⁸. Esta opinión se funda en los antecedentes legislativos del artículo 353(2) CPC suizo. La posibilidad de excluir el CPC suizo para optar a favor del Capítulo 12 LDIP tiene su origen en el arbitraje deportivo⁸⁹. Tal posibilidad permitiría que las federaciones deportivas domiciliadas en Suiza tuvieran sus arbitrajes regulados por el Capítulo 12 LDIP, independientemente del domicilio de la contraparte, o sea, sin importar el domicilio de los atletas en Suiza o en el extranjero. Antes del artículo 353(2) CPC suizo, los atletas domiciliados en Suiza debían interponer el recurso de anulación del laudo rendido en Suiza conforme al Concordado. Por tanto, era difícil justificar que un atleta domiciliado en Suiza pudiera

⁸³ SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 19, p. 1370; POUURET, Op. Cit., en nota al pie 82 *supra*, p. 262.: a manera de compromiso entre aquellos que abogaron por la unificación la ley de arbitraje suiza a partir de la modernización del Capítulo 12 LDIP y aquellos que apoyaron la preservación de un sistema dualista.

⁸⁴ ver artículo 176(2) LDIP.

⁸⁵ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 6999; POUURET, Op. Cit., en nota al pie 82 *supra*, pp. 239, 240.

⁸⁶ El artículo 353(2) CPC suizo provee en que la elección de las disposiciones del Capítulo 12 LDIP está sujeta a los requisitos establecidos por el artículo 358 CPC, o sea, debe expresarse por escrito y la intención debe de resultar del texto; SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 19, p. 1370.

⁸⁷ POUURET, Op. Cit., en nota al pie 82 *supra*, p. 239; PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 15, p. 60.

⁸⁸ BESSON, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, § 39, p. 20.

⁸⁹ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, § 5.25.1, p. 7000.

fundarse en la causal de la arbitrariedad como causa de anulación de laudos en arbitrajes internos⁹⁰, mientras que un atleta domiciliado en el extranjero solamente podía fundarse en la causal, mucho más restrictiva, del orden público como causa de anulación del laudo en un arbitraje internacional conforme al artículo 190 LDIP⁹¹. La doctrina concurre, no obstante, en que existe un interés legítimo en acceder a las disposiciones sobre arbitraje internacional⁹². Ello no puede limitarse al arbitraje deportivo. Muchas otras controversias surgen en circunstancias que, no obstante todas las partes están domiciliadas en Suiza, son internacionales debido a la estructura corporativa de las partes (como la filial suiza de un grupo basado fuera de Suiza), el objeto de la transacción o su lugar de ejecución⁹³.

Por otra parte, algunos autores consideran que las partes no podrán apartarse de las disposiciones que el legislador concibió deliberadamente para un tipo de arbitraje, tales como las disposiciones relacionadas con la arbitrabilidad de la controversia, la validez formal del convenio arbitral⁹⁴ o el principio de *litis pendencia*⁹⁵. También se ha sostenido que la elección del Capítulo 12 LDIP por partes internas no hace al contrato internacional⁹⁶. Por lo tanto, el derecho aplicable a la sustancia será el designado conforme al artículo 381(2) CPC Suizo⁹⁷, y la elección del Capítulo 12 LDIP por partes internas se limitaría al marco legal procedimental⁹⁸.

Si bien estamos de acuerdo en que la elección no cambia la naturaleza de un arbitraje, en nuestra opinión, ningún límite debe establecerse a las partes conforme al CPC o la LDIP. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del CPC suizo no establece ninguna restricción expresa en ese sentido. Por el contrario, la Exposición de Motivos sobre el artículo 353(2) CPC suizo (artículo 351(2) del Proyecto de Ley) explica que la posibilidad de optar a

⁹⁰ Ver 3.2 de esta contribución *supra*.

⁹¹ BESSON, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, § 36, p. 19.

⁹² BESSON, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, § 36, p. 19.

⁹³ BESSON, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, § 36, p. 19.

⁹⁴ Ver FRANK, R., STRÄULI, H., MESSMER, G, citado en WENGER, Werner, en SUTTER-SOMM, Thomas, HASENBÖHLER, Franz, LEUENBERGER, Christoph (eds). *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (ZPO). Zurich: Schulthess, 2010, ad. artículo 353, § 16, p. 2268.

⁹⁵ SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 21, pp. 1370, 1371. Ver también EHRAT, F. R., PFIFFNER, D.C., *Basler Komm. IPRG*. Ad. artículo 176 N 48, citado en WENGER, Op. Cit., en nota al pie 94 *supra*, ad. artículo 353, § 16, p. 2268.

⁹⁶ PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 18, p. 62.

⁹⁷ PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 18, pp. 61, 62.

⁹⁸ PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 18, pp. 61, 62: quien es de la opinión de que el ámbito de la arbitrabilidad en el artículo 177 LDIP y la disposición que establece el derecho aplicable a la sustancia de la controversia en el artículo 187 (1) LDIP son parte de un régimen que favorece las relaciones internacionales, al cual las partes internas no deben tener acceso.

favor del Capítulo 12 LDIP fue incluida tras las críticas recibidas acerca de la distinción formalista entre arbitraje interno e internacional durante el proceso de consultación⁹⁹. El artículo 353(2) constituye una disposición innovadora en ese sentido. Esta conlleva a una derogación expresa del artículo 1(1) LDIP que provee que las normas de derecho internacional no aplican a casos puramente internos¹⁰⁰.

Dicho lo anterior, la posibilidad de optar a favor de un cuerpo normativo no debe convertirse en una estrategia para evadir disposiciones imperativas. Un buen ejemplo de ello es la no arbitrabilidad de la mayoría de los aspectos de una controversia laboral conforme al CPC suizo, en especial vista la jurisprudencia de la Suprema Corte suiza sobre arbitrajes internos conforme al Concordato¹⁰¹. Por el contrario, conforme al Capítulo 12 LDIP todas las cuestiones de una relación laboral que tengan un interés patrimonial pueden ser objeto de un arbitraje¹⁰². Otro ejemplo es la no arbitrabilidad de controversias derivadas de arrendamientos residenciales de inmuebles localizados en Suiza. El artículo 361(4) CPC suizo establece que sólo la autoridad conciliadora, o sea un tribunal estatal suizo, podrá ser designada como tribunal arbitral, a efecto de cumplir las disposiciones imperativas respectivas del Código de las Obligaciones suizo.

3.4. Consideraciones prácticas

La decisión de excluir el cuerpo de normas normalmente aplicable para optar a favor del otro debe ser pensada seriamente. En términos generales, optar a favor del Capítulo 12 LDIP eliminaría la causal de la arbitrariedad como causa de anulación de laudos. Por lo tanto, las partes en arbitrajes internos regidos por el CPC suizo deberán sopesar cuidadosamente las ventajas y desventajas de tal renuncia. El riesgo podría ser mayor para las partes en posiciones desiguales, en donde una de ellas podría tomar ventaja de la revisión restringida del laudo por parte de la Suprema Corte suiza.

Por otra parte, optar a favor del CPC suizo permitiría a las partes someter al arbitraje controversias que no tiene valor en dinero. Por ejemplo, las recla-

⁹⁹ Exposición de Motivos relativa al Proyecto de Ley del CPC suizo, Op. Cit., en nota al pie 74 *supra*, ad. artículo 351, §5.25.2, p. 7000.

¹⁰⁰ PATOCCHI, Op. Cit., en nota al pie 65 *supra*, § 17, p. 61: quien admite tal efecto. Sin embargo ver las limitantes que él mismo considera en nota al pie 98 *supra*.

¹⁰¹ Ver sentencia de la Suprema Corte 4A_71/2010 del 28 de julio de 2010, publicada en el Boletín de la Suprema Corte ATF 136 III 467: sobre la invalidez de un convenio arbitral previsto en un contrato de trabajo.

¹⁰² SCHWEIZER, Op. Cit., en nota al pie 35 *supra*, ad. artículo 353, § 22, p. 1371, quien comparte la opinión de que es poco probable que las partes en arbitrajes internos puedan someter una controversia laboral al arbitraje al optar a favor del Capítulo 12 LDIP.

maciones que buscan el reconocimiento de una calidad o poder de decisión entre los miembros de una asociación, que no involucran ningún interés económico e implican derechos de libre disposición para las partes podrán someterse a arbitraje. Como fue mencionado anteriormente, la opción a favor del CPC suizo significaría la aceptación de la causal de la arbitrariedad de los laudos y no permitiría la renuncia de la acción de nulidad de los laudos.

4. CONCLUSIÓN

El análisis de las leyes de arbitraje de España, Perú, Francia y Suiza demuestra que, independientemente de su forma monista o dualista, todas ellas aún establecen disposiciones que favorecen el arbitraje internacional. Las disposiciones relevantes que son comparables son la obligación de los Estados o sus entes de obligarse ante el convenio arbitral suscrito, la libertad de las partes de elegir las disposiciones de derecho aplicables al arbitraje, los requisitos más flexibles respecto de la forma del convenio arbitral y la posibilidad para que las partes renuncien a su derecho a la acción de anulación del laudo.

Menos comparables son las razones que llevaron a adoptar una ley de arbitraje monista o dualista. En España y Perú las respectivas leyes monistas fueron adoptadas por razones prácticas que pretendían facilitar su presentación para las partes extranjeras. En Francia, la percepción filosófica del arbitraje internacional como un orden legal verdaderamente autónomo, que requiere una interpretación liberal y autónoma de las disposiciones, justificó la adopción de un cuerpo especial de reglas para el arbitraje internacional. En Suiza, las diferencias en las competencias legislativas de los cantones y la Confederación resultaron en dos cuerpos normativos del arbitraje.

No obstante, la pregunta es si todavía tiene sentido establecer disposiciones que privilegien el arbitraje internacional. ¿Por qué no renunciar a las pocas restricciones que se siguen imponiendo al arbitraje interno a fin de “mejorarlo” con la flexibilidad que ofrece en el arbitraje internacional? ¿Acaso el arbitraje no está ya listo para una verdadera y total unidad de las disposiciones?

Nosotros estamos a favor de una verdadera unidad, un verdadero monismo. Las legislaturas de los Estados y la comunidad legal en general ya no deben tener miedo de la aplicación del régimen favorable del arbitraje internacional en controversias de orden interno. El arbitraje internacional ha sido probado con éxito durante las últimas décadas. La mayoría de las disposiciones que favorecen del arbitraje internacional satisfacen las necesidades de las partes en arbitrajes internos y cumplen con los requisitos mínimos en materia de debido proceso.

El arbitraje internacional también podría renunciar a algunas de sus normas actuales. En el contexto del arbitraje en Suiza, las causales de anulación de los laudos internacionales han sido interpretadas de manera muy restrictiva, desde la adopción de la LDIP. Si bien compartimos la opinión de que la acción de anulación del laudo debe no considerarse, ni llegar a ser, un recurso de apelación sobre el fondo del asunto, la noción demasiado difusa de orden público, y su interpretación restrictiva por la Suprema Corte suiza, han hecho extremadamente difícil la anulación de los laudos internacionales conforme a tal causal.

Arbitraje comercial internacional en el mundo rusoparlante

OLENA S. PEREPOLYNSKA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Perspectiva histórica.* 2.1. *Marco legal común de las Repúblicas de la URSS.* 2.2. *Factores que influían en el arbitraje comercial internacional.* 2.2.1. *Factor lingüístico.* 2.2.2. *Monopolio estatal del comercio exterior.* 2.2.3. *“Telón de acero”.* 3. *Problemas y particularidades existentes.* 3.1. *Literatura y educación.* 3.2. *Árbitros.* 3.3. *Partes y abogados.* 3.4. *Jueces.* 3.5. *Instituciones arbitrales.* 3.6. *Particularidades del procedimiento arbitral.* 3.6.1. *Papel de secretarías.* 3.6.2. *Relatores.* 3.6.3. *Admisibilidad y efecto probatorio de distintos medios de prueba.* 3.6.4. *Audiencias.* 4. *Tendencias modernas.* 5. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

Tuve el honor de conocer personalmente al Dr. BERNARDO CREMADES en 2010 en el V Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje. Aquel año casualmente me enteré de esta asociación y al informarme de sus fines y actividades decidí de asociarme a ella. Asistiendo al Congreso fue agradablemente sorprendida por participación de tantos países de América Latina y por alto nivel profesional de los congresistas.

Pero lo más sorprendente para mí fue el ritmo del desarrollo y difusión del arbitraje en España que es la jurisdicción bastante “joven” en este ámbito, pero no obstante muy activa en promoverlo no solo en sí misma sino también en todo el mundo hispanoparlante. En un artículo sobre los árbitros españoles leí que Dr. Bernardo CREMADES había sido un pionero en arbitraje internacional en España y aplicó los esfuerzos enormes para transformarla en una jurisdicción verdaderamente arbitral. La ponencia del Doctor en el Congreso no dejaba lugar a la menor duda de que él va a hacer aún más en esta dirección.

(*) Asociada Principal de Sayenko Kharenko (Ucrania). Como abogada ha participado en decenas de arbitrajes comerciales internacionales con sede en Estocolmo, Kiev, Lausana, Londres, Moscú, París, Viena, ambos ad hoc e institucionales, incluso bajo los Reglamentos de CCI, CNUDMI, LCIA, SCC.

Todo eso me hizo pensar sobre el estado del arbitraje internacional en el mundo rusoparlante al cual pertenezco, así como sobre las razones de la suerte tan distinta de éste a pesar de una historia bastante larga del arbitraje e implementación de los instrumentos internacionales en el ámbito del arbitraje internacional en la legislación nacional de los países ex-soviéticos - miembros de la CEI¹.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Para entender mejor la situación contemporánea en el campo del arbitraje comercial internacional en el mundo rusoparlante hay que retroceder a los tiempos de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (la "URSS") que durante décadas unía a 15 estados soberanos y establecía un marco legal común de éstos para todo, incluso el arbitraje.

2.1. Marco legal común de las repúblicas de la URSS

En general, la Unión Soviética miraba con buenos ojos al arbitraje. Una de las leyes primeras de la justicia soviética fue el Decreto "Sobre Arbitraje" aprobado el 16 Febrero de 1918, que preveía posibilidad de someter una categoría bastante amplia de controversias en materia civil a la resolución de arbitraje². Tanto este Decreto, que se aplicaba en el territorio de Rusia, como la ley ucraniana sobre arbitraje aprobada en 1922, estaban en vigor hasta 1924. A partir de aquel año, prácticamente todos los códigos nacionales del procedimiento civil de las repúblicas de la URSS contenían un anexo "Reglamento de Arbitraje" que regulaba el arbitraje doméstico entre las personas físicas³. Pero todos estos actos legislativos regulaban sólo el arbitraje *ad hoc*, y reconocían el efecto vinculante de los acuerdos arbitrales sobre controversias ya surgidas, celebrados ante notario público (inscripción arbitral)⁴.

Además, en 1922 dio comienzo al arbitraje institucional en la Unión Soviética, cuando a las lonjas y bolsas de valores les permitían "crear comisiones especiales con derechos de la corte de arbitraje"⁵. Tales comisiones de arbitraje,

¹ La Comunidad de Estados Independientes (la "CEI") es una organización regional creada después de la disolución de la URSS y está compuesta por 10 de las 15 ex repúblicas soviéticas, incluso Azerbaiyán, Armenia, Belarús, la Federación de Rusia, Kazajstán, Kirguizia, Moldova, Tadjikistán, Ucrania y Uzbekistán. El presente artículo se enfoca en los países-fundadores de la CEI más importantes desde el punto de vista de uso del idioma ruso: la Federación de Rusia, Belarús, Ucrania y Kazajstán, en adelante los "países de la CEI".

² LEBEDEV, Sergei N. *La Cooperación Internacional en el Ámbito del Arbitraje Comercial*. Moscú: La Cámara del Comercio e Industria, 1980, p. 4.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, pp. 4-5.

actuaban como instituciones arbitrales en base a las reglas especiales y al Reglamento aprobado en 1925; y consideraban las controversias en el marco de su competencia, incluso aquéllas con participación de empresas extranjeras⁶.

En 1930 fue creada la Comisión de Arbitraje Marítimo adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS (la "MAC") – la institución arbitral especializada en controversias marítimas comerciales.

Pero el acontecimiento más importante para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en la URSS y más tarde – en la Federación de Rusia⁷ tuvo lugar en 1932, cuando en la base de la Resolución especial⁸ fue creada la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS (la "VTAC").

Ambas Comisiones tenían Reglamentos muy parecidos. Los árbitros podían ser nombrados sólo de entre los miembros de la Comisión respectiva. Las listas de tales miembros / árbitros eran aprobados anualmente por el Presídium de la Cámara de Comercio de la URSS entre "los representantes de las organizaciones mercantiles, industriales, de transportes y demás, así como entre las personas que posean conocimientos especiales en el campo del comercio exterior"⁹. En ambas instituciones, los colegios arbitrales tenían un asistente llamado "relator", quien hacía un trabajo preparatorio y auxiliar. Como representantes de las partes, podían actuar ciudadanos de cualquier estado.

Después de la creación de las comisiones susodichas, fueron claramente divididos los regímenes legales para el arbitraje doméstico regulado por los anexos respectivos de los códigos del procedimiento civil de las repúblicas de la URSS y para el arbitraje comercial internacional. Según los cambios introducidos el 10 de enero de 1934 en el Código de Procedimiento Civil de la RSFS de Rusia¹⁰, "las controversias que surgen de las transacciones en el comercio exterior, en particular las controversias entre las empresas extranjeras y organizaciones económicas soviéticas, se considerarán en el procedimiento arbitral por la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de la URSS en la base del Reglamento especial sobre ésta"¹¹.

⁶ *Ibid.*

⁷ KOMAROV, Alexander S. *Arbitraje Comercial Internacional: los Problemas y Soluciones Modernos: Colección de artículos al 75 Aniversario de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional adjunta a la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia*. Moscú: Statut, 2007, p. 4

⁸ Resolución del Comité Central Ejecutivo del Consejo de Comisarios del Pueblo de la URSS de 17 de junio de 1932.

⁹ KOMAROV, Alexander S. Op. Cit., p. 7.

¹⁰ La República Socialista Federativa Soviética de Rusia.

¹¹ KOMAROV, Alexander S. Op. Cit., p. 5.

Además de crear el marco legal en el derecho nacional, la Unión Soviética creaba condiciones para uso del arbitraje comercial internacional en los instrumentos internacionales.

Por ejemplo, en los tratados económicos celebrados por la URSS en los primeros años de su existencia, en particular, en los tratados sobre movimiento de mercancías con los estados extranjeros, sobre otorgamiento de concesiones a las empresas extranjeras, fue prevista la posibilidad de utilizar el arbitraje para resolver las divergencias entre las partes¹².

Después de la Segunda Guerra Mundial y creación en 1949 del Consejo de Ayuda Mutua Económica¹³ se reforzó la colaboración en diferentes ámbitos entre las organizaciones socialistas de los países miembros del Consejo, y como consecuencia, aumentó la cantidad de controversias entre ellas.

En este período, fueron creadas varias instituciones arbitrales en los países de Europa Central y Oriental. Sus reglamentos, como los de la VTAC y MAC fueron unificados en el marco del Consejo de Ayuda Mutua Económica que elaboró el Reglamento modelo arbitral para instituciones arbitrales adjuntas a las cámaras de comercio de los países-miembros del Consejo¹⁴.

En 1958 la URSS, así como las Repúblicas Socialistas Soviéticas de Ucrania y de Bielorrusia fueron estados firmantes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, y en 1961 - del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra.

En 1972 el Consejo de Ayuda Mutua Económica aprobó el Convenio sobre Solución mediante Arbitraje de las Controversias de Derecho Civil Derivadas de Relaciones de Cooperación Económica, Científica y Técnica (el Convenio de Moscú). Este establecía la resolución obligatoria (con exclusión de competencia de cortes estatales nacionales) de las controversias susodichas en determinadas instituciones arbitrales de los países miembros del Consejo¹⁵.

2.2. Factores que influían en el arbitraje comercial internacional

A partir del marco legal de arbitraje, es necesario tomar en cuenta varios factores políticosociales, cuya influencia en el arbitraje comercial internacional quizá no sea tan evidente.

¹² *Ibid.*

¹³ Organización de cooperación económica formada en torno a la URSS por diversos países socialistas, incluso Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, y posteriormente Albania, República Democrática Alemana, Mongolia, Cuba y Vietnam.

¹⁴ KOMAROV, Alexander S. Op. Cit., p. 10.

¹⁵ LEBEDEV, Sergei N. Op. Cit., p. 12

2.2.1. Factor Lingüístico

El primer factor es el factor lingüístico. A pesar de que la URSS fue un estado multinacional y multilingüístico, el idioma común en todo el territorio fue el ruso. Como resultado de la política estatal de promoción (a veces de forma forzada) del ruso en todas las partes de la Unión, hoy día - 20 años después de su descomposición - para casi 300 millones de habitantes en todo el mundo el ruso es el primer o el segundo idioma. Con eso el ruso ocupa el 3º lugar por distribución entre los idiomas internacionales (después del inglés y español), el 5º lugar entre todos los idiomas del mundo (después del chino, inglés, español e hindi), y es uno de los idiomas de trabajo de la ONU. Territorialmente los países más importantes rusoparlantes son la Federación de Rusia (140 millones), Ucrania (con aproximadamente 36 millones de habitantes rusoparlantes), Kazajistán (con cerca de 11 millones de habitantes rusoparlantes) y Belarús (9 millones).

2.2.2. Monopolio estatal del comercio exterior

El segundo factor importante fue el monopolio estatal del comercio exterior. Según la legislación de la URSS, el comercio exterior se efectuaba sólo a través de entidades especializadas controladas por el estado. Y aunque prácticamente todos los contratos celebrados por tales entidades contenían una cláusula arbitral, tal situación limitaba considerablemente la cantidad de las partes potenciales de las controversias sometidas al arbitraje. Este monopolio permitía el funcionamiento en la escala estatal de la URSS de sólo dos instituciones arbitrales - la Corte de Arbitraje¹⁶ y la Comisión de Arbitraje Marítimo adjuntas a la Cámara de Comercio e Industria de la URSS¹⁷.

2.2.3 "Telón de Acero"

El tercer factor importante fue el "telón de acero"¹⁸. Los contactos con los países extranjeros fueron muy limitados en todos los niveles. La mayoría de los habitantes de la Unión nunca salía del país, los pocos afortunados que lo lograron visitaron normalmente algún país socialista, donde, como regla, podían hablar ruso. Como consecuencia, la mayoría de los habitantes de la URSS, aún si aprendía algún idioma extranjero en la escuela, tenía oportunidades muy limitadas de practicarlo. Al otro lado del "telón de acero", con

¹⁶ Nombre nuevo de la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior desde 1987

¹⁷ POBIRCHENKO, Igor G. "Prólogo". En: *Arbitraje Comercial Internacional en Ucrania: Legislación y Práctica*. Kiev: In Jure, 2000, p. 3

¹⁸ O la "Cortina de Hierro" (en inglés "Iron curtain") - una expresión usada para referirse a la frontera, no solo física, sino también ideológica, que dividió a Europa en dos después de la Segunda Guerra Mundial

excepción de los países que tenían relaciones buenas con la Unión Soviética, tampoco había mucho sentido en aprender ruso como el idioma extranjero salvo las categorías especiales, como por ejemplo los lingüistas, diplomáticos y agentes del servicio secreto de información.

3. PROBLEMAS Y PARTICULARIDADES EXISTENTES

En el ámbito del arbitraje estos tres factores causaron un gran impacto y problemas con la literatura, la formación profesional de árbitros, abogados y jueces, instituciones arbitrales, con el desarrollo de doctrina y práctica del arbitraje comercial internacional, de la legislación especial y de la jurisprudencia respectiva en los países del mundo rusoparlante. Esto resultó en la aparición de ciertas particularidades en la práctica del arbitraje comercial internacional de los países respectivos.

3.1. Literatura y educación

Hay dos aspectos de este problema: (i) falta de acceso a las obras “extranjeras” fundamentales sobre el arbitraje comercial internacional y (ii) falta de obras en ruso (o en idioma estatal correspondiente del país de la CEI).

La situación con el primer aspecto sigue siendo bastante difícil desde los tiempos de la URSS. Aún ahora en muchos países de CEI es bastante complicado conseguir libros extranjeros (del autores de países “no ex-socialistas”) de arbitraje internacional en las bibliotecas de las principales universidades o incluso en las bibliotecas estatales más grandes. Por problemas de financiación, las bibliotecas susodichas simplemente no se pueden permitir su adquisición. Claro que en los últimos años, tales obras aparecen en bibliotecas privadas y no hay problema en comprarlas a través de Internet, pero para la mayoría de los estudiantes es un lujo inalcanzable.

La situación respecto al segundo punto está mejorando. Hace una década todavía habían pocos libros y artículos en ruso, y en su mayoría contenían una descripción de los instrumentos internacionales y la Ley Modelo de CNUDMI, más que una doctrina y práctica del arbitraje comercial internacional. Aparecen más publicaciones dedicadas al arbitraje internacional, revistas especializadas, generalizaciones de la práctica de las instituciones arbitrales etc. Hay también obras escritas en ruso por los árbitros europeos dedicadas a diferentes aspectos del arbitraje internacional, en primer lugar, en sus propios países. Pero todavía no hay una obra fundamental o clásica de arbitraje comercial internacional en ruso, faltan manuales, y pocas universidades tienen cursos especiales de arbitraje internacional.

Con todo eso es bastante difícil promover la educación en materia del arbitraje en amplios círculos jurídicos.

3.2. Árbitros

Aunque en el mundo rusoparlante hay algunos árbitros-estrellas, que gozan reconocimiento internacional merecido, ellos se distinguen considerablemente de la mayoría de los árbitros rusoparlantes de los países de la CEI, que tienen ciertas “particularidades regionales”.

Tales particularidades a veces pueden causar efectos imprevistos al procedimiento arbitral tanto para las partes extranjeras, como para los árbitros extranjeros que se encuentran en los colegios arbitrales en los países rusoparlantes

Esta situación se radica en los factores descritos más arriba. Dado que la edad media de los árbitros en todo el mundo es superior o muy superior a los 45 años, no es difícil calcular y concluir que la mayoría de los árbitros en los países de la CEI son de formación soviética. Y como muchos representantes de su generación no hablan idiomas extranjeras (como el inglés, francés, español, alemán etc.) Por lo tanto no tienen posibilidad de familiarizarse ni con la literatura, ni con la práctica arbitral y judicial extranjera. La situación con la literatura en ruso no les permite a llenar vacíos respectivos.

Quizá no sea tan raro que no hablen otros idiomas. Por ejemplo, muchos árbitros ingleses hablan un solo idioma –el inglés– y no tienen intención alguna de aprender algo más. La lógica de los árbitros rusoparlantes es muy parecida: con la cantidad de población rusoparlante en el globo, sus servicios como árbitros pueden tener bastante demanda.

Para esta categoría de árbitros, el arbitraje internacional es más bien una fuente adicional de ganancias que una ocupación profesional. Como consecuencia, muchos de ellos no quieren hacer esfuerzo alguno para desarrollar o aún para perfeccionar la calidad de resolución de las controversias sometidas al arbitraje.

No obstante, surge una cuestión lógica: ¿y por qué las partes les siguen nombrando?

La respuesta está relacionada también con la “herencia” de los tiempos soviéticos - las listas de árbitros cerradas. Es decir, las partes que optan por alguna institución arbitral (por ejemplo en Ucrania o Belarús), pueden nombrar árbitros sólo de la lista especial aprobada para tal institución. En los tiempos soviéticos la razón principal de tener tales listas fue evidente: excluir la posibilidad de tener árbitros “casuales”. Después de la descomposición de la Unión, las instituciones nuevas preferían controlar el nivel mínimo profesional de los árbitros. En aquel tiempo transitorio quizá fuera una medida justificada. Pero hoy día a la mayoría de las partes de procedimientos arbitrales no les gusta tal limitación.

Esta particularidad explica la conservación de las “tradiciones” soviéticas así como la posición dominante de la generación soviética de los árbitros.

3.3. Partes y abogados

Otra categoría muy importante que influye en la formación de práctica arbitral en los países de la CEI son los usuarios del arbitraje comercial internacional. A distinción de los árbitros, las partes de estos países evolucionaron considerablemente en los últimos 20 años. Con el cese del monopolio estatal del comercio exterior, miles de empresas privadas empezaron a tomar parte en el comercio internacional. Unido a la falta de experiencia y conocimientos de éstas, causaron un crecimiento radical de la cantidad de controversias sometidas al arbitraje¹⁹. La mayoría de tales controversias se debían a imperfecciones textuales de los contratos y a la carencia de cultura comercial en los países de la CEI. En el procedimiento arbitral, muchas partes de tales países fueron representados por sus propios directores y no por abogados.

Con el paso del tiempo, esta situación cambió. Hoy día, las controversias son menos numerosas pero más complicadas. Por lo tanto las partes prefieren estar representadas en arbitraje por abogados. Este segmento del mercado de servicios jurídicos se está desarrollando bastante rápidamente. Hay muchos abogados que quieren practicar el arbitraje, pero no todos quieren hacer el esfuerzo por estudiar profundamente este campo.

Para los árbitros extranjeros, el comportamiento de los abogados de las partes de los países de la CEI a veces puede parecer bastante extraño, especialmente si los abogados practican más en las cortes estatales, que en arbitraje.

3.4. Jueces

En todos los países de la CEI se detectan problemas con el funcionamiento del sistema judicial en apoyo o control del arbitraje comercial internacional. Parcialmente estos problemas se deben a imperfecciones y deformidades de los sistemas judiciales en general, que son muy parecidos en estos países.

Pero en adición se manifiesta falta de educación especial en materia de arbitraje internacional, las razones de la cual están descritas más arriba. Eso a veces se agrava con particularidades relacionadas con la dualidad de la legislación arbitral nacional.

Siguiendo el enfoque de la URSS y más tarde el de Rusia, en la mayoría de los países de la CEI hay un régimen legal diferente para el arbitraje internacional y el arbitraje doméstico. Como consecuencia existen dos tipos de

¹⁹ KOMAROV, Alexander S. Op. Cit., p. 10.

instituciones arbitrales, con predominancia numérica considerable de las del arbitraje doméstico. El crecimiento rápido de su cantidad resultó en múltiples problemas con calidad del arbitraje doméstico en general, provocados, en primer lugar, por la situación ya descrita con la literatura y educación en materia del arbitraje.

Pero a pesar de que hay las leyes distintas sobre el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional, las reglas del procedimiento judicial en apoyo o control de ambos en muchos casos son los mismos. Por lo tanto a veces los jueces hacen proyección de los problemas y prácticas del arbitraje doméstico al arbitraje internacional, lo que le afecta adversamente y simplemente frena su desarrollo.

3.5. Instituciones arbitrales

Desde perspectiva institucional lo más importante es que todavía no hay un centro "fuerte" del arbitraje internacional en el mundo rusoparlante. En tiempos soviéticos, había dos instituciones principales que siguen funcionando en Rusia, pero después de la descomposición de la URSS su significado se ha reducido a escala nacional. Casi todos los países crearon sus propias instituciones arbitrales adjuntas a las cámaras de comercio e industria. Y durante muchos años al nivel nacional éstas actuaban sin competición alguna. Incluso por eso no hacían mucho esfuerzo para perfeccionar la calidad de sus servicios.

Pero en el tiempo presente tanto las partes, como los abogados con experiencia de participación en los arbitrajes internacionales administrados por las instituciones arbitrales del reconocimiento global hacen nuestro de su desagrado y desconfianza en las instituciones arbitrales en los países de la CEL.

Como solución más simple de este problema prefieren incluir en sus contratos cláusulas arbitrales a favor de instituciones extranjeras, por ejemplo LCIA, ICC, SCC, Corte de Arbitraje de Viena etc. Y esta tendencia, apoyada activamente por sus contratantes y los abogados extranjeros de éstos, es bastante estable.

Claro que no es fácil percibir y aceptar otra solución, la cual no es tan simple, requiere muchos esfuerzos y tiempo, y sobreentiende una actividad común de los prácticos del arbitraje internacional y del estado orientada hacia la transformación de éste en un centro global de arbitraje. Pero entre la mayoría de los abogados y árbitros carece un entendimiento de que desde la perspectiva de largo plazo es mucho más ventajoso desarrollar el arbitraje comercial internacional en su propia jurisdicción para tener la oportunidad de practicarlo allí, en vez de Londres, Paris, Estocolmo, Viena etc.

Por razones históricas en el mundo rusoparlante todavía no funciona bien otra solución que es una mezcla de las dos precedentes y que supone sumisión de controversias a las instituciones arbitrales extranjeras pero con la sede en los países de la CEI y con el idioma de procedimiento arbitral ruso. Realización de esta opción en gran escala tropieza con falta de los árbitros rusoparlantes de debida calificación. La situación con los árbitros de la CEI está descrita más arriba y la sobran comentarios adicionales. En cuanto a los árbitros internacionales de otros países todavía muy pocos de ellos hablan ruso. Y eso a pesar de que por el factor lingüístico el “mercado” rusoparlante es evidentemente atractivo para los árbitros. Este desajuste de “demanda” y “oferta” se debe al factor del “telón de acero”.

3.6. Particularidades del procedimiento arbitral

Casi todo lo expuesto tiene su proyección en los procedimientos arbitrales administrados por las instituciones arbitrales en los países de la CEI. De numerosas particularidades pertinentes a éstos los más notables son siguientes.

3.6.1. Papel de Secretaría

Los Reglamentos de la mayoría de las instituciones arbitrales de la CEI otorgan poderes bastante amplios a sus órganos administrativos (Secretarías). Por lo que un demandante debe dirigir su demanda a la institución para iniciar el arbitraje, la Secretaría tiene derecho de controlar si faltan algunas pruebas documentarias y puede obligar al demandante promover pruebas adicionales tanto en cuestiones procesales (por ejemplo en cuanto al idioma del procedimiento arbitral) como relacionadas con el fondo de la demanda²⁰.

En práctica, si la constitución del colegio arbitral se dilata, la Secretaría misma puede dirigir la mayor parte del procedimiento, estableciendo los plazos procesales de presentación de los memoriales por las partes y resolviendo distintas cuestiones corrientes.

3.6.2. Relatores

Siguiendo tradiciones y prácticas soviéticas en muchas instituciones arbitrales de la CEI existe categoría adicional que participa en los procedimientos arbitrales – así llamados “relatores”, que cumplen funciones de asistentes de los colegios arbitrales. En algunas instituciones su participación es mandato-

²⁰ Véase por ejemplo artículos 19, 25 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional Adjunta a la Cámara del Comercio e Industria de Ucrania, que se encuentre disponible en inglés en <http://www.ucci.org.ua/arb/icac/en/rules.html>.

ria²¹, en otras - opcional²². En cualquier caso las partes no pueden influir en designación del relator en su propio caso, lo cual es prerrogativa de los órganos administrativos de las instituciones arbitrales. Status procesal de los relatores no es muy claro y su papel en el procedimiento se determina más bien por la posición de los árbitros, que por el Reglamento. Como regla, los relatores preparan proyectos de los documentos a ser emitidos por el colegio arbitral, asisten a las audiencias, tienen acceso al expediente arbitral respectivo y pueden estar presentes en los encuentros y deliberaciones del colegio arbitral.

3.6.3. Admisibilidad y efecto probatorio de distintos medios de prueba

La mayoría de los Reglamentos de las instituciones arbitrales de la CEI no establece limitación alguna en cuanto a los medios de prueba. Por lo tanto en práctica las cuestiones relacionadas con admisibilidad y efecto probatorio de ciertos medios dependen de los árbitros.

Los de formación soviética son partidarios del formalismo y pruebas documentarias, y su medio preferido es un documento formal (mejor en original) firmado y sellado por una o ambas partes, complementado, cuando apropiado, por otros documentos formales que prueban su cumplimiento por la parte correspondiente. Tales árbitros aceptan documentos, como regla, aún en las etapas más tardes del procedimiento arbitral, incluso en las audiencias.

Por otro lado son adversarios furibundos de participación de testigos en el procedimiento arbitral. Los Reglamentos respectivos casi no tienen reglas especiales relacionadas a testigos, lo que a veces se interpreta como la exclusión completa de tal medio de prueba. En estos casos las partes no tienen otra salida que otorgar el poder a su testigo para que pueda participar en la audiencia en calidad de un representante de la parte. Pero eso priva sus explicaciones del efecto probatorio propio.

Si se trata de los peritos de las partes, que presenten sus informes en los procedimientos arbitrales, como regla, no participan en las audiencias, y ni otra parte, ni el colegio arbitral les puede plantear cuestiones algunas.

3.6.4. Audiencias

Tal actitud de los árbitros afecta considerablemente el fin y el transcurso de las audiencias en el procedimiento arbitral. Como regla, el objetivo de la

²¹ Véase por ejemplo § 7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional Adjunta a la Cámara del Comercio e Industria de la Federación de Rusia; que se encuentre disponible en inglés en <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/regleng>.

²² Véase por ejemplo artículo 8(5) del Reglamento de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional Adjunta a la Cámara del Comercio e Industria de Ucrania.

audiencia no es examen de pruebas presentadas por las partes. En práctica, la audiencia se transforma en un intercambio adicional de los argumentos en cuanto al fondo del asunto entre las partes. Muy a menudo una o aún ambas partes presentan durante la audiencia documentos nuevos o comentarios adicionales (incluso por escrito). La diferencia principal entre una audiencia y etapas precedentes del procedimiento arbitral consiste en que los árbitros y las partes tienen posibilidad de plantear cuestiones en cuanto a los documentos y argumentos de las partes en el arbitraje. Si no se fija otra audiencia, el colegio arbitral pasa a preparación del laudo, que como regla, tiene la fecha de la última audiencia.

Y un aspecto técnico, pero también importante, es fijación de la audiencia. En la mayoría de las instituciones arbitrales no utilizan los medios técnicos para grabar la audiencia. Pues, en mejor caso se prepara el protocolo de la audiencia circulado después de ésta. Pero a veces, no hay aún protocolo, que puede causar ciertas inconveniencias para las partes, si por ejemplo, en el curso de la audiencia plantean nuevos argumentos u objeciones que después no están tomados en consideración por los árbitros o reflejados en el laudo.

4. TENDENCIAS MODERNAS

Con la herencia soviética en el ámbito del arbitraje, los veinte (20) años transcurridos desde la disolución de la URSS no son suficientes para cambiar completamente la "cara" arbitral de los países de la CEI. Son suficientes para formar una generación nueva de abogados, pero no de árbitros o jueces (dado la edad media de estas dos categorías profesionales). Sólo en los últimos años empiezan a aparecer árbitros jóvenes (menos de 45 años) que tienen una visión nueva del arbitraje y que hacen un esfuerzo por desarrollarlo en sus países respectivos.

Las instituciones arbitrales poco a poco dejan de aplicar las listas de árbitros cerradas, contraen las prácticas de las instituciones extranjeras, modifican sus Reglamentos y procuran educar a los jueces en materia del arbitraje comercial internacional. El papel principal en este proceso cumplen los árbitros. Por un lado, son árbitros de los países de la CEI que ya han actuado como co-árbitros en las instituciones arbitrales extranjeras. Por otro lado, son árbitros extranjeros nombrados o designados en los procedimientos arbitrales administrados por las instituciones arbitrales de la CEI.

Hay indicios del crecimiento de cantidad de arbitrajes internacionales en ruso, incluso en las instituciones arbitrales extranjeras. El ejemplo más notable es "*Remington Worldwide Limited v Ucrania*" - arbitraje de inversión bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía administrado por SCC.

Los cambios más notables tienen lugar en Rusia. Últimamente ha surgido una cierta actividad orientada hacia la transformación de Rusia en un centro global del arbitraje comercial internacional. Esta actividad está apoyada tanto por las instituciones arbitrales, como por los abogados y árbitros.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque las tendencias modernas descritas en la sección anterior dan lugar a esperanzas de cambios profundos y radicales en el campo del arbitraje internacional en el mundo rusoparlante en un futuro previsible, estamos sólo al principio de este camino. Y para recorrerlo más fácil, y rápidamente, sería muy útil de tomar en consideración la experiencia positiva de otros países del mundo, incluso del mundo hispanoparlante.

A parte del marco legal respectivo, lo más importante para el desarrollo propio del arbitraje en cualquier país, es la gente dedicada a ello. Con buenos profesores y dignos ejemplos personales y profesionales es más simple formar una cultura y tradiciones arbitrales, así como promover educación profesional en el ámbito del arbitraje. Todo eso permite asegurar el nivel alto de profesionalismo de los árbitros, abogados y jueces, lo cual, a su vez, crea premisas para la transformación de un país en un centro arbitral.

En este respecto el mundo hispanoparlante tiene evidente ventaja de contar con tal árbitro-estrella como Dr. BERNARDO CREMADES. Y desde la perspectiva del mundo rusoparlante nos queda sólo lamentar que no hable ruso también.

La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario

RICARDO OLIVERA GARCÍA (*)
ALEJANDRO SANTI ESTEFAN (**)

SUMARIO: *Introducción. 1. El vínculo genético del arbitraje con las sociedades comerciales y su evolución posterior. 1.1. El arbitraje societario obligatorio en el Derecho francés y español. El estadio actual de estas legislaciones. 1.2. El arbitraje societario en otros ordenamientos jurídicos. 1.3. El arbitraje societario en la codificación comercial del Río de la Plata: Argentina y Uruguay. 2. El arbitraje estatutario en Uruguay. Los conflictos societarios son materia arbitrable. 2.1. La materia arbitrable en la legislación procesal uruguaya. 2.2. El orden público y la materia arbitrable. 2.3. La arbitrabilidad de los conflictos societarios. 3. Alcance subjetivo de la cláusula compromisoria. 3.1. La cuestión del otorgamiento por escrito de la cláusula compromisoria. 3.2. La sociedad y sus socios o accionistas. 3.3. Los adquirentes de participaciones sociales. 3.4. Los directores o administradores y síndicos. 3.5. Incorporación sucesiva de la cláusula en los contratos. 4. Algunas cuestiones societarias arbitrables. 4.1. La nulidad del contrato social. 4.2. Impugnación de las resoluciones de asamblea. 4.3. Responsabilidad de los administradores. 5. Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

Mucho nos complace tener la oportunidad de sumarnos al merecido homenaje que el Instituto Peruano de Arbitraje ha decidido realizar a los árbitros internacionales YVES DERAINS y BERNARDO CREMADES. Corresponde felicitar a nuestros colegas peruanos por esta feliz iniciativa que, no solamente da cumplimiento a un deber de estricta justicia con los homenajeados, sino que implica un valioso aporte al arbitraje latinoamericano, congregando en torno

(*) Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Decano Emérito de la Universidad de Montevideo. Ex miembro del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Integrante del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Directivo del Capítulo Rioplatense del Club Español de Arbitraje.

(**) Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Egresado del posgrado de formación de Magistrados del Centro de Estudio Judiciales del Uruguay (Escuela Judicial). Ex Juez de primera instancia.

a tales personajes, aportes profesionales y académicos que habrán de tener una indudable incidencia en el desarrollo y perfeccionamiento de la materia.

Es que los nombres de YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES se encuentran íntimamente asociados a los más altos estándares del arbitraje internacional, no sólo en Latinoamérica, sino en todo el mundo. El pasaje de YVES DERAIS por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en especial por su Secretaría General, representó un hito trascendente en el desarrollo de esta entidad. Su contribución a la consolidación del marco normativo y de las mejores prácticas del arbitraje institucional constituye un aporte invaluable. Su posterior actuación como árbitro y como abogado litigante en procesos arbitrales es igualmente un punto de referencia en la materia.

No menos trascendente e importante es el aporte realizado por BERNARDO CREMADES, ex-Presidente de la Corte Española de Arbitraje, miembro de las más importantes asociaciones profesionales del mundo en materia arbitral y tal vez el más destacado arbitrajista de habla hispana, con una rutilante trayectoria de varias décadas, tanto en arbitrajes institucionales como *ad hoc*, como presidente de tribunales, árbitro de parte o abogado litigante. Desde su cuna ibérica, CREMADES ha trascendido todas las fronteras, siendo digna de destacar su permanente presencia y su muy importante apoyo al arbitraje en Latinoamérica, del cual constituye, sin lugar a dudas, uno de sus pilares. Para los juristas rioplatenses, CREMADES es además el impulsor –y, por qué no, también el padrino– del Capítulo Rioplatense del Club Español de Arbitraje, creado en el año 2011, el cual produjo el trascendente efecto de reunir a argentinos y uruguayos en reuniones periódicas, impulsando intercambios de experiencias y trabajos conjuntos, los cuales ya están brindando sus frutos.

Todos quienes nos asomamos alguna vez al tema del arbitraje tuvimos la oportunidad de encontrarnos con DERAIS y con CREMADES a través de sus aportes a la literatura jurídica en la materia: libros y artículos que representan material de consulta ineludible. Allí aprendimos a valorar el vasto dominio de la materia, la profundidad de sus análisis jurídicos y la ponderación de sus juicios. No obstante, estos nombres no adquirieron voz y rostro hasta que, hace ya algunos años, tuvimos la satisfacción de encontrarnos con ellos en las reuniones del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI que anualmente se organizan entre quienes actúan en arbitrajes CCI en Latinoamérica. En dichas reuniones, DERAIS y CREMADES confirmaron definitivamente el magisterio que todos le atribuíamos, transformándose en formadores de opinión en todos aquellos temas que resultan relevantes en el Derecho arbitral moderno. La generosidad de los conocimientos transmitidos en estos eventos resulta elocuente para confirmar que su sólida formación y experiencia en materia

jurídica, va acompañada por una excepcional calidad humana, virtud propia de los grandes maestros.

Para nuestro homenaje hemos elegido el tema del arbitraje societario, tema polémico en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales, buscando aportar también a la materia arbitral nuestros estudios y reflexiones en materia societaria de los últimos cuarenta años, sumados a los aportes de un joven y pujante procesalista, especializado en la materia. Estamos convencidos de la unidad intrínseca del Derecho y de la necesidad de complementar visiones y puntos de vista elaborados en diferentes ámbitos del pensamiento jurídico, a los efectos de alcanzar el análisis más completo de las cuestiones a ser resueltas. Este es pues nuestro aporte a la celebración a la que nos convoca el carisma de nuestros maestros.

El vínculo genético del arbitraje con las sociedades comerciales Y Su evolución posterior.

1.1. El arbitraje societario obligatorio en el Derecho francés y español. El estadio actual de estas legislaciones

No es posible abordar el análisis del arbitraje societario sin aludir a su origen histórico. Esto ocurre, no por simple curiosidad académica, sino por la importancia que este análisis tiene, desde el punto de vista científico, para despejar las dudas planteadas sobre la aplicabilidad arbitraje en materia societaria. Este estudio permite comprender a cabalidad los estrechos vínculos que sociedad y arbitraje han tenido a través del tiempo.

Inadvertidos de esta aproximación genética se ha desdeñado por algunos al arbitraje como mecanismo apto para solucionar conflictos societarios, acudiendo para esto a argumentos poco eficaces. Desconocen, en cambio, que el arbitraje se desarrolló en la historia, precisamente, como mecanismo aplicable a la solución de conflictos societarios, por ser el procedimiento que mejor sirve al desarrollo del comercio, por su celeridad, especialidad, confidencialidad y profesionalización de la actividad mercantil.

La primera Constitución francesa de 3 de setiembre de 1791 declaró que el derecho de los ciudadanos de solucionar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no podía ser limitado por la Ley¹. Por su parte, el Código de Comercio francés de 1807 consagraba el arbitraje preceptivo en materia de conflictos societarios (artículos 51 a 63) a cargo de árbitros elegidos por

¹ En el artículo Primero numeral 5, Título III Cap. V la Constitución expresaba: “El derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje, no puede verse perjudicado por los actos del Poder legislativo”.

los socios y, en su defecto, por el tribunal de comercio². El Código recogió la tradición proveniente de la Ordenanza de Moulins de 1566 y de la Ordenanza de Colbert (Code Savary) de 1673³, instrumentos que incluso reconocían como antecedente al Edicto de François II de 1560. Estas normas del viejo régimen ya imponían el sometimiento a arbitraje de algunos conflictos que tuvieran por causa u objeto un contrato de sociedad. El arbitraje societario, entonces, tuvo plena vigencia en épocas absolutistas, pero también en los albores de la República bajo el influjo del liberalismo ideológico. En 1856 (Ley de 17 de julio), por la desconfianza del legislador con la actuación de los árbitros, su verdadera independencia y honradez, y por razones coyunturales, se derogó la obligatoriedad del arbitraje en materia societaria. Más contemporáneamente, por Ley de 31 de diciembre de 1925, se reformó el artículo 631 del Código de Comercio, que se refiere nuevamente al arbitraje, admitiendo expresamente que el pacto de cláusulas compromisorias en los contratos de sociedad⁴.

En el régimen francés, el arbitraje está actualmente regulado por los artículos 2059 y siguientes del Código Civil y por el Libro IV del Nuevo Código de Procedimiento Civil, en sus aspectos procesales. Además, los artículos L721-3 y siguientes del Código de Comercio, en su reforma de 2001, establecen cual es la competencia del fuero comercial que puede ser sometida a arbitraje (L725-5 *in fine*), admitiendo plenamente el arbitraje intrasocietario. No existe límite legal en cuanto a qué sociedades pueden incluir una cláusula compromisoria en sus estatutos, aunque alguna jurisprudencia ha considerado la protección del socio inversor en grades sociedades de capital estratificado, equiparándolo al consumidor. Se admite el arbitraje tanto de derecho como de equidad, aunque siempre se requiere motivación del fallo⁵.

En el Derecho español, otro antecedente valioso lo constituyen las Ordenanzas de Bilbao del siglo XVI⁶, cuya versión más difundida es de 1737,

² Vé. LYON-CAEN, CH. & RENAULT, L., *Précis de Droit Commercial*, F. Pichon, Paris, 1884, t. I, pp. 317-319.

³ En el título IV "De las compañías" de la Ordenanza de Colbert ya se regulaba el arbitraje obligatorio en sus artículos IX a XIV, de un total de catorce artículos destinados en este verdadero primer Código de Comercio a la regulación de las sociedades, lo que da cuenta de la importancia que se le daba al arbitraje como mecanismo natural para la solución de conflictos societarios.

⁴ GOUÏFFRES, L., *De la pluralité de la justice: la singularité du modèle arbitral*, en *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé: mémoires pour le diplôme d'études approfondies de droit international privé et du commerce international, présentés et soutenus publiquement*, dir. B. Oppetit et al., LGDJ, Paris, 1997, p. 10.

⁵ Vé. CREMADES, J., *Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional*, Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral. Nº 1, Barcelona, 2001, pp. 15-16.

⁶ El Consulado de Bilbao, Casa de Contratación y Juzgado de los hombres de negocios de mar y tierra fue creado por disposición de la Reina Juana I de Castilla en 1511. Las primeras ordenanzas de este Consultado datan de 1531.

las cuales compendiaron las ordenanzas particulares y usos y costumbres comerciales en la Península Ibérica. Las Ordenanzas de Bilbao impusieron el arbitraje forzoso en materia societaria, ordenando la inclusión de cláusulas compromisorias en los estatutos sociales, con el confeso objetivo de que los conflictos societarios se resolvieran sin demora, en procedimientos ágiles, ante fueros especializados en los que los comerciantes confiaran. La influencia francesa de la Ordenanza de Colbert, dictada para Luis XIV Rey de Francia y de Navarra, surge como evidente. La Ley N^o 16 del Capítulo X de las Ordenanzas de Bilbao fue luego recogida por el Código de Comercio Español de 1829⁷. Estos antecedentes fueron tomados en cuenta por Eduardo Acevedo y Dalmasio Vélez Sarsfield, redactores del Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires, cuyas disposiciones fueron luego adoptadas prácticamente sin modificaciones por los códigos de Comercio de Argentina y Uruguay⁸.

En épocas más recientes se plantearon también en España algunos reparos al arbitraje societario, a partir de la regulación general de arbitraje de la Ley de Arbitraje Privado de 1953 y a la regulación sustantiva respecto a la impugnación de decisiones sociales prevista en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Sin embargo, la opinión favorable al arbitraje societario retomó fuerza a partir de la Ley española de Arbitraje N^o 60/2003 que, según la opinión predominante, lo admite sin reparos desde su sanción⁹. La jurisprudencia y las decisiones de los órganos administrativos de contralor ya habían adelantado su criterio favorable a la inclusión de cláusulas compromisorias en los estatutos sociales¹⁰. La Dirección General de Registros y del Notariado emitió el 19 de febrero de 1998 una resolución en tal sentido¹¹ y en similar línea se expresó el Tribunal Supremo en sentencia del 18 de abril del mismo año (Sala de lo Civil. Sentencia N^o 355/1998)¹².

Cualquier cuestionamiento al arbitraje societario en España quedó definitivamente laudado a partir de la reciente reforma del artículo 11 de la

⁷ CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 25 y 34.

⁸ OLIVERA GARCÍA, R., *El Código de Comercio uruguayo*, presentación a Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay y leyes complementarias, anotado y concordado, 6^a ed., FCU, Montevideo, 2007, pp. 28-31.

⁹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 18.

¹⁰ CREMADES, B., *El arbitraje societario*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2000-2001, p. 16.

¹¹ CALAZA LÓPEZ, S. *El arbitraje societario*, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, N^o 21, Madrid, 2003, pp. 193-212.

¹² MERINO MERCHÁN, J., y CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^a ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 279

Ley N° 60/2003, que fuera aprobada por Ley de 12 de mayo de 2011¹³. Esta norma regula el régimen jurídico de las cláusulas compromisorias incluidas en estatutos sociales, optando por el arbitraje institucional (artículos 11 bis y 11 ter). En el preámbulo de esta ley se expresa: *“La Ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ella se planteen.”*

1.2. El arbitraje estatutario en otros ordenamientos jurídicos

En Italia la cuestión ha sido y es más controversial. El origen y la evolución de la temática es diferente a la ocurrida en el derecho francés y español, donde el arbitraje tiene una génesis común con la regulación de las sociedades comerciales. En el Derecho italiano, la admisibilidad del arbitraje societario ha tenido marchas y contramarchas, girando siempre en torno al concepto de orden público de las disposiciones legales en la materia; especialmente, en lo relativo al régimen de responsabilidad de los administradores y nulidad de las decisiones de asamblea¹⁴.

La regulación del arbitraje societario parece haber encontrado un cauce a partir de los decretos legislativos 5/2003 y 6/2003, de 17 de enero de 2003, dictados en el marco de la delegación que la Ley 336 de 3 de octubre de 2001 realizara en el Poder Ejecutivo para la actualización y armonización de las normas societarias. El nuevo régimen admite el arbitraje societario, entendiéndose por tal el que surge de una cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales. El arbitraje societario estatutario solo puede versar sobre cuestiones disponibles y solo puede ser de derecho. En una fórmula curiosa y seguramente transaccional entre los defensores y detractores del arbitraje estatutario, en materia de impugnación de decisiones sociales, se entiende que solo pueden ser objeto de arbitraje las que fueren “anulables” que, en tanto convalidables, están en la esfera de las cuestiones disponibles. Las decisiones nulas o inexistentes, por vicios genéticos graves, no pueden ser objeto de arbitraje por tratarse de cuestiones indisponibles reservadas a la decisión del Juez de la jurisdicción oficial. Se consagra el derecho de los restantes sujetos alcanzados por la cláusula compromisorias (por ejemplo, de los socios no accionantes) de acceder a la actuaciones arbitrales, sin que sea posible oponerles la confidencialidad del procedimiento. Se regula además la

¹³ Publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, N° 85-19, 19 de mayo de 2011, BOE, Madrid, 2011, pp. 1-6.

¹⁴ AMBROSINI, R., *Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari*, Le Società, 12/1995, p. 1610.

intervención adhesiva de terceros alcanzados por la cláusula compromisoria. El arbitraje alcanza a la sociedad y a los soportes de los órganos sociales, a los socios fundadores y a los subsiguientes¹⁵. Se prohíbe el arbitraje estatutario en el caso de sociedades que coticen en bolsa, por las dudas que plantea el consentimiento a la exclusión del Juez oficial cuando la adquisición se hace por meros inversores estratificados, a los que la ley da un tratamiento especial protector al considerarlos consumidores de productos financieros¹⁶.

En Alemania no existe una regulación especial del arbitraje estatutario o societario, por lo que debe estarse a la regulación general del Código Procesal Civil, ZPO¹⁷ (párrafos 1029 y siguientes) y las normas sustantivas en materia societaria. En este marco, la cuestión del arbitraje societario en Alemania se vincula por lo tanto al alcance de la materia arbitrable. En este sistema se consideran arbitrables las cuestiones patrimoniales que puedan ser objeto de transacción, excluyéndose a las cuestiones indisponibles (párrafo 1030 ZPO), lo que plantea debates conceptuales entre los detractores y los promotores del arbitraje societario. Sin perjuicio de la admisión general del arbitraje societario para cuestiones patrimoniales, no es posible la inclusión de cláusula compromisoria en los estatutos de una sociedad anónima (AG), tipo social reservado en el régimen alemán a las grandes compañías de capital estratificado en cabeza de inversores, por aplicación de norma prohibitiva del párrafo 23.4 de la Ley de Sociedades Anónimas, que en protección de los inversores de capital, restringe el apartamiento estatutario de las normas legales, incluidas las de jurisdicción¹⁸. Se discute si en Sociedades Anónimas pequeñas, sin capital estratificado puede o no admitirse el arbitraje por no verificarse la *ratio legis* de la inhibición legal. En cambio la inclusión de cláusula compromisoria en las Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbH*) es plenamente admitida.

En los sistemas anglosajones, el arbitraje ha existido desde que existe el *Common Law*. Es amplia la recepción del arbitraje societario como manifestación inherente de la libertad de empresa y de la autonomía de la voluntad, admitiéndose sin restricciones la inclusión de una cláusula compromisoria en los estatutos sociales, la cual vincula a todos los que sean parte o lleguen

¹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, E. *La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma*, http://win.fondazioneforensebolognese.it/sitounuovo/sito/materiale/articoli/art_vecchi/rel_gal_fon.htm.

¹⁶ GIRARDI, C. Y MENGEOZZI, A., *I limiti dell'arbitrato nelle controversie societarie*, *Le Società*, 22/2008, p. 237.

¹⁷ Cfr. PÉREZ RAGONE, Á. Y ORTIZ PRADILLO, J.C., *Código Procesal Civil alemán [ZPO]*, traducción al castellano con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2006, pp. 449 y ss.

¹⁸ VON SCHLABRENDORFF, F. *El régimen jurídico del arbitraje en Alemania*, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, N° 4, Barcelona, 2003, pp. 118 y ss.

a formar parte de ella¹⁹. A pesar de la presunción de arbitrabilidad de todas las controversias, en el Derecho norteamericano –especialmente en el Estado de Delaware, donde la Justicia es famosa por la rapidez y tecnicidad de sus decisiones– se han planteado dudas sobre la conveniencia de recurrir al arbitraje, en el caso de las grandes sociedades de capital²⁰.

En Latinoamérica, Brasil admite con total amplitud la arbitrabilidad de los conflictos societarios, siempre que versen sobre derechos patrimoniales disponibles²¹, sin distinguir si se trata de sociedades personales o de capital. En el caso de las sociedades por acciones, aun cuando la doctrina patrocinaba la admisibilidad del arbitraje²², la ley vino a corroborar esta postura. Por ley N° 10.303 de 31 de octubre de 2001, se introdujo una modificación a la Ley de Sociedades por Acciones de 1976, disponiéndose que el estatuto de la sociedad puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios, pueden ser solucionadas mediante arbitraje (artículo 109). Se plantean, sin embargo, dudas (descartadas por la doctrina más recibida) respecto del alcance de la cláusula compromisoria resultante de una reforma de estatutos, respecto de aquellos accionistas que hubieran votado en contra de su inclusión (*rationae personae*), se hubieran abstenido o que estuviesen ausentes, los cuales no habrían prestado su consentimiento para la renuncia a la jurisdicción oficial²³.

En Perú, la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 de 1 de setiembre de 2008 prevé la posibilidad de pactar el arbitraje estatutario para todas las personas jurídicas, civiles o comerciales, y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a quienes se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. La Ley de Arbitraje modificó además, en igual sentido, la Ley General de Sociedades de 1997²⁴.

¹⁹ TWEEDDALE, K. Y TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, Oxford, 1999, p.477.

²⁰ Vé. DARI-MATTIACCI, G., *Arbitration versus Settlement*, Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper N° 2007-02, <http://www.ssrn.com>.

²¹ EIZIRIK, N. *Arbitrabilidade objetiva nas Sociedades Anonimas e Institucoes Financeiras*, Direito Societário Desafios Atuais, Sao Paulo, 2009, pp.31 a 44.

²² WALD, A. *A arbitragem e o direito societário (ii) casos práticos*. En: *Revista de Arbitragem e Mediação* N° 14 jul-set/2007. Brasil: Editora Revista dos Tribunais, pp. 23 a 29.

²³ BENETTI TIMM, L., *O acordo de accionistas e o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos societários*, Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais, Porto Alegre, 2009, pp. 57 y ss.

²⁴ Vé. MONTOYA ALBERTI, U., *El arbitraje estatutario*, www.uss.edu.pe/facultades/Derecho/revjuridica/ssias3/pdf/El_Arbitraje_Estatutario.pdf

En Chile, el arbitraje societario estaba regulado en el Código de Comercio de 1865 para las sociedades colectivas (artículo 352 N° 10), en disposición también aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Esta norma se apartó del precedente español del arbitraje forzoso, previendo la facultad de las partes de elegir al respecto. La Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas modificó este régimen, previendo el arbitraje, en forma subsidiaria del acuerdo de partes (artículo 4 N° 10). No obstante, confiere más adelante la facultad al demandante la facultad de sustraerse al arbitraje y acudir a la justicia ordinaria (artículo 125). Tanto la doctrina²⁵ como la jurisprudencia de la Corte Suprema²⁶ han entendido que el arbitraje es obligatorio cuando así se haya pactado en la escritura de sociedad y que la facultad de sustraerse al mismo sólo resulta aplicable cuando el mismo proviene de la disposición legal que lo consagra en forma subsidiaria.

1.3. El arbitraje societario en la codificación comercial del río de la plata: Argentina y Uruguay

En los albores de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay rigieron las normas de las Ordenanzas de Bilbao, que consagraban el arbitraje forzoso en materia comercial. El Código de Comercio español de 1829 fue además una de las fuentes tomadas en cuenta en la preparación del Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1859, de autoría binacional, redactado por los juristas EDUARDO ACEVEDO (uruguayo) y DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD (argentino)²⁷. Este Código fue aprobado luego para la Confederación Argentina en 1862 y para la República Oriental del Uruguay en 1865²⁸. En los artículos 504, 511 y 512 el Código de Comercio estableció el arbitraje forzoso respecto de conflictos en materia societaria, incluidos los vinculados a la disolución y liquidación de sociedades.

Según los comentaristas de la norma del Código de Comercio²⁹, la ley deseaba evitar las dilatorias de los juicios, los menoscabos que frecuentemente originan y las divisiones personales que ahondan y mantienen sus prolongadas discusiones; y creyó conveniente reemplazar la tramitación estricta de los tribunales de derecho, por un procedimiento sumario a cargo de personas

²⁵ AYLWIN AZOCAR, P., *El juicio arbitral*, 5ª ed., Santiago de Chile, 2005, ps. 96-99; SANDOVAL LÓPEZ, R., *Manual de Derecho Comercial*, t. I, p. 569; TORRES ZAGAL, O., *El arbitraje en la Ley de sociedades anónimas chilena*, Revista de Derecho, Universidad de Chile, 2004, pp. 377 y ss.

²⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIX, sec. 2ª, p. 127.

²⁷ OLIVERA GARCÍA, R. Y RIPPE, S., *Evolución y panorama del Derecho Comercial uruguayo*, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, 1989, pp. 24-29.

²⁸ Código de Comercio para el Estado Oriental del Uruguay, promulgado por el Gobierno Provisorio el 26 de mayo de 1865. Montevideo: Edición de la Tribuna, 1866.

²⁹ OBARRIO, M., *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1924, t. 1, pp. 495-496.

expertas en materia de comercio y que merezcan la confianza de los interesados, a quienes corresponde el derecho de hacer su nombramiento.

En el caso de la Argentina, la reforma del Código de Comercio de 1889 conservó el arbitraje societario, habilitando sin embargo el pacto en contrario (artículo 448)³⁰. La Ley argentina de Sociedades Comerciales N° 19.550 de 1972, derogó las normas societarias del Código de Comercio, pero omitió toda referencia al arbitraje. Más recientemente, el Decreto 677/2001 (Ley de Transparencia del Mercado de Capitales) consagró nuevamente el arbitraje forzoso para las entidades que emitan valores de oferta pública, sin perjuicio de reconocer a accionistas e inversores el derecho de optar por la justicia ordinaria (artículo 38)³¹. Paralelamente, la Resolución N° 4 de 2001 de la Inspección General de Justicia reguló la inclusión de cláusulas compromisorias en los estatutos de las sociedades anónimas³².

En el caso del Uruguay, el arbitraje societario forzoso consagrado por el Código de Comercio se mantuvo vigente hasta 1975. En esa fecha, el Decreto-Ley N° 14.476 derogó, con carácter general, toda norma que impusiera el arbitraje forzoso en materia civil y comercial, sin perjuicio de la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria, en el marco de la autonomía de la voluntad. Al aprobarse la Ley uruguaya de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 1989 nada dijo respecto del arbitraje societario³³. El Código General del Proceso de Uruguay de 1988, que regula el procedimiento arbitral, con carácter general, nada dice tampoco al respecto.

En definitiva, tanto en Argentina como en Uruguay, si bien el arbitraje estuvo vinculado genéticamente a las sociedades comerciales, perdió luego su carácter preceptivo, sumiéndose la legislación en un período de silencio, del que parece comenzar a revertirse, en el caso argentino, a partir del Decreto 677/2001.

La orfandad normativa del arbitraje societario en el caso uruguayo no resulta óbice para que un desarrollo del mismo pueda igualmente construirse, a partir de la regulación general de los procedimientos arbitrales, de los

³⁰ FERNÁNDEZ, R., *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Buenos Aires, 1946, t. I, p. 712.

³¹ Vé. ZAMENFELD, V., *El artículo 38 del decreto delegado 677/2001, aplicación y alcances*, VII Congreso argentino de Derecho Societario, IV Congreso iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, tomo II, pp. 593 y ss.

³² ZAMENFELD, V. Y CAIVANO, R., *El arbitraje en materia societaria*, Rev. El Derecho, 2001, t. 194-152.

³³ La única referencia de la ley al arbitraje es las del artículo 186 inciso 2 al reglamentar la posibilidad de que un interventor judicial de la sociedad suscriba por ella compromisos arbitrales.

principios que los informan y del principio de la autonomía de la voluntad que informa nuestro Derecho privado.

2. EL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN URUGUAY. LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS SON MATERIA ARBITRABLE

2.1. La materia arbitrable en la legislación procesal uruguaya

La ausencia de una normativa que regule el arbitraje en materia societaria determina que el tema deba indagarse, en primer término, en el marco del concepto general de arbitrabilidad.

Luego de la derogación en 1975 de las normas sobre arbitraje forzoso, el arbitraje societario pasó a tener carácter voluntario y a estar regido por las normas procesales generales del entonces vigente Código de Procedimiento Civil y, a partir de 1989, por el actual Código General del Proceso (CGP).

El CGP, que tomó las bases del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, regula el arbitraje en los artículos 472 a 507. El artículo 472 sienta el principio general respecto a que, salvo ley en contrario, todas las cuestiones son pasibles de ser resueltas en arbitraje. Más adelante, el artículo 476 limita esa regla agregando que “*No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción*”.

Si bien la transacción y el arbitraje son dos institutos con importantes diferencias³⁴, la ley acude a las limitaciones impuestas a la materia transable para establecer las exclusiones a la arbitrabilidad de los conflictos. El legislador opta por aplicar a la heterocomposición arbitral los mismos límites que los que rigen a la autocomposición transaccional³⁵.

Las normas en materia de transacción establecen algunas limitaciones y restricciones al objeto de dicha convención. La ley establece que no puede existir transacción respecto de: (a) la acción penal, aunque sí sobre los efectos civiles o patrimoniales del delito (artículo 2153 Código Civil); (b) el estado civil de las personas, aunque son válidos los acuerdos sobre intereses pecuniarios

³⁴ La transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin a un litigio actual o previenen un litigio futuro, haciéndose recíprocas concesiones (GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. 1, Montevideo, 1969, pp. 71 y ss.; PEIRANO FACIO, J., *Curso de Contratos*, Montevideo, s/f, t. III, pp. 149 y ss.). En cambio, el arbitraje es un proceso de resolución de un conflicto entre las partes, a través de la decisión de un sujeto privado, a cuya decisión las mismas se someten (VÉSCOVI, *El proceso arbitral*, en *Curso sobre el Código General del Proceso del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal*, Montevideo, 1990, t. III, p. 224).

³⁵ CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1989, Vol. I, pp. 119 y 230. En el mismo sentido, COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 3ª edición. Buenos Aires, 1989, p. 230.

derivados del estado civil (artículo 2154 Código Civil); y (c) sobre alimentos futuros, hasta tanto la transacción no haya sido aprobada judicialmente (artículo 2155 Código Civil). Fuera de estas normas, no existe ninguna otra disposición que prohíba la transacción en el régimen uruguayo.

En consecuencia, debe necesariamente concluirse que la regla general es la arbitrabilidad de todos los conflictos, salvo aquellos que refieran a cuestiones indisponibles, es decir, aquellas que se encuentran fuera del poder de disposición de los particulares³⁶.

Además, se impone igualmente la conclusión de que, aun en el caso de los derechos indisponibles, pueden ser objeto de transacción sus efectos de carácter patrimonial.

2.2. El orden público y la materia arbitrable

Alguna doctrina³⁷ se ha referido al orden público como límite a la materia arbitrable. Sostienen que aquellas cuestiones reguladas por normas de orden público no podrían ser sometidas a arbitraje. Esta tesis fue sostenida también por alguna jurisprudencia uruguayo³⁸.

El concepto de orden público aparece en nuestro derecho como un límite legal a la autonomía de la voluntad de las partes en una convención. La ley no define el concepto de orden público, lo cual ha motivado a lo largo de los años un importante debate doctrinario. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que la doctrina y la jurisprudencia ha ido colmando a lo largo de la historia³⁹.

Sin embargo, una cosa es decir que aquellas cuestiones en las cuales se encuentra comprometido el orden público resultan indisponibles por las partes y una cosa diferente es decir que las mismas no pueden ser objeto de transacción o de arbitraje. Como hemos sostenido antes que ahora la indisponibilidad de las cosas alcanzadas por el orden público, no supone, en el sistema uruguayo, que

³⁶ MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, t. VI, p. 210. También GAMARRA, J., *Tratado de derecho Civil Uruguayo*, t. I, Montevideo, 1969, pp. 94-95.

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, pp. 19-20; CHILLÓN MEDINA, J.M. Y MERINO MERCHÁN, J.F., *Op. Cit.*, pp. 135 y ss.; ALSINA, H., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, 1965, t. VII, pp. 46-47; CAIVANO, *Arbitraje*, Buenos Aires, 1993, ps. 123-125; VÉSCOVI, E., *El proceso arbitral*, *Cit.*, p. 224.

³⁸ Sentencia N° 35 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno de 17 de marzo de 1999, publicada en Anuario de Derecho Comercial. Tomo 9. Montevideo, 2001, pp. 351 y ss.

³⁹ SUPERVIELLE, B., *El orden público y las buenas costumbres*, R.D.J.A., t. 54, pp. 186 y ss. Afirma COUTURE que el orden público es el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar (Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, 1976, p. 437).

sean también indisponibles las consecuencias patrimoniales de esas cuestiones. La circunstancia de que la ley aplicable a una relación jurídica sea de orden público, no excluye que pueda someterse la decisión de un conflicto donde esa ley sea aplicable a un árbitro. Y la circunstancia de que una cuestión haya sido elevada por el legislador a indisponible, no impide que en arbitraje se someta la decisión de un conflicto sobre sus efectos o consecuencias meramente patrimoniales⁴⁰.

En consecuencia, debe concluirse que la circunstancia de que nos encontremos ante una norma de orden público no excluye el arbitraje. Será el propio tribunal arbitral, como órgano jurisdiccional, el que deberá evaluar el carácter de orden público de la norma y la validez de las estipulaciones acordadas por las partes.

2.3. La arbitrabilidad de los conflictos societarios

A la luz de las consideraciones realizadas, no pueden existir dudas respecto a la arbitrabilidad de los conflictos societarios en el régimen uruguayo. Todas las cuestiones societarias son disponibles por las partes y todas pueden ser objeto de transacción. Por lo tanto, no existe ninguna restricción legal a la arbitrabilidad de las mismas.

Si bien, a partir de la derogación de 1975, no existen normas que refieran al arbitraje societario, consideramos que resulta innegable su procedencia.

La circunstancia de que muchas normas de nuestra Ley de Sociedades Comerciales puedan ser consideradas de orden público⁴¹ y que establezcan restricciones a la autonomía de la voluntad de los otorgantes del contrato social, no privan a estos temas de su carácter transable y, en consecuencia, arbitrable. Como mencionamos antes, la naturaleza de orden público de la norma será apreciada por el tribunal arbitral, a la hora de definir el conflicto sometido a su jurisdicción.

Desde hace algún tiempo hemos sostenido esta posición⁴², la cual es además la seguida por la unanimidad de la doctrina uruguaya⁴³.

⁴⁰ OLIVERA GARCÍA, R. *El arbitraje en materia de sociedades comerciales*, Anuario de Derecho Comercial, tomo 9, Montevideo, 2001, pp. 351 y ss. En el mismo sentido: PEREIRA CAMPOS, S., *Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1995, N° 4, p. 543.

⁴¹ COLOMBRES, G., *El orden público en el Código de Comercio*, Jurisprudencia argentina, 1964, t. II, p. 25; OLIVERA GARCÍA, R., *El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales*, Anuario de Derecho Comercial, t. 8, Montevideo, 1999, pp. 109 y ss.

⁴² OLIVERA GARCÍA, R. *El arbitraje en materia de sociedades comerciales*, Loc Cit.; OLIVERA GARCÍA, R., JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *El arbitraje en el Uruguay*, Centro de Conciliación y Arbitraje. Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur. Bolsa de Comercio, Montevideo, 2000, pp. 6 y ss.

⁴³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *Los conflictos societarios y el arbitraje*, Revista de Derecho de la

Muchas legislaciones han despejado el problema de la arbitrabilidad de los conflictos societarios, a través de normas especiales que los regulan. Tal es el caso de Francia, España, Argentina, Brasil y Perú. No obstante, la ausencia de previsiones expresas no determina que la misma conclusión no pueda extraerse de la aplicación de los principios generales en materia de arbitrabilidad.

Esto no excluye la necesidad de adaptar las soluciones generales del arbitraje a las especiales características de la regulación societaria.

3. ALCANCE SUBJETIVO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

3.1. La cuestión del otorgamiento escrito de la cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria es una convención que, en el Derecho uruguayo, está regulada por los artículos 473.1 y 473.2 del CGP. Para la Ley procesal, la cláusula compromisoria es un pacto estipulado en “un contrato o en acto posterior” por medio del cual se puede acordar la exclusión de la actuación de la jurisdicción oficial para la solución de las controversias que surjan entre las partes, las que deberán dirimirse en un procedimiento arbitral. Tiene naturaleza convencional o contractual. Bajo este esquema, la ley establece también que la cláusula compromisoria deberá consignarse por escrito, bajo pena de nulidad.

La naturaleza contractual de la cláusula compromisoria determina que la sumisión al arbitraje repose en el principio de la autonomía de la voluntad; es decir, en el libre consentimiento manifestado por las partes que han decidido excluir al foro estatal. Como analizaremos más adelante, este consentimiento es manifestado por los socios fundadores en el acto de constitución de la sociedad al incluir en sus estatutos la cláusula compromisoria. El consentimiento, entendemos, es también manifestado por quienes voluntariamente ingresan con posterioridad a la relación jurídica socio-sociedad, o pasan a ser soporte de alguno de sus órganos, sujetos de las relaciones jurídicas intrasocietarias⁴⁴.

El hecho de que la ley procesal imponga que la cláusula compromisoria resulte otorgada por escrito no supone, en el caso de las sociedades comerciales, que necesariamente todos aquellos que luego pasan a estar regidos por el estatuto social, deban volver a otorgarla de su propio puño y letra. Las particularidades de las relaciones jurídicas que se traban en materia societaria determinan que esto no sea necesario. Una vez consagrada la cláusula compromisoria en forma escrita, la inclusión en la sociedad o la integración de los órganos

Universidad de Montevideo, N° 4, Montevideo, 2003, p. 54; GIUFFRÀ, C., *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*, Montevideo, 2007, pp. 13-14.

⁴⁴ CAIVANO, R., *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, Lima Arbitration, N° 1, Lima, 2005-2006, pp. 122 y 123.

sociales constituyen manifestaciones inequívocas de adhesión a ese pacto escrito, las cuales vinculan a los sujetos que se incorporan al régimen estatutario que la sociedad establece.

Corresponde establecer entonces a quiénes y en qué forma alcanza el pacto arbitral contenido en los estatutos de una sociedad comercial a los diferentes actores societarios, teniendo en cuenta la especialidad de los vínculos societarios y el principio general de arbitrabilidad de todos los conflictos sobre materia disponible.

3.2. La sociedad y sus socios o accionistas

La Ley de Sociedades Comerciales declara aplicables a las sociedades comerciales *“las normas generales en materia de contratos en cuanto no se modifiquen por esta ley”* (artículo 5). En consecuencia, rige para las sociedades comerciales el principio *“lex inter partes”*, consagrado por el artículo 1291 del Código Civil, de acuerdo con el cual *“[l]os contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma”*.

En la medida que la cláusula compromisoria se encuentra incorporada al propio texto del contrato o a los estatutos sociales, la misma tendrá plena vigencia entre las partes y alcanzará a todos los socios o accionistas de la sociedad. Ninguna duda existe respecto de que el acuerdo arbitral contenido en un estatuto social alcanza a los socios fundadores que han pactado la cláusula compromisoria y han adherido expresamente a la misma. Esta conclusión resulta aplicable a todas las sociedades comerciales, con total prescindencia al tipo social que la misma adopte.

Es importante precisar que este alcance pleno de la cláusula compromisoria se encuentra circunscripto a aquellos conflictos o diferencias que tengan causa en el propio contrato social o provengan de las relaciones producidas en el ámbito o con ocasión del contrato social. La cláusula compromisoria no habrá de alcanzar, en cambio, a los conflictos planteados entre quienes son socios de una misma sociedad, pero que tengan su causa en relaciones diferentes a la social.

Tampoco alcanzará a los herederos del socio por los conflictos que se planteen entre ellos, vinculados a la adquisición de la calidad de socio de la sociedad. Solamente estarán alcanzados por dicha cláusula los herederos que hubieran alcanzado la condición de socio.

La cláusula compromisoria alcanzará, en cambio, a la propia sociedad comercial. Si bien la sociedad es un sujeto de derecho diferente a la persona de los socios y, como tal, no es otorgante del contrato social sino consecuencia de la celebración del mismo, consideramos que debe entenderse igualmente

alcanzada por la cláusula compromisoria. La sociedad comercial es producto del poder constituyente de los socios, para crear y establecer las normas de autogobierno de la sociedad. De dicho poder emana la facultad de resolver que las diferencias que se susciten en razón del contrato social sean resueltas por arbitraje⁴⁵. Esto determina que la cláusula compromisoria pactada entre los socios resulte igualmente aplicable para dirimir las diferencias de éstos con la sociedad.

3.3. Los adquirentes de participaciones sociales

También están alcanzados por la cláusula compromisoria contenida en los estatutos sociales, los socios no fundadores, que devinieran tales por adquisición de las participaciones, cuotas sociales o acciones de la sociedad, ya sea que hayan adquirido dichas participaciones por acto entre vivos o *mortis causa*. Resultan de aplicación en este caso los principios generales respecto a la trasmisión de posiciones jurídicas subjetivas respecto de la sociedad, producto de la transferencia de la condición de socio.

En aquellos tipos sociales en los cuales la transferencia de una participación implica una modificación del contrato, existirá un consentimiento expreso y por escrito del nuevo socio, el cual incluye su adhesión al régimen estatutario anterior que contenía la previsión de una cláusula compromisoria. Pero esto también ocurre en el caso de transferencia de acciones, ya que la cláusula compromisoria forma parte del estatuto propio de la condición de accionista, el cual se halla incorporado materialmente al título, y circula con la transferencia del mismo. En consecuencia, se considerará alcanzado por la cláusula compromisoria quien, en cada momento, se encuentre legitimado para el ejercicio de los derechos de accionista, de acuerdo con la ley de circulación del documento.

La aplicación de la cláusula compromisoria al nuevo socio o accionista opera por el mero acto de transferencia de la participación, sin que resulte necesaria ninguna nueva aprobación expresa y por escrito al respecto⁴⁶.

La doctrina ha incluso entendido que se encuentra alcanzado por la cláusula compromisoria el adquirente de la participación social, aun cuando no se hubiera completado el proceso de transferencia de la misma. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de una cesión de cuota social no inscrita o publicada, o en el caso de la transferencia de acciones nominativas, respecto de las

⁴⁵ MUÑOZ PLANAS, J.M., *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, p. 415.

⁴⁶ MUÑOZ PLANAS, J.M., Op. Cit., p. 418.

cuales no se hubiera cumplido el proceso de registración en el libro de títulos nominativos llevado por la sociedad (*transfert*)⁴⁷.

En algunas legislaciones se ha propugnado la inaplicabilidad del arbitraje en el caso de las sociedades de capital estratificado que coticen en bolsa. La solución se funda en la consideración del titular de pequeñas participaciones sociales como un consumidor de servicios financieros. Esto ocurre en la ley italiana y parcialmente en la argentina, que otorga al accionista la opción de acudir a la justicia ordinaria. Esta restricción no resulta aplicable en el caso del Derecho uruguayo, que no consagra ningún régimen especial al respecto para las sociedades cotizadas.

En consecuencia, el principio general es el de la aplicación de la cláusula compromisoria, en forma total e incondicionada, a la sociedad comercial y a la totalidad de sus socios o accionistas, presentes o futuros.

3.4. Los directores o administradores y síndicos

La cláusula compromisoria contenida en los estatutos sociales alcanza a la sociedad comercial como ente jurídico diferenciado y a su funcionamiento orgánico interNº Esto determina que los conflictos planteados con los órganos sociales o con las personas, físicas o jurídicas, soportes de los mismos deban considerarse igualmente alcanzados por el régimen de arbitraje estatutario.

Si bien los administradores y los integrantes de la sindicatura no tienen necesariamente la calidad de socios o accionistas, esto no impide que resulten igualmente alcanzados por los efectos de la cláusula compromisoria. Su designación en el propio contrato social o por decisión del órgano social de gobierno, y su posterior aceptación del cargo designado implican su aceptación a todo el marco contractual que rige el funcionamiento de la sociedad comercial, incluida la sujeción a arbitraje de los conflictos que el ámbito de la misma resulten planteados⁴⁸.

La aceptación del cargo por el administrador o por el síndico sella la relación orgánica en entre éste y la sociedad, y representa una expresión inequívoca de su voluntad de aceptar todos los derechos, deberes, obligaciones y demás situaciones jurídicas derivados del cargo que ocupa⁴⁹. Se trata de una situación de similares características a la del socio que ingresa a una sociedad ya constituida, cuya adquisición de una determinada posición jurídica

⁴⁷ Vé. CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Madrid, 2005, ps. 223-224.

⁴⁸ Vé. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Arbitraje y Derecho de sociedades*, Derecho de Sociedades - Libro en homenaje al profesor Fernández Sánchez Calero, Madrid, 2002, Vol. II, 2048; CARAZO LIÉBANA, M.J., *Op. Cit.*, p. 237. En contra: MUÑOZ PLANAS, J.M., *Op. Cit.*, p. 421.

⁴⁹ Vé. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2007, pp. 95 y ss.

implica necesariamente la sujeción a todo el marco estatutario que regula el funcionamiento de la sociedad comercial.

También deberán considerarse comprendidos en el alcance de la cláusula compromisoria los ex-administradores o ex-integrantes de la sindicatura cuando la cuestión que plantea su conflicto con la sociedad haya tenido lugar en el período durante el cual los mismos desempeñaban los referidos cargos.

3.5. Incorporación sucesiva de la cláusula en los estatutos

Una cuestión debatida es la posibilidad de que la cláusula compromisoria sea incorporada a los estatutos sociales a través de una reforma introducida con posterioridad a la constitución de la sociedad. O, a la inversa, la posibilidad de que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos resulte posteriormente excluida de los mismos por una decisión social⁵⁰. En ambos casos, se plantea la cuestión de cuál es la mayoría requerida para adoptar esta decisión.

Existe conformidad en la doctrina respecto a la posibilidad de disponer esta modificación cuando la misma es acordada por decisión unánime. La diversidad de criterios se plantean respecto a si esta modificación puede ser resuelta por mayoría, en aquellos casos en que la ley admite que la modificación de los estatutos sociales sea resuelta por el voto de la mayoría de los socios o accionistas. Mientras algunos sostienen que esta modificación solamente puede ser adoptada por decisión unánime⁵¹, otros acuerdan en sujetar la misma a la decisión de las mayorías requeridas para la reforma de los estatutos sociales⁵².

En el derecho comparado, la doctrina francesa⁵³ admite pacíficamente la inclusión o exclusión de la cláusula compromisoria en los estatutos de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por las mismas mayorías dispuestas por la ley para la reforma de sus estatutos sociales. Italia prevé expresamente la inclusión o exclusión de la cláusula compromisoria de los estatutos sociales, por decisión de accionistas que representen 2/3 del capital social (Dec. Legislativo 5/2003, artículo 34.6). Similar solución consagra la

⁵⁰ Parece claro que, en aplicación del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, si un conflicto ya fue sometido a la jurisdicción oficial o arbitral, no puede extraerse el caso de la consideración del juez o del árbitro interviniente sin la conformidad de todos los sujetos alcanzados por las resultancias del proceso de que se trate.

⁵¹ Esta es la posición de MUÑOZ PLANAS, cuando se trata de introducir una cláusula compromisoria. En cambio, admite que pueda ser excluida por el voto mayoritario (Op. Cit., p. 433).

⁵² Esta es la posición de ASCARELLI (*In tema di esclusione del socio e di arbitrato libero*, Foro italiano, 1950, I, cols. 329-332), siempre que al momento de la decisión no se hubiera planteada el hecho motivante del conflicto. En el mismo sentido: CREMADES, B., Op. Cit., p. 21; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., Op. Cit., pp. 2048-2049, BENETTI TIMM, L., Op. Cit., p. 67.

⁵³ Vé. CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, 2002, pp. 375 y SS.

reciente ley española para la inclusión en los estatutos sociales de la cláusula de sumisión a arbitraje (Ley 11/2011, artículo 11 bis).

En el marco del Derecho uruguayo no encontramos justificación de especie alguna para otorgar a la cláusula compromisoria un tratamiento diferente al de cualquier otra disposición estatutaria. En consecuencia, salvo disposición contractual en contrario, en todos los tipos sociales en los cuales es posible la modificación del contrato por decisión de la mayoría, no encontramos impedimento alguno para que se resuelva la inclusión o exclusión de una cláusula compromisoria por decisión de la mayoría de socios o accionistas que en cada caso corresponda.

En las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada (con más de 5 o de 20 socios, según los casos) rige el principio mayoritario. Es decir que forma parte de las reglas de funcionamiento de la sociedad la necesaria sujeción de socios o accionistas a la voluntad de la mayoría. El pacto sobre una cláusula compromisoria no justifica un tratamiento diferente.

Un tema que podría ameritar una especulación especial es el relativo a cuál es la mayoría requerida. En las sociedades anónimas, el principio general es que las resoluciones de reforma de los estatutos sociales son adoptadas por mayoría simple de accionistas reunidos en asamblea extraordinaria (artículos 343 y 356). No obstante, existen algunos supuestos especiales sujetos a la decisión de la mayoría absoluta del capital social (artículo 362). Algo similar ocurre en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, donde los supuestos especiales de reforma requerirá unanimidad en el caso de las sociedades de hasta 20 socios y por mayoría absoluta en el caso de 20 o más socios (artículo 240). En ambos casos, se otorga derecho de receso a los disidentes.

La ley no contempla la inclusión o exclusión de una cláusula compromisoria como un supuesto especial que requiera decisión de una mayoría absoluta y habilite el receso. Sin embargo, lo admite en su supuesto de similares características como lo es la transferencia del domicilio social al extranjero. En un caso tenemos un cambio de ley aplicable al negocio y en el otro un cambio de jurisdicción. Sería posible analizar la extensión de esta solución de análoga naturaleza.

4. ALGUNAS CUESTIONES SOCIETARIAS ARBITRABLES

Sin perjuicio de las consideraciones realizadas en los capítulos anteriores, en los cuales se ha analizado el alcance objetivo y subjetivo del arbitraje societario, existen algunas situaciones especiales que merecen un comentario también especial.

4.1. La nulidad del contrato social

Una primera cuestión a analizar es la arbitrabilidad de la acción de nulidad del propio contrato de sociedad comercial. En la medida que la cláusula compromisoria es parte del contrato social podría pensarse que un cuestionamiento a la validez del contrato social implicaría también un cuestionamiento a la validez de la propia cláusula compromisoria. Esta no es una cuestión específica del contrato de sociedad comercial, sino que resulte común a toda relación contractual.

En materia arbitral se ha consolidado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en legislación internacional el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, destacando que no se trata de una cláusula más del contrato, sino de una estipulación autónoma, contemporánea con el mismo. Este planteo de la cuestión fue realizado en la doctrina italiana por CARNELUTTI⁵⁴ y desarrollado por la doctrina alemana y francesa bajo el nombre de *Kompetenz-Kompetenz* o *compétence de la compétence*, siendo recogido pacíficamente por la jurisprudencia francesa desde 1949⁵⁵.

En el marco del Derecho uruguayo no vemos impedimento alguno para que, habiéndose pactado una cláusula compromisoria entre los socios, la acción de nulidad del contrato social sea sustanciada en vía arbitral. En principio, todas las nulidades resultan subsanables, excepto las producidas por objeto o causa ilícitos (artículo 30). Esto determina que se trate de una materia libremente disponible, tanto por la sociedad como por sus socios. La única restricción se plantea en los casos de la nulidad de la sociedad por preverse en el contrato la realización de un objeto ilícito o de un objeto prohibido (artículo 23). En estos casos, prevé la ley que la nulidad podrá ser solicitada, además de los socios, por cualquier tercero interesado o declarada de oficio por el Juez (artículo 32).

Entendemos que la circunstancia de que la acción pueda ser promovida por sujetos no alcanzados por la cláusula compromisoria, deberá entenderse que la misma está excluida de la vía arbitral.

4.2. Impugnación de las resoluciones de asamblea

La arbitrabilidad de los conflictos de impugnación de las resoluciones de asambleas o reuniones de socios o accionistas es probablemente el tema que

⁵⁴ CARNELUTTI, F., *Clausola compromissoria e competenzaa degli arbitri*, Riv. Diritto Commerciale, 1921, II, pp. 327-338.

⁵⁵ Vé. FOUCARD, P., GALLARD, E., GOLDMAN, B., *On International Commercial Arbitration*, Hague, 1999, p. 396.

mayores polémicas ha planteado en el más amplio tema de la arbitrabilidad de los conflictos societarios.

Las discusiones se proyectan básicamente en dos ámbitos diferentes: la disponibilidad de la materia objeto de la impugnación, y la existencia de un procedimiento legalmente regulado. Para algunos⁵⁶, la impugnación de las resoluciones sociales obedece generalmente a la lesión del interés social público, que excede la potestad de disponibilidad individual de un accionista. Para otros⁵⁷, la circunstancia de que exista un procedimiento regulado legalmente, con intervención de la Justicia, excluye la posibilidad de someter a arbitraje la contienda.

En el derecho comparado existen soluciones normativas que han previsto expresamente que la impugnación de las resoluciones de asamblea constituye materia arbitrable. Tal es el caso de la reforma a la Ley española de arbitraje 11/2011 (artículo 11 bis), del decreto legislativo peruano N° 1071/2008 (disposición complementaria 6ª) y del decreto argentino 677/2001 de transparencia de la oferta pública (artículo 38).

Si bien en la ley uruguaya no existen previsiones expresas al respecto, consideramos que no existe impedimento legal alguno para admitir la arbitrabilidad de las impugnaciones de las resoluciones de las asambleas de sociedades⁵⁸.

Con respecto a la disponibilidad de la materia objeto de la impugnación, todos los sujetos involucrados en el proceso de impugnación de una resolución de asamblea (artículo 367) deben considerarse, como se ha visto antes, dentro del alcance subjetivo de la cláusula compromisoria, y no pueden existir tampoco dudas respecto a la disponibilidad por cada uno de ellos de los derechos que constituyen el objeto de sus pretensiones. Por otra parte, la circunstancia de que muchas de las disposiciones que regulan el funcionamiento de las asambleas sociales puedan considerarse de orden público y no puedan ser objeto de pacto estatutario en contrario, no constituye, como ya vimos, obstáculo para la arbitrabilidad de los conflictos derivados de la aplicación de dichas normas.

La confusión de algunos autores proviene de la circunstancia de que la sentencia dictada en una acción de impugnación de asamblea produce efectos

⁵⁶ ALLOTTI, V., *Clausola arbitral estatutaria*, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, coord. Ponti-Torino, vol. XXII, t. I, Torino, 2005, p. 394; MUÑOZ PLANAS, J.M., *Op. Cit.*, p. 448.

⁵⁷ NEILA NEILA, J.M., *A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales*, *La Ley*, Madrid, 1998, año 20, N° 4.827, p. 1-7.

⁵⁸ Vé. OLIVERA GARCÍA, R., JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *Op. Cit.*, p. 19; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Op. Cit.*, p. 54.

respecto de todos los accionistas (artículo 370). Como se ha dicho con acierto⁵⁹, no debe confundirse el interés general con el interés de la generalidad de los socios. La circunstancia de que la sentencia de impugnación de asamblea produzca efectos sobre todos los socios o accionistas no determina que exista un interés general protegido ni un derecho indisponible por los mismos.

Con respecto al procedimiento previsto por la ley, la referencia que ésta puede realizar a la intervención del Juez no puede considerarse como impedimento para la arbitrabilidad del conflicto. Las referencias a la participación de la Justicia ordinaria contenidas en todos los textos legales de las más diversas materias no pueden constituir obstáculo para que las partes involucradas en el conflicto sometan sus diferencias a arbitraje, cuando se trate de materias transables entre ellas.

La única peculiaridad del procedimiento de impugnación de las resoluciones sociales es que, en la medida que la sentencia habrá de producir efectos respecto de todos los socios o accionistas involucrados, la ley societaria prevé la acumulación de las acciones de impugnación y la publicidad del procedimiento, a los efectos de que los legitimados que no hayan participado en el proceso puedan coadyuvar con alguna de las partes intervinientes (artículo 366).

El procedimiento arbitral no impide que coadyuven en el mismo otros sujetos alcanzados por la cláusula compromisoria, formando un litisconsorcio activo o pasivo con alguna de las partes intervinientes (artículos 45 a 47, 55 y 334.2 CGP). El resultado de esta comparecencia no será un arbitraje multiparte, sino un arbitraje con dos partes de integración plural⁶⁰.

Tampoco plantea obstáculos para que se produzca un proceso de acumulación⁶¹. En el caso de un régimen de arbitraje institucional será probablemente la propia cámara o centro de arbitraje la que prevea el procedimiento de acumulación. Tratándose de sujetos todos alcanzados por los efectos de la cláusula compromisoria, no se plantean problemas para este proceso⁶².

En el caso del arbitraje ad hoc, la acumulación preceptiva de los procesos plantea el problema de dirimir el conflicto de jurisdicciones entre los diferentes

⁵⁹ GASPAS LERA, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, 1998, p. 160.

⁶⁰ Vé. DERAIS, Y., *Observations générales tirées de la pratique arbitrale*, Multy-party arbitration, Paris, 1991, pp. 5 y ss.

⁶¹ Vé. CAIVANO, R.J., *Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples*, Revista Peruana de Arbitraje N° 4 (2007), pp. 65 y ss.

⁶² La ley española 11/2011, al prever la impugnación de los acuerdos sociales mediante arbitraje, exige que la administración del arbitraje y la designación de los árbitros sea encomendada a una institución arbitral (artículo 11 bis).

tribunales intervinientes, el cual debería sustanciarse a través del proceso de acumulación previsto en el artículo 494 del CGP.

Por aplicación del principio competencia-competencia, consideramos que debería estarse a la decisión de los tribunales arbitrales en concurrencia y, en caso de que no exista acuerdo en cuanto a la acumulación (contienda negativa o contradictoria de competencia), recurrirse al procedimiento judicial de contienda de competencia ante la Suprema Corte de Justicia, regulado por el artículo 331 del CGP.

4.3. Responsabilidad de los administradores

El último de los puntos que nos merece una consideración especial es el relativo al procedimiento arbitral recaído sobre la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad.

Según surge de los desarrollos realizados con anterioridad, los directores, administradores y síndicos de las sociedades comerciales se encuentran alcanzados por los efectos de la cláusula compromisoria incluida en los estatutos sociales. En consecuencia, debe entenderse que la acción de responsabilidad promovida contra los mismos por la sociedad resulta arbitrable.

En el pasado, alguna doctrina⁶³ entendió que la acción social contra los administradores sociales no resultaba arbitrable, en la medida que en la misma se encontraba afectado el orden público. Como vimos, en nuestro derecho, la circunstancia de que la materia societaria involucre normas de orden público no determina no implica que las cuestiones concretas derivadas de la aplicación de dichas normas no resulten transables y, en consecuencia, arbitrable. Por lo tanto, no pueden existir dudas en cuanto a la arbitrabilidad de los conflictos derivados de la responsabilidad de los administradores de sociedades⁶⁴.

En el derecho uruguayo, la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales se encuentra regulada por los artículos 83 y 391 de la Ley N° 16.060, la cual consagra la responsabilidad solidaria de los administradores o directores frente a la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, o por el mal desempeño del cargo (actuación

⁶³ Vé. ALLORIO, E., *Responsabilità degli amministratore d'anonime e arbitrato*, Riv. Diritto Commerciale, 1936, II, pp. 156-165.

⁶⁴ En el mismo sentido: FERRI, G., *Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società*, Riv. Diritto Commerciale, 1967, II, pp. 469-477. En la doctrina nacional: OLIVERA GARCÍA, R., JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., Op. Cit., p. 20; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Op. Cit., p. 54.

desleal o negligente) y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave⁶⁵.

Esta responsabilidad resulta perseguida a través de una acción social, la cual tiene por finalidad recomponer el patrimonio social, el cual resultó dañado por el comportamiento desleal o negligente del administrador.

La acción social debe ser promovida, en primera instancia, por la propia sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas (artículo 393). No obstante, dicha acción social puede ser también promovida por los accionistas que se hubieran opuesto a la extinción de la acción de responsabilidad o cuando, a pesar de haberse resuelto la promoción de dicha acción social, la misma no fuera iniciada en un plazo de 90 días (artículo 394). También podrá ser promovida por los acreedores, a los efectos de recomponer el patrimonio social, insuficiente para cubrir las deudas sociales, siempre que la sociedad o los accionistas no la hubieran promovido (artículo 395).

La acción social promovida por los accionistas y por los acreedores es, en todos los casos, una acción subrogatoria tendiente a producir el efecto de recomposición del patrimonio de la sociedad comercial, en el caso de inercia de la sociedad de realizar los actos necesarios para la persecución de su crédito⁶⁶.

El derecho uruguayo no regula la acción individual de responsabilidad promovida por un acreedor, tendiente a recomponer el patrimonio propio directamente perjudicado por la actuación del administrador de la sociedad. Sin perjuicio de esto, cuando el perjuicio sufrido por este tercero-acreedor hubiera sido causado directamente por el actuar del administrador y no sea una consecuencia del deterioro que éste causara al patrimonio social, este tercero tendrá una acción directa contra el administrador basada en los principios generales de la responsabilidad civil (artículo 1319, Código Civil)⁶⁷.

Se plantea la interrogante si la acción de responsabilidad promovida por un tercero resulta alcanzada por la cláusula compromisoria. Alguna doctrina⁶⁸ ha entendido que, aun cuando el tercero se encuentre legitimado a promover una acción de responsabilidad contra el director de la sociedad, no se encuentra alcanzado por los efectos de la cláusula compromisoria.

Consideramos que debe distinguirse según el tercero-acreedor de la sociedad esté promoviendo contra el administrador una acción social de

⁶⁵ Vé. OLIVERA GARCÍA, R., *Responsabilidad de los directores de las entidades de intermediación financiera*, Anuario de Derecho Comercial, t. 11, Montevideo, 2006, pp. 17 y ss.

⁶⁶ Vé. GAMARRA, J., *Estudios sobre Obligaciones*, Montevideo, 1956, pp. 122-123.

⁶⁷ Vé. ESTEBAN VELASCO, G., *La acción individual de responsabilidad*, AAVV, La responsabilidad de los administradores, dir. Rojo-Beltrán, Valencia, 2005, pp. 156 y ss.

⁶⁸ CARAZO LIÉBANA, M. J., *Op. Cit.*, p. 185.

responsabilidad, motivada en el perjuicio causado por éste al patrimonio social, o una acción individual de responsabilidad, basada en el daño directo al patrimonio propio. En el primer caso, la acción social de responsabilidad promovida por el acreedor constituye una acción subrogatoria (artículo 1468, Código Civil), la cual tiene por efecto colocar al acreedor subrogante en la misma posición jurídica que la sociedad subrogada, la cual incluye la extensión de la cláusula compromisoria que vincula a la sociedad⁶⁹. En cambio, en el segundo caso, el tercero que promueve una acción individual de responsabilidad contra el administrador es absolutamente ajeno a la relación arbitral, no estando alcanzado por los efectos de la cláusula compromisoria estatutaria.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien no existen en el derecho uruguayo normas específicas respecto a la admisibilidad del arbitraje estatutario y al régimen jurídico aplicable al mismo, del desarrollo realizado en este trabajo surge que la aplicación de los principios generales que establece la ley en materia de arbitrabilidad de los conflictos, y las regulaciones generales en materia de sociedades comerciales y contratos, permiten construir una teoría general del arbitraje estatutario y marcar las líneas generales para su funcionamiento.

De este desarrollo surge que no existe en el derecho uruguayo impedimento legal alguno para que socios y accionistas sujeten a arbitraje los conflictos que surjan, tanto de las relaciones entre sí, como de los mismos con la sociedad. Tampoco existe ningún impedimento para que se incluyan en los contratos sociales cláusulas compromisorias.

La ley no establece ninguna prohibición para el arbitraje de los conflictos sociales ni existen materias societarias no transables, que queden también excluidas del arbitraje. Por otra parte, el carácter de orden público de algunas de las normas de la ley societaria tampoco resulta un obstáculo para la arbitrabilidad de los conflictos derivados de las mismas.

El alcance subjetivo de la cláusula compromisoria se extiende a todos quienes integran la estructura institucional de la sociedad como administradores, directores o integrantes del órgano de control interno. También se extiende a quienes ocuparon en el pasado tales posiciones, cuando se trate de conflictos que tengan su causa en la relación orgánica mantenida.

⁶⁹ Vé. VULLIEMIN, J.M., *La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral versus convenio arbitral?*, Revista del Club Español de Arbitraje, 5/2009, pp. 53 y ss.; SANTISTEVAN DE NORIEGA, J., *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*, Revista Peruana de Arbitraje, N° 8 (2009), pp. 23 y ss.

En cuanto norma estatutaria, la cláusula compromisoria sigue los principios generales en materia de modificación del contrato social, pudiendo ser incluida o excluida por los mismos mecanismos de formación de la voluntad social que impone la ley para la reforma de dicho contrato.

Esto permite un amplio desarrollo del arbitraje societario, y su aplicación a algunas cuestiones debatidas en la doctrina extranjera como la nulidad del contrato social, la impugnación de las resoluciones de asambleas y la responsabilidad de los administradores.

El mundo de las sociedades comerciales es una zona de la vida del comercio donde históricamente el arbitraje experimentó un notable desarrollo y en la que debe tener un ilimitado porvenir. Las notas de celeridad, profesionalidad, confidencialidad y flexibilidad que caracterizan al arbitraje resultan particularmente aptas para dirimir eficientemente los conflictos planteados en su ámbito. No en vano, por más de un siglo y hasta hace poco tiempo, ésta fue la vía impuesta preceptivamente por el legislador.

El desarrollo del arbitraje en éste y otros ámbitos depende, en gran medida, de la realización de análisis libres de prejuicios. Dichos prejuicios, entre los que se destacan el de no arbitrabilidad de las cuestiones reguladas por normas de orden público y el de la excepcionalidad del instituto, carentes todos ellos de soporte legal, han significado un lastre para el franco desarrollo del instituto.

Es importante despejar estos siniestros fantasmas, a efectos de dotar a este fecundo e histórico mecanismo, nacido de la simiente del comercio, de todo el poder que el mismo merece.

La anulación de laudos internacionales en Uruguay. Una interesante experiencia de cultura jurídica

PAUL F. ARRIGHI (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Jurisdicción internacional.* 3. *Criterio dualista e integración.* 4. *Recepción amplia de la autonomía de la voluntad.* 5. *No revisión sobre el fondo,* 6. *Limitación de las causales de anulación,* 7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor y placer participar en este tan merecido homenaje a dos grandes cultores del arbitraje en general pero, además, muy especialmente del arbitraje en iberoamérica, como lo son YVES DERAÏNS y BERNARDO CREMADES, verdaderos maestros de la dogmática y la práctica de esta especial disciplina jurídica que tanto ha contribuido al desarrollo del comercio internacional en las últimas décadas.

Para ello he entendido del caso hacer un aporte referido al arbitraje internacional en mi país, el Uruguay, que forma parte de esa iberoamérica a la que los homenajeados han dedicado buena parte de su labor a través de varias décadas.

Así lo he concebido, no para mostrar únicamente la situación del arbitraje comercial internacional en Uruguay, o de un especial instituto del mismo tal como lo es el de la anulación, sino para transmitir una experiencia interesante de cómo un Estado, a través de su jurisprudencia, su doctrina y su tradición internacionalista, ha abordado y superado la falta de una legislación especial en la materia.

(*) Árbitro y abogado en arbitrajes internacionales y domésticos. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (París) desde 2000, Miembro del Consejo Directivo del Centro de Conciliación y Arbitraje - Corte Internacional de Arbitraje para el MERCOSUR - Bolsa de Comercio de Montevideo. Doctor en derecho y Ciencias Sociales, ha sido Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

En efecto, como es sabido, Uruguay es uno de los pocos países en iberoamérica que aun no se ha dado una ley especial y adecuada para regular el arbitraje comercial internacional.¹ Pese a dos iniciativas que han existido para la aprobación parlamentaria de una legislación basada en el modelo de la Cnudmi, una de ellas aun en curso, la misma todavía no se ha concretado.

Pues bien, como se verá, los tribunales estatales uruguayos han superado esa carencia a través de la aplicación directa de los tratados y convenciones de que Uruguay es parte o mediante procedimientos de integración que han permitido que se adopten y apliquen los principios y reglas ampliamente aceptados por la comunidad arbitral internacional.

A fin de transmitir esta experiencia y sus líneas más destacables recurriré a los tres fallos en que, en la última década, los jueces uruguayos han tenido que decidir sobre pedidos de anulación de laudos dictados en arbitrajes internacionales llevados a cabo en Uruguay.

Esas sentencias que a los efectos de este trabajo serán luego solamente mencionadas respectivamente como "Sent. 1, 2 o 3", son las siguientes:

- N° 161/2003, dictada el 18 de junio de 2003 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno,
- N° 106/2007, dictada el 16 de mayo de 2007 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno, y
- N° 74/2011, de 23 de febrero de 2011, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno².

Los tres fallos recayeron sobre pedidos de anulación de laudos emitidos en diferentes (y totalmente independientes) arbitrajes CCI con sede en Montevideo entre partes no uruguayas.

Todos desestimaron las demandas de anulación con imposición de las costas y costos de los procesos correspondientes³.

¹ Uruguay, en cambio, es parte de las siguientes convenciones internacionales en materia de arbitraje: Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, a la que adhirió sin declaraciones ni reservas; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979; "Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur" de 23 de julio de 1998; "Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile" y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 1965).

² La competencia interna para conocer en los procesos de anulación de laudos está confiada a los Tribunales de Apelaciones en lo Civil cuya decisión solamente admite recursos de aclaración y ampliación. (*Código General del Proceso, artículo 501*).

³ Se ha aplicado la norma procesal del artículo 497 inciso tercero del Código General del

Las tres sentencias participan de los mismos criterios y principios inicialmente recogidos en la primera de ellas y retomados y desarrollados en las siguientes.

Veamos cuáles son estos.

2. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Los tribunales uruguayos se consideran competentes exclusivamente para conocer en las solicitudes de anulación de laudos internacionales dictados en arbitrajes con sede en Uruguay.

Tal competencia se funda en los tratados internacionales de los que Uruguay es parte.

“Aplicando la Convención de Nueva York, aún cuando las partes hayan elegido una determinada ley procesal extranjera o un reglamento de arbitraje (como en este caso), se impone que el laudo arbitral debe ser válido en el país de origen, la libertad concedida en la materia procesal a través del artículo V.1.d. se encuentra limitada por los amplios poderes concurrentes del juez de dicho Estado de origen, quien tiene la facultad de intervenir en la acción de nulidad que se instaure (SANTOS BELANDRO, Arbitraje comercial internacional, p. 37, 3ª. Ed. Oxford, México, 2000).” (Sent. 1)

“En tal marco, compartiendo los sostenido por el Homólogo de Segundo Turno en sent. 161/2003, habida cuenta que nuestro país (ciudad de Montevideo) fue elegido como sede del arbitraje, nuestros tribunales resultan competentes exclusivamente a fin de examinar las formas observadas conforme a la normativa internacional vigente y aplicable en la especie.” (Sent. 2)

“En ese contexto, la elección de nuestro país como sede del arbitraje hace a los tribunales uruguayos internacionalmente competentes para conocer en la pretensión anulatoria deducida por ser el país en que se ha dictado el laudo (Convención sobre Arbitraje Comercial de Panamá, 1975 art.5 num.1 lit e y Convención de Nueva York, artículo 5, párrafo 1, lit.e), a la vez que determina que la pretensión deba ser analizada desde la óptica del Derecho Internacional Privado, en el marco normativo antes reseñado.” (Sent. 3)

3. CRITERIO DUALISTA E INTEGRACIÓN

Las sentencias recogen el criterio dualista diferenciando el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional y aplican a cada uno de ellos sus normas propias.

Proceso que establece que: “Los gastos de las incidencias surgidas en ocasión del arbitraje, así como los del recurso de nulidad, si fuere desestimado, serán de cargo del vencido en los mismos.”

Por lo tanto, en primer lugar, rechazan la aplicación de las disposiciones legales que regulan el arbitraje local al internacional y, en segundo término, recurren a los procesos de integración para llenar las lagunas que pudieren existir en la regulación del arbitraje internacional.

En este segundo aspecto, las sentencias son tributarias de un legado de la doctrina jusprivatista uruguaya que, desde un señero trabajo del Profesor Jorge TALICE, ha enseñado e incorporado a la cultura jurídica nacional, un sistema de interpretación e integración del derecho internacional privado respetuoso del carácter internacional de la materia⁴.

“Internamente, el actual marco adjetivo civil, el Código General del Proceso en el Título X denominado Normas Procesales Internacionales no regula la impugnación de sentencia arbitral extranjera. Sólo hay previsión (artículo 499 CGP) que refiere únicamente supuestos de nulidad de laudo arbitral doméstico, esto es, interno, no internacional o extranjero como el de autos.”

“Los fundamentos de las normas análogas han de ser las normas convencionales vigentes sobre la temática (Convención de Nueva York y Convención de Panamá citadas), donde el Estado uruguayo flexibilizó su posición en torno a la autonomía de la voluntad de las partes, reforzó la recepción de los usos y costumbres en materia comercial internacional y se “ha proporcionado al derecho positivo uruguayo una serie de elementos útiles para la integración de algunos vacíos legislativos” (VIVIEN MATTEO, Arbitraje comercial internacional, Cit, p. 270). También se ha adoptado por nuestro país en forma indiscutible el principio de la libre circulación del laudo internacional con la sola limitación del orden público internacional.”

“En todo caso, podría si considerarse doctrina en vías de recepción la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) – por la naturaleza del órgano, su composición, los estudios realizados- ...”

“Tramita en autos un recurso de nulidad de Laudo Arbitral en que las partes no se encuentran domiciliadas en territorio nacional y su objeto versa sobre derechos recíprocos de las mismas en sociedades o entidades que carecen de bienes o actividad comercial en Uruguay; el laudo final ha sido dictado conforme al Reglamento de la CCI mediante la aplicación de derecho extranjero.” (Sent. 1)

“Como se expuso supra, la Sala habrá de desestimar la pretensa nulidad conforme la normativa que rige en la especie (Convención de Nueva York, Convención de Panamá, Convención de Montevideo y Protocolo de Las Leñas), no resultando aplicables las normas internas nacionales en la materia, en particular, las causales reguladas por el artículo 499 del CGP previstas para los Laudos internos.” (Sent. 2)

⁴ Jorge R. TALICE: “Interpretación e integración en el derecho internacional privado.”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional* N° 3, pp. 115 a 159, año 1974.

“De ese modo, aunque la sede del Tribunal Arbitral esté en nuestro país, se trata de un laudo internacional porque resuelve un conflicto extranacional, emana de un tribunal arbitral constituido por una institución extranjera, con sujeción a reglas procesales establecidas por esa misma institución y aplicando derecho extranjero. Por lo cual no son directamente aplicables las normas contenidas en el Código General del Proceso, destinadas a regular el arbitraje nacional o doméstico. La única referencia a los laudos arbitrales extranjeros está contenida en el art.502 que asimila su ejecución a la de sentencias extranjeras aunque, según el art.543, la aplicación de las reglas de éstas a aquéllos se limita ‘en lo pertinente’.”

“Doctrina y jurisprudencia han destacado que nuestra legislación no cuenta con reglas específicas para el arbitraje internacional y coinciden en que la regulación debe buscarse prioritariamente en normas supranacionales que, en el caso, son las contenidas en las Convenciones Interamericanas sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979), y sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) y en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), sin dejar de lado las más antiguas de los Tratados de Montevideo de 1940 y 1889, siguiendo el criterio de complementariedad y, en caso de superposición, la normas más favorable, esto es, la que mejor asegura la validez y eficacia del laudo arbitral.”

*“Sólo subsidiariamente correspondería integrar, lo que debe hacerse acudiendo a disposiciones internacionales análogas y a la doctrina más recibida, que en esta materia remiten a los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como es la Ley Modelo UNCITRAL (ARRIGHI, Paul. El arbitraje comercial internacional en el Derecho Uruguayo, www.juridicas.unam.mx; TALICE, Jorge. “Interpretación e integración en el Derecho Internacional Privado”, *Rev. Derecho Internacional* N° 3 p. 115 – 159; TAC 2° Sent. 161 de 18/6/03)”. (Sent. 3)*

4. RECEPCIÓN AMPLIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las sentencias recogen con gran amplitud el principio esencial en el derecho del arbitraje comercial internacional: el de la autonomía de la voluntad.

Como una de las lógicas consecuencias de ello, los fallos reconocen como válidas y aplicables las normas escogidas por las partes entre las cuales las disposiciones del reglamento de arbitraje.

“Debe reconocerse en suma, el principio de la autonomía de la voluntad para determinar qué normativa rige la validez del acuerdo de arbitraje y concluirse en la inexistencia de vicio alguno ya que se procedió de consuno con lo acordado por las partes interesadas.” (Sent. 1)

“En este punto conviene relevar que las partes acordaron sujetar el proceso arbitral al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (fs.91/113), acuerdo cuya validez no se cuestiona.”

*“En efecto, es ampliamente admitido que las partes, como expresión de autonomía de su voluntad, pacten reglas de procedimiento, no estando obligadas a sujetarse a las normas procesales que regulan el arbitraje doméstico en el país elegido como sede. Las normas vigentes reconocen el derecho de las partes a darse reglas de procedimiento de origen convencional para el arbitraje (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, art.3) y también lo hace en forma irrestricta la doctrina (FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN *Traité de l’arbitrage commercial international*, ed. LITEC, Paris, 1996, p.649-662; BORN, Gary B. *Internacional commercial arbitration*, Kluwer Law Internacional, ed. 2009, vol.II, p. 434; PEREZNIETO, Leonel – SILVA SILVA, Jorge. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. UNAM, Oxford University Press, México, 2000, p.440 y sgtes; SANTOS BELANDRO, Ruben. *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed. Oxford University Press, México, 2000, p.200 y sgtes).” (Sent. 3)*

5. NO REVISIÓN SOBRE EL FONDO

Los fallos son enfáticos en sentido de entender que el proceso de anulación de un laudo internacional no permite ingresar en la revisión de aspectos de fondo, recogiendo así otro principio fundamental en aras de asegurar la autonomía y eficacia del proceso arbitral.

“Uruguay ha sido sede neutral y coyuntural de un procedimiento arbitral institucionalizado, realizado por prestigiosa institución internacional (Cámara de Comercio Internacional) y el laudo emitido hoy impugnado no puede surtir efecto alguno (principal o directo) en nuestro ordenamiento jurídico conforme se ha establecido en el curso de este pronunciamiento.”

“Cabe preguntarse entonces que otro interés aparte de la defensa de su orden público internacional puede tener nuestro país en controlar.”

“Cuál sería la misión del tribunal en estas condiciones.”

“Nunca, por el cúmulo de argumentos que se exponen, la finalidad “sub análisis” no puede ser la búsqueda de la justicia por sí misma (justicia del caso) ni juzgar las decisiones de los árbitros de mérito por presuntas infracciones procurando exactas observancias o cumplimiento puro y abstracto de normas ajenas.”

“Corolario de lo anterior es que el único control que puede realizar este Tribunal es el de la afectación del orden público internacional (Convención de New York, V, parr. 2.5).” (Sent.1)

“Los Laudos Arbitrales internacionales solo pueden ser anulados en situaciones de violación manifiesta, grave, concreta, específica del orden público internacional, concepto este último que comprende el respeto del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa de las partes, lo que inhibe de ingresar al mérito de la cuestión laudada, regulado por el derecho de fondo que eligieron las partes en el ámbito de sus facultades (artículos 1, 3 de la Convención de Nueva York).” (Sent. 2)

“Liminarmente han de formularse algunas consideraciones destinadas a precisar el sentido y razón de ser de este proceso, que no tiene otra finalidad que controlar la regularidad del laudo arbitral desde la perspectiva del debido proceso.”

“Una tercera precisión destaca que el objeto de este proceso se limita a la decisión sobre la validez o nulidad del laudo y, en modo alguno, abre la posibilidad de una revisión del mérito de la decisión adoptada por el Tribunal, lo cual torna irrelevantes las consideraciones que formula la actora acerca del asunto que fue objeto del arbitraje.”

“Esta puntualización resulta imprescindible porque acota el análisis de este Tribunal, que no es competente para emitir una decisión sobre la cuestión sometida a arbitraje -la tomada por el tribunal es definitiva e inapelable- sino que sólo ha de analizar su validez según los criterios recibidos en Derecho Privado Internacional para esta clase de laudos arbitrales (TAC 5º S 102/2002 nota RUDP 2003-4 p. 595).” (Sent. 3)

6. LIMITACIÓN DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

Las sentencias adoptan un criterio limitativo y muy estricto respecto de las causales de anulación de un laudo.

Como vimos, en primer lugar, se descartan aquellas previstas por la legislación interna para los laudos domésticos.

En segundo término, se adoptan por vía analógica aquellas previstas en la Convención de Nueva York y en la Convención de Panamá para el rechazo del reconocimiento o ejecución así como las causas de anulación previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI.

En tercer lugar, y considerando los intereses a tutelar por el Estado sede, la revisión termina limitándose al control del orden público internacional, a su vez acotado al respeto del principio procesal del debido proceso.

En este aspecto las sentencias son también tributarias de un legado dejado por la doctrina jusprivatista uruguaya: una clara y acotada concepción del orden público internacional^{5 6}.

⁵ Importa recordar la declaración efectuada por la delegación uruguaya respecto de la excepción de orden público en ocasión de la aprobación de la “Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado” (Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, año 1979). “En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando estos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado siente su individualidad jurídica.”

⁶ Agregó que ese mismo concepto del orden público (que se incluye en la excepción a la aplicación de la ley extranjera) es también relevante en el marco del reconocimiento, ejecución y anulación de sentencias arbitrales.

“Corolario de lo anterior es que el único control que puede realizar este Tribunal es el de la afectación del orden público internacional (Convención de New York, V, parr. 2.5).”

“Es que con singular penetración consigna FOUCHARD (Op. Cit. P. 341), la idea de justicia por una parte, la idea de civilización jurídica común por otra parte, son suficientes, en efecto, para evitar los excesos eventuales de una autonomía procesal absoluta, controlándose efectivamente el principio general de respeto a los derechos de defensa, intervención excepcional del orden público internacional. HUYTS-KEUTGEN (Op. Cit, p. 563) citan el concepto de OPPETIT: “todo lo que tiene relación con los derechos esenciales de la administración de justicia o de la puesta en obra de obligaciones contractuales.”. (Sent. 1).

“Los Laudos Arbitrales internacionales solo pueden ser anulados en situaciones de violación manifiesta, grave, concreta, específica del orden público internacional, concepto este último que comprende el respeto del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa de las partes, lo que inhibe de ingresar al mérito de la cuestión laudada, regulado por el derecho de fondo que eligieron las partes en el ámbito de sus facultades (artículos 1, 3 de la Convención de Nueva York).” (Sent. 2)

“En precedentes judiciales recientes nuestra jurisprudencia ha tomado, como criterio rector de la revisión, la noción de orden público internacional tal como es entendido para nuestro país como parte de la comunidad jurídica internacional que participa de los criterios fundamentales de la cultura jurídica contemporánea, que conforman un verdadero ‘jus gentium’.”

“El núcleo central de esa noción de orden público internacional está constituido para casos como el presente por la exigencia de respeto a los principios del debido proceso, tal como lo ha dicho nuestra jurisprudencia en los precedentes citados.” (Sent. 3)

7. CONCLUSIONES

Las tres sentencias dictadas en los últimos años en procesos de anulación de laudos emitidos en arbitrajes comerciales internacionales muestran claramente una concepción uniforme y un sistema acerca del derecho del arbitraje comercial internacional en Uruguay.

Haciendo uso: (i) de las Convenciones ratificadas, (ii) de los procesos de integración del derecho enseñados por la mejor doctrina jusprivatista nacional, (iii) de los conceptos fuertemente acuñados como el del orden público internacional, y (iv) de la doctrina internacional más recibida; se ha logrado superar las carencias derivadas de la ausencia de una ley especial en la materia, en tanto por esta vía se han recogido y respetado los principios fundamentales del derecho del arbitraje comercial internacional.

Uruguay ha sido invariablemente un país de clara vocación internacionalista.

De ello da cuenta su respeto al derecho internacional, su activa histórica participación en foros de creación de normas internacionales y el amplio espectro de convenciones y tratados ratificados.

Los tres fallos que me han ocupado siguen con honor tal vocación, permitiendo colmar adecuadamente el vacío que provoca la falta de una legislación especial sobre el arbitraje comercial internacional que esperamos sea aprobada prontamente.

Los acuerdos arbitrales con entes públicos: Especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La evolución del arbitraje en la contratación estatal venezolana. 2.1. Superación de la reticencia histórica. 2.2. Origen de la LAC, texto y estructura del artículo 4. 2.3. El principio pro arbitraje. 3. La arbitrabilidad subjetiva y su diferenciación con los problemas de capacidad. 4. Cambios impuestos por el Decreto Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos. 4.1. Sentido y alcance del artículo 15 de la LSTA de 1999. 4.2. El artículo 15 de la LSTA es Especial y Posterior al artículo 4 de la LAC. 4.3 Los requisitos previos al acuerdo de arbitraje se deben entender como cumplidos. 4.4. La reforma de 2008 de la LSTA ratifica los mismos principios. 5. La aceptación de principios de Derecho Internacional. 5.1. "las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral". 5.2. El Principio de Confianza Legítima en la conducta del Estado. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que no tengo el privilegio de tener un trato personal con los árbitros YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES, mercedamente homenajeados en la obra en que se incerta esta contribución, sí he tenido la oportunidad profesional de participar en algún arbitraje en que casualmente ambos formaron parte del Tribunal Arbitral. Dicha oportunidad profesional me permitió ratificar lo que ya sabía a través de numerosos congresos internacionales y de la prolija obra escrita de ambos: que estaba en presencia de dos de los mejores árbitros del mundo, con quienes el desarrollo del arbitraje en Latinoamérica está en deuda. La simple presencia de dichos árbitros en cualquier proceso arbitral obliga a todo profesional del derecho a presentar sus escritos, memoriales,

(*) Socio fundador de Mezgravis & Asociados. Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Miembro de la Lista de Árbitros y Conciliadores Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro de la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

dictámenes e intervenciones orales con mayor esmero. Ese esfuerzo adicional es el que muchas veces permite que la verdad y la justicia salgan a relucir con mayor intensidad.

El dictamen pericial que en dicho proceso presentamos a la consideración de tan reconocidos árbitros, tuvo por objeto la validez del acuerdo de arbitraje con entes públicos venezolanos. Dicho dictamen configura el punto de partida del presente trabajo que de inmediato paso a explicar.

Cuando se suscribe un contrato con el legítimo representante de una empresa, bien sea ésta pública o privada, es natural asumir que si dicho representante tiene facultades para suscribir dicho contrato también las tiene para incluir en éste una cláusula arbitral. Esta natural suposición no está exenta de riesgos en el mundo jurídico venezolano.

Se ha sostenido que según el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana ("LAC"), los acuerdos de arbitraje suscritos por los representantes legales de las empresas del Estado con inversionistas que actúan de buena fe y confían en la representación del funcionario, no son válidos si no cuentan con la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización escrita del Ministro de tutela de dicho ente público.

Es lamentable observar, y al parecer cada vez con mayor frecuencia, que los entes públicos venezolanos cuando son demandados en arbitrajes internacionales alegan la nulidad de la cláusula arbitral porque ésta no cuenta con la aprobación previa del órgano estatutario correspondiente y la autorización escrita del Ministro de tutela. Ello, en nuestro criterio, resulta censurable puesto que es la propia entidad pública, y no el inversionista, la que tiene la obligación de cumplir con dichos requisitos legales previstos en el artículo 4 de la LAC. Es nuestra opinión que semejante conducta está reñida con la buena fe, y con los nuevos principios constitucionales que imponen que el artículo 4 de la LAC, sea interpretado de un modo distinto a cuando fue promulgada dicha ley en 1998. En efecto, una interpretación *evolutiva* que tome en consideración los principios de *buena fe*, *confianza legítima* y sobre todo el principio *pro arbitraje*, todos previstos en la Constitución venezolana vigente, imponen una interpretación de dicha norma que va más allá de su lectura literal. En este sentido, el artículo 29 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de 2008 ("LSTA") establece que no se podrá exigir el cumplimiento de un requisito administrativo cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido. Consideramos que de conformidad con esta norma legal y los principios antes indicados se puede válidamente sostener que los requisitos administrativos exigidos en el artículo 4 de la LAC se tendrán por acreditados a todos los efectos legales,

si el representante de una entidad pública suscribe el contrato contentivo de la respectiva cláusula arbitral, ya que los requisitos relativos a la aprobación del órgano estatutario correspondiente y la autorización escrita del Ministro de tutela, de conformidad con la LAC, debieron acreditarse antes de la celebración del respectivo acuerdo de arbitraje. Afortunadamente, la propia jurisprudencia *vinculante* de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido expresamente el principio de derecho internacional según el cual *"las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral"*.

La tesis que a continuación explicaremos en modo alguno significa que el artículo 4 de la LAC quedó totalmente derogado. Lo que en este trabajo sostenemos es que el artículo 29 de LSTA sólo derogó el artículo 4 de la LAC en la materia propia de su especialidad, esto es, en las *consecuencias legales* que tiene para el *particular*, el incumplimiento de ciertos requisitos administrativos por parte de la empresa pública que sí estaba obligada a cumplirlos antes de suscribir el respectivo acuerdo de arbitraje. En términos legales estaríamos en presencia de una derogatoria *parcial* tácita del artículo 4 de la LAC, pues, los requisitos exigidos en esta norma, aunque inocuos para el inversionista, seguirán siendo exigibles para los funcionarios de las empresas públicas quienes incluso podrían ser objeto de las sanciones civiles, penales y administrativas correspondientes por incurrir en dichas omisiones.

La procedencia de esta tesis fue aceptada en el arbitraje internacional antes indicado, administrado bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Precisamente, los distinguidos árbitros aquí homenajeados Yves DERAÏNS (Francia) y Bernardo M. CREMADES (España), junto a otro reconocido árbitro internacional Horacio GRIGERANAÓN (Argentina), declararon expresamente su procedencia en un laudo preliminar de fecha 15 de abril de 2011.

2. LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL VENEZOLANA

2.1. Superación de la reticencia histórica

La primera Constitución, que consolida a Venezuela como República autónoma (1830), y las siguientes Constituciones de 1857 y 1858 le dieron rango constitucional al arbitraje.¹ Sin embargo, luego, a principios del siglo XX, se desarrolló en Venezuela un ambiente un tanto hostil hacia el arbitraje como consecuencia, primero, del malestar que generó un arbitraje privado que culminó en una reclamación diplomática,² luego con la aplicación de la

¹ Véase BREWER-CARIAS, Allan. *Las Constituciones de Venezuela*. Estudio preliminar. Madrid, 1985, pp. 353 y ss.

² Un arbitraje en 1880 sobre *"un asunto estrictamente privado suscitado entre los ciudadanos*

"Cláusula Calvo"³ y finalmente como resultado de los eventos de las cañoneras (1902) que dieron origen en Venezuela a la "Doctrina Drago"⁴.

Estos hechos explican, porqué el Código de Procedimiento Civil de 1916, si bien contemplaba el arbitraje, no le reconocía a la cláusula compromisoria efectos vinculantes⁵. Esa actitud contraria hacia el arbitraje fue cambiando sostenidamente desde mediados del siglo XX. En efecto, la Constitución de 1961 adoptó el principio de *inmunidad relativa* de jurisdicción, y la estipulación de cláusulas arbitrales en contratos públicos se convirtió en una práctica generalmente aceptada y reconocida como válida⁶. En 1986, se reformó el Código de Procedimiento Civil el cual reconoció los efectos vinculantes de la cláusula compromisoria (artículos 608-629).

En 1998, Venezuela promulgó la LAC, que si bien es una ley inspirada en las corrientes modernas del arbitraje, se filtra precisamente en su artículo 4 un último vestigio de aquella desconfianza histórica hacia el arbitraje, que como veremos más adelante, es superado por completo un año más tarde.

En el ámbito internacional, también se evidencia un desarrollo similar y un cambio sostenido a favor del arbitraje que se da especialmente a mediados de los años 80, cuando Venezuela ratificó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979,⁷ y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 ("Convención de Panamá")⁸. Luego en 1994 Venezuela ratificó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

Fabiani y Roncayolo terminó siendo un arbitraje en derecho público a cargo del Presidente de la Confederación Suiza". Cfr. PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La función de la reciprocidad en el sistema venezolano del exequátur". En: Revista de la Facultad de Derecho N° 31, Caracas, 1965, pp. 39 y ss. Igualmente MATTHIES, Roland. Arbitrariedad y Arbitraje. OT Editores, Caracas, 1996, p. 10.

³ Véase BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana. "Inmunidad de Jurisdicción de los Estados". En *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Tomo I, Caracas 1982, pp. 213 y ss.

⁴ Véase en general JIMÉNEZ Y NÚÑEZ, Victorino *La Doctrina Drago y la Política Internacional*. Madrid, 1927.

⁵ Artículos 502-522.

⁶ Véase MORLES, Alfredo. "La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público". En *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo III, Caracas, 1979, pp. 1.701. ff; BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recientemente confirmó la sentencia dictada bajo la Constitución de 1961, en la que sostuvo que el artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de disposiciones arbitrales en contratos de "interés público". Véase sentencia N° 1.541 de 2008, pp. 365 y 488.

⁷ *Gaceta Oficial* N° 33.144 del 15 de enero de 1985.

⁸ *Gaceta Oficial* N° 33.170 del 22 de febrero de 1985.

Extranjeras de las Naciones Unidas de 1958 (“Convención de NY”),⁹ y en 1995 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”).¹⁰ Finalmente, entre 1993 y 2010, Venezuela ha ratificado numerosos tratados bilaterales sobre protección de inversiones los cuales estipulan ofertas abiertas de arbitraje internacional a los inversionistas.¹¹

Pero el hito más importante de todos, sin duda alguna, lo marcó la Constitución de 1999. En efecto, por un lado, incorporó al arbitraje como parte del sistema de justicia (artículo 253)¹², y adicionalmente estableció la obligación de promoverlo, en particular a través de la legislación. En efecto, establece el artículo 258:

“(...) La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”¹³.

⁹ *Gaceta Oficial* (Extraordinaria) N° 4832 del 29 de diciembre de 1994. Para un recuento de los instrumentos internacionales pertinentes al reconocimiento del arbitraje internacional por parte de Venezuela, véase la Decisión N° 1.541 de 2008, pp. 365.485.

¹⁰ *Gaceta Oficial* N°. 35.685 del 3 de abril de 1995.

¹¹ Véase la lista de tratados bilaterales de Venezuela sobre promoción y protección de inversiones en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela disponible en <http://www.mre.gov.ve/metadot/index.pl?id=4617;isa=Category;op=show>; Base de Datos del CIADI sobre Tratados Bilaterales de Inversión disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet;UNCTAD>, Base de Datos en Línea sobre Instrumentos de Inversión, Listado de TBI por Países - Venezuela disponible en <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>. Véase también, MUCI BORJAS, José Antonio. *El Derecho Administrativo Global y Los Tratados Bilaterales de Inversión* (BITs). Caracas 2007, pp. 101-102; B. DE MAEKELT, Tatiana. “Arbitraje Comercial Internacional en el sistema venezolano”. En, *Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 282-283; HUNG VAILLANT, Francisco. *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001, pp. 104-105; y la Decisión N° 1.541 de 2008, pp. 265.485-365 y 486.

¹² Constitución de 1999, artículo 253. *“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. / Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. / El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.”*

¹³ La promoción del arbitraje es una obligación de todos los órganos del Estado. Véase la Decisión N° 1.541 de 2008, pp. 365.485. Sobre el reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de resolución por parte de la Constitución de 1999, véase en general LONGO F., Paolo. *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*. Editorial Frónesis S.A., Caracas, 2004; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Decisión N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación Constitucional de los artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999).

Asimismo, tal y como estableció el 3 de noviembre de 2010 la sentencia 1067 del Tribunal Supremo de Justicia: *“También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del desideratum constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos y numerosas leyes especiales comenzaron a hacer referencia al arbitraje”*¹⁴.

También esa misma sentencia estableció: *“Ahora bien, no escapa al análisis de esta Sala que históricamente ha existido cierta reticencia frente al arbitraje por parte de algunos de los órganos del Poder Judicial, fundamentalmente por considerar que los pactos arbitrales constituyen una derogatoria de la jurisdicción de los tribunales judiciales -vale decir en una pérdida de poder o debilitamiento de las funciones que le son otorgadas constitucionalmente-; todo lo cual deviene en inaceptable, no sólo por el incuestionable desarrollo actual de la institución como un medio alternativo con rango constitucional, sino más importante aún, por el hecho que semejante posición significaría desconocer a los pilares fundamentales que sustentan al mecanismo como una institución viable y efectiva que, se insiste, forma parte del sistema de justicia (Vid. artículo 253 constitucional)”*¹⁵.

De manera que *“en la actualidad una ley venezolana que restrinja el uso del arbitraje, debería ser declarada inconstitucional”*.¹⁶ Así lo reconoció otra importante sentencia el Tribunal Supremo de Justicia, al establecer:

*“visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional”*¹⁷. (el resaltado es nuestro).

Por las razones antes expuestas es que consideramos que una interpretación auténtica del artículo 4 de la LAC se debe hacer tomando en consideración

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N°. 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°. 1067 de fecha 3 de noviembre de 2010.

¹⁶ MEZGRAVIS, Andrés A. “El orden público y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo”. En: *Libro Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, Convención de NY de 1958*. Instituto Peruano de Arbitraje. Perú, 2009, p. 803.

¹⁷ Sentencia vinculante de la Sala Constitucional N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008. Criterio este que fue reiterado en su reciente sentencia N° 1067 de fecha 03 de noviembre de 2010.

no sólo el sentido literal de sus palabras y el elemento histórico que explican las circunstancias que motivaron al legislador a redactar la norma en un momento determinado, sino que adicionalmente se hace necesario interpretar dicha norma a la luz del nuevo el ordenamiento jurídico vigente que ha desarrollado los nuevos principios constitucionales que definitivamente han superado y derogado dichas circunstancias.

2.2. Origen de la LAC, texto y estructura de su artículo 4

La LAC entró en vigencia el 7 de abril de 1998 cuando fue publicada en la Gaceta Oficial. La mayoría de sus disposiciones se inspiran en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI de 1985 (UNCITRAL)¹⁸. Sin embargo, la redacción del artículo 4 no encuentra referencia o parangón en el derecho comparado, sino que configura una redacción original que respondía a viejos temores todavía presentes en algunos legisladores de la época, y concretamente a una mala experiencia que tuvieron las empresas estatales del sector del Aluminio en un arbitraje no muy lejano a la fecha de promulgación de la LAC¹⁹.

Establece textualmente el artículo 4 de la LAC:

“Artículo 4. Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, Los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3).”

Ante todo cabe aclarar que este artículo no impone requisito alguno si quien suscribe el acuerdo de arbitraje es la República, un Estado o un Municipio. Esta norma por las circunstancias e inquietudes aún latentes en la época estableció ciertos requisitos a las *empresas* de la República, de los Estados y Municipios en primer o segundo grado.

¹⁸ Véase en general RENGEL ROMBERG, Arístides. “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998). En: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 47 y ss.

¹⁹ BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. “Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable en los casos de Arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial.” En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, p. 99 nota 40.

No obstante, las empresas públicas “*estadales o municipales*” no tienen Ministro de Tutela, pues, sólo lo tienen las empresas de la República. De manera que en este aspecto dicha norma tiene un claro vacío legal.²⁰

Por otra parte, los términos “*autorización*” y “*aprobación*” tienen una connotación distinta en el campo del derecho público. La autorización es un requisito *previo* a la realización del acto, en cambio la aprobación es *posterior*²¹.

Como puede observarse, según una interpretación literal de la norma, la autorización del Ministro de Tutela debe ser previa al acuerdo de arbitraje, y a las empresas públicas “*estadales o municipales*”, sólo aplicaría la aprobación (posterior) del órgano estatutario. No obstante, al parecer se trata de un uso indiscriminado de estos términos,²² y ambos requisitos deben ser cumplidos, en principio, antes de la suscripción del acuerdo de arbitraje.

2.3. El principio *pro arbitraje*

Como antes indicamos, un año más tarde a la promulgación de la LAC (1998), entró en vigencia una nueva Constitución (1999) que introdujo importantes cambios en el ordenamiento jurídico venezolano.

El Profesor venezolano HUNG VAILLANT, muy acertadamente señala, que si partimos de la premisa de que el legislador venezolano ha consagrado el arbitraje tanto en el Código de Procedimiento Civil como en la LAC, y además la propia Constitución impone la promoción de tal medio de solución de conflictos (artículo 258), debe llegarse a la conclusión de que el ordenamiento positivo está interesado en desarrollar su plena vigencia, su aplicación y sus finalidades específicas. Como corolario de este postulado, agrega HUNG VAILLANT, “*es posible afirmar la vigencia del principio a favor del Arbitraje; principio conforme al cual se debe tratar de sostener su validez en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admisión no conduzca a una violación de normas de orden público ni atente contra las buenas costumbres. En resumen, en caso de duda, se deberá pronunciar a favor de la existencia del Arbitraje*”²³.

En este mismo sentido, la Sala Político Administrativa, en sentencia del 29 de enero de 2002, ratificó lo que ya había expuesto en una sentencia anterior (Caso Corporación L’Hoteles), esto es:

²⁰ FRAGA PITTALUGA, Luis. *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*. Editorial Torino, Caracas, 2000, p. 91, nota 105. Igualmente, BREWER-CARIAS, Allan. “El Arbitraje y los Contratos de Interés Nacional”. En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, p. 186.

²¹ BREWER-CARIAS, Allan. *Ídem*. p. 186.

²² *Ibíd.*

²³ HUNG VAILLANT, FRANCISCO. *Reflexiones sobre el arbitraje (...)* Op. Cit., p. 66.

“...que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000), consagró en su artículo 258, el deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos.

*Ahora bien, dicho deber – de promover los medios alternativos- , impuesto por la propia Constitución, no se agota o tiene como único destinatario al legislador, esto es, a la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional; sino también, al propio operador judicial, quien deberá en la medida de lo posible, promover e incitar a las partes querellantes al avenimiento y a la conciliación, mediante el uso de cualesquiera de los medios posibles para tal fin; entre ellos, los clásicos medios de autocomposición procesal (Vgr. la transacción), y otros, que si bien no arrojan una solución inmediata o ab initio, no obstante, sí procuran un entendimiento en cuanto a la elección de un mecanismo alterno a la vía judicial; siendo, en ese sentido, **el arbitraje** (bien de equidad o de derecho), el que por excelencia se amolda mejor a semejante desideratum”. (énfasis añadido).*

Como puede observarse, no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución reconoció la existencia del principio *pro arbitraje*. Sin embargo, a pesar de dicho reconocimiento la Sala Político Administrativa se contradijo en algunas sentencias, hasta el punto de aplicar paradójicamente el principio opuesto²⁴. Por ejemplo, como he señalado en publicaciones anteriores “en sentencia del 5 de abril de 2006, en un caso que involucraba a la principal televisora del Estado (caso VTV vs Elettrónica Industriale S.P.A.) anuló un laudo arbitral dictado en Venezuela por árbitros venezolanos, conforme a las reglas de la CCI, destacándose ‘especiales razones de orden constitucional’ y ‘que en los contratos donde existe una finalidad pública no pueden ser objeto de arbitraje’. Como puede observarse, esta sentencia anula el laudo tanto por razones de orden público (orden constitucional) como por inarbitrabilidad (finalidad pública), a pesar de que no existe en el ordenamiento jurídico venezolano norma alguna que contemple semejante prohibición”²⁵.

Es importante destacar que de acuerdo con el derecho venezolano las decisiones de la Sala Político Administrativa, a diferencia de las sentencias de la Sala Constitucional, no son vinculantes²⁶. La Sala Constitucional del

²⁴ MEZGRAVIS, Andrés A. “La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia.” En: *Revista de Derecho Constitucional* N°. 5. Julio-Diciembre 2001, pp. 132 y ss.

²⁵ MEZGRAVIS, Andrés A., “El orden público y la arbitrabilidad (...)”. Op. Cit., pp. 806 y 807.

²⁶ Establece el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil: “Los Jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la

Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete de la Constitución, y de conformidad con los términos previstos en su artículo 335 “[l]as interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”²⁷.

La sentencia de la Sala Constitucional N° 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, como señala la doctrina venezolana, viene a ser un “*varapalo*” a la Sala Político Administrativa,²⁸ pues, no sólo reconoce expresamente el principio *pro arbitraje*, sino que pone fin a las viejas inquietudes ya superadas y clarifica muchos de los erróneos conceptos sostenidos por esta última Sala. Más importante aún, esta sentencia hace una interpretación del arbitraje acorde con los nuevos principios constitucionales. Por la relevancia y en virtud de su carácter vinculante, y a los fines de ratificar su efecto *erga omnes*, esta sentencia fue publicada en la Gaceta Oficial en fecha 10 de noviembre de 2008.²⁹

De allí que consideramos que los nuevos principios constitucionales imponen una interpretación del artículo 4 de la LAC acorde con ellos. Sostener lo contrario sería tanto como ignorar que un año más tarde a la entrada en vigencia de la LAC hubo un importante cambio constitucional que estableció, entre otras cosas, el principio *pro arbitraje*.

3. LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA Y SU DIFERENCIACIÓN CON LOS PROBLEMAS DE CAPACIDAD

Al igual que ocurre en otras legislaciones del mundo, en Latinoamérica y concretamente en Venezuela cabe hacer la distinción entre “*inarbitrabilidad subjetiva*” y la “*inarbitrabilidad objetiva*”.

La *inarbitrabilidad subjetiva* se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto. Normalmente, la *inarbitrabilidad subjetiva* existe respecto de los Estados o las entidades estatales o de derecho público, que en virtud de normas legales no se les permite acudir al arbitraje o se les

integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.”

²⁷ CASAL, Jesús María. “Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional”. En: *Revista de Derecho Constitucional* N° 8 Julio-Diciembre 2003. Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 193 y siguientes. Asimismo, ESCOBAR LEÓN, Ramón. “El precedente Constitucional: Definición y límites”. En: *Revista de Derecho Constitucional* N° 8 Julio-Diciembre 2003. Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 231.

²⁸ ANZOLA, Eloy, “Luces desde Venezuela: La Administración de Justicia no es Monopolio Exclusivo del Estado”. En: *Revista N° 4 del Club Español del Arbitraje*. Madrid, Abril 2009, p. 11.

²⁹ Gaceta Oficial N° 39.055.

permite bajo ciertas y estrictas condiciones³⁰. Precisamente, en las legislaciones y jurisprudencias latinoamericanas, uno de los principales problemas de inarbitrabilidad gira en torno al arbitraje con entes públicos³¹.

En cambio, la inarbitrabilidad objetiva se da cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje. En definitiva, se circunscribe a las materias que el legislador ha querido reservar a los jueces estatales³².

La doctrina venezolana le ha atribuido a la arbitrabilidad subjetiva un sentido amplio, por una parte, el cual abarca "el estudio de la existencia y validez del consentimiento de las partes para someter una controversia a arbitraje",³³ y por otra, un sentido estricto, el cual se limita a determinados organismos o personas someter a arbitraje sus controversias en virtud de su naturaleza o funciones³⁴.

El único autor venezolano que conocemos que analiza el artículo 4 de la LAC como un problema de "capacidad de las personas de derecho público" y no de "arbitrabilidad subjetiva" es Alfredo De Jesús O., quien, sin embargo, al comentar el artículo 4 de la LAC apunta:

"Las dificultades se plantean en primer término porque supedita a esta formalidad, la "validez" del acuerdo, lo que nos obligará a hacer referencia a aquellos supuestos de validez del acuerdo de arbitraje en los que consideramos que cumple algún papel. En esta oportunidad lo plantearemos como una cuestión de capacidad aunque generalmente es abordado como un tema de arbitrabilidad subjetiva, noción que, como bien señala el profesor Charles Jarrosón, pareciera constituir un abuso de lenguaje. La segunda dificultad se refiere al alcance y eficacia de esta norma. En este sentido, la pregunta que debe plantearse es la siguiente: ¿una de estas personas de derecho público que para celebrar el acuerdo de arbitraje requiere las mencionadas formalidades puede luego alegar su falta de capacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje por no haber llenado dichos requisitos? En materia de arbitraje internacional la cuestión es muy clara por una prolongación del principio "de la buena fe". Es un principio general del arbitraje comercial internacional la prohibición a una persona de derecho público de prevalerse de las disposiciones de su derecho interno para contestar la validez de un acuerdo de arbitraje que ha aceptado libremente. Tal actitud podría incluso considerarse como una violación al orden público internacional. Aceptar lo contrario permitiría a las personas de derecho público burlar sistemáticamente sus obligaciones contractuales e internacionales de acudir al arbitraje.

³⁰ Cfr. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Las Causales que pueden ser Declaradas de Oficio para Negar el Reconocimiento de un Laudo". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2007 N° 6, pp. 63-64.

³¹ MEZGRAVIS, Andrés A. "El orden público y la arbitrabilidad (...)." *Op. Cit.* p. 806.

³² *Ibidem*.

³³ Véase SÁNCHEZ PALENCIA, Shirley. *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas, 2005, p. 192.

³⁴ *Idem*, p. 193.

En materia de arbitraje interno la cuestión no se ve tan clara. Al respecto nos preguntamos si este artículo 4º de la LAC, debe entenderse como una condición de validez propiamente dicha o más bien como una norma dirigida a las personas de derecho público allí referidas, como un principio de organización interna, al estilo de los decretos sobre condiciones generales de contratación para la ejecución de obras”³⁵.

Como puede observarse, aún los autores que niegan que se trata de un problema de *arbitrabilidad subjetiva*, admiten categóricamente la validez del acuerdo en el campo internacional, porque de lo contrario se atentaría contra el principio de “buena fe” que es de orden público internacional, o verdadero orden público trasnacional.

Por otra parte, la Convención de NY³⁶ determina el derecho aplicable al acuerdo arbitral a falta de indicación expresa por las partes. En tal sentido, el artículo V(1)a de la Convención de NY establece:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o (...).”³⁷ (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, una cosa es que las partes indiquen el derecho aplicable al Contrato y otra que las partes indiquen el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Tal y como establece el artículo 7 de la LAC el acuerdo de arbitraje

³⁵ DE JESÚS O., Alfredo “La validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano”. En: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, p. 82.

³⁶ La Convención de NY se encuentra vigente frente a 145 países. Venezuela la ratificó el 29 de diciembre de 1994 Véase: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

³⁷ Similar redacción a la contenida en el artículo V(1)a de la Convención de NY, la encontramos en la Convención de Panamá ratificada por Venezuela pero de la cual no forma parte Alemania, por lo que en este caso, y de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley de DIP, constituye un principio de Derecho Internacional Privado generalmente aceptado. En tal sentido, el artículo 5(1)a de la Convención de Panamá establece:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; (...)”

que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de éste³⁸.

Por tanto, si las partes no han indicado el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, entonces de conformidad con la norma de la Convención de NY antes transcrita, el derecho aplicable al acuerdo arbitral, y concretamente la validez éste, debe determinarse de conformidad con la ley del país en que será dictada la sentencia o laudo arbitral, es decir, con arreglo al derecho del lugar del arbitraje³⁹.

Por otra parte, es importante destacar que la necesidad de supeditar a una autorización previa a un Estado o ente controlado por éste para celebrar una cláusula arbitral no obedece a razones de *incapacidad* para contratar, sino que por el contrario, obedece a restricciones impuestas por el propio Estado a las cuales puede renunciar en cualquier momento⁴⁰.

En este sentido, la doctrina ha señalado que: *“Desde el punto de vista internacional no es posible aceptar que el Estado, que tiene la capacidad de administrar los asuntos públicos, se encuentre en una situación de incapacidad. En efecto, conceptualmente la incapacidad corresponde más bien al hecho de que es necesario proteger a una persona porque carece de la posibilidad de formar adecuadamente su consentimiento o de la experiencia y ponderación para hacerlo”*⁴¹.

De allí que hemos sostenido en anteriores publicaciones que “se ha arraigado el principio internacional relativo a que los Estados o las entidades públicas pueden someter al arbitraje las controversias en las cuales son parte, sin que puedan luego invocar las limitaciones (de capacidad o de arbitrabilidad) de su propio derecho interno que, se supone, deberían conocer mejor que los particulares o inversionistas”⁴².

4. CAMBIOS IMPUESTOS POR EL DECRETO LEY SOBRE SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

4.1. Sentido y alcance del artículo 15 de la LSTA de 1999

La LSTA de 1999 y reformada en el 2008, tiene por objeto desarrollar una serie de principios constitucionales que moldean la actividad administrativa,

³⁸ Artículo 7 de la LAC: *“El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”*.

³⁹ En este mismo sentido véase DE MAEKELT, Tatiana B. y MADRID M., Claudia C. *“Al rescate del arbitraje”*. En: *El derecho privado y procesal en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Plancharth Manrique*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, p. 752.

⁴⁰ En este mismo sentido véase SÁNCHEZ PALENCIA, Shirley: *El derecho...* Op. Cit., p. 193.

⁴¹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *“Las Causales que pueden (...)”*. Op. Cit., p. 64.

⁴² MEZGRAVIS, Andrés A. *“El orden público y la arbitrabilidad (...)”*. Op. Cit., p. 807.

siendo el artículo 141 de la Constitución de Venezuela, anteriormente citado, una de sus bases más fundamentales⁴³.

De conformidad con el artículo 8 de la LSTA de 1999 (que es la que estaba en vigencia para la fecha de la suscripción del acuerdo de arbitraje entre las partes) los principios que inspiran a esta ley son:

- La presunción de buena fe.
- La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.
- La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos.
- La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección.

Los requisitos contenidos en el artículo 4 de la LAC son, en principio, válidos y lícitos, y por ende de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de las empresas públicas antes de que éstas suscriban un acuerdo de arbitraje. En este sentido, la LSTA no introduce cambio alguno a la legislación arbitral, y por ende los funcionarios de las empresas públicas siguen obligados a cumplir dichos requisitos. Ahora bien, las consecuencias que acarrea la falta de cumplimiento de estos requisitos es lo que sí modifica los nuevos principios constitucionales y particularmente la LSTA de 1999.

En efecto, establece el artículo 15 de la LSTA:

“No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido. En este caso, dicho requisito se tendrá por acreditado a todos los efectos legales”.

Como puede observarse, existe una manifiesta colisión entre las consecuencias legales establecidas en el artículo 4 de la LAC y las consecuencias legales establecidas en el artículo 15 de la LSTA por la falta de cumplimiento de requisitos previos a la celebración del acuerdo de arbitraje. Mientras el artículo 4 de la LAC exige para la validez del acuerdo de arbitraje el cumplimiento de los requisitos relativos a la autorización del Ministro de Tutela y la aprobación del órgano estatutario competente, el artículo 15 de la LSTA establece que dichos requisitos se tendrán por acreditados a todos los efectos legales, pues dichos requisitos, de conformidad con la normativa aplicable, debieron acreditarse antes de la celebración del respectivo acuerdo de arbitraje.

⁴³ ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS. “¿Hacia una Mejora de los Trámites Administrativos?. Breves consideraciones sobre algunas innovaciones constitucionales y sobre la nueva Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999”. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 7. Paredes Editores, Caracas, Venezuela, p. 343.

Señala la doctrina venezolana que a los fines de tratar de detener otra odiosa y común práctica administrativa, la Ley no deja pasar la oportunidad para declarar que no se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido⁴⁴.

4.2. El artículo 15 de la LSTA es especial y posterior al artículo 4 de la LAC

En sentencia N° 895 del 30 de julio de 2008, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se refirió a cuatro elementos que deben tomarse en cuenta en la interpretación de las normativas legales: i) habrá que indagar sobre el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí, lo que comúnmente es conocido como *“elemento literal, gramatical o filológico”*, que es el punto de partida de toda interpretación; ii) habrá que investigar sus antecedentes, como exposición de motivos, trabajos preparatorios, actas del órgano legislativo, etc., que pueden explicar el pensamiento que impulsó al legislador al promulgarla, lo que comúnmente es conocido como *“elemento histórico”*; iii) también el intérprete tendrá que concatenar esa intención que aparece reflejada en dicha ley, con la del ordenamiento jurídico del que forma parte (*“elemento lógico, racional o sistemático”*),⁴⁵ y iv) finalmente el intérprete también deberá tomar en consideración las circunstancias sociológicas que dieron lugar a su creación y sus cambios, lo que se conoce como *“interpretación evolutiva o social”*, por cuanto la modificación de tales circunstancias con el transcurso del tiempo podrían influir de manera determinante en la interpretación de la ley, a tal punto, que según la doctrina venezolana, *tales cambios permiten la modificación de la norma, cuando su interpretación original resulta incompatible con la situación reinante*⁴⁶.

⁴⁴ ORTIZ ÁLVAREZ, Luis. “¿Hacia una Mejora (...)”. Op. Cit, p. 352.

⁴⁵ “En este orden de ideas y en cuanto al objeto de la interpretación, tenemos que más allá de interpretar textos, los Jueces deben interpretar el Derecho, partiendo de una concepción amplia del mismo; así debe comprenderse que el Derecho no es solamente la legislación en general, sino que tiene dos necesarios componentes más: la realidad social a la que la legislación se va a aplicar y los valores que el Derecho pretende realizar. Es la unidad de estos tres componentes la que nos da la mejor idea del Derecho. Entonces el Derecho no se queda sólo en los textos, el Derecho los trasciende y el sentido que se les atribuye viene dado por la comprensión de la realidad a la que el texto se va a aplicar; además se debe preguntar cuál es la finalidad que se persigue con el texto, es decir, cuáles son los valores que están detrás del texto, lo que sin duda ayuda a hacer la mejor elección de cuál de las interpretaciones posibles es la indicada para la solución del problema jurídico a resolver”. Ídem, Sentencia N° 895 del 30 de julio de 2008.

⁴⁶ BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Tomo II. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006, p. 328. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008, Tomo II, p. 799.

En la referida sentencia también el Tribunal Supremo de Justicia precisó que la interpretación no es un asunto de escoger entre los cuatro elementos, sino de aplicarlos en conjunto. Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado⁴⁷.

El artículo 4 de la LAC, establece como cualquier otra ley, una serie de requisitos administrativos que deben ser cumplidos por las empresas públicas antes de la culminación de otro requisito posterior (constancia escrita del acuerdo de arbitraje) exigido en el artículo 6 de la LAC⁴⁸.

En términos generales podría decirse que la LAC es especial en materia de arbitraje comercial y la LSTA es especial en materia de simplificación de trámites administrativos. No obstante, conforme a la doctrina venezolana más calificada, lo que en realidad determina el carácter “general” y “especial” de una norma, no es la Ley texto o Código que la contiene, sino la comparación particular de las dos disposiciones legales en conflicto⁴⁹. Y en este sentido, resulta evidente que mientras el artículo 4 de la LAC regula los requisitos que deben ser cumplidos por las empresas públicas antes culminar el acuerdo de arbitraje, el artículo 15 de la LSTA regula de manera especial las consecuencias legales que se originan cuando no se cumplen los requisitos que, de conformidad con la normativa aplicable (en este caso la LAC), debieron acreditarse antes de la documentación del respectivo acuerdo de arbitraje (artículo 6 de la LAC).

⁴⁷ (i) *Ana Cruz Márquez Bolívar v. Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME)*. Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 2010-914, de fecha 13 de octubre de 2010, con ponencia de la Magistrado María Eugenia Mata, ubicada en: <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/octubre/1477-13-AP42-R-2010-000551-2010-914.html>; (ii) Caso: *Néstor Pereyra Figary*. Sentencia da la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°. 1621, de fecha 24 de noviembre de 2009, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero López y ubicada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1621-241109-2009-08-0557.html>; (iii) Caso: *Alcides De Jesús Rojas Boada Vs. el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación (IPASME)*, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 2010-07, de fecha 17 de febrero de 2010, con ponencia del Magistrado Enrique Sánchez y ubicada en: <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/febrero/1477-17-AP42-R-2007-000917-2010-07.html>; (iv) Caso: *Procurador General del Estado Anzoátegui*. Sentencia emanada de La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00736, de fecha 27 de mayo de 2010, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa y ubicada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/00736-27509-2009-2005-5473.html>; y, (v) Caso: *Norman Antonio Silva Moreno*, sentencia de La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°. 181, de fecha 24 de marzo de 2010, con ponencia del Magistrado Arcadio de Jesús Delgado Rosales y ubicada en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/181-24310-2010-09-1183.html>.

⁴⁸ Establece el encabezado del artículo 6 de la LAC: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje”.

⁴⁹ SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín. “La vigencia temporal (...)”. Op. Cit., pp. 29 y ss.

De allí que el artículo 15 de LSTA sólo deroga el artículo 4 de la LAC en la materia propia de su especialidad, esto es, en las consecuencias legales que tiene para el particular el incumplimiento de ciertos requisitos previos por parte de la empresa pública que suscribió el respectivo acuerdo de arbitraje.

En este caso estamos entonces en presencia de una derogatoria parcial tácita⁵⁰ del artículo 4 de la LAC, pues, los requisitos exigidos en esta norma, aunque inocuos para el particular, seguirán siendo exigibles para los funcionarios de las empresas públicas quienes incluso podrían ser objeto de las sanciones correspondientes por incurrir en dichas omisiones.

En todo caso, si quisiera sostenerse que ambas leyes son igualmente especiales, es claro entonces que el precepto legal *posterior* (artículo 15 de la LSTA de 1999) habrá derogado necesariamente al anterior (artículo 4 de la LAC de 1998)⁵¹.

Si todavía existieren dudas en cuanto a la derogatoria parcial tácita del artículo 4 de la LAC, cabe destacar que el artículo 62 de la LSTA establece expresamente:

“Se derogan todas las disposiciones que colidan con este Decreto-Ley”

Siendo evidente la colisión entra las consecuencias legales establecidas en el artículo 4 de la LAC y las consecuencias establecidas en el artículo 15 de la LSTA, resulta clara entonces la derogatoria parcial tácita del artículo 4 de la LAC.

4.3. Los requisitos previos al acuerdo de arbitraje se deben entender como cumplidos

A tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la LSTA los requisitos relativos a la autorización del Ministro de Tutela y la aprobación del órgano estatutario competente se deben entender acreditados o cumplidos a todos los efectos legales.

4.4. La reforma de 2008 de la LSTA ratifica los mismos principios

El artículo 29 de la LSTA (2008) vigente se corresponde con artículo 15 de la LSTA de 1999. En efecto, ambas normas son prácticamente idénticas siendo la única modificación el reemplazo en el primer párrafo de la palabra “cumplido” por el vocablo “satisfecho”, y en el segundo párrafo la palabra “acreditado” por “cumplido”, sin modificarse el resto del texto⁵².

⁵⁰ Ídem, p. 88

⁵¹ Ibídem.

⁵² El artículo 29 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de

Por tanto, resulta forzoso concluir que la LSTA (2008) vigente promulgada con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato (2004), en nada cambia las anteriores conclusiones, por cuanto el artículo 15 de la LSTA de 1999, vigente para ese entonces, tenía prácticamente el mismo contenido que el de la ley vigente.

5. LA ACEPTACIÓN DE PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

5.1. “Las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral”

Suscrito el acuerdo arbitral, éste tiene como todo contrato, “un fundamento en la obligatoriedad de lo convenido –*pacta sunt servanda*–”⁵³ de allí la necesidad de cumplirlo, tal cual fue acordado por las partes. Así pues, se entiende que las partes han materializado su voluntad de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, cualquier disputa que pueda surgir sobre el acuerdo que contiene la convención arbitral.

La doctrina venezolana reconoce que una vez suscrito el acuerdo o convenio de arbitraje el Estado o el ente controlado por ésta, no puede invocar su propio Derecho para evitar que una eventual disputa sea sometida a la jurisdicción arbitral⁵⁴.

Tanto los Estados como los entes controlados por éste gozan de plena capacidad para celebrar un acuerdo arbitral; constituyendo la necesidad de someter a los órganos jurisdiccionales del Estado las desavenencias que pudieran ocurrir en los contratos en los cuales los Estados o sus entes sean parte, un uso equivocado del “concepto de soberanía nacional, de la falta de entendimiento de la institución del arbitraje comercial internacional y del rol que un Estado y sus entes pueden y deben jugar en el campo del comercio internacional”⁵⁵.

El propio Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha reconocido la procedencia de este principio de derecho internacional en los siguientes términos:

“En este punto, la Sala considera oportuno aclarar que la interpretación efectuada consolida el principio de soberanía, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés

Trámites Administrativos se encuentra redactado de la siguiente manera: “No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya **satisfecho**. En este caso, dicho requisito se tendrá por **cumplido** para todos los efectos legales”. (Resaltado nuestro).

⁵³ B. DE MAEKELT, Tatiana y MADRID M., Claudia C. *Al rescate del arbitraje (...)*. Op. Cit., p. 738.

⁵⁴ En este sentido, véase SÁNCHEZ PALENCIA, Shirley: *El derecho (...)*. Op. Cit., p. 193.

⁵⁵ Ídem. 193.

general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados 'negocios' a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.

*De forma análoga a las consideraciones antes expuestas, en el derecho comparado se ha determinado, como en el caso de Francia, que en relaciones **comerciales internacionales** las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral y que a pesar de lo dispuesto en el derecho interno (francés), la Administración si puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional -Vid. Decisión de la Corte de Casación de Francia, caso: "Tesoro Público francés v. Galakis" del 2 de mayo de 1966 y FOUCHARD PHILIPPE, GAILLARD EMMANUEL y GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Editions Litec, Paris, 1996.*

*En Estados Unidos en tres decisiones -leading cases- de la Corte Suprema, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo al carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil y se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales -Vid. Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en los casos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972; *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 1974, (Securities Exchange Act) y *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, 1985-.*

*Conforme a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el alcance del criterio establecido por esta Sala al señalar que "(...) de la lectura de la normativa constitucional bajo examen se evidencia que, tal como lo señaló la representación judicial de la República en su escrito de informes, el arbitraje -nacional e internacional- está admitido en nuestra legislación como parte integrante del sistema de justicia. Es por ello que la solución arbitral de controversias, prevista en los artículos 22 y 23 impugnados, no colide en forma alguna con el Texto Fundamental (...)" -Vid. Sentencia de esta Sala N° 186/01-, en la medida que la República en ejercicio de su soberanía puede determinar de forma particular los términos y condiciones con base a los cuales se someterán a la jurisdicción arbitral internacional, toda vez que bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* un Estado debe ser lo suficientemente soberano para honrar su promesa de someterse a arbitraje internacional (Vid. DHISADEE CHAMLONGRASDR, *Foreign State Immunity and Arbitration*. Cameron May, Londres, 2007)⁵⁶. (Resaltado nuestro).*

⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1541 del 17 de octubre de 2008, publicada en Gaceta Oficial N°. 39.055 de fecha 10 de noviembre de 2008, p. 19.

Como puede observarse, la jurisprudencia venezolana ha aceptado la aplicación de este principio, lo cual refuerza la tesis aquí expuesta.

5.2.El principio de confianza legítima en la conducta del Estado

Debe tenerse presente que en 1999 no sólo entraron en vigencia nuevos principios constitucionales que ordenan promover el arbitraje, sino que adicionalmente el artículo 141 del texto constitucional establece:

*“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de **honestidad**, participación, celeridad, **eficacia**, eficiencia, **transparencia**, rendición de cuentas y **responsabilidad** en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.* (Negritas nuestras).

Al igual que en el derecho comparado, la doctrina venezolana ha sostenido que la buena fe es un *“patrón de conducta que debe presidir no sólo en la ejecución, sino la formación e interpretación del contrato”*⁵⁷, y agrega que *“sobre las partes que se adentran en la negociación de un contrato pesa un deber de comportarse lealmente una hacia la otra en la fase precontractual.”* Se aduce que *aunque el Código Civil sea deficiente en esto, sin embargo el aparte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil permite subsanar tal deficiencia, pues dicha norma señala, como guías básicas por la que debe orientarse la actividad interpretadora del juez, las exigencias de la buena fe*⁵⁸.

En conexión con todo lo antes expuesto, se hace necesario analizar la relevancia del principio de la buena fe el derecho venezolano, sobre todo si se considera que el acuerdo de arbitraje es un contrato, como en efecto lo es⁵⁹.

Por otra parte, en el Derecho venezolano se puede vincular la doctrina de los *actos propios* con el *principio de confianza legítima*, el cual sirve de parámetro de actuación de la Administración Pública. Hoy en día, dicho principio se encuentra contenido dentro del principio de buena fe de la Administración Pública, como lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, es oportuno destacar que uno de los principios que rigen la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya

⁵⁷ MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. 5ta Ed. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 423. Asimismo, RODRÍGUEZ-MATOS, Gonzalo. “La buena fe en ...” *Op. Cit.*, p. 430.

⁵⁸ MELICH-ORSINI, José. *Doctrina General...* *Op. Cit.*, p. 423.

⁵⁹ SILVA ROMERO, Eduardo y otros. *El Contrato de Arbitraje*. Legis. Colombia, 2005.

finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas. (Vid. sentencia de esta Sala N° 02355 del 28 de abril de 2005)”⁶⁰.

Al respecto el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁶¹ establece lo siguiente:

“La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente”.

Dicha norma vino a reemplazar en el ordenamiento jurídico al artículo 12 de la derogada Ley Orgánica de la Administración Pública, el cual, de igual modo, consagraba el principio de confianza legítima como pilar de la actividad de la Administración⁶².

El principio de confianza legítima es considerado modernamente como uno de los principios que vincula la actividad administrativa y obliga a la Administración Pública a actuar en un marco de seguridad jurídica y a cumplir con las legítimas expectativas que genera en los administrados con su actuación⁶³.

En cuanto al ámbito de aplicación del principio de confianza legítima dentro del desarrollo de la actividad administrativa ha reseñado la jurisprudencia venezolana, lo siguiente:

“(...). En lo concerniente al ámbito de aplicación del principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo, el mismo no se limita a los actos formales, sino que abarca una amplia gama de conductas del actuar administrativo, tales como: Compromisos formales de carácter contractual o unilateral; promesas, doctrina administrativa; informaciones e

⁶⁰ Decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1171 del 4 de julio de 2007.

⁶¹ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5890 de fecha 31 de julio de 2008.

⁶² Publicada en Gaceta Oficial N°. 37.305 del 17 de octubre de 2001. El primer párrafo del artículo 12 establecía que: “La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Asimismo, se efectuará dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica”.

⁶³ Véase, entre otros autores RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano* Editorial Ex Libris. Caracas. 2002; GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Editorial Civitas. Madrid. 2002.

*interpretaciones; conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas (...)*⁶⁴.

Específicamente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en reiteradas ocasiones se ha referido al significado del principio de la buena fe:

“Como ha precisado la Doctrina, la buena fe, como las buenas costumbres, constituye una vía de comunicación del Derecho con la Moral. El legislador en su labor de creación de normas jurídicas no puede prever todas las exigencias éticas de comportamiento, lo que puede generar que alguna conducta jurídicamente correcta, moralmente sea recusable. Es por ello que la buena fe, aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica en el Derecho. Asimismo, debe destacarse que este principio es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas, limitando el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella, esto es, tanto para la Administración como para el administrado, quien debe actuar dentro de los límites de sus derechos y libertades.

La buena fe, significa confianza, seguridad y honorabilidad, se refiere a que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no lo engañará. La buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. (Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, “El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”, 2º Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1989.)

*Debe indicarse que la noción de buena fe en el ámbito jurídico no hace referencia a toda confianza psicológicamente cierta, sino sólo a aquella que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en Derecho un límite”*⁶⁵.

*Asimismo, la doctrina venezolana hace alusión a la “utilización del criterio de la legítima confianza” para darle valor a las manifestaciones de voluntad a la luz de las cargas que impone a quien asume un comportamiento susceptible de ser interpretado como una manifestación de voluntad, en función de la teoría (alemana-italiana) del declarante frente a la confianza que suscita”*⁶⁶.

⁶⁴ Sentencia dictada por el Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental en fecha 20 de septiembre de 2004. Cfr. RONDON DE SANSÓ, Hildegard. “El principio de confianza legítima en el derecho venezolano”. En: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1998.

⁶⁵ Vid. sentencias Nos. 87 del 11 de febrero de 2004, 3.668 del 2 de junio de 2005 y 2.516 del 9 de noviembre de 2006.

⁶⁶ “Sobre el autor de una declaración de voluntad gravitaría – se dice – una carga de conocer el significado de su propio comportamiento, lo cual no es más que una especificación de su deber de hablar claro e implica para él asumir, como un riesgo de su propio comportamiento, los daños que

Por tanto, es nuestra opinión que mal puede un ente público acordar una cláusula arbitral, generar expectativas legítimas a la otra parte respecto a que las controversias que pudieran surgir entre ellas relacionadas con el contrato contenido de ese acuerdo serían resueltas mediante arbitraje, y luego alegar la invalidez de dicha cláusula por el incumplimiento de requisitos que ella misma debió gestionar. Semejante conducta ni es admitida por el derecho venezolano ni tampoco es tolerada por el derecho internacional.

6. CONCLUSIONES

- i) Si bien el artículo 4 de la LAC podría decirse que es un rasgo atávico de viejos temores percibidos por el legislador venezolano de principios del siglo XX, también es cierto que dicho artículo debe ser interpretado acorde con los nuevos principios adoptados por la Constitución promulgada un año más tarde de la entrada en vigencia de la LAC. Estos nuevos principios constitucionales han sido desarrollados, entre otras leyes, por el Decreto Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos. De manera que mal puede hacerse una interpretación aislada del artículo 4 de la LAC.
- ii) Las reglas de interpretación de la leyes reconocidas por el más Alto Tribunal de Venezuela imponen que dicho artículo 4 sea interpretado de manera sistemática con el ordenamiento jurídico del que forma parte, y el intérprete también debe tomar en consideración las circunstancias sociológicas que dieron lugar a su creación y sus cambios, lo que se conoce como "*interpretación evolutiva o social*".
- iii) La modificación de tales circunstancias influyen de manera determinante en la interpretación del artículo 4 de la LAC, a tal punto, que tales cambios permiten la modificación de la norma, puesto que su interpretación original resulta incompatible con la situación actual reinante.
- iv) La jurisprudencia *vinculante* de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido expresamente el principio de derecho internacional: "*las partes en conflicto no pueden hacer uso de su derecho nacional para burlar la aplicación de una convención arbitral*".
- v) El principio de *buena fe* el cual está expresamente contemplado en el derecho venezolano y el principio de la *confianza legítima*, el cual ha sido

en virtud de las ilaciones generadas por dicho comportamiento y las legítimas expectativas suscitadas por él pudieran llegar a producirse. Tal carga no existe, en cambio, para el destinatario, pues lo más que puede pedirse de éste es que entienda el comportamiento según el significado que jurídica y lógicamente se le vincula en función del criterio de la experiencia"⁹. MELICH-ORSINI, José. Ídem, pp. 133-134.

reconocido por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, respaldan la tesis aquí expuesta.

- vi) Tres de los más reconocidos y respetados árbitros del mundo, BERNARDO M. CREMADES, YVES DERAÏNS y Horacio GRIGERA NAÓN, ratificaron expresamente esta tesis a principios del año 2011 en un arbitraje comercial internacional administrado bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

El lenguaje jurídico del arbitraje de inversión. A propósito del sistema CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO (*)

ELIZABETH MÉNDEZ SALOM (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Lenguaje jurídico y su conexión con la realidad.* 2.1. *Lenguaje.* 2.2. *Lenguaje jurídico.* 2.2.1. *Funciones.* 2.2.2. *Clasificación.* 2.3. *Lenguaje y argumentación.* 3. *Lenguaje jurídico en materia de inversión extranjera.* 3.1. *Nuevo orden económico mundial.* 3.2. *Nuevos conceptos jurídicos fundamentales.* 4. *Sistema CIADI ¿Jurisprudencia Arbitral Internacional?* 4.1. *Procedimiento CIADI.* 4.2. *Laudo arbitral.* 4.3. *Valor de los laudos previos.* 4.4 *Función de la jurisprudencia internacional.* 5. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

Hoy día, la internacionalización de las inversiones es un reflejo más de la globalización económica, la cual ha tenido un aumento sin precedentes en los flujos de inversión hacia los países en desarrollo y ha estimulado el perfeccionamiento de mecanismos legales para atraer capitales extranjeros en beneficio del progreso de las naciones. Ante esta nueva realidad, se han superado los métodos tradicionales de solución de controversias del Derecho internacional, al permitírsele al particular, persona física o jurídica, acceder en su propio nombre contra el Estado receptor de su inversión, sin participación del Estado del cual es nacional.

(*) Abogada y Ms. Sc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, calificación excelente, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctora en Derecho, mención honorífica, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador-Docente, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado (UCV). Profesora de pre y postgrado (UCV). Mediadora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

(**) Abogada y Ms. Sc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, calificación excelente, Universidad Central de Venezuela (UCV).

El Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), en el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro), con sede en el Banco Mundial, surge con el objeto de proporcionar a los inversores extranjeros medios de solución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje, a los que pudieran acudir para reclamar contra el Estado receptor de la inversión por los daños causados por éste a su inversión. En la actualidad, el CIADI se ha convertido en una especie de “juez natural” para la resolución de controversias entre Estados e inversores nacionales de otros Estados y sus laudos son considerados una verdadera “sentencia” definitiva, cuyos mecanismos de reconocimiento y ejecución se encuentran garantizados en el Convenio de Washington, para el cual el número de Estados partes ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos (157 han firmado y 146 han depositado su instrumento de ratificación).

En las siguientes líneas abordaremos la problemática en torno al lenguaje jurídico empleado en el arbitraje de inversión con especial referencia al sistema CIADI. Partiremos de la consideración de que en toda teoría de la argumentación es importante tener en cuenta la conexión existente entre el lenguaje y el razonamiento. El lenguaje empleado en estos laudos constituye un tipo lenguaje jurídico dadas sus características específicas. Y, sobre todo, consideraremos cómo la argumentación, según el campo de que se trate, permite analizar la labor de los árbitros en el arbitraje de inversión administrado por el CIADI.

Para ello, analizaremos la problemática a la luz de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica expuestas por MANUEL ATIENZA en su obra *Las razones del derecho*, en concreto la teoría tópica de THEODOR VIEHWEG, la nueva retórica de PERELMAN, la teoría de la argumentación de TOULMIN y la teoría de OLIVECRONA sobre *Lenguaje jurídico y realidad*. Iniciaremos con un primer apartado dedicado a los aspectos del lenguaje jurídico en general; en el segundo se desarrolla el lenguaje jurídico en materia de inversión extranjera. Por último, haremos un esbozo del sistema CIADI y de las particularidades de sus laudos, con el fin de desentrañar su naturaleza y valor en el ámbito internacional.

Con el fin de sustraer el vocabulario del llamado Derecho Internacional de las Inversiones e identificar las características del lenguaje jurídico de los laudos CIADI, hemos seleccionado un conjunto de decisiones emitidas durante el siglo XXI en materia de inversión extranjera, tanto por los Tribunales arbitrales como por los Comités *ad hoc*. Para ello empleamos el método del análisis del discurso cuyo objetivo es analizar el significado contextual de los

mensajes a través de un conjunto de estrategias de interpretación, las cuales resultan de gran valor en aquellos ámbitos caracterizados por una alta producción de información documental. Este método permite complementar el procesamiento de la información y del análisis de contenido tradicional para lograr presentar ciertos estadios del conocimiento y de la experiencia de los productores de los textos, en este caso los laudos CIADI, en forma de modelos funcionales de corte semántico. Además, utilizamos el método inductivo y de análisis de casos para extraer parámetros generales en la materia.

El tema ha sido elegido en ocasión del merecido homenaje a los árbitros internacionales YVES DERAIS y BERNARDO CREMADES, quienes han contribuido al desarrollo del arbitraje comercial internacional en general y, en especial, del arbitraje internacional de inversiones. Aplaudimos la iniciativa del Instituto Peruano de Arbitraje y agradecemos la invitación que nos permite escribir en honor a dos grandes maestros, protagonistas de avance del arbitraje actual. Nuestro acercamiento al aporte jurídico de estos dos importantes autores a través de sus obras pone de manifiesto una significativa influencia en nuestra carrera jurídica, tanto en el ejercicio profesional como en la enseñanza del Derecho comercial internacional.

Las obras de DERAIS resaltan por abordar con especial claridad problemas actuales de esta materia. Entre ellas vale la pena mencionar: *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional* (1985); *Planning Efficient Arbitration Proceedings: Some Special Features of the Law of Civil Law States Relevant for the Practice of Arbitration* (1996); *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional Guía de Arbitraje Comercial Internacional* (2001), entre otros.

Por su parte, los extraordinarios estudios de CREMADES, suman un acervo de obligatoria consulta para los abogados litigantes, entre ellos destacan: *Litigación en España: consideraciones de litigantes extranjeros, incluyendo asistencia judicial, reconocimiento de sentencias extranjeras, arbitraje y otros procedimientos civiles* (1989); *Arbitraje en España* (1991); *Derecho de los Negocios en España* (1992); entre otros.

2. LENGUAJE JURÍDICO Y SU CONEXIÓN CON LA REALIDAD

Es preciso iniciar esta disertación definiendo lo que es el lenguaje como mecanismo de comunicación entre las personas para luego adentrarnos en el análisis del lenguaje "jurídico" como un específico tipo de lenguaje. De seguidas apuntaremos a las características del lenguaje jurídico, sus funciones, clases, niveles y usos, para concluir este aparte advirtiendo la relación entre el lenguaje jurídico y la teoría de la argumentación.

2.1. Lenguaje

El lenguaje es un atributo humano, un instrumento a través del cual se expresan las ideas. Es la forma de expresión que denota de manera exacta una realidad. El lenguaje es, en definitiva, un mecanismo de comunicación entre las personas, el cual puede referirse a un modelo concreto de comunicación, una red multifuncional que interviene en un proceso de comunicación o al papel que desempeña el lenguaje respecto de la conducta de los individuos.

El lenguaje se manifiesta de dos modos, en el fondo inseparables: las palabras y el sistema de signos¹. Esto es, el lenguaje hablante integra la vida intencional del sujeto, es un acto humano, se vincula con el mundo de las vivencias. El aspecto sistemático del lenguaje está presente desde el momento en que una lengua es vivida institucionalmente en una determinada sociedad². De tal manera que el lenguaje surge de las necesidades de comunicación del ser humano y forma parte de la cultura³. De acuerdo con RODRÍGUEZ-AGUILERA, el lenguaje ha de ser vivo y dinámico, cálido y palpitante⁴.

OLIVECRONA nos advierte que las palabras son usadas no sólo para describir la realidad o informar acerca de los hechos, sino también para expresar emociones, para provocarlas y para influir en la conducta⁵. Así, la comunicación lingüística se constituye por un conjunto de actos que hacen o sirven para hacer muchísimas cosas diferentes. Por ello, se afirma que el lenguaje, ya sea en su forma oral o escrita, tiene varias funciones, las cuales dependen de la finalidad que se persiga con él y el sector lingüístico examinado⁶. Las funciones del lenguaje son básicamente lingüísticas y, desde una clasificación estricta, estas son: informar (cuando se utiliza para describir situaciones concretas), expresar (cuando se externaliza un estado subjetivo) y dirigir (cuando se utiliza para dar órdenes)⁷.

¹ Se dice que el lenguaje es un código de comunicación, esto es un conjunto estructurado y sistematizado que permite el proceso de comunicación que implica cierto tipo de significados. El acto cognoscitivo en el proceso de comunicación implica el conocimiento de la estructura del código (formas sistemáticas gramaticales), que en todo caso se refieren a elementos primarios y al conjunto de procedimientos en que se han de combinar esos elementos (sintaxis) en forma significada (semántica).

² LEOCATA, FRANCISCO. *Persona, lenguaje, realidad*. Argentina: Universidad Católica de Argentina, 2003, pp. 141-142.

³ OVILLA MANDUJANO, Manuel. *El lenguaje de los abogados*. México: Edición privada, 1994, p. 21.

⁴ RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *El Lenguaje Jurídico*. Barcelona: Bosch, 1969, p. 8.

⁵ OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. 2ª edición, 7ª reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2007, p. 35.

⁶ COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Traducción de Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1999, pp. 19-20.

⁷ OVILLA MANDUJANO, M. *El lenguaje...* Op. Cit., p. 23.

La referencia a las funciones del lenguaje se dirige a explicar cuál es el uso concreto del lenguaje, para lo cual es necesario adentrarse en la noción de discurso, tanto si se trata del discurso en sentido estricto, esto es, como consecuencia de sonidos (fonemas) o como texto, esto es, como consecuencia de caracteres (grafemas). En el manejo de los diferentes tipos de discursos (informativo, expresivo, directivo, indicativo) se debe distinguir la forma y la función, ya que un enunciado formalmente expresivo puede no corresponder a la función expresiva del discurso, lo mismo puede suceder con la forma imperativa que no se relacione con la función directiva, pues un discurso directivo no siempre se presenta de un enunciado interrogativo o imperativo.

El lenguaje con el cual están formadas las categorías científicas, aunque colocado en una modalidad de objetividad lógica más depurada, surge del lenguaje del mundo de la vida, en el cual no hay solamente axiomas y demostraciones, sino también valoraciones, asociaciones, afectos, actos prácticos, todo ello vivido en un contexto de naturaleza y de intersubjetividad⁸. Según las reglas del lenguaje científico, el discurso científico debe estar compuesto por enunciados descriptivos que permitan una virtual, actual o futura comprobación empírica. El discurso de una ciencia debe estar formado por enunciados que guarden entre sí una coherencia lógica y permitan, por lo menos algunos de esos enunciados, diseñar experimentos que comprueben o falsifiquen los asertos.

2.2. Lenguaje jurídico

No hay duda que el lenguaje jurídico es un lenguaje técnico⁹. Sin embargo, esta afirmación merece ser analizada para su mejor comprensión y evaluación. Para ello, debemos plantearnos y responder algunas preguntas, como por ejemplo: ¿Tiene el lenguaje jurídico una sintaxis propia? ¿Tiene el lenguaje jurídico símbolos propios? ¿Qué tiene de propio el lenguaje jurídico? La respuesta a las dos primeras preguntas es negativa, lo que el lenguaje jurídico tiene de propio reside en el vocabulario.

Sin embargo, el vocabulario jurídico no constituye un vocabulario integral: si así fuera estaríamos hablando de otro idioma. Tampoco está compuesto por palabras propias: algunas puede haber, pero casi todas las palabras que aparecen en los textos jurídicos son las mismas del lenguaje natural, es decir, el Derecho tiene un lenguaje tradicional. No obstante, con frecuencia el lenguaje jurídico difiere del concepto general o común, lo que hace que se cree un léxico

⁸ LEOCATA, F. *Persona, lenguaje...* Op. Cit., p. 144.

⁹ GÓMEZ GALLADO, Perla. "El Derecho como palabra". En: *Epistemología y Derecho*. México: UNAM, 2007, pp. 211-212.

jurídico compuesto por un conjunto de palabras llamadas términos o vocablos que forman la terminología o el vocabulario jurídico¹⁰. Esto se debe a que la tendencia actual se ha balanceado por una “modernización” del lenguaje jurídico, propuesta que tiene como finalidad acercar más al ciudadano, el cual sin distinguir clase o nivel cultural, es objeto de decisiones judiciales, citaciones, etcétera, las cuales usan un lenguaje que tradicionalmente se ha considerado complicado y ajeno a su receptor, en palabras de FERNANDO LÁZARO CARRETER:

“Hay en la Administración de Justicia un ceremonial, un rito, una escenografía y un lenguaje de reliquia tan feo y tan rancio, tan absurdo y desusado, que ya no basta con decir que es barroco, sino que es absolutamente arcaico, a veces anterior al siglo XIV. El ciudadano tiembla cuando recibe del juzgado comunicaciones dirigidas a él que no es capaz de entender. Quien lee una comunicación judicial no sabe si le llevan a la cárcel o si ha heredado”¹¹.

Esta tendencia moderna ha tratado de convertir un lenguaje “especial” como ha sido considerado tradicionalmente el lenguaje jurídico, en un lenguaje común, tal cual nos dice CARLES DUARTE MONTSERRAT, es recomendable evitar el uso de expresiones que resulten de difícil interpretación, especialmente cuando podemos decir lo mismo de una forma más llana, pero en ningún caso esa sencillez debe entrar en conflicto con la precisión que se exige a los documentos legales, pues el lenguaje jurídico tampoco puede renunciar de una forma absoluta a su código propio. Muchas locuciones y frases latinas, por ejemplo, expresan principios generales del Derecho, las cuales tienen importancia con respecto a la economía del lenguaje y la unificación de criterios entre quienes usan el lenguaje jurídico¹². Siendo ello así, se hace necesaria la inclusión de términos revolucionarios en constante desarrollo y evolución, consecuencia de la necesidad urgente de acudir a nuevas soluciones¹³.

Si bien lo que es propio del lenguaje jurídico es, salvo unas pocas palabras, el significado diferente que tienen muchos términos, el desarrollo de la técnica jurídica acuña expresiones sintéticas de característico significado, nos parece relevante hablar de un lenguaje natural “tecnificado” (por su vocabulario), en lugar de un lenguaje técnico. Ya que el lenguaje jurídico se encuentra más cerca del lenguaje natural que el lenguaje de la ingeniería o de las ciencias médicas, pues hoy en día el jurista es consciente de una necesaria evolución de su lenguaje hacia expresiones más lisas y llanas, al alcance de todo el mundo

¹⁰ *Ibidem*, p. 212.

¹¹ Citado por GONZÁLEZ SALGADO, José Antonio. *El lenguaje Jurídico del siglo XXI*, p. 10. Disponible en http://158.109.131.198/catedra/images/genero_leguaje/Gonzalez%20Salgado.pdf (Consulta: 30 de mayo 2011).

¹² *Ibidem*, p. 3.

¹³ AGUILERA-RODRÍGUEZ, Cesáreo. *El Lenguaje Jurídico*. Barcelona: Bosch, 1969, p. 16.

o del mayor número posible de personas¹⁴. Esto nos lleva a concluir sobre la conveniencia de estudiar el lenguaje jurídico centrandó nuestra mirada en su vocabulario, "ya que el uso adecuado del mismo como medio de expresión de ideas (...) como mandato concreto resolutorio de conflictos, obliga a su buen conocimiento"¹⁵.

2.2.1. Funciones

En la realidad, la actuación de los profesionales del Derecho se manifiesta en diversas funciones, dependiendo del tipo de actividad jurídica que se desarrolle, como por ejemplo: la actividad de los abogados litigantes; la de los jueces y árbitros; la de los fiscales y demás integrantes del ministerio público; la de los abogados que asesoran a empresas o a la administración pública, negocian, celebran contratos, etc.; la de los mediadores y conciliadores; la de quienes redactan leyes (legisladores); la de los docentes del Derecho, y hasta la de quienes hacen periodismo jurídico. Cada una de estas actividades es diferente, y como tal, requiere una técnica jurídica diferente: nadie podrá negarse a reconocer que se necesitan distintos conocimientos y habilidades para poder desempeñar eficazmente funciones tan diversas como la del abogado litigante, la del juez o la del árbitro.

Ahora bien, así como cada una de estas actividades o funciones tiene su propia técnica, cada una de ellas tiene también su propio discurso legal. Cuando estamos ante un texto jurídico no es difícil darse cuenta de qué tipo de documento se trata. Por ejemplo, si se trata de una ley, de una sentencia judicial o de un laudo arbitral. Otros documentos jurídicos no serán tan fáciles de distinguir, pero las diferencias existen. Aunque para algunos autores todas convergen en un lenguaje común, el lenguaje jurídico, nosotros consideramos que cada actividad tiene su propio tipo de lenguaje dentro del lenguaje jurídico en general.

OLIVECRONA sostiene que al juzgar el lenguaje jurídico por su apariencia lo estamos interpretando como un lenguaje que refleja una realidad de un orden superior, ya que el lenguaje jurídico tiene su origen en el "lenguaje de la magia". Esto es, esta realidad no es parte del mundo de los hechos conocidos a través de los sentidos, de la memoria o de la inducción. Así, el fin primario del lenguaje jurídico es plasmar la realidad, para lo cual utiliza palabras que incitan a la acción y palabras que tienen una función técnica¹⁶.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹⁶ OLIVECRONA, K. *Lenguaje jurídico (...)* Op. Cit., p. 67.

El derecho como lenguaje se manifiesta a través de la función directiva del lenguaje, ya que utiliza el lenguaje con el propósito de originar o impedir una acción humana. En este nivel prescriptivo nos encontramos frecuentemente con problemas de significado, ya que en ocasiones los vocablos utilizados por el derecho no son lo suficientemente claros o precisos¹⁷. Es por ello que el abogado, al establecer los fundamentos de Derecho no debe limitarse a reproducir estrictamente la parte del Derecho objetivo que considera de aplicación, sino fundar la relación entre éste y los derechos subjetivos que invoque, mediante la interpretación y los razonamientos que estime adecuados¹⁸.

Cuando el abogado actúa como árbitro en un conflicto entre partes, su función equivale a la judicial, y decide, como en ésta, mediante el texto de su fallo. El juez por su parte ejerce su función cuando aplica la ley en los juicios civiles y criminales, y cualesquiera otros como laborales o contencioso-administrativo, ejerce su potestad juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado¹⁹.

2.2.2. Clases, niveles y usos

Podemos clasificar el lenguaje jurídico en dos: el lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas. El lenguaje del derecho es aquel en el cual el legislador enuncia la regla jurídica. El lenguaje de los juristas es la construcción teórica del derecho, de sus conceptos a través del cual se analiza y se critica el lenguaje del derecho²⁰. Una ley debe estar redactada de forma clara y sencilla para poder estudiarla, entenderla y aplicarla con la mayor facilidad posible. La ley no debe parecer extraña para la gran mayoría de los ciudadanos, en la formulación de textos legales no debe perderse el contacto con la manera de entender las cosas de los profanos, ni con su sentido. Sería un grave error, dice OTTO BRUSIN, que el texto legal resultara una cosa extraña para la gran masa de los ciudadanos, aunque pudiera tratarse de una labor de precisión como técnica jurídica²¹. NUÑEZ LADEVÉZE, al respecto nos señala:

*"En el derecho (...) se da una enorme variedad de grados de generalización: conceptos confusos y filosóficos; términos definidos; un lenguaje restringido; conceptualizaciones, formalizaciones, generalizaciones, ambigüedades pretendidas y deliberadas, lagunas, redundancias, etc. (...). Una ciencia del derecho podría tener como objetivo preliminar de carácter semiótico la puesta en orden de todos los niveles y usos del lenguaje jurídico"*²².

¹⁷ OVILLA MANDUJANO, M. *El lenguaje (...)*. Op. Cit., p. 22.

¹⁸ RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. *El Lenguaje (...)*. Op. Cit., p. 40

¹⁹ *Ibidem*, pp. 30, 49-50

²⁰ NUÑEZ LADEVÉZE, Luis. *Lenguaje Jurídico y Ciencia Social*. España: Akal Editor, 1977, pp. 109-110.

²¹ Citado por RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. *El Lenguaje (...)*. Op. Cit., p. 24.

²² NUÑEZ LADEVÉZE, L. *Lenguaje (...)*. Op. Cit., p. 181.

El lenguaje de los juristas tiene a su vez dos niveles: el lenguaje de la práctica jurídica y el lenguaje teórico de la construcción jurídica²³. La descripción del derecho hecha por el jurista mediante enunciados jurídicos constituye un metalenguaje con respecto al lenguaje a través del cual el derecho es formulado²⁴. El lenguaje legal está normalmente abierto al lenguaje habitual de la comunicación y al propio metalenguaje del derecho que le servirá de referencia y del que sería su lenguaje objeto²⁵.

Si se quiere demarcar con nitidez los diferentes niveles lingüísticos, la perspectiva semiótica se presenta como la única posible. En este sentido, NUÑEZ LADEVÉZE postula una radical separación entre “ciencia del derecho” y “experiencia del derecho” y, simultáneamente, entre “teoría” y “práctica”, en su opinión:

“Una reflexión sobre el nivel epistemológico del Derecho muestra que no se ha llegado todavía a asimilar la distinción semiótica entre “el derecho como hecho”...y “teoría del derecho” (...).

Por no haber sido asimilada esta distinción, fundamental hoy a la luz de la semiótica, ha sido, en consecuencia, imposible plantearse el tema implícito de los diversos niveles del lenguaje jurídico. Las indagaciones del “derecho como lenguaje” han empezado pero todavía son embrionarias e incipientes...No tanto porque se busque reducir el derecho al lenguaje, cosa que no tendría sentido, como porque todo concepto teórico pertenece a un lenguaje”²⁶.

A su vez, el lenguaje jurídico tiene diversos usos: el uso teórico del lenguaje, que corresponde al lenguaje de la construcción teórica de las preposiciones del derecho; el uso práctico del lenguaje de los juristas, en el que la discursividad sigue los derroteros de la argumentación tópica; el uso legal del lenguaje, que se circunscribe al lenguaje legal y que ocupa un plano intermedio: el de la norma. Pero esto no aclara todo, por cuanto se ha generado una *construcción sociológica espontánea* del lenguaje jurídico²⁷.

2.3. Lenguaje y argumentación

En la teoría de la argumentación es importante considerar las diversas conexiones existentes entre el lenguaje y el razonamiento, las peculiaridades de algunos tipos de razonamientos a los cuales se les suele reconocer una especial relevancia y, sobre todo debe tenerse en cuenta que la actividad de

²³ *Ibidem*, p. 111.

²⁴ GÓMEZ GALLADO, P. “El Derecho (...)”. Op. Cit., p. 211.

²⁵ NUÑEZ LADEVÉZE, L. *Lenguaje jurídico* (...). Op. Cit., p. 117.

²⁶ *Ibidem*, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 116.

argumentar tiene características especiales según el campo de que se trate.²⁸ Dentro de este campo nos interesa destacar el jurídico, pero a su vez es importante distinguir las diferentes áreas del derecho y los foros llamados a resolver las controversias que se susciten entre las partes (jurisdicción estatal, ya sea administrativa o judicial, y la jurisdicción arbitral).

Dentro del campo de la argumentación jurídica los partidarios del formalismo jurídico han querido reservar a la lógica el lugar central al momento de argumentar, con lo cual se debe hacer uso de una univocidad de signos y conceptos jurídicos, trayendo consigo que un concepto en un texto jurídico mantenga el mismo sentido en todas las ramas del Derecho y en todas las situaciones y, de esa forma, se garantice una cierta estabilidad al Derecho y a las deducciones jurídicas. Sin embargo, no se puede considerar como unidad sistemática de Derecho el mantener el mismo sentido de sus proposiciones y conceptos en todas sus ramas, sino que debemos entenderla como unidad con respecto a valores y a jerarquías de valor que permiten definir la *ratio iuris*, es por referencia a la finalidad del Derecho o a los fines jerarquizados que se propone cada sistema de Derecho²⁹, el cual poseerá ciertos conceptos ajenos a otros sistemas.

Lo anterior sirve de fundamento para explicar ciertas situaciones en las cuales un razonamiento deductivo basado en la lógica y unificación de criterios y conceptos del sistema se revela insuficiente, pues el texto no suministra los medios adecuados ni los fines buscados, situación ante la cual el juez será el encargado de encontrarlos y así motivar su decisión, recurriendo a lo que ARISTÓTELES ha calificado razonamiento dialéctico y que, en opinión de PERELMAN, se denomina recurso de argumentación³⁰.

Esta postura ha dejado atrás esa concepción tradicional de que las decisiones judiciales son el resultado del silogismo judicial, el interés por la justificación de las decisiones judiciales ha sufrido contemporáneamente un desarrollo doctrinal importante, y este desarrollo que no pretende reducir sólo a lógica formal una decisión judicial, sin duda, está motivado por los teóricos de la argumentación jurídica³¹.

²⁸ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, 3ª reimpresión. México: UNAM, 2008, p. 96.

²⁹ PERELMAN, Chaïm. *El razonamiento jurídico*. Maracaibo: Centro de estudios de filosofía del Derecho - LUZ, 1973, pp. 14-16.

³⁰ *Ibidem*, p. 16.

³¹ VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. "De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N° 12, 2009, p. 104. Disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/n12.html> (Consultada: 20 de junio 2011).

Nosotros nos centraremos en los razonamientos de los árbitros para resolver controversias jurídicas en materia de inversión extranjera, partimos de la idea de que todo laudo arbitral debe contener una motivación que sea suficiente –con fundamentación legal, si se trata de un laudo arbitral apegado a Derecho–, es decir, explicar las razones mediante las cuales el árbitro llegó a la conclusión de sus decisiones. En ciertos casos, esta fundamentación puede realizarse mediante la sola utilización de razonamientos deductivos (silogismos) pues es fácil determinar tanto la premisa menor como la mayor y de esa forma se llega de una manera sencilla a la conclusión. Sin embargo, con cierta frecuencia surgen casos difíciles en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o fáctica resulta una cuestión problemática, situación ante la cual es necesario presentar argumentos adicionales, cuyo origen claramente no será la lógica deductiva, por presentarse insuficiente ante la resolución de dichos conflictos. Por ello, hemos considerado las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica, las cuales rechazan la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos y a su vez, afirmamos, siguiendo a Robert ALEXY en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, lo máximo que se puede hacer es aceptar el silogismo como un instrumento lógico o más aplicable.

Es evidente que la teoría de la argumentación jurídica actualmente posee una importancia radical en todos los ámbitos del Derecho, bien sea en la producción de normas jurídicas, cuando se dicta una decisión judicial e incluso cuando los medios de comunicación informan sobre un hecho jurídico, como lo explica OMAR VÁZQUEZ SÁNCHEZ³².

A su vez, el referido autor, citando a MANUEL ATIENZA, al hacer referencia al interés de la argumentación jurídica actual recuerda cinco factores a considerar: teóricos (mediante la construcción de teorías jurídicas complejas), prácticos (conociendo al Derecho como práctica de la argumentación jurídica), de cambio (de Estado Legislativo a Estado Constitucional de Derecho), pedagógicos (vinculando la enseñanza del Derecho con la praxis argumentativa del mismo) y políticos (basando las democracias de hoy en día como sistemas de toma de decisiones)³³. En resumidas cuentas para ATIENZA la función práctica o técnica de la teoría de la argumentación jurídica debe ser tener la capacidad de ofrecer orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar Derecho³⁴.

Manuel ATIENZA recientemente ha afirmado que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad

³² VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. “De lo que la teoría (...)”. Op. Cit., p. 100.

³³ *Ibidem*, pp. 101-102.

³⁴ *Ibidem*, p. 122.

de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, se ha paseado por el estudio de diversas concepciones de la argumentación como la concepción formal, material y pragmática, para así concluir que el hecho de que se trate de tres concepciones distintas de la argumentación no significa exactamente que sean incompatibles entre sí, más bien parece que habría que tratarlas como complementarias, en el sentido, por ejemplo, de que una teoría adecuada de la argumentación jurídica no puede dejar de considerar ninguno de esos tres enfoques³⁵. La razón es que el Derecho en cuanto práctica racional presupone –o implica– no sólo valores de tipo formal (ligados a la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo pragmático o político (conectados a la noción de aceptación)³⁶.

Para MANUEL ATIENZA las tres concepciones más relevantes son la tópica de VIEHWEG, la nueva retórica de PERELMAN y la lógica informal de TOULMIN³⁷.

Para VIEHWEG la tópica tiene tres elementos característicos: desde el punto de vista de su objeto es una técnica del pensamiento problemático; desde el punto de vista del instrumento con el cual opera, lo relevante es la noción de topos o lugar común; y desde el punto de vista del tipo de actividad, la tópica es una búsqueda y examen de premisas, esto es, una forma de pensamiento en la cual el acento recae sobre las premisas y no sobre las conclusiones³⁸.

De acuerdo con la distinción de CICERÓN, la tópica es un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas (tópicos) que no termina nunca, ya que el repertorio de tópicos es necesariamente provisional y elástico. Los tópicos son hilos conductores del pensamiento que solo permiten alcanzar conclusiones cortas. En contraposición, el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ella, permite la elaboración de largas cadenas deductivas. Los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad. El problema se plantea dado que no existe una jerarquía entre los tópicos, de manera que para la resolución de un mismo caso cabría utilizar tópicos distintos lo cual conduciría a resultados diferentes³⁹.

³⁵ Para Atienza, cada una de las concepciones de la argumentación trae consigo aspectos positivos para la argumentación jurídica. La concepción formal de la argumentación proporciona un criterio muy importante para controlar la corrección de nuestros argumentos en Derecho, la concepción material permite justificar premisas que constituyen los argumentos en hechos, y la concepción pragmática permite la construcción de argumentos mediante el uso del lenguaje sin abstraerse de los sujetos participantes en el proceso.

³⁶ ATIENZA, Manuel. "El Derecho como argumentación". En: *Isegoría*, N° 28, Universidad de Alicante, 1999.

³⁷ ATIENZA, M. *Las razones del derecho (...)* Op. Cit., p. 29.

³⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

³⁹ *Ibidem*, p. 34.

Bajo esta teoría la jurisprudencia aparece como una técnica que opera tópicamente desde el interior del sistema jurídico. En definitiva, los tópicos, de acuerdo con la definición de GARCÍA AMADO, son puntos de vista directivos, lugares comunes, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, formas argumentativas, etc. Son ejemplos de tópicos, los conceptos, principios del derecho, valores, reglas de la razón práctica, standards, criterios de justicia, normas legales, etc.⁴⁰.

La nueva retórica de PERELMAN propugna que la argumentación es un proceso con el que se pretende obtener un resultado: la adhesión del auditorio, pero sólo por medio del lenguaje, sin violencia física ni psicológica. En la argumentación debe hablarse de imparcialidad, y no de objetividad. Ser imparcial implica seguir la regla de la justicia, esto es, en circunstancias análogas se reaccionara igual y los criterios seguidos tendrán que ser válidos para el mayor número posible de personas, es decir, para el auditorio universal⁴¹.

La propuesta de PERELMAN consiste en que la argumentación tiene como objetivo persuadir, concediéndole así importancia al eje pragmático del lenguaje, al contexto social y cultural en que se desarrolla la argumentación, al principio de universalidad o a las nociones de acuerdo y de auditorio⁴². Los legisladores, los tribunales y la jurisprudencia de un Estado pluralista son las encargadas de establecer y mantener un equilibrio entre pretensiones contrapuestas, pero legítimas. Esto es, deben tomarse decisiones razonables, no soluciones perfectas, únicas y definitivas, sino soluciones aceptables, modificables y perceptibles⁴³.

TOULMIN considera que de todas las instituciones sociales, el sistema jurídico es el que proporciona el foro mas intenso para la práctica y el análisis del razonamiento. En principio, el derecho proporciona un foro para argumentar acerca de distintas versiones de los hechos implicados en un conflicto que no ha podido solucionarse a través de la mediación ni de la conciliación. Cualquier decisión jurídica implica una línea compleja de razonamiento, dado que la decisión no es un fin en sí mismo, sino un paso en el proceso continuo de decidir disputas sociales en el foro del derecho. En el contexto de los argumentos jurídicos no se trata únicamente de resolver casos concretos, sino también de hacer que esas decisiones puedan servir como orientación para el futuro⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 38.

⁴¹ *Ibidem*, p. 50.

⁴² *Ibidem*, p. 65.

⁴³ *Ibidem*, pp. 70-71.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 95-97.

TOULMIN parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con la manera como los hombres piensan, argumentan e infieren hechos. De tal manera, pretende desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica y para efectuar esa operación elige como modelo a la jurisprudencia. El paralelismo entre lógica y jurisprudencia permite situar en el centro la función crítica de la razón⁴⁵.

El punto de partida de la teoría de TOULMIN lo constituye la práctica de razonar, esto es, nuestro modo de comportamiento consiste en dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos. Así, dentro de los usos del lenguaje distingue entre el uso instrumental y el uso argumentativo. En el primero, las emisiones lingüísticas consiguen directamente sus propósitos sin necesidad de dar razones adicionales. En el uso argumentativo, el éxito o fracaso de las emisiones lingüísticas depende de que puedan o no apoyarse en razones, argumentos o pruebas⁴⁶. Para ello, distingue en el argumento cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.

Las teorías de la argumentación jurídica analizadas son importantes para el razonamiento jurídico, sin embargo las teorías no pueden ser solamente discusiones filosóficas, debe encontrarse una aplicación práctica a las mismas. Dos modelos han servido para presentar argumentos que den fundamento y justifiquen la motivación, en el caso particular de los laudos arbitrales.

El modelo de MANS PUIGARNAU establece que los elementos de un argumento demostrativo pueden presentarse de la siguiente forma: primero, la preposición que debe ser demostrada, denominada tesis, la cual puede ser de índole teórica (teorema) o de carácter práctico (problema). Por ejemplo, si procedió o no la demanda; segundo, el planteamiento de la cuestión (*quaestio*), que serían los planteamientos de las partes; tercero, el enunciado de la tesis propiamente dicha, que es el criterio que va a sostener el Tribunal Arbitral; cuarto, la proposición partiendo de la cual la tesis debe ser demostrada, se denomina fundamento o principio de la demostración; quinto, la razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración (deducción, inducción, abducción, analogía). Por su parte MASSINI propone que los argumentos que justifican la motivación se pueden representar de esta forma: primero, señalar el hecho justiciable; segundo, determinar la norma y calificar el hecho; tercero verificar el hecho y su interpretación; cuarto, interpretar la norma; quinto, emitir juicio práctico (silogismo, inducción) y, por último, el sexto paso será la decisión⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 81-82.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁷ GALINDO SIFUENTES, Ernesto. La Motivación del Laudo Arbitral, pp. 21-22. Disponible en <http://>

3. LENGUAJE JURÍDICO EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Ahora bien, establecidas las definiciones de lenguaje jurídico y argumentación, corresponde analizar el rol de ambos dentro del Derecho internacional, particularmente dentro del Derecho internacional de inversiones. Para ello, es menester comenzar con una panorámica de lo que se conoce como el nuevo orden económico mundial, el cual justifica la existencia de nuevos conceptos jurídicos en esta materia.

3.1. Nuevo orden económico mundial

En los últimos tiempos, la experiencia demuestra que los inversionistas suelen estar expuestos a un riesgo mayor cuando llevan a cabo inversiones en territorio extranjero, como consecuencia de múltiples factores, entre ellos: eventuales asimetrías de poder frente a las autoridades locales, dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión cuando se vulneran sus derechos, incremento de los costos de transacción inherente a la gestión de estos eventuales conflictos, posible falta de neutralidad e imparcialidad de las autoridades locales, riesgos políticos emergentes, inestabilidad jurídica, declive de la competitividad y de los indicadores de desarrollo humano en el país receptor de la inversión⁴⁸. Ante esta nueva realidad se ha venido formando el denominado Derecho internacional de las inversiones.

Debido al fracaso de la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD), para crear un tratado multilateral sobre inversiones (MAI)⁴⁹, en los años noventa, hasta el momento no existe una regla o tratado multilateral que regule en forma centralizada y homogénea el Derecho internacional de las inversiones por lo que esta disciplina ha evolucionando a partir de diversos paradigmas jurídicos, pero fundamentalmente liderados por los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), coexistiendo con una serie de convenios plurilaterales de carácter regional (como por ejemplo el NAFTA) o bien por la materia (ejemplo, Energy Charter Treaty) que también se refieren a la regulación de la materia y determinan sistemas de protección entre los cuales se incluye al arbitraje Inversor-Estado como mecanismo de resolución de controversias⁵⁰.

www.amedip.org/pdf/Ernesto%20Galindo%20Sifuentes.pdf (Consulta: 30 de mayo de 2011).

⁴⁸ AKINSAYA, Adeoye. "International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, London, 1987, pp. 58-74.

⁴⁹ <http://www.unctad.org>

⁵⁰ GRIÑO, Miquel. "Arbitraje de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema". En: CAÑELLAS, Felipe. *El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad*, Madrid, Bosch Editor, 2009, pp. 237-238.

En consecuencia, el análisis de la evolución de esta nueva disciplina remite a otras ramas jurídicas como el Derecho internacional público y privado; y a temas como la nacionalidad, la responsabilidad de los Estados, el Derecho de los tratados y otros ámbitos particularmente importantes como los mecanismos de solución pacífica de controversias (conciliación, mediación y arbitraje). Este proceso evolutivo presenta dos etapas claramente definidas: los tratados de amistad, comercio y navegación de fines del siglo XIX y los TBIs; ambas etapas signadas por los acontecimientos vinculados con el desarrollo del comercio mundial.

El nuevo orden económico mundial queda perfectamente delimitado en el caso *Maffezini vs. España*, en el cual se afirma:

*El Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que **actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio.** La jurisdicción consular en el pasado, como otras formas de jurisdicción extraterritorial, eran consideradas esenciales para la protección de los derechos de los comerciantes y, por consiguiente, no se les consideraba como meros mecanismos de procedimiento sino como arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de tales personas en el extranjero. De ahí que tales arreglos, aún sin que formen parte estrictamente del tratamiento sustantivo de la política comercial y de inversiones que promueven los tratados de comercio y navegación, eran esenciales para la adecuada protección de los derechos que procuraban garantizar⁵¹. (resaltado nuestro).*

Hoy los particulares tienen *ius standi* para actuar como demandantes contra un Estado soberano. También, se reduce al mínimo la Doctrina Calvo y se tiende, cada vez más, a liberar al justiciable del requisito del agotamiento de los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional. De esta manera, el régimen de promoción y protección de inversiones extranjeras se constituye en un sistema autónomo, con sus propios mecanismos de solución de controversias.

3.2. Nuevos conceptos jurídicos fundamentales

Con el surgimiento del Derecho internacional de las inversiones han nacido una serie de conceptos jurídicos nuevos acordes con el nuevo orden económico mundial. Así, en la actualidad las nociones de inversor, inversionista, inversión, consentimiento para someterse al arbitraje internacional, controversia de naturaleza jurídica, entre otros, tienen un contenido específico

⁵¹ *Maffezini vs. España* (CIADI Caso N° ARB/97/7), laudo del 25/01/2000.

en el ámbito de la inversión extranjera, construyéndose en verdaderos tópicos de esta disciplina jurídica.

Si tradicionalmente entendemos por concepto jurídico fundamental aquella noción irreductible que siempre ha estado presente en cualquier sistema jurídico y en cualquier tiempo, debemos reconocer que la dinámica del comercio mundial y particularmente de las inversiones extranjeras ha dado nacimiento a un nuevo sistema jurídico que sobrepasa las fronteras nacionales para constituirse en un orden verdaderamente internacional.

No obstante que, a la fecha, no existe un consenso para la adopción de un acuerdo multilateral de inversiones, sin duda, el avance y desarrollo del arbitraje CIADI y la literatura sobre este particular vienen fortaleciendo y formando una nueva disciplina jurídica, la del Derecho internacional de las inversiones, la cual comprende su regulación y estudio en el ámbito del derecho nacional e internacional⁵².

Por ejemplo, como consecuencia de este nuevo marco normativo ha sido necesario conceptualizar, dentro del marco de jurisdicción del CIADI, lo que en su contexto ha de entenderse por “controversia”. Esta expresión es definida en el artículo 25(1) del Convenio de Washington como referida a aquellas diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante⁵³. En este sentido, en el caso CIADI Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina (en adelante, caso Aguas Argentinas), se estableció:

“Una diferencia jurídica, en el sentido ordinario del término, es una discrepancia acerca de derechos u obligaciones de carácter jurídico...”

(...) aunque en el Convenio del CIADI no se defina el significado de las diferencias de naturaleza “jurídica”, en el Informe adjunto de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial se ofrece una aclaración:

La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal (...)”⁵⁴. (destacado del laudo; resaltado nuestro).

⁵² PARIASCA MARTÍNEZ, Jorge. *El arbitraje CIADI y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de la inversión extranjera*. Disponible en: <http://www.asociacionjuridica.com.pe>.

⁵³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentina (CIADI Caso N° ARB/02/1), decisión sobre jurisdicción del 30/04/2004.

⁵⁴ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argen-

En cuanto al contenido y alcance la Cláusula de la nación más favorecida tiene implicaciones diferentes a las atribuidas por el Derecho internacional clásico. Así en el caso *Maffezini vs. España*, el Tribunal CIADI concluyó:

"[S]i un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio de ejusdem generis (...)"⁵⁵.

Estos son apenas algunos ejemplos de los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho internacional de las inversiones en el marco del nuevo orden económico mundial.

4. SISTEMA CIADI ¿JURISPRUDENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL?

Cada vez que un inversionista nacional de un Estado parte del Convenio de Washington pone en funcionamiento el arbitraje internacional administrado por el CIADI, se inicia la necesidad de una revisión muy compleja de presupuestos y condiciones, los cuales no se encuentran explícitamente establecidos en ninguno de los instrumentos internacionales que resultan aplicables, y que son producto de un complejo engranaje de normas y de la elaboración de las decisiones de tribunales arbitrales CIADI, los cuales se han perfeccionado como una jurisdicción especializada en materia de inversión extranjera.

El aspecto más innovador del CIADI está centrado en la protección de las inversiones extranjeras para lo cual los inversionistas pueden presentar demandas al margen de la opinión de sus gobiernos abandonándose las consideraciones políticas de los Estados, como ocurría en el antiguo régimen de protección diplomática, una situación que producía con frecuencia injerencias en los derechos de los inversionistas⁵⁶.

4.1. Procedimiento CIADI

El sistema CIADI está fundado en la autonomía de las partes. Así, la jurisdicción del Centro, el alcance de su competencia, la verificación de la validez del acuerdo, las reglas de actuación y el derecho aplicable al fondo de

tina (CIADI Caso N° ARB/03/19), decisión sobre jurisdicción del 03/08/2006.

⁵⁵ *Maffezini vs. España* (CIADI Caso N° ARB/97/7), laudo del 25/01/2000. En el mismo sentido *Siemens A.G. vs. República Argentina* (CIADI Caso N° ARB/02/8), decisión sobre la jurisdicción del 03/08/2004, y *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile SA vs. Chile* (CIADI Caso N° ARB/01/7), laudo del 25/05/2004.

⁵⁶ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/01/3), decisión sobre jurisdicción 02/08/2004.

la controversia tienen su origen en el consentimiento de las partes. Por ello, puede afirmarse que el sistema CIADI es voluntario, flexible y eficaz.

El procedimiento y las reglas del sistema CIADI están diseñados para servir a las partes en conflicto. Por ello, la flexibilidad del sistema se refleja en primer lugar, en la forma de designación de los miembros del tribunal arbitral, y en segundo lugar, en las consultas preliminares que se le hacen a las partes, para que sean éstas las que decidan los aspectos fundamentales del procedimiento⁵⁷. También, las partes tienen una amplia autonomía en la elección del derecho a ser aplicado por los árbitros para la resolución del fondo de la controversia.

En el procedimiento arbitral CIADI hay que distinguir las diversas formas en que las partes quedan sometidas al procedimiento CIADI. Los Estados, por el sólo hecho de ser Estados contratantes no tienen ninguna obligación de utilizar el mecanismo de arbitraje del CIADI, y únicamente estarán sometidos a tal exigencia imperativa cuando hayan consentido específicamente someter al Centro una determinada diferencia. La expresión de dicho consentimiento no requiere de ningún requisito, únicamente de la forma escrita, y no se exige que tal declaración de voluntad se encuentre expresada en un mismo o único instrumento formal⁵⁸.

En el caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentina*⁵⁹, se sistematizaron de manera muy clara los criterios que el Tribunal arbitral debe examinar, a los únicos fines de determinar su la jurisdicción y competencia, en virtud del Convenio de Washington y el TBI respectivo, de resultar aplicable al caso concreto. Estos criterios son los siguientes:

- a) Que la diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante y que las Demandantes tengan legitimación (*jus standi*) para actuar en este proceso.
- b) Que se trate de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.

⁵⁷ Esto es, las partes pueden elegir el o los idiomas en el cual se va a llevar a cabo el procedimiento, el número y orden de los escritos de las partes así como el plazo para presentarlos, la manera en la que habrán de prorratearse las costas del procedimiento o el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje. Además, las partes pueden acordar unas reglas procesales diferentes a las del CIADI para la tramitación de su procedimiento (artículo 44 Convenio de Washington).

⁵⁸ *Camuzzi International S.A. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/03/7), decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 10/06/2005.

⁵⁹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/02/1), decisión sobre jurisdicción del 30/04/2004.

- c) Que las partes hayan expresado su consentimiento, por escrito, de someterse a arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI.
- d) Que se haya dado cumplimiento a los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio como por el Tratado Bilateral, para acceder al arbitraje.

4.2. Laudo arbitral

La decisión mediante la cual se resuelve la controversia sometida a un tribunal CIADI y se pone fin al arbitraje se denomina laudo. El laudo tiene carácter definitivo e inapelable, salvo acuerdo contrario de las partes. Éste tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará como si se tratara de una sentencia judicial. En cuanto a sus efectos, un laudo arbitral es equivalente a una sentencia judicial definitiva y, en consecuencia, exigible como si de una sentencia estatal se tratara.

Al igual que los jueces, los árbitros emiten sus decisiones mediante palabras, por lo común escritas. Así, la actividad creadora del juez se manifiesta a través de la sentencia, y la del árbitro a través del laudo. Ambos son el producto de un juicio lógico y una declaración de voluntad.

En el lenguaje de la nueva retórica de Perelman, los laudos arbitrales en materia de inversión extranjeras emitidos por los tribunales CIADI pretenden obtener un resultado: la adhesión del auditorio, pero sólo por medio del lenguaje. En este caso el auditorio universal lo constituye esa comunidad de Estados receptores e inversores que constantemente están confluyendo en el mercado mundial⁶⁰.

En los procedimientos jurisdiccionales estatales la tradicional fórmula del silogismo judicial, cuya premisa mayor es el derecho objetivo, la premisa menor los hechos y la conclusión la aplicación de aquélla a ésta, es demasiado simplista, como afirma GUASP⁶¹. El resultado a que llega el juez es el fruto, no de un juicio lógico objetivo realizado a base de materiales recogidos en el proceso, sino de una convicción psicológica que no está, o no debe estar, sometida en cuanto a su formación, a reglas fijadas *a priori*, y en la que pueden entrar, en lo que a la valoración de los hechos se refieren, no sólo razonamientos puros, sino simples impresiones, creencias e incluso típicos actos de voluntad⁶².

Bajo este esquema, la función del juez consiste en la potestad de aplicar el derecho al caso que le ha sido planteado para su resolución. Se trata de una

⁶⁰ ATIENZA, M. *Las razones del derecho (...)*. Op. Cit., p. 50.

⁶¹ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, 3ª ed., T. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 512. Citado por Rodríguez-Aguilera, C. *El Lenguaje (...)*. Op. Cit., pp. 8-9 y 45.

⁶² RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. *El Lenguaje (...)*. Op. Cit., pp. 54-55.

función inexcusable, ya que el juez que se rehúse a fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia del derecho, incurrirá en denegación de justicia. Aplicar el derecho supone conocerlo, entender su significado, interpretarlo y decidir conforme a él el caso planteado⁶³. Sólo en el caso de que el mandato no se cumpla ha de emplearse la fuerza para imponerlo⁶⁴.

En relación con los laudos arbitrales CIADI, debemos señalar que el Convenio de Washington dispone que los laudos emitidos deban ser reconocidos y ejecutados automáticamente en todos los Estados Partes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva. Estos laudos deben estar motivados al igual que las decisiones de los comités *ad hoc* que deciden sobre el recurso de anulación de laudos, los árbitros tienen la obligación de explicar las razones en que se basan sus decisiones de una manera clara y directa, para que las partes puedan entenderla⁶⁵. Los Estados Partes deben tener presente que el hecho de incumplir los laudos CIADI también genera inseguridad jurídica, lo que desincentivaría la inversión extranjera en dicho Estado receptor, no habiendo duda -aunque este aspecto no lo precise ningún texto- que el Estado que incumpla afrontará además, posibles consecuencias económicas ante la negativa del Banco Mundial de otorgarle préstamos.

4.3. Valor de los laudos previos

En la práctica, dentro del ámbito del arbitraje internacional, el valor del precedente jurisprudencial ha contribuido a la formación de una "jurisprudencia" fundada sobre la *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*⁶⁶. Así ocurre en los laudos CIADI, en cuanto a la formación de jurisprudencia internacional sobre inversión extranjera, cuyos tribunales citan continuamente decisiones anteriores, bien para recoger el criterio en ellas sostenido o bien para explicar la falta de similitud con el caso sujeto a decisión, y así dejar salvada no sólo la falta de aplicación, sino también el propio prestigio del Centro por la presunta falta de un criterio congruente y unificado con respecto a las decisiones anteriores, siguiendo el estilo del Tribunal Internacional de Justicia⁶⁷. Sin embargo, no debe perderse de vista que estos tribunales arbitrales CIADI se constituyen para cada caso concreto y no todas las veces sus decisiones son

⁶³ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 8-9 y 45.

⁶⁵ LALIVE, Pierre. "On the Reasoning of International Arbitral Awards". En: *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, N° 1 (2010), pp. 55-65.

⁶⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ª edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 100.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 101.

públicas, con lo cual no puede asimilarse la jurisprudencia en sede judicial estatal a la jurisprudencia en sede arbitral⁶⁸.

Es preciso afirmar que los laudos arbitrales definen en muchos casos el derecho, corroboran en otros la vigencia de una regla jurídica; y constituyen, en todos los casos, precedentes cuyo valor está en razón de la autoridad con que fueron dictados⁶⁹.

Si bien las decisiones de los tribunales CIADI no resultan vinculantes en sus precedentes, se puede verificar que a la hora de decidir, los árbitros tienen especialmente en cuenta los laudos dictados por sus colegas en dicho foro, así como también las decisiones de otros tribunales internacionales⁷⁰.

En el sistema CIADI es habitual ubicar determinados laudos y desentrañar de los mismos precedentes para aclarar y resolver un determinado caso, no obstante que, en sentido estricto, los laudos del CIADI no constituyen precedentes obligatorios. Sobre el particular, el propio arbitraje CIADI, en el caso *Enron vs. Argentina*, ha considerado que:

“(...) las decisiones de los tribunales del CIADI no constituyen precedentes vinculantes y de que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias (...) Sin embargo, las cuestiones fundamentales planteadas por las partes en relación con la competencia en el presente caso no son en realidad diferentes de las planteadas en casos anteriores. Por ello, las conclusiones del Tribunal siguen la misma línea de razonamiento, no porque existan precedentes vinculantes sino porque las circunstancias de los distintos casos son comparables, y en algunos aspectos idénticas”⁷¹. (resaltado nuestro).

Así, por ejemplo, en los casos CIADI *Aguas Argentinas*, los árbitros refieren casos semejantes resueltos por otros tribunales arbitrales CIADI, al señalar que:

“(...) el Tribunal es consciente de que otros tribunales del CIADI en otros casos relacionados con la Demandada han decidido sobre cuestiones jurisdiccionales semejantes, por no decir idénticas... relativas a inversiones en la concesión de explotación de los ser-

⁶⁸ Para un reciente análisis del uso del precedente internacional por jueces y árbitros cfr. GUILLAUME, Gilbert. “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”. En: *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, N° 1 (2011), pp. 5-23.

⁶⁹ ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957, p. 53.

⁷⁰ *Camuzzi International S.A. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/03/7), Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción del 10/06/2005.

⁷¹ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/01/3), decisión sobre jurisdicción 02/08/2004. Ver BONIFAZ TWEDDLE, Gonzalo. “La Solución de Controversias Inversionista - Estado en el marco de los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera”. En: *Estudios de Política Internacional. Academia Diplomática del Perú*. Lima, 2006, p. 65.

vicios de suministro de agua potable y desagües cloacales (...). **Si bien estas decisiones no son vinculantes para el presente Tribunal, son ciertamente instructivas**⁷². (resaltado nuestro).

Otro ejemplo, lo encontramos en el caso CIADI Camuzzi International S.A. vs. Argentina, en el cual el Tribunal Arbitral consideró que:

“Las referencias a la jurisprudencia de Tribunales CIADI se efectúan en la presente decisión no porque esa jurisprudencia constituya una fuente vinculante de derecho internacional, sino porque la argumentación en que se basan esas sentencias arbitrales se consideran jurídicamente correctas, independientemente de su imperatividad directa. Es pertinente su referencia en cuanto su razonamiento se estima adecuado y en cuanto se refiere a supuestos de hecho similares a los del presente caso. Son decisiones que se fundan en el derecho internacional aplicable. Por ello, el Tribunal puede apoyar en ellas su decisión, usando esa jurisprudencia como medio auxiliar en la determinación de las reglas de derecho internacional. Es de destacar que las partes, de manera reiterada, han apoyado sus argumentos trayendo a colación jurisprudencia de Tribunales CIADI, entre otros⁷³. (resaltado nuestro).

También, en el caso Sempra Energy International vs. Argentina, se hace referencia a casos semejantes resueltos por otros tribunales arbitrales CIADI:

“La misma conclusión ha sido compartida por los tribunales en CMS y Enron (Demanda Adicional), entre varios otros. Este Tribunal no tiene razones para apartarse de esa conclusión, aún cuando los elementos de hecho de cada controversia puedan tener algunas diferencias. Si el propósito del Tratado y los términos de sus disposiciones tienen la amplitud con que fueron negociados y aceptados no podrían ellos, como se ha señalado, ser desconocidos por el Tribunal pues privarían al Tratado de todo efecto útil⁷⁴. (resaltado nuestro).

Aún cuando las decisiones CIADI no revisten carácter vinculante, es un hecho constante, por parte de litigantes y árbitros, la invocación de los criterios e interpretaciones esbozados en otros laudos, con el fin de establecer juicios sólidos en una materia que cada día genera mayor interés en el comercio mundial.

Este mismo fenómeno ocurre en sede de anulación de laudos CIADI. De manera reiterada, los diferentes comités *ad hoc* siguen criterios de casos pre-

⁷² Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentina (CIADI Caso N° ARB/03/19), decisión sobre jurisdicción del 03/08/2006.

⁷³ Camuzzi International S.A. vs. Argentina (CIADI Caso N° ARB/03/7), decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 10/06/2005.

⁷⁴ Sempra Energy International vs. Argentina (CIADI Caso N° ARB/02/16), decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 11/05/2005.

cedentes, especialmente al momento de interpretar los términos contenidos en el artículo 52 del Convenio de Washington.

En este sentido, vale la pena destacar algunos ejemplos. Podemos mencionar nuevamente el criterio seguido en el caso ENRON, pero esta vez en sede de anulación, en el cual el Comité señala que:

“(...) en relación con las materias que entran dentro de la competencia del comité ad hoc (...) se debe hacer referencia de decisiones y laudos CIADI relevantes previamente dictados, incluyendo decisiones dictadas en procedimientos de nulidad, así como aquellas emanadas de otras autoridades relevantes. A pesar de no existir una doctrina que establezca el valor vinculante del precedente en el sistema de arbitraje CIADI, el Comité considera que a largo plazo se debería desarrollar una jurisprudencia constante en los procedimientos de nulidad”⁷⁵. (resaltado nuestro).

En el mismo sentido, el Comité *ad hoc* en el caso Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas (en adelante, caso Fraport), durante el análisis del vicio de nulidad referido al exceso manifiesto de facultades, consideró pertinente seguir el criterio previamente sostenido en el caso Aguas Argentinas (Vivendi I):

“(...) está claramente establecido en la aplicación práctica del artículo 52 (1) (b) por diferentes Comités ad hoc que la declaratoria de falta de jurisdicción cuando en efecto existe jurisdicción constituye un exceso manifiesto de facultades por parte del Tribunal Arbitral. El Comité ad hoc en Vivendi I, en un pasaje frecuentemente citado, explicó, en los siguientes términos, que la falta de ejercer jurisdicción constituye un exceso manifiesto de facultades (...)”⁷⁶. (resaltado nuestro).

Asimismo, la referida decisión utiliza el criterio sostenido en Comité *ad hoc* en Wena Hotels vs. Egypt, que a su vez cita la interpretación elaborada en el laudo Klöckner y Soufraki vs. UAE a los fines de determinar la configuración del vicio de falta de motivación⁷⁷.

Es pertinente destacar el razonamiento utilizado en el caso Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile (en adelante, caso Vieira), en sede de anulación, a los fines de determinar si el Tribunal Arbitral había incurrido en el vicio de extralimitación de facultades por el uso inadecuado de “precedentes” CIADI. En este caso el Comité *ad hoc* dejó claro que el uso del precedente como fuente auxiliar para interpretar los tratados es completamente válido, tal y como lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y no

⁷⁵ Enron Creditors Recovery Corp., & Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina, (CIADI Caso N° ARB/97/3), decisión sobre nulidad del 30/07/2010.

⁷⁶ Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas, (CIADI Caso N° ARB/03/25) del 23/12/2010.

⁷⁷ *Idem*.

reviste una extralimitación de funciones por parte de los árbitros. También reafirmó el carácter no vinculante de una posible “jurisprudencia” CIADI. El Comité *ad hoc* en el caso Vieira, se sostuvo lo siguiente:

“La metodología aplicada por el Tribunal será incontrovertible si se basó en la “jurisprudencia” del CIADI sin ir más allá de sus límites como fuente auxiliar de interpretación de los tratados.

(...)

Mientras un tribunal limite su apego a las decisiones anteriores como un soporte para la interpretación (a diferencia de apegarse a ellas como si fueran una formulación del derecho internacional) o utilice los precedentes para inferir las reglas de derecho internacional cuando éstas no existan en otros instrumentos que sean reconocidos como fuentes de derecho internacional (y que, como es universalmente aceptado, se encuentran codificadas en el artículo 38 del ECIJ), no podrá considerarse que hubo un error al determinar la ley aplicable.

(...)

*Discutir sobre las decisiones precedentes de otros tribunales o comités *ad hoc* CIADI es una práctica común al momento de tomar una decisión. No obstante, es importante recordar que “la doctrina del precedente, en el sentido que le es dado por el *common law*, no tiene lugar en una decisión internacional”. **Los tribunales, conscientes de esto, por lo general dejan en claro que no se sienten vinculados por las decisiones CIADI anteriores al momento de discutir, algunas veces de forma intensa, sobre las decisiones CIADI (y no-CIADI) precedentes (...)**⁷⁸. (resaltado nuestro).*

El análisis de las distintas decisiones dictadas dentro del sistema CIADI, tanto por Tribunales Arbitrales, como por los comités *ad hoc* en sede de anulación, conduce a 3 conclusiones prácticamente unánimes: 1. Las decisiones dictadas dentro del sistema CIADI no revisten un carácter vinculante; 2. Las decisiones CIADI, ya sean laudos o nulidades, tienen valor como fuente auxiliar para la interpretación de los tratados; y 3. El sistema CIADI se encamina de manera práctica a la creación de una jurisprudencia en materia de arbitraje de inversiones, pues el uso de criterios precedentes es constante y repetido por parte de los árbitros, con el propósito de lograr uniformidad de criterios dentro de este organismo.

4.4. Función de la jurisprudencia internacional

En general, la función de la jurisprudencia es doble: como elemento de interpretación o como medio de prueba. En cuanto al primer aspecto, los

⁷⁸ Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile, (CIADI Caso N° ARB/04/7), decisión de nulidad del 10/12/2010.

tribunales internacionales muchas veces realizan referencias a decisiones anteriores donde se ha buscado determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica internacional. Como medio de prueba, la jurisprudencia tiene la misión capital de comprobar la existencia de las normas de Derecho internacional⁷⁹.

La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del Derecho internacional⁸⁰.

Véase por ejemplo, en el caso *Azurix Corp. vs. Argentina*, oportunidad en la cual el Tribunal advierte que:

“El caso *Tecmed* es un ejemplo claro en el que un tribunal tuvo en cuenta las expectativas del inversor. Argentina ha desestimado la pertinencia de este caso teniendo en cuenta que México no había suscrito un contrato con el inversor. De hecho, el tribunal en ese caso consideró atribuible a México, en calidad de soberano, algunos actos que frustraron las expectativas generadas en el inversor aún cuando México no era parte en el contrato”⁸¹. (resaltado nuestro).

Igualmente, encontramos casos en los que se invoca una decisión anterior en la cual se ha determinado el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica:

“Como también observó el tribunal en *LG&E*, cualquiera que hayan sido los méritos de *Barcelona Traction*, ese caso se relacionaba únicamente con la protección diplomática de un Estado a sus nacionales, en tanto que el caso sometido se refiere al concepto contemporáneo de acceso directo del inversionista a la solución de controversias en un arbitraje entre inversionistas y el Estado”⁸². (resaltado nuestro).

Otro ejemplo del alcance que debe dársele a normas internacionales, como las contenidas en los TBIs, lo constituye el caso *CIADI Aguas Argentinas*, en el cual se destaca que:

“(…) Los tratados bilaterales de inversión no son meras declaraciones de buena voluntad o de buenas intenciones hacia los inversores y las inversiones de los dos países de que se trate. Son instrumentos jurídicos internacionales en virtud de los

⁷⁹ NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA – CORROCHANO, Luis. *Derecho Internacional Público*, T. I, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 458.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Azurix Corp. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/01/12), laudo del 14/07/2006.

⁸² *Semprea Energy International vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/02/16), decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 11/05/2005.

cuales Estados soberanos hacen un firme compromiso, en el marco del derecho internacional, respecto del tratamiento que acordarán a los inversores e inversiones de otro Estado. Un objetivo básico del TBI Argentina-Francia y del TBI Argentina-España, como indican sus títulos, es la “protección de las inversiones”. Dichos TBI tratan de conseguir este objetivo otorgando a los inversores e inversiones de la parte en el tratado ciertos derechos jurídicos y de ofrecer un medio jurídico para su observancia”⁸³. (resaltado nuestro).

En esta misma decisión, el Tribunal Arbitral aclara cuál es el método de interpretación utilizado para llegar a la afirmación anterior, al sostener que:

*“Al interpretar estas disposiciones, el Tribunal se inspira en los principios consagrados de interpretación de tratados, tal como se prevé en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud de los cuales el texto de los tratados debe interpretarse de conformidad con el “sentido corriente”. Al respecto, se supone que el texto del tratado es expresión auténtica de las intenciones de las partes. El punto de partida para todo intento de interpretación es, por consiguiente, el texto mismo del tratado”*⁸⁴. (resaltado nuestro).

En el mismo sentido, en relación con la interpretación de los Tratados, véase el caso *Azurix Corp. vs. Argentina*, en el cual es importante resaltar lo siguiente:

*“El Tribunal considera que el TBI no debe interpretarse a favor o en contra del inversor. El TBI es un tratado internacional y debe interpretarse de acuerdo con las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...). El Tribunal observa que el propio TBI es un instrumento convenido por los dos Estados parte con el fin de promover y proteger la inversión. En el preámbulo del TBI, las partes acordaron que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones.” Por lo tanto, el propio TBI es un documento que exige determinado trato de las inversiones que las partes han considerado necesario para “estimular el flujo de capital privado”. Al interpretar el TBI, el Tribunal debe tener presente el objetivo que las partes tuvieron en mira al celebrarlo”*⁸⁵. (resaltado nuestro).

Para comprobar la existencia de las normas de Derecho internacional, veamos, por ejemplo, en el caso *CIADI Sempra Energy International vs. Argentina*:

*“El Tribunal debe, por último, referirse a la cuestión suscitada acerca de que la *lex specialis* no puede entenderse como inductiva de una norma de costumbre. Primero, el Tribunal debe observar que no hay ningún obstáculo en el derecho internacional para*

⁸³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/03/19), decisión sobre jurisdicción del 03/08/2006.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Azurix Corp. vs. Argentina* (CIADI Caso N° ARB/01/12), laudo del 14/07/2006.

que la expresión de la voluntad de los Estados mediante tratados sea a la vez una expresión de la práctica y del *opinio juris* necesario para el nacimiento de una norma de costumbre internacional si se reúnen las condiciones para que ello ocurra⁸⁶. (resaltado nuestro).

Los tribunales internacionales no legislan, no elaboran ni crean derecho, sino que su esencial función es determinar el derecho aplicable, aclarar el contenido y sentido de la norma, especificación que en muchos momentos presenta caracteres comunes con el proceso de creación jurídica⁸⁷.

En este mismo sentido, vale la pena mencionar la decisión dictada por el Comité *ad hoc* en el caso FRAPORT, en sede de nulidad, en el cual al analizar el vicio de extralimitación manifiesta de facultades consideró que:

“En los casos en los cuales la jurisdicción del Tribunal da cabida a más de una interpretación razonable, el Comité ad hoc le dará un peso especial a la interpretación que el Tribunal Arbitral hizo del instrumento jurisdiccional. El Comité no va a intervenir cuando la decisión del Tribunal sobre su jurisdicción es razonable. Este enfoque parece estar justificado, porque lo que está en juego es la interpretación de un tratado internacional - Convenio Bilateral suscrito entre los dos Estados soberanos. Este enfoque ha sido seguido por la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia revisada. El Comité está convencido que la jurisprudencia CIADI de los Comités ad hoc en el –estándar razonable de revisión de cuestiones de jurisdicción- debe ser interpretado en este sentido. El Comité considera que el exceso de jurisdicción debe ser demostrable y sustancial y no dudoso”⁸⁸. (resaltado nuestro).

Asimismo quedó establecido por el Comité *ad hoc* en el caso VIEIRA⁸⁹ que aun cuando la doctrina del precedente, en el sentido observado en el *common law* no tiene lugar en una decisión internacional, los Tribunales Arbitrales tienen como práctica común discutir decisiones precedentes CIADI “y no-CIADI” al momento de decidir.

Expuestos algunos de los criterios sostenidos dentro de la jurisprudencia CIADI en diferentes casos, no queda duda de que la función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido un lugar importante dentro del sistema CIADI, como fuente auxiliar para la aplicación de reglas jurídicas y la interpretación de los tratados.

⁸⁶ *Sempra Energy International vs. República Argentina* (CIADI Caso N° ARB/02/16), decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 11/05/2005.

⁸⁷ RODRÍGUEZ CARRION, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 238.

⁸⁸ *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. La República de Filipinas*, (CIADI Caso N° ARB/03/25) del 23/12/2010.

⁸⁹ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile*, (CIADI Caso N° ARB/04/7), decisión de nulidad del 10/12/2010.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Cada tipo de actividad jurídica tiene su propia técnica y su propio discurso, en consecuencia cada una tiene su propio lenguaje. Así el Derecho internacional de las inversiones tiene su propio lenguaje jurídico producto de la dinámica del comercio internacional, en general, y de las inversiones extranjeras, en particular.

Si tradicionalmente entendemos por concepto jurídico fundamental aquella noción irreductible que siempre ha estado presente en cualquier sistema jurídico y en cualquier tiempo, debemos reconocer que la dinámica del comercio mundial y de las inversiones extranjeras ha dado nacimiento a un nuevo sistema jurídico que sobrepasa las fronteras nacionales para constituirse en un orden verdaderamente internacional.

La formación de jurisprudencia internacional sobre inversión extranjera por parte de los tribunales CIADI persigue determinar el derecho, corroborar la vigencia de una regla jurídica y constituir precedentes, cuyo valor está en razón de la autoridad de la institución a la cual pertenece el tribunal que los dictó.

Toda teoría de la argumentación debe considerar las diversas conexiones existentes entre el lenguaje y el razonamiento. En el Derecho internacional de las inversiones los tribunales arbitrales han construido toda una manera de razonar para resolver las controversias jurídicas en materia de inversión extranjera acordes con la dinámica del comercio mundial.

Contenido General

Tomo I

COLABORADORES	5
PRESENTACIÓN	7
<i>Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	
PRÓLOGO	9
<i>Delia Revoredo Marsano de Mur</i>	
SEMBLANZAS	
<hr/>	
Semblanza del doctor Yves Derains	17
<i>Claus von Wobeser</i>	
Bernardo Cremades y el arbitraje internacional: La ecuación perfecta	25
<i>José Carlos Fernández Rozas</i>	
DOCTRINA	
<hr/>	
ALEMANIA	
Reglas procesales del arbitraje establecidas por las partes	39
<i>Fabian von Schlabrendorff</i>	
ARGENTINA	
El vuelo de Ícaro: ¿Pueden elevarse las inversiones financieras al status de inversiones protegidas?.....	73
<i>Diego Brian Gosis</i>	
Arbitrabilidad de las relaciones de consumo. Posibilidad de ejecución en Argentina de un laudo extranjero.....	93
<i>Julio César Rivera</i>	

BÉLGICA

- ¿Cuáles son los límites a la discreción de un tribunal a la hora de dirigir procedimientos? 105
Bernard Hanotiau

BOLIVIA

- Tendencias latinoamericanas en el arbitraje de controversias en materia de inversiones extranjeras 113
Fernando Aguirre B.

BRASIL

- La prueba escrita en el arbitraje internacional 125
Arnoldo Wald

- Novedades legislativas y práctica judicial reciente en Brasil en materia de arbitraje. La cada vez más promisoro realidad brasileña 149
Gilberto Giusti
Ricardo Dalmaso Marques

- La participación de los Estados en el arbitraje comercial internacional 179
Renato Stephan Grion

CANADÁ

- Los estándares éticos aplicables a los abogados de parte en el arbitraje internacional 199
Henri Álvarez
Mónica Jiménez González

CHILE

- La doctrina de los actos propios en los arbitrajes realizados en Chile 219
Alejandro Romero Seguel

COLOMBIA

Avances jurisprudenciales en un largo camino por recorrer en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.....	229
<i>Daniel Posse Velásquez</i>	
<i>Pedro Miguel Álvarez Giraldo</i>	

La resolución de controversias por terceros distintos a árbitros.....	247
<i>Juan Pablo Cárdenas Mejía</i>	

COSTA RICA

Resolución alternativa de conflictos en los tratados comerciales	271
<i>Luis A. Guillén Downing</i>	

CUBA

La confidencialidad del arbitraje a debate: Notas desde la experiencia de la Corte Cubana	287
<i>Narciso A. Cobo Roura</i>	

ECUADOR

La importancia del arbitraje y la mediación en las relaciones del comercio internacional.....	299
<i>Roberto Illingworth</i>	

EE. UU.

Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial.....	307
<i>Andrés Rigo Sureda</i>	

La responsabilidad civil de los árbitros y las instituciones arbitrales	325
<i>Arif Hyder Ali</i>	
<i>Henry Guy Burnett</i>	
<i>Cristina Ferraro (Perú)</i>	

Invertir en arbitraje en los Estados Unidos	341
<i>Bernardo M. Cremades, Jr.</i>	
<i>Alejandro I. Cremades</i>	

Arbitraje comercial internacional: Posibles obstáculos al confirmar un laudo arbitral en los Estados Unidos	363
<i>Daniel E. González</i>	
<i>María Eugenia Ramírez</i>	
La vigencia del principio por el cual un Estado no puede invocar su derecho interno para desvincularse de un convenio arbitral	373
<i>Daniel E. Vielleville</i>	
Caracas 1808: El arbitraje entre Don Joseph de Bustamante y Don Gonzalo García de Prado	401
<i>J. Eloy Anzola</i>	
An American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution, ICDR-AAA. Recognition of Mr. Bernardo Cremades, arbitrator and friend of the Association	441
<i>William K. Slate II</i>	
<i>Luis M. Martínez</i>	
La muerte importante y oportuna de las normas extraestatutarias de revisión en los Estados Unidos.....	447
<i>Mauricio Gomm Santos</i>	
<i>Quinn Smith</i>	
La necesidad de un Código de Ética profesional en el arbitraje internacional	465
<i>Silvia Marchili</i>	
EL SALVADOR	
El derecho al arbitraje como derecho constitucional individual en el sistema jurídico salvadoreño.....	483
<i>Salvador E. Anaya Barraza</i>	
ESPAÑA	
Nuevas tendencias en la práctica de pruebas en el arbitraje internacional: Comentarios a las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (aprobadas el 29 de mayo de 2010).....	499
<i>Álvaro López De Argumedo</i>	
<i>Juliana De Ureña</i>	

<i>Contenido General</i>	1563
España ha dejado de ser sede de arbitrajes comerciales internacionales.....	525
<i>Antonio María Lorca Navarrete</i>	
El arbitraje internacional desde la experiencia española	537
<i>Domingo Bello Janeiro</i>	
Observaciones críticas a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje	557
<i>Faustino Cerdón Moreno</i>	
Exequátur en España de laudos anulados y suspendidos en el Estado de origen	569
<i>Iván Heredia Cervantes</i>	
<i>Javier Díez-Hochleitner</i>	
Las buenas prácticas en el arbitraje internacional.....	589
<i>Jesús Remón</i>	
Arbitraje societario en la Ley española 11/2011	605
<i>Jose Fernando Merino Merchán</i>	
Arbitraje marítimo internacional.....	625
<i>José María Alcántara González</i>	
Entronque histórico del arbitraje con el derecho de contratos	643
<i>Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor</i>	
Avances recientes de la legislación sobre arbitraje en Europa: El caso español.....	653
<i>Juan Carlos Calvo Corbella</i>	
La anulación de laudos en arbitraje de inversión: Un análisis comparativo	669
<i>Juan Fernández-Armesto</i>	
La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español.....	685
<i>Julio González-Soria</i>	
Una aproximación procesal al arbitraje de inversiones.....	719
<i>María Marcos González</i>	

Algunas consideraciones en torno al control judicial de oficio del laudo arbitral en la fase de ejecución desde la perspectiva del derecho español	737
<i>Montserrat Guzmán Peces</i>	
La notificación del arbitraje y su respuesta en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010).....	761
<i>Pilar Perales Viscasillas</i>	

Tomo II

FRANCIA

La paradoja de la compensación en el arbitraje internacional.....	797
<i>Alexis Mourre</i>	
Quién tiene competencia para otorgar medidas cautelares en un arbitraje internacional: Situación actual y aspectos del futuro	817
<i>Eliseo Castineira</i>	
América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia.....	845
<i>Emmanuel Gaillard</i>	
La independencia del árbitro y su obligación de revelación	879
<i>Fernando Mantilla-Serrano</i>	
<i>Philippe Pinsolle</i>	
Una mirada a los principios rectores del procedimiento arbitral	901
<i>Francisco Victoria-Andreu</i>	
El papel controvertido de las comisiones ad hoc frente a las limitaciones inherentes al régimen de anulación de laudos arbitrales en el sistema de arbitraje del CIADI.....	909
<i>José-Manuel García Represa</i>	
<i>Ana Carolina Simões E Silva</i>	
Los aportes de la reforma de 2011 del derecho francés del arbitraje internacional	955
<i>José Rosell</i>	
<i>María Beatriz Burghetto</i>	

GUATEMALA

La extinción del arbitraje forzoso en Guatemala..... 989
Álvaro Castellanos Howell

INGLATERRA

Plain Packaging: Un futuro incierto para el uso de marcas registradas..... 1005
Martin Hunter
Javier García Olmedo

ITALIA

¿Es de naturaleza pública la función del árbitro internacional? 1025
Antonio Crivellaro

The parties right to choose a person as arbitrator and the prohibition of discrimination: an unstable balance. A comment on the judgments given by the Court of Appeal (Civil Division) overturning the judgment of the High Court of Justice Queen’s Bench Division (Commercial Court) -Part One- and by the Supreme Court (Trinity Term), overturning the judgment of the Court of Appeal, in the *Jivraj v. Hashwani* case -Part Two-..... 1035
Giorgio Bernini

MÉXICO

Coexistencia del acuerdo de arbitraje y la sumisión a tribunales judiciales en la misma relación jurídica 1079
Carlos Loperena Ruiz

¿Cuándo pacta es servanda?: Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión..... 1089
Francisco González de Cossío

Ética en el arbitraje..... 1117
Fernando Estavillo Castro

Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades. ¿Por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral?.....	1149
<i>Hernany Veytia</i>	
El arbitraje comercial en México a 17 años y las reformas de derecho mercantil	1177
<i>Leonel Pereznieto Castro</i>	
PANAMÁ	
El rol del árbitro en la creación de precedentes: ¿Existe un riesgo de un Issue Conflict en el arbitraje de inversiones?	1185
<i>Margie-Lys Jaime Ramírez</i>	
La Convención de Nueva York de 1958 y la jurisprudencia panameña	1207
<i>Tomás H. Herrera D.</i>	
PERÚ	
El Convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008.....	1231
<i>Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	
El “arbitraje en las relaciones de consumo” y el “arbitraje de consumo”. Es lo mismo pero no es igual	1281
<i>Cecilia O’Neill de La Fuente</i>	
Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos.....	1303
<i>Felipe Osterling Parodi</i>	
<i>Alfonso Rebaza González</i>	
La Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?	1315
<i>Fernando De Trazegnies Granda</i>	
Los acuerdos internacionales en materia de inversión.....	1337
<i>Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos</i>	
La obligación de motivar el laudo y la acción de anulación en la Ley peruana de arbitraje.....	1361
<i>Julio César Guzmán Galindo</i>	

La solución de controversias inversionista: Estado en el TLC Perú- Estados Unidos de América	1379
<i>Natale Amprimo Plá</i>	

PORTUGAL

Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral	1397
<i>José Miguel Júdece</i>	

SUIZA

La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión	1411
<i>Anne-Carole Cremades</i>	
<i>Anne Véronique Schlaepfer</i>	

Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?	1437
<i>Xavier Favre-Bulle</i>	
<i>Edgardo Muñoz</i>	

UCRANIA

Arbitraje comercial internacional en el mundo rusoparlante.....	1455
<i>Olena S. Perepelynska</i>	

URUGUAY

La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario	1469
<i>Ricardo Olivera García</i>	
<i>Alejandro Santi Estefan</i>	

La anulación de laudos internacionales en Uruguay. Una interesante experiencia de cultura jurídica	1495
<i>Paul F. Arrighi</i>	

VENEZUELA

Los acuerdos arbitrales con entes públicos:

Especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano..... 1505

Andrés A. Mezgravis

El lenguaje jurídico del arbitraje de inversión.

A propósito del sistema CIADI..... 1529

Yaritza Pérez Pacheco

Elizabeth Méndez Salom

Contenido General..... 1559

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Grandez Gráficos S.A.C.
Telf. (511) 5314658
www.grandezgraficos.com

