

ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

**EL ARBITRAJE
EN EL PERÚ Y EL MUNDO**

1

ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

**EL ARBITRAJE
EN EL PERÚ Y EL MUNDO**

1

DIRECTOR

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

COORDINADORA

KATTY MENDOZA MURGADO

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor

© 2008, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA

© 2008, Carlos Alberto Soto Coaguila
csoto@munizlaw.com

Composición e impresión:



Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2008 - 04475

ISBN: 978-9972-2641-2-2

Primera edición 2008

Fecha de Impresión abril de 2008
Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño y Diagramación:
Miguel A. La Rosa Y.

Distribución:
T (00-511) 415 4920 / 9347 3357 / 9189 8548

CONTENIDO

Presentación	XI
--------------------	----



ARBITRAJE NACIONAL

■ Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú - Ley N° 26572 CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (<i>Perú</i>)	3
■ Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y Legislación aplicable al Estado peruano FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (<i>Perú</i>)	33
■ ¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción FELIPE OSTERLING PARODI (<i>Perú</i>)	75
■ La supletoriedad de las leyes de arbitraje FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (<i>Perú</i>)	87
■ Arbitraje <i>ad hoc</i> o arbitraje administrado. El rol de las instituciones arbitrales en el Perú CARLOS RUSKA MAGUIÑA (<i>Perú</i>)	91
■ El aforismo <i>iura novit curia</i> y su posible aplicación en laudos arbitrales GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (<i>Perú</i>)	99
■ Solución de controversias societarias a través del arbitraje OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO (<i>Perú</i>)	107

- El alma dividida del arbitraje: ¿Solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? Cómo apaciguar y conciliar el corazón consigo mismo
ROBERTO G. MACLEAN UGARTECHE (*Perú*) 117
- ¿Es un arbitraje un juicio?
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*) 145

ARBITRAJE INTERNACIONAL

- When to arbitrate rather than litigate
CAROLYN B. LAMM (*Estados Unidos*)
ECKHARD R. HELLBECK (*Estados Unidos*) 157
- Negotiating and drafting an international arbitration clause
STEPHEN R. BOND (*Francia*) 173
- Reflections on the Definition of an ‘Investment’
MARTIN HUNTER (*Inglaterra*)
ALEXEI BARBUK (*Inglaterra*) 183
- Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación
FERNANDO AGUILAR (*Argentina*) 201
- La nueva forma del acuerdo arbitral: Otra victoria del consensualismo
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO (*México*) 209
- La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad
SANTIAGO TALERO RUEDA (*Colombia*) 225
- Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto
JULIO CÉSAR RIVERA (*Argentina*) 249
- El plazo en el arbitraje
HÉCTOR ALEGRÍA (*Argentina*) 281
- El Arbitraje Internacional: Costo y duración
YVES DERAIS (*Francia*) 303

■ El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje CECILIA FLORES RUEDA (<i>México</i>)	311
■ El deber de revelación del árbitro JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG (<i>España</i>)	323
■ El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros en la ley española: Evolución y aspectos prácticos JORGE ANGELL (<i>España</i>) ÁNGEL BRIOSO (<i>España</i>)	333
■ Independencia de los árbitros RODRIGO JUÓN LETORT (<i>Ecuador</i>)	343
■ Arbitrajes complejos FERNANDO DEL CASTILLO ELORZA (<i>México</i>)	361
■ Arbitraje y procedimiento CÉSAR CORONEL JONES (<i>Ecuador</i>)	365
■ ICC arbitration and ADR - A brief of resume F. S. NARIMAN (<i>India</i>)	375
■ Comentarios al proceso arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), París-Francia CARLOS ALBERTO CORREDOR RUSSA (<i>Venezuela</i>)	381
■ El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana EDGAR NEIRA ORELLANA (<i>Ecuador</i>)	421
■ Alternative dispute resolution - The options for CEO's and CFO's DER HURLEY (<i>Estados Unidos</i>)	435
■ Planning for commercial dispute resolution in mainland China JOSEPH T. McLAUGHLIN (<i>Estados Unidos</i>) KATHLEEN M. SCANLON (<i>Estados Unidos</i>) CATHERINE X. PAN (<i>Estados Unidos</i>)	439

■	Provisional relief in arbitration: How things stand in the United States <i>ALAN SCOTT RAU (Estados Unidos)</i>	461
■	Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcances y análisis comparativo <i>DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (Chile)</i>	531
■	Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso “Cartellone” - Un lamentable retroceso <i>HÉCTOR MÉNDEZ (Argentina)</i>	539
■	La responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo extranjero <i>ALEXIS MOURRE (Francia)</i>	573
■	El reconocimiento internacional de laudos anulados <i>EDUARDO ZULETA (Colombia)</i>	585
■	La intervención de autoridad judicial española en controversias sometidas a arbitraje <i>MONTSERRAT GUZMÁN PECES (España)</i>	609
■	Notas sobre la adopción de medidas cautelares por árbitros en España <i>MARÍA MARCOS GONZÁLEZ (España)</i>	623
■	Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration <i>EMMANUEL GAILLARD (Francia)</i>	637
■	¿“Se acabó el arbitraje” en América Latina? La evolución del arbitraje en el Perú y en América Latina <i>JONATHAN C. HAMILTON (Estados Unidos)</i>	649
■	Un sistema de arbitraje muy positivo para la América del Sur <i>RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY (Argentina)</i>	661
■	El arbitraje en América Latina: La experiencia reciente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI <i>KATHERINE GONZÁLEZ ARROCHA (Panamá)</i>	687

■ La globalización normativa del Arbitraje Comercial Internacional: La labor de la CNUDMI/UNCITRAL MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS (<i>España</i>)	695
■ Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ (<i>Paraguay</i>)	711
■ Hacia una verdadera justicia arbitral transnacional del siglo 21 LEONEL PEREZNIETO CASTRO (<i>México</i>) JAMES A. GRAHAM (<i>México</i>)	745
■ Aproximación a la solución de controversias en el sector de telecomunicaciones en Latinoamérica HERNANY VEYTIA (<i>Italia</i>)	757
■ El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (<i>Colombia</i>)	767



ARBITRAJE DE INVERSIÓN

■ Arbitrando la Inversión FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (<i>Perú</i>)	783
■ El consentimiento en el Arbitraje Internacional en materia de inversiones ÁLVARO GALINDO C. (<i>Ecuador</i>)	801
■ The doctrine of assertion and jurisdictional issues in investment arbitration PAULO FOHLIN (<i>Suecia</i>)	809
■ La distinction “treaty claims – contract claims” et la compétence de l’arbitre CIRDI: Faisons-nous fausse route? IBRAHIM FADLALLAH (<i>Francia</i>)	819
■ ¿Constitucionalidad de los arbitrajes como resultado de los Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones? JORGE LUIS INCHAUSTE (<i>Bolivia</i>)	831

■ Sobre los tratados de inversión extranjera y su contribución al arbitraje transnacional MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (Panamá)	839
■ Canada's accession to the ICSID convention and the 2006 / Canada - Peru bilateral investment treaty: New protections and opportunities for investors STEPHEN L. DRYMER (Canadá) PATRICK DUMBERRY (Canadá)	851
■ Tribunales arbitrales de inversión y tribunales estatales: ¿Crónica de una <i>liaison dangereuse</i> ? GAETAN VERHOOSSEL (Francia) CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ (Francia)	867
■ Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍ (España)	879
■ Arbitraje y contratos de concesión: Aplicación del trato justo y equitativo como garantía de las inversiones a la luz de la reciente jurisprudencia de los Tribunales CIADI JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (Perú) ÁLVARO LOREDO ROMERO (Perú)	899
■ La solución de controversias en el acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos de América PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (Perú) ÁLVARO GUSTAVO AGUILAR OJEDA (Perú)	923
■ Notas sobre el alcance de la cláusula “de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión” después del caso Fraport v. Filipinas ÍTALO CARRANO (Perú)	935
■ ÍNDICE GENERAL	951

PRESENTACIÓN

El auge del arbitraje en el Perú y el rol del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE (IPA)

Con absoluta convicción afirmamos que en el Perú de hoy el arbitraje constituye el sistema privado de solución de controversias comerciales por excelencia, preferido por inversionistas, empresarios, pequeñas y medianas empresas.

Este hecho se constata de la lectura de las estadísticas de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de AmCham - Perú, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Consucode, de la Universidad Católica, entre otros. Estas cifras, qué duda cabe, no son fruto de la casualidad sino de la confiabilidad que el arbitraje está brindando a los particulares, tanto por su especialización como por su celeridad y seriedad. A esto se suma la ventaja de contar con una moderna Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572, promulgada el 05 de enero de 1996), al profesionalismo de prestigiosos árbitros peruanos, a la enseñanza del arbitraje en las facultades de derecho y a la publicación de importantes libros⁽¹⁾ sobre

⁽¹⁾ Las principales obras sistemáticas sobre la Ley General de Arbitraje son: Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Fondo Editorial de la UPC, Lima, 2007; Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación M. J. Bustamente de la Fuente, Lima, 1994; Gonzalo GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, *El arbitraje internacional en la sección segunda de la Ley N° 26572*, Lima, 2004; Fernando VIDAL RAMÍREZ, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

la materia. Mención especial merece el trabajo del Comité Editor⁽²⁾ de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, que mediante la escrupulosa publicación semestral de su Revista entrega a la comunidad jurídica peruana e internacional importantes trabajos doctrinarios y oportunos comentarios a laudos nacionales y del CIADI.

En este escenario, es preciso destacar la posición de nuestra Constitución Política⁽³⁾, que reconoce al arbitraje como una jurisdicción de naturaleza excepcional, y en especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que, en reiteradas sentencias⁽⁴⁾, ha reconocido y subrayado que el arbitraje goza de independencia jurisdiccional, lo que en modo alguno ha de entenderse como un mecanismo que desplaza o sustituye al Poder Judicial, sino como una alternativa que complementa el sistema de administración de justicia, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de sus conflictos. En este sentido, el máximo intérprete de la Constitución consagró la existencia de la jurisdicción arbitral y la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial durante su desarrollo. Sumado a lo ya mencionado, comprobamos en nuestro medio como el Poder Judicial, las universidades, los colegios de abogados, institutos, revistas especializadas y otras instituciones de Lima y provincias, organizan congresos⁽⁵⁾,

(2) Integrado por los doctores Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry, Franz Kundmüller Caminiti, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio y por quien dirige la presente obra.

(3) El inciso 1) del artículo 139 de la Carta Política establece:

“Artículo 139.- 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.

(...)”

(4) Sentencias recaídas en el Expediente N° 6167-2005-HC/TC (Caso Cantuarias Salaverry), en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC (Caso Algamarca), en el Expediente N° 4972-2006-PA/TC (Caso Corporación Meier), en el Expediente N° 7532-2006-PA/TC (Caso Lider Group), entre otras.

(5) Mención especial merece el Congreso Peruano Internacional de Arbitraje organizado por la Universidad San Ignacio de Loyola, la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE. El primer Congreso (abril, 2007) congregó a 50 expertos en

seminarios, forums, desayunos y, en general, eventos de diversa índole, con la finalidad de debatir diversos aspectos del arbitraje interno e internacional. En este contexto, debemos mencionar la reciente creación del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje⁽⁶⁾ el 29 de enero de este año, bajo el auspicio del Club Español del Arbitraje, con sede en Madrid.

Dentro de este escenario nace el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE (IPA), con el objetivo fundamental de promover y difundir el arbitraje interno e internacional mediante la publicación de obras especializadas, organización de rigurosos eventos académicos, desayunos profesionales y reuniones de trabajo entre árbitros, magistrados, abogados corporativos y profesionales interesados. El IPA es una institución académica y profesional cuyas puertas estarán permanentemente abiertas a todos los interesados que compartan su interés por el estudio del arbitraje.

Fiel a sus objetivos, el IPA inaugura sus actividades con la co-organización del 2do. Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y la publicación de la colección jurídica “*Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*”, cuyo primer volumen hoy se publica y tiene por objetivo principal brindar a sus lectores un panorama amplio del arbitraje comercial y del arbitraje de inversión. El primer volumen cuenta con la participación de cincuenta y nueve (59) expertos nacionales y extranjeros que analizan diferentes temas del arbitraje interno, del arbitraje comercial internacional y del arbitraje de inversión, con enfoques dogmáticos actuales e innovadores. Es deseo del IPA que esta obra genere un espacio de diálogo en el medio peruano y en el internacional.

El arbitraje comercial y el arbitraje de Inversión

La globalización ha generado, como es por todos conocido, profundas transformaciones en la comunidad internacional, particularmente en las esferas económica y jurídica, lo que, a su vez, ha estimu-

arbitraje, 25 árbitros internacionales y 25 árbitros peruanos. El segundo Congreso (abril, 2008) contará con la presencia de 26 expertos internacionales y otro grupo importante de árbitros peruanos.

⁽⁶⁾ Presidido por el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena.

lado un crecimiento sin precedentes del comercio internacional y de las inversiones extranjeras. Este nuevo universo es el entorno idóneo para el desarrollo del arbitraje, lo que explica su auge.

Estamos presenciando el nacimiento de una nueva *lex mercatoria*. Frente a ello, el Estado, los comerciantes e inversionistas discuten diversos temas, como las nuevas formas de contratación, la seguridad jurídica para sus inversiones, los beneficios fiscales y laborales que el Estado puede otorgar a sus empresas, y, por supuesto, la forma de resolver los conflictos que surjan a raíz de sus transacciones. Como se ha señalado, el *arbitraje* es el medio para la solución de esos conflictos aceptado en el mundo de las transacciones internacionales y de inversión.

El *arbitraje comercial internacional* se encuentra dirigido a cualquier persona natural o jurídica que pretenda resolver controversias transigibles, derivadas de las relaciones del comercio internacional. Por su parte, el *arbitraje de inversión* está diseñado para resolver los conflictos entre inversionistas y Estados receptores de la inversión, siempre que la controversia esté referida a una inversión protegida por un acuerdo multilateral o bilateral de protección de inversiones.

Son muchas las ventajas que el arbitraje nos ofrece. Además de la solución rápida y eficiente de la controversia, este mecanismo se caracteriza por la confidencialidad de los hechos, por la especialización e idoneidad de los árbitros designados para resolver el conflicto, por la relación flexible entre las partes y los árbitros y, sobre todo, por la ausencia de rigorismos y formalismos (*excesos rituales*, entre otros) propios de los procesos judiciales.

En este primer volumen de la colección “*Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*” brindamos a nuestros lectores la visión y posición jurídica de 59 árbitros nacionales e internacionales sobre el arbitraje interno, internacional y de inversión.

Agradecimientos y compromiso

El IPA desea agradecer a todas las personas e instituciones que han hecho posible la publicación de su primer volumen de la colección “*Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*”.

Nuestro agradecimiento:

- A cada uno de los autores, reconocidos árbitros peruanos e internacionales, que desinteresadamente enviaron sus trabajos para publicarlos en esta obra colectiva.
- A las instituciones que patrocinaron la publicación de esta obra: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional-CCI (París-Francia), la Cátedra Garrigues (Navarra-España) y el Estudio Miranda & Amado (Lima-Perú).
- A la Editorial Magna del señor Miguel La Rosa Yarleque, por la pulcritud en la edición de la obra.
- A cada uno de los integrantes del Instituto Peruano de Arbitraje-IPA por el trabajo en la edición y corrección de los textos.

El INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA informa a todos los árbitros, Estudios Jurídicos e instituciones arbitrales, peruanos y extranjeros, que las puertas del IPA estarán abiertas a todos los que deseen colaborar en la promoción y difusión del arbitraje interno e internacional. Próximamente, comunicaremos las actividades que realizaremos en el año 2008.

Lima -Perú, marzo de 2008.

Carlos Alberto Soto Coaguila
Presidente del IPA

Arbitraje Nacional

COMENTARIOS A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ - LEY N° 26572

Por: CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (*)

SUMARIO: 1. Regulación del arbitraje antes de la promulgación de la vigente Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572. 2. El arbitraje es una jurisdicción autónoma e independiente del fuero judicial. 3. Materias que pueden someterse a arbitraje. 4. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. 4.1. Arbitraje de derecho. 4.2. Arbitraje de conciencia. 5. Arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional o administrado. 5.1. Arbitraje *ad-hoc*. 5.2. Arbitraje institucional o administrado. 6. Convenio Arbitral. 7. Árbitros. 8. Procedimiento arbitral. 9. Laudo arbitral. 10. Recursos contra el laudo arbitral. 10.1. Recurso de apelación. 10.2. Recurso de anulación. 11. El “arbitraje obligatorio” contenido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. 12. El Arbitraje Internacional. 13. ¿Por qué arbitrar?

1. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA VIGENTE LEY GENERAL DE ARBITRAJE - LEY N° 26572

Antes de la promulgación de la vigen-

te Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572, el arbitraje se encontraba regulado por el Código Civil⁽¹⁾, el cual recogió las figuras de la “cláusula compromisoria”⁽²⁾ y el “compromiso arbitral”⁽³⁾; y por el derogado

(*) Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola. Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Director Ejecutivo de la Revista Peruana de Arbitraje. Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA. Miembro del Club Español de Arbitraje.

(1) El Código Civil entró en vigor el 14 de noviembre de 1984.

(2) Según el derogado artículo 1906 del Código Civil, por la cláusula compromisoria las partes podían obligarse, mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral.

(3) El compromiso arbitral, conforme al derogado artículo 1909 del Código Civil, era el compromiso mediante el cual las partes convenían que una determinada controversia, materia o no de un juicio, sea resuelta por un tercero o terceros a quienes designaban y a cuya jurisdicción y decisión se sometían expresamente.

Código de Procedimientos Civiles de 1912⁽⁴⁾, que hacía referencia al denominado “juicio arbitral”⁽⁵⁾.

La cláusula compromisoria (artículos 1906 al 1908) y el compromiso arbitral (artículos 1909 al 1922) eran dos contratos nominados regulados en el Código Civil. La cláusula compromisoria era un contrato preliminar por el cual las partes se obligaban a celebrar, en el futuro, un compromiso arbitral; y el compromiso arbitral era el acuerdo expreso de las partes de someter una determinada controversia, materia o no de juicio, a la decisión de terceros designados por las partes, siendo dicha decisión de cumplimiento obligatorio.

Lo que diferenciaba la cláusula compromisoria del compromiso arbitral era la presencia de un determinado conflicto entre las partes. Así, por la primera figura jurídica, los sujetos contratantes únicamente pactaban someter a arbitraje sus conflictos futuros; en cambio, mediante el compromiso arbitral, estipulaban someter a arbitraje un conflicto existente. Sin

mayor esfuerzo, podemos concluir que la regulación del arbitraje, esto es, exigiendo la suscripción de dos contratos independientes, era “absolutamente inoperante”⁽⁶⁾. En efecto, la cláusula compromisoria se suscribía cuando no existía conflicto entre las partes, pero una vez surgida la controversia, para poder acudir a la jurisdicción arbitral, era necesario suscribir un segundo contrato: el compromiso arbitral. En este escenario, solicitar la suscripción de un nuevo acuerdo resultaba casi imposible, motivo por el cual el conflicto tenía que ventilarse en la vía judicial⁽⁷⁾.

La nueva Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572 (en adelante LGA), publicada el 05 de enero de 1996, eliminó esta ineficiente distinción y hoy, de acuerdo a lo señalado por la doctrina arbitral moderna, el convenio arbitral es el único contrato que deben suscribir las partes para someter a arbitraje sus controversias.

La LGA fue redactada tomando como base la ley modelo de la UNCITRAL de 1985⁽⁸⁾, y optó por regular de manera

(4) El Código de Procedimientos Civiles fue derogado por la primera disposición derogatoria del Código Procesal Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 768 de fecha 2 de marzo de 1992 y cuyo Texto Único Ordenado, fue aprobado por R.M. N° 010-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.

(5) De conformidad con lo establecido en el artículo 548 del derogado Código de Procedimientos Civiles, por medio del juicio arbitral se podía solucionar toda controversia, sea o no materia de un juicio, sometiéndola a la decisión de uno o más árbitros. El número de árbitros debía ser impar.

(6) DE TRAZEGNIES G., Fernando, “Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”, en: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, University of Ottawa, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1989, p. 549.

(7) La nueva Ley General de Arbitraje ya no distingue entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, y regula exclusivamente al convenio arbitral como único contrato que deben celebrar las partes para someter sus controversias a la jurisdicción arbitral. La Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la vigente Ley General Arbitraje ha eliminado tal distinción y ha establecido que toda referencia legal o contractual a la cláusula compromisoria o al compromiso arbitral se debe entender como referida al convenio arbitral.

(8) La UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966. Este importante organismo está encargado de promover la armonización y modernización progresiva del Derecho del Comercio Internacional, mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de

separada el arbitraje nacional o doméstico (sección primera, del artículo 1 al artículo 87) del arbitraje internacional (sección segunda, artículo 88 al artículo 131).

2. EL ARBITRAJE ES UNA JURISDICCIÓN AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DEL FUERO JUDICIAL

En doctrina arbitral existe un debate aún inconcluso relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje. Esta discusión ha generado la formulación de diversas teorías, entre las que podemos mencionar a la teoría contractual, la teoría jurisdiccionalista y la teoría mixta.

La tesis contractualista atribuye naturaleza contractual al arbitraje, pues considera que el laudo emitido por el árbitro es el resultado de un contrato de mandato celebrado con las partes. Para la teoría jurisdiccionalista, el estado, único ente con poder para conocer y fallar en un determinado asunto en armonía con el ordenamiento jurídico, delega esta potestad en los árbitros para que diriman la controversia, porque el estado y no las partes, los autoriza para ello. Finalmente, la teoría mixta o ecléctica combina elementos de las dos tesis anteriores y concluye que el arbitraje tiene naturaleza jurídica propia.

El constituyente de 1993 optó por la teoría jurisdiccionalista. Así, el artículo 139, inciso 1, de nuestra carta política señala:

“Artículo 139:- 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.

No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

Sobre la base de esta norma, el tribunal constitucional peruano se pronunció recientemente en lo relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje. Al respecto, el máximo tribunal señaló que existe una sola jurisdicción como potestad emanada del pueblo, la que a su vez se manifiesta en distintas jurisdicciones, algunas de las cuales actúan fuera del ámbito del poder judicial, como la jurisdicción militar, la electoral, la consuetudinaria y la arbitral. Refiriéndose al arbitraje, el tribunal constitucional reconoció que se trata de una jurisdicción de carácter privado, que goza de absoluta autonomía e independencia y que, como tal, debe verse protegida de cualquier intromisión proveniente del Poder Judicial, Ministerio Público u otras autoridades, incluidas las administrativas, para que los árbitros puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de decir Derecho en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos⁽⁹⁾.

instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas claves del Derecho Mercantil. Para mayor información, visite <http://www.uncitral.org>.

(9) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2005, N° 2, p. 17; ABANTO TORRES, Jaime David, “El Arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del Amparo contra laudos arbitrales”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2006, N° 3, p. 144; SOTO COAGUILA, Carlos A. “Al arbitraje se le respeta”, en: *Revista Legal Columnas*, Lima, Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados, Mayo-Junio, 2007, N° 147, pp. 22-23.

3. MATERIAS QUE PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la LGA, 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”.

Igualmente, el legislador señala que no pueden someterse a arbitraje las siguientes materias:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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 siempre que ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
- d) Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

En suma, son materias arbitrables todas las controversias respecto de las

cuales las partes contratantes tengan libre disponibilidad.

Resulta importante reconocer que las materias arbitrables no se encuentran plenamente definidas o delimitadas. Así por ejemplo, algunas personas se preguntan si un tribunal arbitral podría pronunciarse respecto de la nulidad de un negocio jurídico o contrato. Dicho de otro modo, ¿sería posible que la materia arbitrable versara sobre la nulidad de un contrato? En nuestra opinión, no existiría inconveniente jurídico para que las partes sometan, a la decisión de un tribunal arbitral, la validez o invalidez de un contrato.

El artículo 14 de la LGA (el cual contempla el principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral), establece que la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros deberán pronunciarse sobre la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, la que podría versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

Como puede observarse, no existe impedimento para que un tribunal arbitral resuelva sobre la validez, ineficacia o nulidad de un contrato, más aún si las partes, sobre la base de su autonomía privada, plasmada en el convenio arbitral, así lo han declarado expresamente.

Ello ha sido recogido por el proyecto modificatorio de la LGA⁽¹⁰⁾ (en adelante

⁽¹⁰⁾ El Ministerio de Justicia, mediante la Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, creó una Comisión Técnica encargada de revisar la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. Dicha

el proyecto modificatorio), el cual establece que: “(...) los árbitros podrán decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad y anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial del contrato o acto jurídico que contiene un convenio arbitral (...)”.

Otra discusión frecuente en doctrina nacional y extranjera es la referida al concepto y alcances del orden público. Según afirma el prestigioso árbitro internacional Henri Álvarez⁽¹¹⁾, existen tres conceptos tradicionales de orden público:

- Orden público interno: En un contexto puramente interno o nacional, el orden público comprende todas aquellas normas cuya aplicación no puede ser evadida por las partes.
- Orden público internacional: El alcance del orden público internacional es generalmente menor que el del orden público interno. Pero al igual que su contraparte doméstica, el orden público internacional cambiará de Estado a Estado y con el transcurso del tiempo. Se trata del conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que, por su propia naturaleza, podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en un proceso de arbitraje comercial internacional.

- Orden público transnacional: Se trata de un concepto relativamente reciente. Comprende las normas fundamentales de la ley natural, los principios de justicia universal *ius cogens* en el derecho internacional público y los principios generales de moralidad aceptados por las naciones civilizadas.

Es de vital importancia tener claras estas nociones pues muchos instrumentos internacionales hacen referencia al orden público como un límite a lo arbitrable o como una causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

En este contexto, es aconsejable que las partes, al momento de pactar un convenio arbitral, tomen en cuenta no sólo el orden público interno sino también el orden público internacional y el transnacional, a efectos de evitar posteriores inconvenientes.

4. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE CONCIENCIA

La LGA reconoce dos clases de arbitraje: el arbitraje de derecho, encargado a abogados, los que deberán fallar tomando en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, y el arbitraje de conciencia, confiado al leal saber y entender de los árbitros, quienes pueden ser abogados o no. A falta de pacto entre las partes, se

Comisión presentó un Proyecto de Modificaciones Parciales a la Ley General de Arbitraje, proyecto que todavía no se ha convertido en Ley y que puede consultarse en: www.minjus.gob.pe/Proyectos/leyarbitraje.htm.

(11) ÁLVAREZ, Henri, “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo II del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Grijley, Lima, 2005, pp. 13-70.

presume que su voluntad fue someterse a un arbitraje de conciencia⁽¹²⁾.

4.1. Arbitraje de derecho

En el arbitraje de derecho, el tribunal arbitral resuelve el conflicto suscitado entre las partes aplicando el derecho vigente. Por ello, su decisión debe fundarse en lo previsto por el ordenamiento jurídico. Desde luego, en los arbitrajes de derecho, los árbitros no están limitados a la aplicación exclusiva de la ley o norma legal escrita, sino que también deben acudir a las demás fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la costumbre.

Como dijimos, la LGA señala que los arbitrajes de derecho deben ser conducidos por abogados, ello debido a su conocimiento de la disciplina jurídica.

4.2. Arbitraje de conciencia

En este tipo de arbitraje, el tribunal arbitral resuelve la controversia sobre la base de sus conocimientos y de acuerdo a su leal saber y entender. Dado que esta definición resulta bastante ambigua, el proyecto modificatorio propone modificar la norma que regula este tipo de arbitraje para precisar que “(...) (El arbitraje)

es de conciencia cuando, dentro de los límites del orden público, resuelven conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad (...).”

Consideramos que al incluir la referencia al orden público como límite a la competencia de los árbitros, se está zanjando la discusión respecto de si en este tipo de arbitraje se pueden contravenir normas legales imperativas. Recordemos que la LGA señala en su artículo 1 que no se pueden someter a arbitraje las controversias que interesan al orden público; por ende, tampoco se podría laudar en contra de éste.

En un arbitraje de conciencia, el tribunal arbitral no está compelido a aplicar el derecho vigente, sino que goza de un mayor campo de acción, teniendo mayor flexibilidad para dar solución a la controversia que se le plantea.

Es conveniente precisar que, conforme a la actual LGA, las partes al someter sus controversias a arbitraje pueden elegir el tipo de arbitraje que utilizarán para dar solución a sus futuros conflictos. Empero, si éstas no estipulan expresamente el tipo de arbitraje al cual desean someter sus conflictos, tratándose de un arbitraje doméstico se entenderá que se someten a un arbitraje de conciencia⁽¹³⁾. Solución distinta se presenta en caso de un arbitraje

(12) El Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje propone algunos cambios respecto a las definiciones de las clases de arbitraje y las presunciones, como veremos más adelante (www.minjus.gob.pe/Proyectos/leyarbitraje.htm.)

(13) Artículo 3 de la LGA:

“Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.

Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.

Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.

internacional, donde el tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes así lo han autorizado expresamente en el convenio arbitral⁽¹⁴⁾.

El proyecto modificatorio propone que se invierta esta regla supletoria, estableciendo que, a falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, se entienda que se ha querido pactar un arbitraje de derecho. Según los autores del mencionado Proyecto, este cambio tiene como objetivo seguir la tendencia internacional, pero sobre todo, la experiencia observada que muestra que lo que se suele pactar con mayor frecuencia es el arbitraje de derecho.

Tratándose de arbitrajes comerciales, el tribunal arbitral al resolver las controversias, deberá tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso. La LGA no precisa si esta norma imperativa (artículo 3) sólo será aplicable a los arbitrajes de derecho o si también resulta aplicable a los arbitrajes de conciencia. Dado que la ley no distingue, debemos interpretar que tanto en el arbitraje de derecho como en el de conciencia, los árbitros deberán tener presentes el carácter comercial, los usos y las costumbres mercantiles imperantes en el mercado.

5. ARBITRAJE *AD-HOC* Y ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ADMINISTRADO

Dado que el arbitraje se funda en la autonomía privada o la libertad de contratación que tienen las partes para someter la solución de sus conflictos a la jurisdicción arbitral, designar a los árbitros, establecer las reglas del procedimiento arbitral, entre otros; la LGA prevé dos tipos de arbitraje: el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional o administrado.

5.1. Arbitraje *ad-hoc*

Mediante el arbitraje *ad-hoc* o arbitraje no administrado, las partes encargan la solución de sus controversias a un tribunal arbitral conformado por personas de reconocido prestigio, sin la intervención de una institución arbitral como podría ser el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, SNCA - CONSUCODE, etc.

En opinión de Paolo del Aguila,

“(...) en el arbitraje ad-hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y

Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”

(14) Artículo 117 de la LGA:

“Artículo 117.- Normas aplicables al fondo del litigio.- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”

administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores”⁽¹⁵⁾.

El arbitraje ad-hoc también es conocido como arbitraje personalizado⁽¹⁶⁾, debido a que la designación de los árbitros supone el encargo de una obligación “*in-tuitu personae*”. Ello implica que las personas físicas que ejercen la función de árbitros son las que asumirán directamente la responsabilidad del arbitraje⁽¹⁷⁾. Por lo tanto, la solución del conflicto en este tipo de arbitraje no puede delegarse⁽¹⁸⁾.

Las partes en el arbitraje ad-hoc cuentan con todas las facultades para regular el procedimiento arbitral. Pueden crear reglas específicamente aplicables a la solución de su controversia. Debido a la libertad y flexibilidad en el desarrollo del arbitraje, la doctrina lo califica como un “arbitraje libre” o “arbitraje flexible”⁽¹⁹⁾.

5.2. Arbitraje institucional o administrado

En el arbitraje institucional o administrado, las partes eligen una organiza-

ción arbitral existente y con vocación de permanencia (por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, SNCA – CONSUCODE, etc.) para que se encargue de administrar, organizar y desarrollar el arbitraje. En razón de ello, las partes se someten a los reglamentos y procedimientos de la institución arbitral, la que se encuentra facultada para designar a los árbitros en defecto de las partes o en caso de falta de acuerdo en la designación del tercer árbitro, fijar el procedimiento a seguirse, establecer los plazos aplicables, etc.

La intervención de una institución arbitral tiene la finalidad de apoyar a las partes y a los árbitros en el desarrollo del arbitraje, llenando los vacíos que existan al interior del proceso arbitral⁽²⁰⁾.

Para llevar a cabo su función, las instituciones arbitrales deben contar con un reglamento arbitral, en el que conste la forma de nombrar a los árbitros, el procedimiento del arbitraje, los plazos, las tarifas y las normas de organización interna. Estos reglamentos facilitan la administración de los procedimientos arbitrales; de este modo, cuando las partes someten la solución de sus conflictos a las reglas de una

(15) DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo, “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-Hoc ¿He ahí el dilema?”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2005, p. 237.

(16) Guillermo LOHMANN, prefiere denominar a esta clase de arbitraje: “arbitraje personalizado”, pues el término arbitraje *ad-hoc*, “invita a pensar que los árbitros han sido designados especialmente –lo cual siempre ha de suceder– y que no necesariamente tienen por cometido habitual dedicarse a estas labores”. (LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *Arbitraje*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1987, pp. 74-75).

(17) *Loc. cit.*

(18) MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 22.

(19) DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-Hoc (...)”, cit., p. 237.

(20) *Loc. cit.*

institución arbitral⁽²¹⁾, anticipadamente pueden conocer y prever los alcances de dicho pacto. En este sentido, la predictibilidad y la seguridad son las ventajas más apreciadas al momento de pactar cláusulas arbitrales y someter las controversias a un arbitraje administrado. “En consecuencia, el arbitraje institucional y la consiguiente intervención del tercero –la entidad arbitral– se justifica porque las partes, conscientes del carácter definitivo y, muchas veces, inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éste premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanto en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el eventual control del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas”⁽²²⁾.

A modo de ejemplo, sobre el sometimiento a la organización y desarrollo de un arbitraje institucional, el artículo 4 del reglamento procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que:

“Las partes quedan sometidas al Centro como entidad administradora del arbitraje, con las facultades y

obligaciones establecidas en este Reglamento y en el Estatuto. Las funciones administrativas del Centro para efectos de la designación de árbitros y la organización y desarrollo de procesos arbitrales se inician en la fecha de presentación de la petición de arbitraje”⁽²³⁾.

Cabe señalar entonces que las disposiciones de los reglamentos de las instituciones arbitrales deben estar acordes con lo que señalado por la LGA.

6. CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial (artículo 9 de la LGA).

El convenio arbitral es indispensable para dar nacimiento al arbitraje. Mediante su estipulación las partes someten sus conflictos a la competencia de un tribunal arbitral.

Al respecto, el reconocido árbitro internacional Bernardo Cremades afirma que:

⁽²¹⁾ Tal es el caso de la Cláusula Arbitral Modelo que propone el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la misma que señala lo siguiente: “Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad”. Ello no implica que no debemos ser cuidadosos al pactar cláusulas arbitrales, a fin de no incurrir en cláusulas patológicas que afecten el desarrollo del procedimiento arbitral. Precisamente acerca de este tema hablaremos en el punto 6 del presente artículo.

⁽²²⁾ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-Hoc (...)”, cit., p. 237.

⁽²³⁾ Puede consultarse el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en: <http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/descargas/ReglamentoProcesaldeArbitraje.doc>. También puede revisarse el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara Peruana Americana Amcham en: <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/frame.htm>.

“El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, el cual nace como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico”⁽²⁴⁾.

Por regla general, el convenio arbitral nace del acuerdo de voluntades, vale decir, del consentimiento de las partes que intervienen en la relación contractual; sin embargo, la LGA también permite que el arbitraje nazca de un acto unilateral como el testamento. En efecto, el artículo 13 de la LGA prescribe que surtirá los efectos de convenio arbitral la estipulación testamentaria que establezca el arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, para la porción de la herencia no sujeta a legítima, para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas.

En tal sentido, el testador puede incorporar en su testamento una cláusula en la que expresamente establezca que cualquier controversia derivada de su acto de última voluntad se resuelva en la vía arbitral. En estos casos, no estamos ante un convenio arbitral propiamente dicho –ya que no existe acuerdo o pacto–, sino más bien ante una declaración unilateral que, por razones de opción legislativa, surte los

mismos efectos que un convenio arbitral y al cual, desde luego, se le aplicarán las reglas del mismo. Resulta necesario precisar que los causahabientes no podrán cuestionar la decisión de su causante.

Otra forma de convenio arbitral es el que nace del acuerdo plurilateral, como el contenido en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, donde se pacta el arbitraje respecto de las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre éstos respecto de sus derechos, las relativas al cumplimiento de los estatutos o validez de los acuerdos, y en general, para las demás que versen sobre materias relacionada con el objeto social⁽²⁵⁾.

Tratándose de la representación de las personas jurídicas, el Proyecto Modificatorio señala en su artículo 8-A:

“Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los demás derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos”.

⁽²⁴⁾ Cfr. CREMADES, Bernardo, “Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2005, p. 185.

⁽²⁵⁾ Artículo 12 de la LGA:

“Artículo 12.- Arbitraje Estatutario.- Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

En el convenio arbitral, las partes pueden estipular sanciones y garantías. Sanciones (penalidades) para la parte que incumpla algún acto necesario a fin de darle al convenio arbitral la eficacia necesaria y garantías con el fin de asegurar el cumplimiento del laudo arbitral.

Asimismo, en el convenio arbitral se pueden otorgar facultades especiales a los árbitros para que exijan la ejecución del laudo arbitral a la parte del procedimiento arbitral que se encuentre en rebeldía.

El convenio arbitral, por regla general, debe celebrarse por escrito bajo sanción de nulidad⁽²⁶⁾. Por lo tanto, la LGA exige una formalidad ad solemnitatem para la celebración del convenio arbitral⁽²⁷⁾.

El convenio arbitral puede constar en instrumento público o privado; sin embargo, el artículo 10 de LGA admite la existencia de convenio arbitral en los siguientes supuestos:

a) El convenio arbitral también puede formalizarse a través del intercambio

de cartas o cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que deje prueba documentaria incuestionable de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

b) El convenio arbitral también se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

Tratándose de convenios arbitrales contenidos en contratos predispuestos o estandarizados, el artículo 11 de la LGA establece que el convenio arbitral referido a relaciones jurídicas

⁽²⁶⁾ Artículo 10 de la LGA:

“Artículo 10.- Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.”

⁽²⁷⁾ Dicha formalidad es cuestionada por un sector de la doctrina. La Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó la aprobación que otorgó a la UNCITRAL para dictar las nuevas disposiciones sobre arbitraje comercial internacional. Dichas disposiciones constituyen la primera reforma a la Ley Modelo de la UNCITRAL y precisamente, tienen entre sus tópicos, a la forma escrita del convenio arbitral.

contenidas en cláusulas generales de contratación⁽²⁸⁾ o contratos por adhesión⁽²⁹⁾ sólo es exigible a las partes, siempre que dicho convenio haya sido conocido o conocible por la contraparte (parte que se adhiere a las condiciones impuestas) usando la diligencia ordinaria. El citado artículo establece los supuestos en los cuales se presume que el convenio arbitral era conocible⁽³⁰⁾.

El convenio arbitral puede pactarse como parte integrante del contrato (por ejemplo, como una cláusula del contrato) o como un acuerdo independiente. Las partes tienen la libertad de pactar el convenio arbitral al tiempo de celebrar el contrato e insertarlo como una cláusula o pactarlo con posterioridad, exista o no conflicto entre las partes.

Es importante tener en cuenta que debemos ser cuidadosos al pactar cláusulas

arbitrales, pues de su correcta estipulación dependerá el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. No debemos permitir que se conviertan en cláusulas de media noche (midnight clauses) o en cláusulas de estilo, caracterizadas porque se copian y pegan de un contrato a otro, como si de formatos predeterminados se tratara. Las bondades que proporciona el arbitraje pueden verse seriamente mermadas por la presencia de las denominadas “cláusulas arbitrales patológicas”, esto es, cláusulas que adolecen de defectos que, a la postre, obstaculizan el normal desenvolvimiento del proceso arbitral. Así por ejemplo, es patológica la cláusula que posee un contenido ambiguo 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⁽³¹⁾.

(28) Según lo prescribe el artículo 1392 del Código Civil, las cláusulas generales de contratación son un conjunto de cláusulas o condiciones redactadas de forma previa y unilateral por una persona, natural o jurídica, con la finalidad de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos. Se caracterizan por: a) la predisposición o preformulación; b) la generalidad; c) la uniformidad; d) la abstracción; y, e) la inmutabilidad (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, *Transformación del Derecho de Contratos*, Grijley, Lima, 2005, p. 49-50).

(29) Los contratos por adhesión son aquellos en los que una parte contratante, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar la celebración de un contrato, acepta íntegramente las condiciones fijadas por la otra parte. Se caracterizan por: a) la unilateralidad, pues sólo una de las partes establece las estipulaciones del contrato; y, b) la adhesión en bloque, que coloca a la otra parte en la alternativa inmodificable de la aceptación o el rechazo íntegro de la oferta (SOTO COAGUILA, *Transformación del Derecho de Contratos*, cit., pp. 48-49).

(30) El artículo 11 de la LGA, establece que se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral era conocible si cumple con alguno de los siguientes supuestos:

1. Fue puesto a conocimiento del público mediante adecuada publicidad.
2. Si las condiciones generales que incluyen el convenio arbitral se hallan insertas en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmada por ambas partes.
3. Si las condiciones generales, a pesar de no estar reproducidas en el cuerpo del contrato principal, están reproducidas en el reverso del documento y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste es por escrito y firmado por la otra parte.
4. Si el convenio arbitral se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, pero se hace referencia en el cuerpo del contrato principal a la existencia del arbitraje y este es por escrito y firmado por la otra parte.

(31) SOTO COAGUILA, Carlos A., “Cláusulas arbitrales patológicas: no al copy-paste”, en: *Revista Legal Columnas*, Lima, Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados, Julio-Agosto 2007, N° 148, pp. 26-27.

7. ÁRBITROS

En el ambiente arbitral se afirma que un arbitraje vale lo que valen los árbitros⁽³²⁾. En tal sentido, los árbitros constituyen un elemento importante en el arbitraje, ya que su desempeño en el arbitraje determinará el éxito o fracaso de la institución arbitral.

A diferencia de lo que sucede en el Poder Judicial donde no se elige a los jueces o magistrados, en el arbitraje las partes pueden elegir a los árbitros que resolverán sus controversias. Por ello, los árbitros deben ser personas idóneas, que conozcan la materia sometida a su competencia, pero además –y sobretodo– deben actuar con independencia e imparcialidad. De acuerdo a lo expresado por el prestigioso árbitro internacional y actual presidente del Club Español del Arbitraje, José María Alonso⁽³³⁾, la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes; mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.

Según el artículo 25 de la LGA, los requisitos para ser designados como árbitros son:

- Ser mayor de edad.
- No tener incompatibilidad para actuar como árbitro.
- Estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

En el convenio arbitral, las partes pueden acordar establecer requisitos adicionales para la designación de sus árbitros. Por su parte, las instituciones arbitrales también pueden hacerlo, señalando claramente dichos requisitos adicionales en sus reglamentos arbitrales (por ejemplo, tener experiencia como abogado, ejercer la docencia, etc.).

De no cumplir con los requisitos legales exigidos por el artículo 25 de la LGA o con los requisitos convencionales establecidos por las partes en el convenio arbitral o, en su defecto, con los previstos en los reglamentos de las instituciones arbitrales, es factible impugnar el laudo arbitral por la causal de inadecuada composición del órgano arbitral.

Como se mencionó anteriormente, en los arbitrajes de derecho la designación de los árbitros debe recaer en abogados, mientras que en los arbitrajes de conciencia pueden ser designados como árbitros personas físicas, sin distinción alguna.

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, dicho nombramiento debe entenderse referido a su actuación como entidad nominadora, esto es, como una institución que designará los árbitros, más no como el árbitro que resolverá el conflicto.

Es conveniente precisar que los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes, aún cuando sean designados por ellas. Como mencionamos líneas arriba, los árbitros deben ejercer el

⁽³²⁾ SOTO COAGUILA, Carlos A., "El arbitraje vale lo que valen los árbitros", en: *Revista Legal Columnas*, Lima, Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados, Setiembre-October 2007, N° 149, pp. 26-27.

⁽³³⁾ ALONSO, José María, "La independencia e imparcialidad de los árbitros", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2005, p. 98.

cargo con estricta independencia e imparcialidad y con absoluta discreción.

La aceptación del cargo por los árbitros o por la institución arbitral genera derechos y obligaciones para las partes y para los propios árbitros. Debido a ello, los árbitros pueden ser compelidos a cumplir con el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o incumplimiento.

El número de árbitros que se designe dependerá de aquello que resulte más conveniente para las partes, siempre y cuando no se vulnere el principio de igualdad entre ellas (el cual se manifiesta en la designación de los árbitros y en la determinación de las reglas del procedimiento arbitral). Al respecto, la LGA establece que la designación de los árbitros debe realizarse en número impar y que, en caso de duda o en defecto de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral estará conformado por tres árbitros. Si las partes acordaron designar un número par de árbitros, los designados procederán a nombrar a un árbitro adicional que actuará como presidente del tribunal arbitral.

Las partes tienen amplia libertad para establecer el procedimiento de designación del tribunal arbitral. A falta de acuerdo entre ellas, en el caso de arbitrajes con tres árbitros, cada parte nombrará a uno de los árbitros y los dos designados nombrarán al tercero que presidirá el tribunal arbitral.

Las partes deberán recurrir al Juez para la designación de los árbitros, en los siguientes casos:

- Cuando las partes no consigan ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro único o los árbitros.
- Cuando una de las partes incumpla con efectuar la designación del árbitro que le corresponde.
- Cuando los dos árbitros designados por las partes no consigan ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro.
- Cuando el tercero encargado de la designación del árbitro o árbitros no lo hace dentro del plazo establecido.

El Juez competente para el nombramiento del árbitro o los árbitros es el Juez Especializado en lo Civil⁽³⁴⁾.

El proyecto modificatorio propone que, a falta de acuerdo entre las partes o entre los árbitros, se aplicarán las siguientes reglas:

- En caso de árbitro único o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de diez (10) días de recibido el requerimiento de designación para que cumplan con hacerlo.

(34) La competencia de los Juzgados Civiles respecto del nombramiento y la designación de árbitros se ha transferida a los Jueces Comerciales, en virtud de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 2 de octubre de 2004, la misma que, en su parte pertinente, señala: "1. Los Juzgados de la subespecialidad Comercial conocen: (...)
h. Las pretensiones señaladas en la novena disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje que se refieren a las materias señaladas en los incisos a) al f) del presente numeral".

- En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de diez (10) días de recibido el requerimiento para que lo haga, y los dos árbitros así designados, en el plazo de diez (10) días de producida la aceptación del último de ellos, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
 - En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los primeros nombrarán de común acuerdo un árbitro y los segundos, también de común acuerdo, otro árbitro en el plazo de diez (10) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que otra cosa se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así designados elegirán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
 - Si por falta de acuerdo entre las partes o entre los árbitros o varios demandantes o varios demandados no se llega a nombrar uno o más árbitros, entonces el nombramiento será efectuado a solicitud de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en el lugar, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
- nados como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:
- Los magistrados, con excepción de los jueces de paz, los fiscales, los procuradores públicos y los ejecutores coactivos.
 - El Presidente de la República y los vicepresidentes, los parlamentarios y los miembros del tribunal constitucional.
 - Los oficiales generales y superiores de las fuerzas armadas y policía nacional, salvo los profesionales asimilados.
 - Los ex magistrados en las causas que han conocido.
 - El contralor general de la república en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la contraloría general de la república.

Los árbitros no pueden renunciar a su designación, salvo que se configure alguna de las siguientes causales taxativas:

- a) Incompatibilidad sobrevenida, conforme al artículo 26 de la LGA (por ejemplo, luego de aceptar su designación, el árbitro es nombrado magistrado del Poder Judicial o elegido parlamentario)
- b) Causales pactadas al aceptar la designación.
- c) Enfermedad comprobada que impida cumplir su función.
- d) Causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas.
- e) Por ausencia indefinida o por más de treinta días, si las partes no excusan

Con estas reglas se busca llenar los vacíos de la actual LGA y evitar la interferencia del poder judicial en la designación de los árbitros.

De conformidad con el artículo 26 de la LGA están impedidos de ser desig-

la inasistencia y el plazo para laudarlo permite.

- f) Cuando las partes suspenden el proceso arbitral por más de dos meses.

Los árbitros sólo podrán ser recusados en los siguientes casos:

- a) Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 de la LGA (ser menor de edad, tener incompatibilidades para actuar como árbitro y no contar con el ejercicio pleno de sus derechos civiles) o en el convenio arbitral o estén incurso en alguno de los supuestos de incompatibilidad señalados en el artículo 26.
- b) Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
- c) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

De conformidad con el artículo 31 de la LGA, cuando un árbitro es recusado una vez que se ha iniciado el procedimiento arbitral, la parte que formula la recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuese unipersonal, el Juez o la institución organizadora del arbitraje resolverán sobre la procedencia o no de la recusación después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje o el tribunal arbitral resolverá la recusación por mayoría ab-

soluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resolverá el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso la recusación será resuelta por el árbitro de mayor edad.

El proyecto modificatorio establece que las recusaciones no procederán culminada la etapa probatoria y que las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral y que, sólo a falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- La recusación debe formularse dentro de los cinco (5) días de notificada la instalación del tribunal arbitral o de conocida la causal, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
- El árbitro recusado y la otra parte deben manifestar lo conveniente a su derecho dentro de los cinco (5) días siguientes de notificados con la recusación.
- Si la otra parte conviene con la recusación o el árbitro renuncia, se procede a la designación del árbitro sustituto en la misma forma en la que correspondía designar al árbitro recusado, salvo que haya designado previamente un árbitro suplente.
- Si la otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, entonces: si es un árbitro único, la institución arbitral resuelve la recusación si es ella quien ha realizado el nombramiento, en su defecto, la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral; si es

un tribunal arbitral, los demás árbitros resuelven la recusación por mayoría absoluta, sin contar con el voto del recusado, pero si hay empate resuelve el presidente del tribunal (que no haya sido recusado) o la institución arbitral que lo hubiese designado o la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral. Finalmente, si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente; pero resuelve el presidente del tribunal arbitral si es que no se encuentra entre los recusados.

El trámite de recusación no interrumpe el proceso arbitral. Por lo tanto, un árbitro recusado puede seguir adelante con las actuaciones del procedimiento hasta que se resuelva sobre su recusación. El proyecto modificatorio propone que la resolución que resuelve la recusación sea definitiva e inimpugnable; y que, si no prosperase la recusación conforme al procedimiento acordado por las partes, al reglamento arbitral aplicable o al establecido en el artículo 31 de la LGA, la parte recusante sólo podría cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

8. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Las partes tienen plena libertad para regular el procedimiento arbitral, pudiendo a tal efecto, establecer el tipo de arbitraje, el lugar del arbitraje y las reglas a aplicarse, de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral o según el reglamento de la institución arbitral al cual las partes se han sometido.

Si las partes no han llegado a un acuerdo, el árbitro o los árbitros designados pueden decidir el lugar y las reglas del procedimiento del modo que consideren más conveniente para ellas, debiendo notificarles dicha decisión. El proyecto modificatorio precisa que esta decisión de los árbitros debe darse con sujeción a la LGA, por lo que se deberá analizar primero de qué clase de arbitraje se trata para luego determinar si está sujeto a normas imperativas específicas o a todo el ordenamiento jurídico.

En doctrina nacional existe un debate en torno a si es factible la aplicación supletoria del código procesal civil en presencia de vacíos en la LGA. Nosotros consideramos que en caso de no existir pacto entre las partes o regla prevista por los árbitros, se deberá aplicar supletoriamente lo previsto por la LGA. En este sentido, debemos desterrar el mito que refiere que el código procesal civil y las reglas del proceso judicial se aplican de manera supletoria al procedimiento arbitral. Por consiguiente, el arbitraje deberá estar sujeto a las siguientes fuentes: i) la voluntad de las partes; ii) la LGA; y, iii) la decisión de los árbitros.

Los árbitros, dentro del procedimiento arbitral, cuentan con las siguientes facultades:

- Establecer la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas que presenten las partes.
- Solicitar a las partes las aclaraciones o informaciones, así como ordenar la actuación de los medios probatorios que ellos estimen necesarios.
- En el caso de prueba pericial, podrán ordenar que se explique o amplíe el dictamen.

- Dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes.
- Continuar el proceso ante la inactividad de las partes.
- Emitir el laudo arbitral en base a lo ya actuado.
- Prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran apropiadamente informados.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes pueden solicitar auxilio judicial para la actuación de las pruebas al juez de paz letrado o al juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde se desee ejecutar la resolución⁽³⁵⁾. El plazo para que el juez de cumplimiento a la solicitud no deberá exceder de cinco (5) días, bajo responsabilidad.

Las partes pueden conciliar o transigir sus pretensiones antes de la expedición del laudo arbitral. En tal sentido, los árbitros son competentes para promover la conciliación en todo momento. De ser el caso, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento y lo acordado adquirirá la calidad de cosa juzgada.

La conciliación o transacción a que las partes lleguen puede registrarse en forma de laudo arbitral siempre que ambas partes así lo soliciten y los árbitros lo acepten; en cuyo caso la conciliación o transacción será ejecutada de la misma manera que un laudo arbitral y no requerirá de

motivación. Si se diera el caso de que las partes concilien parcialmente algunas pretensiones, el proceso arbitral continuará sobre las pretensiones no conciliadas.

El desistimiento puede ser solicitado por las partes de común acuerdo en cualquier momento antes de ser notificadas con el laudo arbitral. Asimismo, las partes podrán suspender el procedimiento arbitral por el plazo que estimen conveniente siempre que medie acuerdo entre ellas.

Conforme al principio *kompetenz-kompetenz*⁽³⁶⁾, regulado en los artículos 39 y 44 de la LGA, los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. Por lo tanto, son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones accesorias, subsidiarias o incidentales que se susciten durante el procedimiento, como aquellas cuya sustanciación haya sido consentida por las partes en el desarrollo del mismo.

Además, conforme lo dispone el proyecto modificatorio, los árbitros son competentes para decidir respecto de las excepciones u objeciones al arbitraje que pretendan impedir que se lleven a cabo las actuaciones arbitrales y se conozca el fondo de la controversia. Este ámbito incluye las excepciones de caducidad, cosa juzgada y afines, y deben formularse, a más tardar, en el momento de presentar la

⁽³⁵⁾ La Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS ha transferido esta competencia a los Juzgados de la Subespecialidad Comercial.

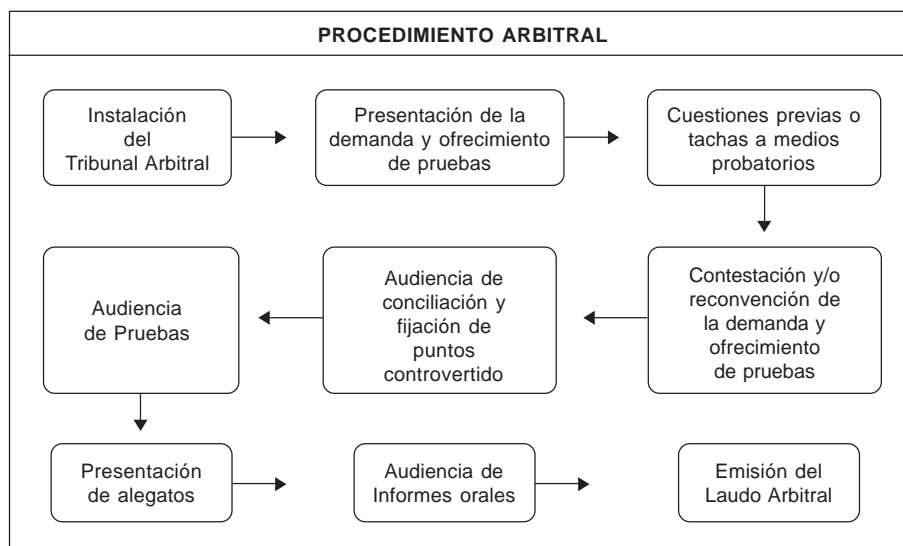
⁽³⁶⁾ Este principio originariamente fue entendido como aquél por el cual los árbitros eran los únicos competentes para dirimir las controversias que pudieran surgir relativas a su propia competencia. Actualmente, se entiende que la justicia arbitral tiene prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir dichos conflictos (SILVA ROMERO, Eduardo, "Breves observaciones sobre el Principio Kompetenz-Kompetenz", en: *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores, Bogotá, 2005, p. 580).

contestación de la demanda o, en su caso, a la reconvencción. Si durante las actuaciones arbitrales se suscita una materia que excede el ámbito de competencia de los árbitros, la excepción u objeción debe interponerse en la primera oportunidad que le sea posible a la parte que se considere afectada.

Los árbitros podrán decidir estas excepciones u objeciones con carácter previo o en el laudo, pero si los árbitros las desestiman como cuestión previa, esta

decisión podrá ser impugnada como recurso de reposición, sin perjuicio del recurso de anulación contra el laudo final. En cambio, si los árbitros las amparan sólo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de expedirse el laudo final.

A continuación presentamos un esquema básico del procedimiento arbitral regulado por la LGA:



9. LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral pone fin al proceso y a la competencia de los árbitros, ya que en éste los árbitros se pronuncian sobre la controversia sometida a su competencia⁽³⁷⁾.

El laudo arbitral debe constar por escrito, con los votos particulares de los árbitros si los hubiera. Si se tratara de arbitraje colegiado, bastará con que sea firmado por la mayoría requerida. El árbitro que no firme ni emita voto particular, se entiende adherido al de la mayoría

⁽³⁷⁾ Para Fernando VIDAL "es el convenio arbitral el que autoriza a los árbitros a laudar pero el laudo es absolutamente independiente del convenio, al extremo que si el laudo es impugnado, la impugnación no afecta en absoluto el convenio arbitral, el cual, por lo demás, es preservado por el recurso de anulación que puede hacer valer contra el laudo" (VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 124).

Salvo pacto en contrario o a menos que se haya autorizado su extensión, el laudo arbitral en los arbitrajes domésticos debe pronunciarse dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de pruebas o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del artículo 34⁽³⁸⁾ de la LGA⁽³⁹⁾. Si no hubiera hechos por probar y los árbitros lo consideran necesario, se concederá un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días.

El laudo arbitral, en los arbitrajes de derecho, conforme lo dispone el artículo 50 de la LGA, debe contener:

- a) Lugar y fecha de expedición.
- b) Nombre de las partes y de los árbitros.
- c) La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes.
- d) Valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión.
- e) Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas.
- f) La decisión.

Tratándose de arbitrajes de conciencia, el laudo debe contener lo señalado en los puntos a), b), c), y f); y adicionalmente, una motivación razonada.

10. RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

El laudo arbitral tiene valor de cosa juzgada, es decir, es definitivo, y contra él no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60 y 61 de la LGA: recurso de apelación y recurso de anulación.

La interposición de cualquiera de los recursos mencionados, ya sea el de apelación en segunda instancia arbitral o el de anulación y apelación en el poder judicial, suspende la ejecución del laudo arbitral.

Es improcedente la interposición de ambos recursos, el de apelación y el de anulación, ya que son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativa, subsidiaria o sucesivamente.

10.1. Recurso de apelación

Este recurso busca la revisión del laudo respecto de la valoración de los fundamentos de las partes, de la prueba y, si fuera el caso, de la aplicación e interpretación del derecho.

Se interpone ante el poder judicial o ante la segunda instancia arbitral, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si así está previsto en el reglamento de la institución arbitral al que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en

⁽³⁸⁾ Artículo 34 de la LGA:

"Artículo 34.- Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas:

1. La parte que formula su pretensión ante los árbitros deberá hacerlo dentro de los ocho (8) días de notificada de la instalación del tribunal arbitral, debiendo ofrecer al mismo tiempo las pruebas que la sustenten.

Luego de recibida la pretensión, se citará al demandado para que en el plazo de ocho (8) días manifieste lo que convenga a su derecho y ofrezca las pruebas correspondientes. Si se formula reconvencción, los árbitros correrán traslado a la otra parte por igual plazo".

⁽³⁹⁾ En el caso del arbitraje internacional, el plazo para laudar será designado por las partes.

caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación puede confirmar o revocar, total o parcialmente, el laudo arbitral.

El artículo 60 de la LGA expresamente prescribe que contra los laudos de conciencia no cabe interponer recurso de apelación.

10.2. Recurso de anulación

En principio, el recurso de anulación tiene por finalidad la revisión de la validez del laudo arbitral, sin entrar a analizar el fondo de la controversia. El poder judicial sólo debe limitarse a declarar la nulidad total o parcial del laudo. Sin embargo, en algunos casos, esta anulación tiene como consecuencia el cese de la jurisdicción arbitral y el avocamiento a la materia de la controversia por el poder judicial, al margen de la voluntad que tuvieron las partes en el sentido que sus diferencias fueran solucionadas mediante arbitraje⁽⁴⁰⁾.

El recurso de anulación se presenta ante el poder judicial y se puede interponer contra los laudos inapelables o firmes, es decir, contra laudos de una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia.

El artículo 73 de la LGA determina de manera taxativa las causales por las que se puede anular un laudo arbitral:

- a) Que se haya formulado la nulidad del convenio arbitral en la etapa postulatoria del proceso arbitral, vale decir, en la contestación de la demanda arbitral; y, que la oposición haya sido desestimada o que, reservada para ser resuelta con el laudo, haya sido declarada infundada.
- b) Que la parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
- c) Que la composición del tribunal no se haya ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se hayan ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se consideró afectada, sin ser subsanado oportunamente.
- d) Que se haya laudado sin las mayorías requeridas.
- e) Que se haya expedido el laudo fuera del plazo (siempre que la parte que

⁽⁴⁰⁾ El inciso 5 del artículo 73 de la LGA establece la posibilidad de anulación del laudo por haberse expedido fuera del plazo establecido, siempre que quien invoque la causal hubiera manifestado, ante el tribunal arbitral antes de ser notificado con la decisión. La consecuencia de la anulación del laudo por dicha causal es que el Poder Judicial retoma la competencia para conocer sobre el fondo de la materia sometida a arbitraje, conforme a lo establecido en el inciso 5 del artículo 78 de la LGA.

invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo).

- f) Que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

El proyecto modificadorio propone la modificación del artículo 73 de la LGA de la siguiente manera:

“El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:

1. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.
2. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o del desarrollo de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa.
3. Que la composición del tribunal arbitral o el desarrollo de las actuaciones arbitrales no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o en defecto de dicho convenio o reglamento, no se ha ajustado a lo establecido en esta ley.

4. Que el laudo resuelve sobre materias no sometidas a decisión de los árbitros.
5. Que el laudo resuelve sobre materias que manifiestamente, de acuerdo a ley, no son susceptibles de arbitraje.
6. Que el laudo se ha dictado fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable, establecido por los árbitros o, en su defecto, por esta ley.

Las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante los árbitros por la parte afectada y fueron desestimados. La misma regla se aplica en el caso del inciso 4 si la inclusión de la materia no sometida a decisión de los árbitros fue planteada antes de la emisión del laudo por las partes o los árbitros conforme el Artículo 39°.

En los casos de las causales de los incisos 4 y 5, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje siempre que puedan separarse de las demás. En caso contrario, la anulación será total.

La causal prevista en el inciso 5 podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

La causal prevista en el inciso 6 sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca a los árbitros y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.”

El órgano competente para conocer el recurso de apelación o de anulación del laudo arbitral es la sala civil de la corte superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la apelación⁽⁴¹⁾.

El recurso de anulación debe interponerse dentro del plazo de diez (10) días contados desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo. Por su parte, el proyecto modificatorio establece que el recurso de anulación debe interponerse dentro del plazo de quince (15) días contados desde la notificación del laudo o de notificados las correcciones, integración o aclaraciones del mismo, o quince (15) días de transcurrido el plazo sin que los árbitros se hayan pronunciado.

De conformidad con el artículo 65 de la LGA, los requisitos de admisibilidad del recurso de anulación, son:

- a) Los fundamentos en que se sustenta, con indicación específica del punto u objeto materia de impugnación, del agravio sufrido y, en su caso, de los errores de derecho en el laudo recurrido.

- b) La presentación de copia simple del laudo arbitral y de las resoluciones que lo corrijan, integren o aclaren, en su caso.
- c) La presentación de la notificación del laudo arbitral y, en su caso, de sus correcciones, integración o aclaraciones.
- d) En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso.

Además de lo anterior, el proyecto modificatorio señala que al presentar el recurso se debe indicar expresamente la causal o las causales de anulación debidamente sustentadas con los medios probatorios correspondientes, los cuales sólo pueden ser documentos.

Contra lo resuelto por la sala superior no cabe interponer recurso alguno, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 69 de la LGA.

Además de las causales señaladas, el juez también puede anular de oficio el laudo arbitral, total o parcialmente, cuando advierta que la materia no es susceptible de someterse a arbitraje.

⁽⁴¹⁾ En virtud de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, se crearon las Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia, competentes para conocer los recursos de anulación de laudos arbitrales.

La anulación parcial del laudo arbitral solamente procederá si la parte anulada es separable del conjunto del laudo.

Cuando el laudo arbitral hubiera sido anulado total o parcialmente, de acuerdo a lo resuelto por la sala superior, sólo se podrá interponer recurso de casación.

A fin de asegurar el cumplimiento del laudo arbitral y para asegurar los bienes materia del proceso, las partes podrán hacer uso de las medidas cautelares, tanto en sede judicial como en sede arbitral. En sede judicial, serán de aplicación las reglas del proceso cautelar contenidas en el código procesal civil. En sede arbitral, el árbitro o los árbitros podrán, a pedido de parte, conceder las medidas cautelares necesarias a fin de asegurar el proceso.

El laudo arbitral consentido o ejecutoriado, tiene valor equivalente al de una sentencia judicial definitiva y es eficaz y obligatorio para las partes una vez notificadas con el mismo.

Si la parte obligada con el laudo no cumpliera, el interesado podrá solicitar la ejecución forzosa del laudo ante el juez especializado en lo civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud⁽⁴²⁾.

Las partes de un arbitraje internacional podrán solicitar ante el tribunal arbitral, con anterioridad o durante el transcurso del proceso, las medidas cautelares provisionales que consideren necesarias.

11. EL “ARBITRAJE OBLIGATORIO” CONTENIDO EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

De conformidad con lo previsto en el texto único ordenado de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado⁽⁴³⁾, las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, que versen sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato (artículo 53.2).

El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁽⁴⁴⁾ precisa que las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje (artículo 273).

Se trata pues de un caso de arbitraje obligatorio, el cual difiere del sentido recogido en la LGA⁽⁴⁵⁾.

El TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe que la clase de arbitraje que se desarrollará será de derecho y que el mismo será

(42) La Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS ha transferido esta competencia a los Juzgados de la Subespecialidad Comercial.

(43) Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, publicado el 29 de noviembre de 2004.

(44) Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, publicado el 29 de noviembre de 2004.

(45) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, “¿Existe una gasificación del arbitraje?”, en: *Libro Homenaje a José León Barandiarán - Temas de Derecho*, Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú, T. III, Lima, 2000, p. 1036.

resuelto por un tribunal arbitral unipersonal o colegiado. La referida ley precisa que el laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, debiendo ser remitido al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE dentro del plazo previsto en el reglamento.

Las partes pueden someterse a un arbitraje institucional siempre y cuando así lo hayan estipulado en el convenio arbitral. De no hacerlo, se entiende que se someten a un arbitraje ad-hoc o personalizado.

Es importante destacar que si las partes no pactan un convenio arbitral en sus contratos, éste se considerará incorporado de pleno derecho, conforme lo prevé la norma imperativa contenida en el artículo 274 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁽⁴⁶⁾.

En sus contratos, las partes pueden incorporar la cláusula arbitral tipo del sistema nacional de conciliación y arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (SNCA-CONSUCODE), en cuyo caso, se someten a los reglamentos de dicha institución arbitral.

Respecto de los árbitros, el reglamento señala que el arbitraje podrá ser resuelto por uno o tres árbitros, es decir, se mantiene en la línea de lo señalado por la LGA en el sentido de que el tribunal arbitral deberá estar compuesto por un número impar de miembros. Sin embargo, se es-

tablece que, de no mediar acuerdo entre las partes, la controversia será resuelta por un solo árbitro. En este punto se diferencia de la LGA que establece que, a falta de acuerdo o en caso de duda sobre el número de árbitros, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros.

También se señala que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral –según fuera el caso–, deberá ser necesariamente abogado y estará sujeto a la responsabilidad civil y penal correspondiente, con lo cual permite que los otros miembros del tribunal designados, puedan ser personas no letradas, como hemos visto ocurre hoy en día cuando se designan ingenieros, arquitectos, economistas, etc.

Contra el laudo arbitral se puede interponer el recurso de anulación, para lo cual la parte impugnante deberá acreditar la constitución de una fianza bancaria, en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar.

Las sentencias que resuelven de manera definitiva el recurso de anulación, serán remitidas al CONSUCODE por la parte interesada en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas, para que pueda ejecutarse el laudo en la vía correspondiente.

12. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Según la doctrina imperante, el arbitraje es internacional cuando las partes se

⁽⁴⁶⁾ El artículo 274 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que si las partes no cumplen con incorporar el convenio arbitral correspondiente para desarrollar un arbitraje *ad hoc*, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto:

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado (...)”

someten a más de un ordenamiento jurídico en razón del domicilio de una de las partes, del lugar en el que se debe de dar cumplimiento a lo laudado o del lugar en el que se establecerá la sede del tribunal arbitral, sin que ello implique la aplicación de las normas de conexión que establece el derecho internacional privado, pues son las partes las que pueden decidir la legislación aplicable a la solución del fondo de la controversia⁽⁴⁷⁾.

De acuerdo con nuestra LGA, un arbitraje es internacional⁽⁴⁸⁾:

- a) Si las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral.
 - El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

Para la aplicación de esta norma, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, será considerado como tal el que guarde una relación más estrecha con el

convenio arbitral. Si una parte no tuviera ninguno, entonces se tomará en cuenta su residencia habitual.

Las controversias originadas a raíz de los contratos del estado peruano u otras entidades de derecho público con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes podrán ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin previa autorización.

El arbitraje internacional deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados que formen parte del derecho nacional.

De manera distinta a lo previsto en los arbitrajes nacionales, en los arbitrajes internacionales las partes pueden determinar libremente el número de árbitros, sin necesidad de que tal designación recaiga en un número impar. Sin embargo, en caso las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre el número de los árbitros, éste será de tres (artículo 101 de la LGA).

En el arbitraje internacional no hay disposición alguna que impida la designación de determinadas personas como árbitros, hecho que sí sucede en el arbitraje nacional. En este sentido, el artículo 101 de la LGA sólo señala que, salvo pacto en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

⁽⁴⁷⁾ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., p. 40.

⁽⁴⁸⁾ Para un análisis más detallado: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la LGA?", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Grijley, Lima, 2005, pp. 207-229; y, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima, Fondo Editorial de la UPC, 2007, pp. 109-155.

De acuerdo al artículo 123 de la LGA, el recurso de anulación es el único recurso que procede interponer ante un laudo arbitral internacional dictado dentro del territorio peruano y se formula ante la corte superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar el recurso. Este recurso procede cuando se compruebe que:

- a) Una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio 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 las leyes de la república;
- b) La parte no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos;
- c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrá anular estas últimas;
- d) La composición del tribunal arbitral o del procedimiento arbitral no se ha ajustado al convenio entre las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de que las partes no pudieran apartarse

o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición;

- e) La autoridad judicial compruebe:
 - Que, según leyes de la república, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.
 - Que el laudo es contrario al orden público internacional.

El artículo 126 de la LGA otorga la posibilidad a las partes de acordar expresamente en el convenio arbitral la renuncia a interponer el recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más de las causales anteriormente señaladas (artículo 123 de la LGA), siempre y cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú.

Para la ejecución del laudo en el Perú será de aplicación las reglas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros contenidas en los artículos 127, 128, 129, 130 y 131 de la LGA.

El laudo arbitral internacional será reconocido como vinculante, así se hubiese dictado fuera del país, a la sola petición por escrito ante la sala civil de la corte superior competente a la fecha de la presentación de la solicitud del domicilio del demandado, si se diera el caso que el demandado no reside en la república del lugar donde éste tenga sus bienes.

La convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (convención de panamá de 1975)⁽⁴⁹⁾ y la

⁽⁴⁹⁾ El Perú ratificó la Convención de Panamá el 2 de mayo de 1989, pero ésta no le fue vinculante hasta la fecha de depósito del instrumento, hecho que ocurrió el 22 de mayo del mismo año.

convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (convención de Nueva York de 1958)⁽⁵⁰⁾ o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de los cuales el Perú sea parte, también serán de aplicación para efectos del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio nacional.

13. ¿POR QUÉ ARBITRAR?

¿Cuáles son las ventajas de pactar el arbitraje como mecanismo alternativo al fuero judicial, para resolver las controversias que se susciten entre dos o más partes?

En los últimos años, el arbitraje se ha perfilado como un mecanismo dinámico, especializado y neutral que brinda seguridad a las partes en la solución de sus conflictos. La experiencia ha demostrado que la congestión de los servicios de administración de justicia impartidos por el poder judicial, así como la demora en los fallos, la incertidumbre, la falta de especialización de los jueces y la falta de confianza en la función judicial han servido como alicientes para preferir al arbitraje como mecanismo alternativo en la solución de conflictos.

Sin perjuicio de la falta de credibilidad y el descrédito del poder judicial, el arbitraje conlleva importantes ventajas y bondades que hacen de él un eficiente sistema privado de solución de conflictos.

Con carácter meramente enunciativo podemos señalar las siguientes razones para optar por la vía arbitral:

- a) Celeridad: El procedimiento arbitral es mucho más rápido que el proceso judicial.
- b) Simplicidad y Flexibilidad: El arbitraje no está plagado de los formalismos propios del proceso judicial, sin que ello implique una desatención al debido proceso. Así, las partes tienen la libertad de establecer las reglas del procedimiento arbitral en su convenio arbitral o someterse a los reglamentos de una institución arbitral.
- c) Especialización: Las partes eligen a los árbitros en función de la especialidad y dificultad del conflicto, lo cual determina que la controversia sea analizada a profundidad.
- d) Dedicación: Los árbitros no cuentan con la carga procesal que actualmente tiene un juez peruano, motivo por el cual se pueden dedicar casi en forma exclusiva a la solución de la controversia.
- e) Confidencialidad y Privacidad: Los árbitros están obligados a mantener total reserva de la información que se actúe en el proceso arbitral. En el procedimiento arbitral sólo intervienen los árbitros, las partes y los abogados de las partes.

Éstas son algunas de las razones por las que resulta más que conveniente acudir a la jurisdicción arbitral para dar solución a un conflicto.

Existen algunos inconvenientes o problemas que en la praxis arbitral se han

⁽⁵⁰⁾ El Perú ratificó la Convención de Nueva York el 7 de julio de 1988, pero éste no le fue vinculante hasta la fecha de depósito del instrumento, hecho que ocurrió el 5 de octubre del mismo año. El Perú no realizó ninguna reserva al firmar el Convenio de Nueva York.


ido presentando y que determinaron una revisión profunda de la institución arbitral y la formulación del proyecto modificador de la LGA, al cual hemos hecho referencia. Así por ejemplo, uno de los temas no regulados por la LGA es la intervención de terceros que no han suscrito el convenio arbitral y que pueden verse afectados con el laudo arbitral o la intervención de varias partes contratantes en los contratos multilaterales.

Uno de los grandes problemas que se ha detectado en la práctica arbitral es la intromisión del poder judicial, la misma que no suele ser de oficio sino, muchas veces, a pedido malicioso y dilatorio de alguna de las partes, pero que obstaculiza el desarrollo del procedimiento arbitral.

Otro inconveniente, de menor envergadura, es el relativo a los costos del arbitraje. En la actualidad, se someten a arbitraje las controversias en las que existe

un considerable patrimonio en conflicto. Ante ello, es necesario plantear propuestas de modo que el arbitraje esté al alcance de todos. No obstante ello, debemos decir que los costos de un arbitraje son previsibles frente a los costos que demanda un proceso judicial.

El laudo arbitral, ya lo dijimos, tiene el valor de cosa juzgada, es definitivo y pone fin a un conflicto. Creemos, aunque ello es discutible, que contra el laudo no debería proceder impugnación judicial alguna, y en todo caso, de existir algún recurso, éste debería interponerse en vía de casación.

Por último, reafirmamos nuestra postura de que el arbitraje constituye una jurisdicción autónoma e independiente a la del poder judicial, que no es sustitutoria de éste, sino que es un sistema alternativo para la solución de conflictos, que en la realidad ha demostrado ser eficiente y confiable. 

MARCO LEGAL APLICABLE AL ARBITRAJE EN EL PERÚ: LEY GENERAL DE ARBITRAJE Y LEGISLACIÓN APLICABLE AL ESTADO PERUANO

Por: FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)

SUMARIO: 1. Arbitraje Nacional, Internacional y Extranjero. 2. La práctica del Arbitraje en el Perú. 3. El Convenio Arbitral. 3.1. Contenido del Convenio Arbitral. 3.2. Forma del Convenio Arbitral. 3.3. Materia arbitrable. 3.4. Ejecución del Convenio Arbitral. 4. Autonomía del Convenio Arbitral y competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia. 5. Excepción de Convenio Arbitral. 6. Árbitros. 6.1. Número. 6.2. Requisitos. 6.3. Designación. 6.4. Recusación. 6.5. Sustitución. 6.6. Responsabilidad. 7. Procedimiento Arbitral. 7.1. El lugar del arbitraje. 7.2. El procedimiento arbitral en general. 7.3. Evidencia. 7.4. Medidas cautelares. 7.4.1. Medidas cautelares antes del inicio del arbitraje. 7.4.2. Medidas cautelares una vez iniciado el arbitraje. 7.4.3. Medidas cautelares mientras se encuentra en trámite el recurso de anulación del laudo arbitral. 7.5. Asistencia legal. 8. Laudo arbitral. 8.1. Tipos de laudos arbitrales. 8.2. Mayorías para formar decisión. 8.3. Forma del laudo arbitral, firma de los árbitros y opiniones disidentes. 8.4. Contenido del laudo arbitral. 8.5. Ley aplicable al fondo del conflicto. 8.6. Costos del arbitraje. 8.7. Plazo para dictar el laudo arbitral y su notificación a las partes. 8.8. Laudo arbitral por acuerdo de las partes. 8.9. Corrección, aclaración e integración del laudo arbitral. 8.10. Protocolización o registro del laudo arbitral. 9. Recursos contra el Laudo Arbitral. 9.1. Recurso de apelación. 9.2. Recurso de anulación. 10. Ejecución de los Laudos Arbitrales. 11. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. 12. Participación del Estado peruano en arbitrajes. 12.1. Arbitraje en la contratación estatal. 12.2. Arbitraje en materia de inversiones.

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Es autor del Libro "Arbitraje Comercial y de las Inversiones" (UPC, Lima, 2007) y de más de 50 artículos sobre su especialidad.

El Perú cuenta desde el 6 de enero de 1996 con un nuevo marco normativo aplicable a la práctica del arbitraje. Se trata de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante simplemente LGA), que reemplaza a una anterior que fuera promulgada mediante

Decreto Ley 25935, de 10 de diciembre de 1992.

La nueva LGA introduce significativas mejoras, razón por la cual resulta indispensable que los potenciales usuarios (comerciantes, empresarios, abogados y jueces) sepan aplicarla correctamente⁽¹⁾.

(1) Los principales trabajos acerca de la LGA son: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando / ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1994; CAIVANO, Roque J., *Negociación, conciliación y arbitraje*, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (Apenac), Lima, 1998; CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García, *El arbitraje internacional en la sección segunda de la Ley N° 26572*, Lima, 2004; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, 2005, pp. 207-229; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje", en: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, N° 30, Lima, 2005, pp. 203-209; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero", en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 50, Lima, 2005, pp. 87-95; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: la Convención de Nueva York vs. La Ley General de Arbitraje", en: *Normas Legales*, T. 348, Lima, 2005, pp. 121-131; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento", en: *Normas Legales*, T. 346, Lima, 2005, pp. 137-141; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "¿Es necesaria la regulación del arbitraje nacional e internacional en la LGA?", en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, N° 4, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del debido proceso y el derecho de defensa", en: *Arbitraje on Line*, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Consecuencias de la anulación de un laudo arbitral", en: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, T. 128, Lima, 2004, pp. 9-16; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "El Perú: lugar conveniente en Sudamérica para el desarrollo del arbitraje internacional", en: *Laudo, Revista del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú*, N° 1, Lima, 2003; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral", en: "Cuadernos Jurisprudenciales", suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, N° 17, Lima, 2002; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Ley General de Arbitraje del Perú", en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 18, Lima, 2001; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Arbitraje", en: *Guía legal de negocios. Invirtiendo en el Perú*, 3ª ed., Beatriz Boza (editora), PromPerú, Lima, 1998, pp. 783-796; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "La Nueva Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572", en: *Gaceta Jurídica*, T. 25, Lima, 1996; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Nueva Ley General de Arbitraje Peruana, Ley N° 26572", en: *Jurisprudencia Argentina*, N° 5998, Buenos Aires, 1996; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país. Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572", en: *Scribas, Revista de Derecho*, N° 2, Arequipa, 1996; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "El convenio arbitral en la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572", en: *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 49, Lima, 1995; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, "Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 56, Lima, año XVIII, 2003; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, "Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia", en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 43, Lima, 2001; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia", en: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, N° 12, Lima, 1996; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Laudos arbitrales y medios impugnatorios", en: *Cuadernos Jurisprudenciales, suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 17, 2002; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Más sobre necesidad de modificaciones a la Ley General de Arbitraje (arbitraje nacional)", en: *Derecho & Sociedad*, N° 25, Lima, 2005; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo,

Este trabajo tiene por exclusiva finalidad el describir de manera general el nuevo marco normativo dentro del cual se desarrolla la práctica del arbitraje en el Perú.

1. ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL Y EXTRANJERO

La LGA regula tres tipos de arbitraje: arbitraje nacional (del artículo 1 al 87), arbitraje internacional (artículos del 88 al 126) y arbitraje extranjero (del artículo 127 al 131).

Se aplicarán las normas correspondientes al arbitraje nacional o al arbitraje internacional cuando el arbitraje tenga como sede el Perú.

Para saber cuál sección de la LGA se aplicará a un arbitraje con sede en el Perú, habrá que apelar a lo dispuesto en el artículo 91 de la LGA. De conformidad con esta norma, un arbitraje con sede en el Perú será internacional cuando: a) al momento de la celebración del convenio arbitral las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (por ejemplo, una domicilia en el Perú y la otra en Colombia); b) ambas partes domicilien en el mismo Estado pero fuera del Perú (por ejemplo, ambas domicilian en Argentina); o c) ambas partes

domicilien en el Perú, pero el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutará en otro Estado (por ejemplo, dos empresas domiciliadas en el Perú que ejecutarán una obra en Chile).

De esta manera, cuando un arbitraje con sede en el Perú se realice entre dos partes domiciliadas en más de un país (diversidad de domicilios al momento de la celebración del convenio arbitral), entre dos partes domiciliadas en un mismo Estado pero distinto al Perú, o entre dos domiciliados en el Perú pero condicionado a que el cumplimiento de una parte sustancial de la relación jurídica se ejecute fuera del país, las normas aplicables a dicho arbitraje serán las contenidas en la sección segunda de la LGA.

En cambio, un arbitraje con sede en el Perú será nacional y, por lo tanto, se le aplicarán las disposiciones de la sección primera de la LGA, cuando ambas partes domicilien en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecute en el país⁽²⁾.

Como el Perú es una República unitaria, la LGA se aplica en todo el país, a todo conflicto civil y comercial⁽³⁾.

"Interferencia judicial en los arbitrajes", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 1, Lima, 2005; MADRID HORNA, Víctor, "Sobre la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procesos arbitrales: el caso de las medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 56, año XVIII, Lima, 2003; MONTOYA ALBERTI, Ulises, "Perú", en: *Kluwer Law International*, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=12612; OSTERLING PARODI, Felipe, "Perú", en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002; PASTOR BEBIN, Reynaldo, "The Legislative Framework for Arbitration in Peru", en: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, Nº 2, 1999; RUBIO GUERRERO, Roger, "Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú", tesis para optar por el grado de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2002; y VIDAL RAMÍREZ, Fernando, "El Tribunal Arbitral", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 56, año XVIII, Lima, 2003.

(2) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 182-196.

(3) La LGA ha eliminado el término "comercial" contenido en la Ley Modelo de UNCITRAL, por tratarse de una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 183-185.

Por otro lado, cuando la sede del arbitraje esté localizada fuera del Perú (independientemente de cualquier otro factor de conexión, como podría ser la nacionalidad o el domicilio de las partes o la materia controvertida), este arbitraje será considerado por la LGA como un arbitraje extranjero⁽⁴⁾.

En este caso, la LGA dispone de un capítulo especial referido al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (capítulo octavo de la sección segunda de la LGA). Las normas contenidas del artículo 127 al 131 de la LGA solo establecen el trámite de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, ya que las cuestiones sustantivas se encuentran reguladas en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocida como la Convención de Nueva York de 1958⁽⁵⁾.

2. LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Si bien no existen estadísticas oficiales acerca del número de procedimientos

arbitrales que se llevan a cabo cada año en el Perú, información indiciaria permite afirmar que la LGA está promoviendo significativamente la práctica del arbitraje en el país, tanto entre agentes privados como entre estos y el Estado peruano.

En efecto, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, principal centro de arbitraje del país, muestra con orgullo el haber administrado de 1996 a 2007 1,338 procesos arbitrales, por un monto que supera los mil trescientos millones de dólares⁽⁶⁾.

Según la misma fuente, los principales sectores económicos que participan en arbitrajes administrados por ese centro son los de servicios, comercial, construcción e industrial, en ese orden⁽⁷⁾.

Fuera de este centro, destacan los siguientes: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú⁽⁸⁾, el Centro de Conciliación y Arbitraje del Consejo Departamental de Lima –Colegio de Ingenieros del Perú⁽⁹⁾ y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de

(4) *Ibidem*, pp. 182-196.

(5) El Perú ha ratificado este tratado, mediante Resolución Legislativa N° 24924, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de noviembre de 1988. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales", en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 21, Lima, 1992; MONTOYA ALBERTI, Ulises, "La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras", en: *Revista del Foro*, N° 1, Colegio de Abogados de Lima, 1989; y BOZA DIBÓS, Beatriz, "Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales extranjeros", en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 16, Lima, 1990; CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 42-64, pp. 421-456.

(6) Las estadísticas, la cláusula modelo de arbitraje, el Estatuto del Centro, el Código de Ética, el Reglamento Procesal de Arbitraje y el Reglamento de Aranceles se ubican en: http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_arbitraje.aspx.

(7) OSTERLING PARODI, "Perú", cit., p. 197. "The Peruvian mining, hydrocarbon, banking, and insurance sectors are using arbitration most frequently. In these sectors, the magnitude of investment dictates that both national and foreign investors are using arbitration instead of submitting their disputes to the national judicial system".

(8) La cláusula modelo, el Estatuto, el Reglamento de Arbitraje y el Tarifario se ubican en: www.amcham.org.pe/arbitraje.htm.

(9) El Reglamento del Centro y su lista de árbitros se ubican en: www.ciplima.org.pe/arbitraje0.htm.

la Pontificia Universidad Católica del Perú⁽¹⁰⁾–, entre otros⁽¹¹⁾.

Por su parte, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), organismo público encargado de velar por el correcto desarrollo del arbitraje en la contratación entre las entidades estatales y los agentes privados, al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, viene publicando desde el año 2003 un número cada vez mayor de laudos arbitrales, aunque se conoce que estos no representan ni la cuarta parte de los procesos arbitrales que cada año se llevan a cabo en el país al amparo de esta norma legal⁽¹²⁾.

Por último, estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁽¹³⁾ identifican la participación de empresas peruanas en arbitrajes organizados por dicho centro, aunque su volumen todavía no resulta relevante.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

El artículo 62 de la Constitución Política de 1993 dispone que los conflictos

derivados de relaciones contractuales “solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley”.

Como la misión principal de la LGA es la de regular el marco normativo dentro del cual se desarrollará la práctica del arbitraje privado en el Perú, la LGA ha considerado pertinente trasladar a las partes la decisión acerca del sometimiento de sus controversias al arbitraje. En otras palabras, el acceso al arbitraje en asuntos privados dependerá de la libre decisión de las partes.

Para efectos de sustraer del ámbito del Poder Judicial una determinada controversia privada, se requerirá que las partes manifiesten su voluntad de arbitrar, pactando para el efecto la sumisión de sus actuales o potenciales conflictos al arbitraje. Esto se logra mediante la celebración de un contrato denominado “convenio arbitral”, el cual podrá otorgarse antes o después de que surja una controversia (artículos 9 y 98 de la LGA) e, inclusive, durante la tramitación de un proceso judicial (artículos 17 y 99 de la LGA)⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ El tarifario, la lista de árbitros y la cláusula modelo se ubican en: www.pucp.edu.pe/servext/consensos/?arbitraje.htm.

⁽¹¹⁾ Otros centros de arbitraje: el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción, Capeco (www.capeco.org), el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo, Gas y Energía, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Valores de Lima, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Empresas Prestadoras de Salud (SEPS) y el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-Consucode, www.consucode.gob.pe).

⁽¹²⁾ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), www.consucode.gob.pe/index_fr.htm.

⁽¹³⁾ The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 15, Nº 1, 2004, p. 10; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 14, Nº 1, 2003, p. 10; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 13, Nº 1, 2002, p. 9; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, Nº 1, 2001, p. 9; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 11, Nº 1, 2000, p. 6; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, Nº 1, 1999, p. 6; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9, Nº 1, 1998, p. 6; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 8, Nº 1, 1997, p. 5; The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 7, Nº 1, 1996, p. 5; y The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 6, Nº 1, 1995, p. 5.

⁽¹⁴⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 226-257.

3.1. Contenido del convenio arbitral

Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984 y en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. El primero se suponía que era un contrato preparatorio que se suscribía antes de que se presentara la controversia, mediante el cual las partes reservaban la sumisión de sus futuras controversias al arbitraje; y el segundo era el contrato definitivo que necesariamente tenía que otorgarse para acudir al arbitraje, una vez que la controversia fuera existente y debidamente determinada.

De esta manera, aun cuando las partes hubieran suscrito un contrato de cláusula compromisoria, cuando la controversia les era conocida, ellas debían otorgar un compromiso arbitral, como requisito necesario para activar la vía arbitral.

Lo que sucedía en la generalidad de los casos era que, solicitado el otorgamiento del compromiso arbitral por una de las partes (obviamente la cumplidora), la otra se negaba a suscribirlo. Ante esta

situación, ¿qué cabía hacer? Pues nada más y nada menos que acudir al Poder Judicial, para que, luego de un largo proceso, fuera el juez quien en rebeldía otorgara el bendito compromiso arbitral.

De esta manera, por imposición de este absurdo sistema, las partes terminaban, en la generalidad de los casos, en manos de los jueces. Es decir, terminaban acudiendo forzosamente a donde no querían ir.

¿Cuál era la consecuencia de todo esto? Pues simplemente que el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante⁽¹⁵⁾.

Con la finalidad de corregir este absurdo sistema, la anterior Ley General de Arbitraje, Decreto Ley 25935, apeló a la figura conocida en la doctrina y en la legislación comparada del “convenio arbitral”⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, esta legislación no recogió en su integridad la moderna figura del “convenio arbitral”, habiendo generado en los hechos prácticamente los mismos problemas identificados a propósito de la dualidad cláusula compromisoria-compromiso arbitral⁽¹⁷⁾.

(15) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”, en: El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz, Cultural Cuzco, Lima, 1989; CAIVANO, Roque J., *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 134-135; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: Y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde 1996”, en: *Arbitraje on Line*, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm.

(16) Para una descripción general de la derogada LGA, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Arbitraje”. En: *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*, Beatriz Boza (editora), Apoyo, Lima, 1994.

(17) Para un análisis preciso de los errores cometidos por la anterior LGA, recomendamos leer a: CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 158-177; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral vs. convenio arbitral”, en: *Adsum, Revista Jurídica*, Nº 8, Lima, 1993, pp. 87-103; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “El convenio arbitral: ¿se encuentra presente en las disposiciones sobre arbitraje doméstico de la Ley General de Arbitraje?”, en: *Libro homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle: nuevas tendencias del Derecho Contractual*, T. I, Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, Lima, 1994, pp. 379-402.

Este y muchos otros errores detectados en la anterior LGA motivaron la necesidad de proceder a la reforma integral de la legislación arbitral, a pocos años de dictada la Ley 25935⁽¹⁸⁾.

La actual LGA no cae en el grave error de la anterior legislación, al definir correctamente al convenio arbitral en sus artículos 9 y 98, como aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada elación jurídica contractual o no contractual. De esta manera, independientemente del momento en que se suscriba el acuerdo de arbitraje (antes o después de que surja la controversia), solo existirá un contrato: el convenio arbitral⁽¹⁹⁾.

De la definición que da la LGA, se desprenden los únicos dos requisitos esenciales del convenio arbitral: 1) la decisión de las partes de pactar el arbitraje⁽²⁰⁾; y 2) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos⁽²¹⁾.

Verifiquemos que estos dos únicos requisitos esenciales se encuentran presen-

te en el momento en que las partes pactan la sumisión al arbitraje de sus futuras controversias, por lo que, independientemente de que las partes pacten un convenio arbitral antes de que nazca la controversia o cuando esta ya exista, las partes pueden acudir a arbitrar sus conflictos, sin tener que “otorgar” o “integrar” contrato alguno⁽²²⁾.

Otros elementos que las partes podrán pactar en cualquier momento, pero cuya omisión no obligará a suscribir un nuevo contrato, son, entre otros: el número de los árbitros, la designación de los árbitros, la determinación de la materia controvertida, el lugar del arbitraje, el pacto acerca de si el arbitraje es de derecho o de conciencia, las reglas del proceso arbitral, la renuncia a los recursos impugnatorios, los costos del arbitraje, etc.⁽²³⁾.

3.2. Forma del convenio arbitral

La LGA en sus artículos 10 y 98 simplemente exige que el convenio arbitral se celebre por escrito, pudiendo constar en un documento suscrito por las partes o mediante el intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación que

(18) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre arbitraje doméstico contenidas en la Ley General de Arbitraje”, en: *Themis, Revista de Derecho*, N° 31, Lima, 1995; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje”, en: *Scribas, Revista de Derecho*, N° 1, Arequipa, 1996; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje”, en: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, N° 8, Lima, 1994.

(19) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “El convenio arbitral en la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572”, cit.

(20) PARK, William W., “Arbitration of International Contract Disputes”, en: *The Business Lawyer*, Vol. 39, 1984, p. 1785. “Essential to a binding arbitration clause is, of course, an unambiguous and unequivocal reference to arbitration (...)”.

(21) *Ibidem*, p. 1785. PARK señala correctamente que la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos no debe implicar la determinación exacta de los términos de la controversia, ya que ello se hará ante los árbitros.

(22) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 226-228.

(23) *Ibidem*, pp. 229-241.

inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Esta exigencia está de acuerdo con la moderna corriente legislativa que postula reducir al máximo las formalidades del convenio arbitral⁽²⁴⁾.

La LGA también considera que existe un convenio arbitral por escrito, cuando las partes participan voluntariamente en un proceso arbitral sin objetar la competencia de los árbitros. En este caso, el solo intercambio de demanda y contestación es sinónimo de convenio arbitral, salvo que alguna de las partes objete la competencia de los árbitros, afirmando la inexistencia de un convenio arbitral por escrito⁽²⁵⁾.

3.3. Materia arbitrable

Resulta una tarea complicada el poder determinar de antemano qué puede someterse a arbitraje y qué se encuentra excluido de esta vía. Sin embargo, como regla general, puede afirmarse que se puede someter a arbitraje cualquier controversia referida una materia que sea de libre disposición de las partes y que no puede recurrirse a esta vía cuando se

trate de cuestiones que interesan al orden público (delitos o faltas, otorgamiento de derechos monopólicos por parte del Estado como patentes y marcas, cuestiones referidas al Estado o a la capacidad civil de las personas, etc.)⁽²⁶⁾.

Por su parte, en el arbitraje internacional no se pueden someter a arbitraje controversias referidas a materias que sean de competencia exclusiva de los tribunales peruanos o que violen el orden público internacional⁽²⁷⁾.

3.4. Ejecución del convenio arbitral

Para saber cómo se ejecutará un convenio arbitral una vez que surja una controversia, habrá que considerar de manera conjunta: 1) si el convenio arbitral se ha celebrado antes o después de que nazca la controversia; y 2) si el arbitraje es institucional (es decir, sometido a la administración de algún centro de arbitraje), ad hoc pero con entidad nominadora de árbitros o simplemente ad hoc⁽²⁸⁾. Veamos:

- a) Cuando las partes han pactado un arbitraje institucional (sea este pacto anterior o posterior al nacimiento

⁽²⁴⁾ VÁRADY, Tibor/ BARCELÓ, John J., / VON MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration*, West Group, ST. Paul, Minnesota, 1999, pp. 150-152; W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3 ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, pp. 53-58; CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje (...)*, cit.

⁽²⁵⁾ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 190. "Numerous authorities have relied on a party's commencement of arbitral proceedings, or its participation without protest in such proceedings, as evidence of a valid arbitration agreement".

⁽²⁶⁾ CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 137-143.

⁽²⁷⁾ Ver infrapunto N° V.

⁽²⁸⁾ Respecto de este tema que resulta fundamental para el buen desarrollo de la práctica arbitral en el Perú, recomendamos leer: CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 148-157.

- del conflicto)⁽²⁹⁾, la parte interesada que quiera activar el arbitraje deberá acudir directamente a la institución arbitral solicitando la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento arbitral correspondiente. Este reglamento regulará la designación de los árbitros, la determinación de la materia controvertida y demás reglas aplicables al arbitraje⁽³⁰⁾. De esta manera, no será necesario acudir al Poder Judicial.
- b) Cuando las partes han pactado un arbitraje ad hoc después de que se ha presentado la controversia, lo recomendable (mas no indispensable) es que nombren al tribunal arbitral y determinen la materia controvertida⁽³¹⁾. En caso no se designe al tribunal arbitral en ese momento, será de aplicación el siguiente apartado. Una vez instalado el tribunal arbitral, la materia controvertida será determinada ante los árbitros, si es que no fue previamente acordada por las partes en su convenio arbitral.
- c) Cuando las partes han pactado un arbitraje ad hoc antes de que surja la controversia, caben dos opciones: 1) que las partes hayan designado a una entidad nominadora de árbitros para que se encargue de nombrar a uno o más árbitros o para que cumpla con dicha misión en caso alguna de las

⁽²⁹⁾ Para estos efectos, las partes pueden acordar el texto de su convenio arbitral o, mejor aún, apelar a las cláusulas arbitrales tipo o modelo que recomiendan cada una de las instituciones arbitrales. Así, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sugiere el siguiente pacto arbitral: "Todo litigio, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia o terminación incluso las del convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, cuyo laudo ser definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos y el Estatuto del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad". BORN, Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 53. "[I]t is wise to rely on the relevant institution's model clause (...) Of course, this should not inhibit parties from supplementing model clauses by addressing issues such as the arbitral situs, the number of arbitrators, the language of the arbitration, and the choice of applicable substantive law".

⁽³⁰⁾ Artículo 6 de la LGA.- "La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deber constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estar facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someter el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral". Esta facultad también se encuentra prevista en los incisos 3) y 4) del artículo 93 de la LGA, aplicable al arbitraje internacional.

⁽³¹⁾ Es recomendable que designen a los árbitros, porque ello evitar potenciales demoras mientras que, en aplicación del acuerdo de las partes o, en su defecto, de las disposiciones supletorias de la LGA, se proceda al nombramiento de los árbitros. En todo caso, como las partes están pactando recién en este momento el acceso al arbitraje (cuando ya son conscientes de la existencia de una controversia), es de esperar que como desean acudir al arbitraje, colaborarán en la designación de los árbitros. También es recomendable que las partes determinen de común acuerdo la materia controvertida, por cuanto ello evitar que más adelante (sea ante los árbitros o ante el Poder Judicial cuando se interponga el recurso de anulación contra el laudo arbitral), alguna de ellas impugne la competencia de los árbitros, aduciendo que tal o cual materia no ha sido sometida al arbitraje. GRIGERA NAÓN, Horacio, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", en: *Arbitration International*, Vol. 5, Nº 2, 1989, p. 148.

partes incumpla con hacerlo (artículos 20 y 101 de la LGA)⁽³²⁾, situación que evitará la intervención judicial⁽³³⁾; o 2) que no exista entidad nominadora de árbitros, situación en la que las partes tendrán que designar a sus árbitros de conformidad con el procedimiento pactado⁽³⁴⁾ o, en su defecto, de acuerdo con el trámite supletorio dispuesto por la LGA (artículos 21 y 102 de la LGA)⁽³⁵⁾. En este supuesto, si todos los árbitros no son designados, en el arbitraje nacional habrá que acudir al juez (artículo 23 de la LGA), mientras que en el arbitraje internacional corresponderá solicitar el apoyo correspondiente a cualquiera de las instituciones arbitrales

que operan en el lugar del arbitraje o en la ciudad de Lima, a elección del interesado (artículos 102 y 103 de la LGA).

Una vez completado el tribunal arbitral, sea directamente por las partes, por la entidad nominadora contractualmente dispuesta o por la entidad nominadora residual establecida por la LGA (Poder Judicial o institución arbitral, según corresponda), el proceso arbitral se regirá por las normas acordadas por las partes o, en su defecto, por lo que dispongan los árbitros (siempre dentro del marco de la LGA). Será dentro de este proceso arbitral que se procederá a determinar la controversia, si es que no fue previamente definida por las partes en su convenio arbitral.

(32) Artículo 20 de la LGA.- "Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser una persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral".

(33) CREMADES, Bernardo María, "España estrena Nueva Ley de Arbitraje", en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 37: "Al contrario que en el arbitraje institucional, donde existe un organismo competente (...) que a solicitud de una de las partes, cumple una serie de funciones –como la designación de árbitros– cuando la otra parte no lo hace, las reglas *ad hoc* establecen una autoridad designadora, que puede ser una institución o persona dispuesta a actuar como tal".

Generalmente las partes nombrarán para cumplir este encargo a una institución arbitral o a una entidad gremial que puede ser, por ejemplo, un colegio profesional. La entidad nominadora ejercer su función conforme al acuerdo de las partes. En ese sentido, son las partes las que pueden decidir, por ejemplo, que los tres árbitros sean designados por el tercero, o que cada parte nombre a un árbitro y el tercero nominador solo designe al presidente del tribunal arbitral, o que el tercero solo actúe en caso alguna de las partes incumpla con designar a uno de los árbitros, etc.

(34) Los artículos 21 y 101 de la LGA expresamente establecen que las partes podrán determinar libremente el procedimiento de designación de los árbitros. Esta libertad tiene como único límite que se respete el principio de igualdad de las partes. En otras palabras, cualquiera sea el sistema dispuesto por las partes, este no podrá autorizar a que una de ellas designe a todos o a la mayoría de los árbitros. Caso contrario, esta estipulación será nula, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la LGA. Esta condición se denomina en doctrina "posición predominante de una de las partes". C.C.A. Voskuil y Judith Ann Freeberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal". En: *Essays on International Commercial Arbitration*, Petar Sarcevic (editor), Graham & Trotman, Londres, 1989, pp. 74-75; y LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El arbitraje*, Para Leer el Código Civil, Vol. V, 2ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 136.

(35) Si las partes de un arbitraje *ad hoc* no han pactado el procedimiento de designación de árbitros, los artículos 21 y 102 de la LGA establecen un sistema supletorio, mediante el cual cada parte nombra a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

4. AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL Y COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS PARA DECIDIR ACERCA DE SU PROPIA COMPETENCIA⁽³⁶⁾

Por lo general, el convenio arbitral se pacta como una cláusula más dentro de un contrato⁽³⁷⁾. Sin embargo, para efectos legales, la LGA considera al convenio arbitral como un contrato independiente o autónomo (artículos 14 y 106 de la LGA). La principal explicación detrás de la existencia de esta ficción legal es que si el convenio arbitral no es considerado separado o autónomo al con-

trato principal que lo contiene, bastaría atacar la validez del contrato principal ante el Poder Judicial para que las partes tuvieran que esperar el fallo definitivo sobre la validez del contrato principal (y accesoriamente del pacto arbitral) para poder iniciar o proseguir el arbitraje⁽³⁸⁾. Es pues gracias a esta ficción legal que cualquier controversia referida a la inexistencia, ineficacia, invalidez u otro vicio del contrato que contiene el convenio arbitral, deberá, en principio, ser de conocimiento del tribunal arbitral.

Por su parte, los artículos ⁽³⁹⁾ y 106 de la LGA expresamente facultan a los

⁽³⁶⁾ JOHN J. BARCELO III, "Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, p. 1116. "Separability and competence-competence (...) are different, but often linked, because they share a common goal: to prevent early judicial intervention from obstructing the arbitration process".

⁽³⁷⁾ GARRO, Alejandro M., "El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central", en: *Arbitraje comercial y laboral en América Central*, Alejandro M. Garro (editor), Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990, p. 41. "Por lo general, el acuerdo de arbitraje consiste en una cláusula incorporada al contrato principal del que forma parte".

⁽³⁸⁾ GRIGERA NAÓN, Horacio, "The Scope of the Separability of the Arbitration Agreement under Argentine Law", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, N° 2, 1990, p. 263. "If challenging the validity or existence of the contract were to annul the arbitration clause, arbitration proceedings would have to be suspended until a court decided the challenge. Meanwhile, the arbitrators would be deprived of jurisdiction to arbitrate". CAIVANO, Roque J., *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, cit., pp. 156-157. "Si el desplazamiento de la jurisdicción arbitral es permitido con el solo planteo de incompetencia fundado en la falta de validez del contrato, o si se condiciona la actuación de los árbitros a una decisión judicial previa sobre esa validez, se podría impedir con facilidad su intervención, burlándose la originaria intención común de las partes de que el conflicto sea resuelto mediante arbitraje".

⁽³⁹⁾ BORN, *International Commercial Arbitration in the United States*, cit., p. 216. "[W]ithout the Kompetenz-Kompetenz doctrine, it would always be open to a party to an agreement containing an arbitration clause to vitiate its arbitration obligation by the simple expedient of declaring the agreement void". HERRERA PETRUS, Christian, "Spanish Perspectives on the Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A Comparative Analysis of Spain's 1988 Arbitration Act", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, N° 3, 2000, p. 398. "Requiring the intervention of courts to determine whether an agreement is effective for the sole purpose of establishing that the designated arbitral tribunal has jurisdictional authority to resolve disputes arising under that same agreement, seems in practice, at least to some extent, inconvenient. It promotes delaying tactics by parties either unwilling to go to arbitration or certain that they will lose their case, involving unnecessary time and cost expenditures. It narrows significantly the direct effectiveness of arbitration agreements by limiting them to claims that do not question the existence, validity or actuality of the parties' agreement. And last but not least, it hinders the goal of establishing arbitration as a solid, autonomous means of solving disputes and runs contrary to the widespread view that arbitrators have a truly 'jurisdictional' function, being empowered to determine the rights and obligations of the parties". Gross,

árbitros para que resuelvan acerca de su propia competencia, inclusive respecto de oposiciones relativas a la inexistencia, ineficacia o invalidez del propio convenio arbitral. Este principio tiene por finalidad evitar que se intente paralizar el desarrollo del arbitraje, simplemente recurriendo al Poder Judicial para que se pronuncie de forma previa acerca de la validez del convenio arbitral o sobre la procedencia de las pretensiones que las partes desean someter a conocimiento de los árbitros³⁹. El principal efecto de esta disposición es que, salvo supuestos excepcionales, serán los árbitros los competen-

tes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del propio convenio arbitral, así como acerca de si la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable⁽⁴⁰⁾, correspondiendo al Poder Judicial la última palabra recién en la etapa de anulación del laudo arbitral⁽⁴¹⁾.

La LGA autoriza a que el tribunal arbitral resuelva la oposición a su competencia como cuestión previa o hasta el momento de emitir el respectivo laudo arbitral final⁽⁴²⁾. Contra la decisión del tribunal arbitral no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación

Peter, "Competence of Competence. An English View", en: *Arbitration International*, Vol. 8, Nº 2, 1992, p. 206. "The practical need is that an arbitration should not automatically come to a halt merely because one of the parties challenges the jurisdiction of the arbitrator, otherwise there would be a premium on unmeritorious challenges".

(40) GAILLARD, Emmanuel, "Validity and Scope of Arbitration Agreement", en: *New York Law Journal*, 4 de agosto de 1998, p. 1; REDFERN, Alan / HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2 ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 177; PARK, William W., "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 8, Nº 2, 1997, p. 143.

(41) GARRO, Alejandro M., "El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central", cit., p. 38. "Con la finalidad de establecer un balance adecuado entre la eventual necesidad de una temprana intervención judicial en esta etapa preliminar del procedimiento y la deseable celeridad del procedimiento arbitral, la mayoría de las convenciones multilaterales de arbitraje comercial, como así también la doctrina prevaleciente en aquellos países con regímenes arbitrales modernos(...) consagran expresamente la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia (...) [siendo en definitiva] un tribunal ordinario el que decida [luego de que lo haga el tribunal arbitral] si una cláusula arbitral es válida o no y, por lo tanto, si el tribunal arbitral tiene competencia para dirimir la cuestión".

(42) GARRO, Alejandro M., "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, Nº 2, 1990, p. 221. "In order to avoid possible waste of time and additional expense, jurisdictional questions are usually examined and ruled upon before a consideration of the merits. However, in cases where jurisdictional issues are intertwined with the substantive issues, it may be appropriate for the arbitral tribunal to decide the jurisdictional question together with the merits of the case". REDFERN, Alan / HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, pp. 218-219. "Usually the correct course for an arbitral tribunal is to issue an interim award on jurisdiction, if asked to do so. This enables the parties to know where they stand at an early stage; and it may well save them spending time and money on arbitral proceedings which prove to be invalid. However, it is not always possible or desirable for an arbitral tribunal to take this course. First (...) if the facts on which the challenge to jurisdiction are based are virtually inseparable from the merits, the arbitral tribunal should continue with the hearings and make a final award which deals with both issues at the same time. Secondly, if the respondent, having raised the issue of jurisdiction, fails or refuses to take part in the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may consider it appropriate in the interest of justice to proceed with the case and deal with the issue of jurisdiction at the same time as it deals with the merits".

contra el laudo arbitral, en caso la oposición a la competencia fuere desestimada⁽⁴³⁾.

5. EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

Cuando una de las partes del convenio arbitral, en violación de dicho pacto, promueve una demanda judicial relativa a una materia reservada al arbitraje, la otra parte puede invocar excepción de convenio arbitral dentro de los plazos dispuestos para cada proceso en el Código Procesal Civil⁽⁴⁴⁾, con la finalidad de que el Poder Judicial se abstenga de seguir co-

nociendo dicha materia (artículos 16 y 99 de la LGA)⁽⁴⁵⁾.

Deducida la excepción de convenio arbitral, en el arbitraje nacional si el procedimiento arbitral ya se encuentra en trámite, el juez deberá declarar fundada la excepción. Si el arbitraje todavía no se ha iniciado, el magistrado deberá amparar la excepción, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con la LGA⁽⁴⁶⁾. En todo caso, mientras se encuentre en trámite esta excepción, el arbitraje podrá iniciarse e inclusive dictarse el laudo correspondiente.

(43) El Tribunal Constitucional peruano, en sentencia de 28 de febrero de 2006, en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC LIMA CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, ha establecido como fundamento jurídico vinculante: "11. Es por tal motivo que 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 26572–, que faculta a los árbitros ha decidir acerca de las materias de su competencia(...) 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". Este importante fallo se puede ubicar en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005.HC.html.

(44) De conformidad con el artículo 478 del Código Procesal Civil (CPC), el demandado en un proceso de conocimiento debe interponer la excepción de convenio arbitral dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la demanda o reconvenición. Por su parte, el artículo 491 del mismo Código otorga únicamente cinco días para tal trámite tratándose de procedimientos abreviados. En lo que respecta a los procesos sumarísimos, el artículo 552 del CPC establece que la excepción de convenio arbitral se interpone al contestarse la demanda. Tratándose de los procesos de ejecución, el artículo 700 del CPC permite deducir las excepciones dentro de los cinco días de notificado el mandato de ejecución respectivo.

(45) Cuando el arbitraje no tenga como sede el Perú, la parte interesada deberá deducir la excepción de convenio arbitral dentro de los plazos dispuestos en el CPC. Sin embargo, el juez deberá resolver tal articulación de conformidad con lo dispuesto en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958: "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". VAN DEN BERG, Albert Jan, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases Reported in Volumes XIII(1988)- XIV(1989)", en: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIV, 1989, p. 555. "The Convention does not specify which arbitration agreements qualify for referral to arbitration pursuant to Article II (3). For solving this omission (...) it would be consistent to interpret Article II (3) in conformity with Article I which provides for the Convention's field of application in respect of the arbitral award. Art. I is mainly based on an award made in another State. Accordingly, Art. II(3) can be deemed applicable to an agreement providing for arbitration in another State. This interpretation is generally followed by the courts in the Contracting States". Tom Carbonneau, *Cases and Materials on Commercial Arbitration*, Vol. I, Juris Publishing, Nueva York, 1997, p. 423; BORN, *International Commercial Arbitration in the United States*, cit., pp. 285-359; VÁRADY / BARCELÓ / VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 609.

(46) El juez solo puede negarse a amparar la excepción de convenio arbitral cuando la LGA así lo establezca, en aplicación de los principios de competencia de los árbitros y de separabilidad del convenio arbitral, ya mencionados.

Por su parte, si el arbitraje es internacional y este ya se ha iniciado, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales peruanos o viole el orden público internacional⁽⁴⁷⁾. Si el arbitraje todavía no se encuentra en trámite, igual el juez deberá declarar fundada esta excepción, a menos que compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo⁽⁴⁸⁾, que la materia es de competencia exclusiva de los tribunales peruanos o que viola el orden público internacional. Mientras se encuentre en trámite esta excepción, el arbitraje podrá iniciarse e inclusive dictarse el laudo correspondiente.

6. ÁRBITROS

6.1. Número

En el arbitraje nacional, los árbitros deben ser designados en número impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres (artículo 24 de la LGA)⁽⁴⁹⁾. En el arbitraje internacional, las partes pueden desig-

nar el número de árbitros que deseen (incluso en número par). A falta de acuerdo, los árbitros también serán tres (artículo 101 de la LGA)⁽⁵⁰⁾.

6.2. Requisitos

En el arbitraje nacional, la LGA establece que no pueden actuar como árbitros algunas personalidades: el presidente de la República, los parlamentarios, los jueces, entre otros (incompatibilidad, artículo 26 de la LGA)⁽⁵¹⁾. Cuando el arbitraje es de conciencia, podrá actuar como árbitro cualquier persona natural, nacional o extranjera, mayor de edad, que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles. En cambio, cuando el arbitraje es de derecho, se requiere, además, que la persona sea abogada (artículo 25 de la LGA)⁽⁵²⁾.

En el arbitraje internacional, independientemente de que el arbitraje sea de conciencia o de derecho (artículo 117 de la LGA), bastará en uno u otro caso que el árbitro sea una persona natural,

(47) VAN DEN BERG, "The New York Convention 1958: Consolidated Commentary, Cases Reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)", cit., p. 564; GAILLARD, "Validity and Scope of Arbitration Agreement", cit., pp. 3-5; y TOVAR GIL, María del Carmen / TOVAR GIL, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987, p. 211.

(48) La nulidad del convenio arbitral se analiza considerando la ley pactada por las partes o, en defecto de acuerdo, apelando a la ley del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el artículo 99 de la LGA dispone que "si el convenio arbitral cumple con las formalidades y requisitos dispuestos en esta Sección, no podrá denegarse la excepción por dicha causal".

(49) MONTOYA ALBERTI, Ulises, Perú, cit., p. 5. "In a domestic arbitration with an even number of arbitrators, the arbitrators appointed shall then appoint an additional arbitrator who shall act as the President of the Arbitral Tribunal (Article 24)".

(50) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 293-298.

(51) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Requisitos para ser árbitro", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006, pp. 87-94.

(52) Como no se exige la colegiación, se habilita la participación de abogados extranjeros. MONTOYA ALBERTI, Ulises, Perú, cit., p. 5. "If the arbitration is to be at law (rather than in equity), the arbitrator must be a lawyer, but it is not required to be a member of the Bar Association". CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo García, *El arbitraje internacional en la sección segunda de la Ley N° 26572*, cit., p. 128. "Para actuar como árbitro de derecho (...) no se requiere revalidar el título de abogado (...)".

nacional o extranjera, mayor de edad y que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles⁽⁵³⁾.

Las partes o el reglamento de la institución arbitral (arbitraje institucional) pueden establecer requisitos adicionales⁽⁵⁴⁾.

6.3. Designación

Sobre este tema, revisar suprapunto N° III.4. Las partes pueden designar uno o más árbitros suplentes⁽⁵⁵⁾.

6.4. Recusación

Los árbitros se encuentran obligados a informar a las partes en todo momento

acerca de cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a una recusación (artículos 29 y 104 de la LGA)⁽⁵⁶⁾. Si no revelan algún hecho significativo, ello puede motivar una recusación⁽⁵⁷⁾.

Las causales para recusar a un árbitro esencialmente están referidas a la falta de requisitos legales o contractuales para asumir el encargo, como a circunstancias que den lugar a dudas justificadas⁽⁵⁸⁾ respecto de su imparcialidad e independencia (artículos 28 y 104 de la LGA)⁽⁵⁹⁾.

En el arbitraje nacional, promovida la recusación, si el arbitraje es institucional, conocerá de la solicitud la institución

(53) CANTUARIAS SALAVERRY, "Requisitos para ser árbitro", cit., p. 87.

(54) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 298-304.

(55) CANTUARIAS SALAVERRY, / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 266-271; OSTERLING PARODI, "Perú", cit., pp. 203-204.

(56) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 117. "Lo esencial de la obligación de revelación es poner a todas las partes en conocimiento de causa para que estas puedan asumir una posición respecto de la circunstancia revelada". ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral", en: www.camsantiago.com/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc, p. 8. "Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje está el deber de información. Esto se materializa en declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de interés, que puestas en conocimiento de las partes determinan el rechazo o la aceptación de la designación del árbitro, permitiendo controlar los elementos básicos para ejercer su derecho a la recusación".

(57) CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2 ed., ICC Publications, París, 1990, p. 225. "It may be argued that the failure of an arbitrator to disclose pertinent facts about his relationship to a dispute or to a party is in and of itself sufficient grounds for challenge even though such facts -if disclosed in timely fashion- would not necessarily have been found by the ICC Court to justify disqualification. Such failure of disclosure may be said to constitute evidence of partiality".

(58) OKEKEIFERE, Andrew I., "Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Part 2: Challenge", en: *International Arbitration Law Review*, Vol. 3, N° 1, 2000, p. 13. "Doubt in this context are reasonable doubts, not foolish or imaginary doubts. Therefore, circumstances that cannot give rise to reasonable doubts need not be disclosed".

(59) CANTUARIAS SALAVERRY, / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 304-313; TUPMAN, W. Michael, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", en: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 26-50; AGUILAR ALVAREZ, Guillermo, "The Challenge of Arbitrators", en: *Arbitration International*, Vol. 6, N° 3, 1990, pp. 214-221; NARIMAN, Fali S., "Standard of Behaviour of Arbitrators", en: *Arbitration International*, Vol. 4, N° 4, 1988, p. 315; DONAHEY, M. Scott, "The Independence and Neutrality of Arbitrators", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, N° 4, pp. 31-41; GRIGERA NAÓN, Horacio A., "Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator", en: *ICCA Congress series*, N° 9, París, 1999, pp. 287-298; y HASCHER, Dominique T., "ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6, N° 2, 1995, p. 7.

arbitral. Si el arbitraje es ad hoc con tres o más árbitros, resolverá el tribunal arbitral sin la intervención del árbitro recusado y, si el arbitraje es unipersonal, dicha función la asumirá el juez (artículo 31 de la LGA). En el arbitraje internacional, el trámite será el dispuesto por las partes y, a falta de acuerdo, se aplicarán las disposiciones nacionales (artículo 105 de la LGA)⁽⁶⁰⁾. La recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.

6.5. Sustitución

Cuando por cualquier motivo haya que designar a un árbitro sustituto (recusación declarada fundada, renuncia, muerte, etc.) y no existan árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes, se seguirá el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el árbitro sustituido (artículo 32 de la LGA)⁽⁶¹⁾. Mientras se designa al nuevo árbitro, se suspende el procedimiento arbitral⁽⁶²⁾. Salvo que se trate de la sustitución del árbitro único o que las partes o el tribunal lo decidan y el plazo para laudar lo permita, no será ne-

cesario repetir las actuaciones arbitrales (artículo 42 de la LGA).

6.6. Responsabilidad

El artículo 16 de la LGA establece que la aceptación de la designación otorga a las partes el derecho a compelir a los árbitros a que cumplan el encargo, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen.

Sobre este particular, Vidal⁽⁶³⁾ identifica que “[l]a aceptación del nombramiento genera para los árbitros un haz de deberes, de los cuales, el fundamental al asumir la función arbitral, es organizar el proceso y conducirlo hasta resolver la controversia mediante el laudo, salvo que se presenten situaciones que determinen su conclusión anticipada... Si las partes han establecido un plazo con arreglo al cual debe desarrollarse y culminar el proceso arbitral, los árbitros tienen la obligación de observar y cumplir con laudar dentro de ese plazo”⁽⁶⁴⁾. Además, los árbitros no deben renunciar, salvo que exista una causa justificada⁽⁶⁵⁾, y tienen que

⁽⁶⁰⁾ OSTERLING PARODI, “Perú”, cit., p. 205.

⁽⁶¹⁾ Cantuarias Salaverry, Fernando / ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 316-318.

⁽⁶²⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., “Ley General de Arbitraje: unas glosas de urgencia”, en: *Informativo Legal Rodrigo*, Nº 80, Lima, 1993, p. 2.50. Explica el autor que la norma “responde a la finalidad de impedir que decaiga el arbitraje entero (a veces por maliciosas medidas dilatorias de una parte) por el transcurso del plazo (...)”.

⁽⁶³⁾ VIDAL RAMÍREZ, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., p. 83.

⁽⁶⁴⁾ FOUCHARD, Philippe, “Relationship between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -The Status of the Arbitrator, Special Supplement*, 1995, pp. 17-19; VÁRADY, Tibor/ BARCELÓ, John J., III / VON MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 312-313; y PLATTE, Martin, “An Arbitrator’s Duty to Render Enforceable Awards”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, Nº 3, 2003, p. 312.

⁽⁶⁵⁾ FOUCHARD, “Relationship between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, cit., p. 18. “[T]he arbitrator must carry out his task until its completion, in other words until the final award is rendered. In consequence, from the moment that he accepts his task, in principle, he can no longer divest himself of it—in other words resign—at least, not without good reason. [...]

cumplir con observar el deber de confidencialidad⁽⁶⁶⁾.

Para la LGA, cualquier potencial responsabilidad de un árbitro deriva de una relación de naturaleza contrac-

tual⁽⁶⁷⁾, más específicamente “del ‘contrato de árbitro’ entre las partes y el árbitro”⁽⁶⁸⁾.

Este contrato entre el árbitro y las partes es, como bien afirma Lohmann⁽⁶⁹⁾,

(...) the main aim of the rule is to combat a tendency towards delay which is not uncommon; an arbitrator feeling that he is in the minority in the tribunal resigns in the aim of preventing it from delivering an award that is unfavourable to the party who nominated him”.

- (66) Si bien la LGA no exige expresamente el deber de confidencialidad, Fernando Vidal Ramírez, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., p. 84, entiende que “[l]os árbitros (...) deben observar confidencialidad a partir de su nombramiento y a mantenerla con posterioridad a la conclusión del proceso”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La publicidad del arbitraje”, en: *Arbitraje on Line*, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic-ant/5/voz_arbitro1.htm, p. 1, “en general se acepta entre los árbitros peruanos, como una verdad de principio, que el laudo no puede ser revelado(...) Las sanciones por la violación de esta regla, en los casos de los arbitrajes institucionales, son ciertamente muy severas porque pueden llevar hasta la separación del infractor de la lista de árbitros ofrecidos por la institución arbitral”. Sobre este particular, leer a: BERTRAND, Édouard, “The Confidentiality of Arbitration: Evolution or Mutation Following *Esso/BHP vs. Plowman*”, en: *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N° 2, 1996, pp. 172-176; BROWN, Alexis C., “Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration”, en: *American University International Law Review*, 2001, pp. 970-1023; ICC COMMISSION ON INTERNATIONAL ARBITRATION, “Report on Confidentiality as a Purported Obligation of the Parties in Arbitration”, en: *Document 420/20-009 Rev*, 2002, pp. 1-26; SMIT, Hans, “Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the Arbitration Agreement”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, pp. 567-582; KOURIS, Steven, “Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N° 2, 2005, pp. 127-135; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 7-12.
- (67) Existen algunas legislaciones que entienden, en cambio, que la responsabilidad de los árbitros deriva de un estatus similar al de los jueces. Martin Platte, “An Arbitrator’s Duty to Render Enforceable Awards”, cit., p. 307. “[S]chool of thought emphasizes the status approach. Another theory prefers the idea that the arbitrator’s rights and duties obligations are derived from contract”. Sobre este particular, leer a: FRANCK, Susan D., “The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity”, en: *New York Law Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20, 2000, pp. 2-58; y SORIEUL, Renaud, “Update on Recent Developments and Future Work by UNCITRAL in the Field of International Commercial Arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 17, N° 3, 2000, p. 170.
- (68) MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 133. “[H]oy en día [es] aceptado por la más autorizada doctrina internacional (...) [que el] convenio arbitral, como tal, genera una relación contractual solo entre las partes. Es decir, en sí mismo no genera vínculo contractual alguno con los árbitros(...) quienes ni son parte original de dicho convenio ni se adhieren a él por el hecho de la aceptación del encargo. Por ello (...) la responsabilidad de [los] árbitros (...) deriva de las reglas del derecho común (...) [y] cualquier reclamación (...) [acerca de] dicha responsabilidad (...) [deriva] de los contratos que (...) [los] vinculan (...)”.
- (69) LOHMANN LUCA DE TENA, *El arbitraje*, cit., p. 132. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral”, en: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, T. VI, REVOREDO, Delia (compiladora), Lima, 1985, p. 645. “[R]esulta posible concluir que el contrato de dación y recepción de árbitros constituye una modalidad de la locación de servicios. Al respecto, es preciso recordar que pueden ser materia de este contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales, según lo establece el artículo 1765 del Código Civil”. FOUCHARD, “Relationship between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, cit., p. 16. “The contract for hire of services (or work by contract agreement in the old-fashioned terminology of the French Civil Code) is certainly closer to the contract binding the arbitrator to the parties, because its aim is wider than that of agency. In fact, it is possible to analyze the arbitrator’s task as the provision of a whole set of services of an intellectual nature, that he carries out in the interest of the parties, independently, in consideration of a fee. The arbitrator, like other legal professionals, or

“una modalidad singular entre los de prestación de servicios. Es un contrato especial perteneciente, en la medida que se pacte retribución, a la especie ‘doy para que hagas’...”.

En materia de responsabilidad civil, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 1762 del Código Civil: “Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”⁽⁷⁰⁾.

Por último, el Código Penal peruano aplica a los árbitros los tipos penales de concusión (artículo 386) y corrupción de

funcionario (artículo 395). Si bien es cierto que se tratan de figuras delictivas que suelen estar presentes en las legislaciones de algunos pocos Estados⁽⁷¹⁾, no es menos cierto que, como bien puntualiza Mantilla-Serrano⁽⁷²⁾, su sanción se hace “sobre la base de la errónea y hoy superada creencia de que el árbitro ejerce una función pública, equiparando a los árbitros con los funcionarios públicos”.

7. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

7.1. El lugar del arbitraje

La determinación del lugar de un arbitraje la realizan las partes⁽⁷³⁾, y, en su

specialists in particular techniques, undertakes to provide the parties with the benefit of his experience and knowledge, and to carry out certain tasks: investigation of the case, hearing of the parties, etc (...), within a certain time limit. There is no doubt that these are services, which the arbitrator has contractually undertaken to provide”.

(70) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “La evaporación de la responsabilidad profesional”, en: *Revista del Magister en Derecho Civil*, Vol. 1, Escuela de

Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 55-83. MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 132, al referirse a la legislación española, llega a la misma conclusión, al considerar que los árbitros “solo responden por el dolo, la mala fe o la temeridad, pero no responder n de la culpa leve o de la simple negligencia”. ICC Commission on International Arbitration, “Working Party on the Status of the Arbitrator”, Final Report, Document 420/345, 1996, p. 7. “In the course of carrying out his task as arbitrator, the arbitrator is not liable for any detriment caused by his acts or omissions, except in the case of deliberate wrongdoing or if he resigns without valid reason”.

(71) *Ibidem*, appendices II, 1996, p. 4. “From an examination of the substantive law, it is clear that few states have legislated on the question of the arbitrator’s criminal liability.

It seems that essentially they have been concerned to censure the most serious wrongdoing (corruption, collusion with one of the parties) by specific criminal provisions. These criminal offenses are aimed at people in public office, including judges and arbitrators.

The German Penal Code lays down criminal sanctions of arbitrators who are guilty of passive corruption (ArT. 331(2)), active corruption (ArT. 332(2)) and partiality (ArT. 336). In Norway and Switzerland corruption by the arbitrator is sanctioned by the criminal law (ArT. 114 Norwegian Penal Code; ArT. 315 and 316 of the Swiss Penal Code). In Argentina too, corruption by the arbitrator is an offense (...).”

(72) MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 133.

(73) La referencia puede ser directa (“en Lima, Perú”), o indirecta (al someter el caso, por ejemplo, al Centro de Arbitraje Amcham Perú, que tiene como sede Lima-Perú y cuyo artículo 68 del Reglamento de Arbitraje, dispone: “La sede del arbitraje ser en el domicilio del Centro. El lugar del arbitraje ser la ciudad de Lima, Perú (...). En caso se pacte el sometimiento ante un centro de arbitraje que administra arbitrajes en varios países, el lugar del arbitraje ser determinado de conformidad con los reglamentos de la institución arbitral respectiva. Este es el caso, por ejemplo, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuyo artículo 14(1) del Reglamento de Arbitraje establece: “La sede del arbitraje ser fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido”.

defecto, corresponderá esta facultad a los árbitros⁽⁷⁴⁾ (artículos 33 y 109 de la LGA).

La decisión acerca del lugar del arbitraje es en extremo importante, ya que, como bien explica Mantilla-Serrano⁽⁷⁵⁾, el lugar del arbitraje “opera como un vínculo jurídico que permite... definir el marco jurídico en el que se desarrollará el procedimiento arbitral, definir los jueces que serán normalmente competentes para ciertas funciones de apoyo judicial al arbitraje, y conferirle una ‘nacionalidad’ al laudo que se dicte”.

Por otro lado, la LGA autoriza a que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral pueda reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos

o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos⁽⁷⁶⁾.

Esta facultad, sin embargo, tiene sus límites, ya que en el procedimiento arbitral debe tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos, por lo que cambiar de locación, sin una razón justificada según las circunstancias, podría poner en serio peligro la validez de un laudo arbitral⁽⁷⁷⁾.

7.2. El procedimiento arbitral en general

Los artículos 33 y 108 de la LGA expresamente reconocen en las partes y, a falta de acuerdo, en los árbitros libertad⁽⁷⁸⁾ para determinar las reglas del procedimiento arbitral⁽⁷⁹⁾, siempre y cuando se

(74) Como bien señala MANTILLA-SERRANO, Fernando, Ley de Arbitraje, cit., pp. 159-160, “el poder del árbitro para designar el lugar del arbitraje a falta de acuerdo de las partes no es absoluto. El árbitro está así obligado a tener en cuenta todas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. Dicha conveniencia no es un mero elemento circunstancial, sino una condición que exige la atención particular del árbitro (...)”.

(75) *Ibidem*, pp. 157-158.

(76) Par. 2 del artículo 109 de la LGA peruana, aplicable al arbitraje internacional. No existe una norma similar en la sección referente al arbitraje nacional. Sin embargo, como directores del proceso arbitral (artículo 33 de la LGA), los árbitros se encuentran habilitados, salvo pacto en contrario de las partes.

(77) Artículos 33 y 107 de la LGA. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 298-304.

(78) Obviamente esta amplia libertad tendrá como límite las pocas disposiciones de orden público de la LGA, que se aplica como la *lex arbitri* o la ley del lugar del arbitraje. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, cit., pp. 25-26. “The law governing the arbitral proceedings is referred to as the curial law, the *lex arbitri* of the *loi de l'arbitrage*. In virtually all cases, the curial law will be the law at the arbitral situs -the place where the parties’ have agreed that the arbitration will be held”.

(79) La LGA ha hecho suyo lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Modelo de UNCITRAL, disposición que, como se conoce, es considerada la “carta magna del procedimiento arbitral”. United States Commission on International Trade Law, “Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration”, A/CN.9/264, 25 de marzo de 1985, p. 44. “Magna Carta of Arbitral Procedure

1. Article 19 may be regarded as the most important provision of the model law. It goes a long way towards establishing procedural autonomy by recognizing the parties’ freedom to lay down the rules of procedure(...) and by granting the arbitral tribunal, failing agreement of the parties, wide discretion as to how to conduct the proceedings(...) both subject to fundamental principles of fairness(...) Taken together with the other provisions on arbitral procedure, a liberal framework is provided to suit the great variety of needs and circumstances of international cases, unimpeded by local peculiarities and traditional standards which may be found in the existing domestic law of the place”. Sobre este particular, leer a: HERRMANN, Gerold, “The UNCITRAL Model Law -its Background, Salient Features and Purposes”, en: *International Arbitration*, Vol.

trate a las partes con igualdad y se dé a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos (artículos 33 y 107 de la LGA)⁽⁸⁰⁾.

Así, la LGA se adhiere a las modernas legislaciones arbitrales que reconocen en las partes amplia libertad para fijar las reglas del procedimiento arbitral, libertad que alcanza a los árbitros⁽⁸¹⁾, a falta de acuerdo⁽⁸²⁾.

En consecuencia, en los arbitrajes institucionales el procedimiento arbitral

estará regulado esencialmente por lo que disponga el reglamento arbitral correspondiente⁽⁸³⁾, mientras que en los arbitrajes ad hoc serán las partes y, en su defecto, los árbitros los que determinen esta materia⁽⁸⁴⁾.

7.3. Evidencia

Los árbitros son los directores del procedimiento. A ellos les corresponderá decidir, salvo pacto en contrario de las partes, si se requerirá la celebración de audien-

1, Nº 1, 1989, p. 21; y L. Yves Fortier, "The Minimum Requirement of Due Process in Taking Measures against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts", en: *ICCA Congress series*, Nº 9, Paris, 1999, pp. 396-397.

(80) BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael, *El arbitraje en Guatemala*, apoyo a la justicia. Centro de Arbitraje y Conciliación (Cenac), Guatemala, 2000, p. 121. "[L]a primera regla aplicable a este respecto establece la plena libertad de las partes para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal arbitral en sus actuaciones. Esta determinación, no es absolutamente ilimitada sino que el legislador permite que las partes, para su caso concreto, diseñen la forma como desean llevarlo a cabo, en tanto se le dé, a cada una de ellas, dentro de dicho trámite, un trato equitativo y que, en todo momento, tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos, conforme a los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes (...)

Quiere lo anterior significar que, en tanto estos principios mínimos sean respetados, con lo cual el legislador entiende que está surtido el debido proceso y que se ha dado garantía plena al derecho de defensa, las partes pueden diseñar su propio procedimiento".

(81) BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, cit., p. 48. "Under most national laws (...) and institutional rules, the arbitral tribunal has very substantial discretion to establish the arbitral procedures in the absence of agreement between the parties". HAUSMANINGER, Christian, "Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution - A Civil Law Viewpoint", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin - The Status of the Arbitrator, Special Supplement*, 1995, p. 41. "In general, arbitration statutes and rules of arbitral institutions give the parties and arbitrators broad discretion in structuring the procedural conduct of the arbitration".

(82) Como bien señala MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje*, cit., pp. 150-151, al referirse a la reciente ley española de arbitraje, "[e]l primer apartado de este artículo [24] consagra las reglas del debido proceso que se desdoblán por una parte, en el respeto a la igualdad de las partes y, por otra, en el derecho de audiencia (o debate contradictorio). Obviamente, el respeto al debido proceso no exige de manera alguna la aplicación directa ni indirecta de un derecho procesal nacional a menos que las partes así lo hayan expresamente acordado". Este comentario resulta plenamente aplicable al Perú.

(83) Aunque, como bien indica KARRER, Pierre A., "Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, Nº 1, 1999, p. 17, en la generalidad de los casos los reglamentos de los centros de arbitraje otorgan amplias facultades al tribunal arbitral: "When the parties refer to arbitration rules, they may think that they have said something about the procedure. This is often an illusion because arbitration rules typically do little more than repeat what the lex arbitri has already said, namely that the parties may set the procedure, and if they have not set the procedure, then the arbitral tribunal may set it. The scope left to the arbitral tribunal is then just as wide as if the parties had said nothing. This may surprise and frustrate the parties, but is no disaster".

(84) *Ibidem*, p. 17. "It is rare that the parties design their own arbitral procedure in their arbitration agreement in full detail. Not an easy task since the procedure should be adjusted to the dispute and the disputants, neither of which are known at the time of the making of the arbitration agreement".

cias para la presentación de pruebas o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de escritos y demás pruebas⁽⁸⁵⁾.

Los árbitros tienen la facultad exclusiva para determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas (artículos 37 y 108 de la LGA), pudiendo inclusive ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios. Es más, pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados.

En caso fuera necesario contar con el auxilio de las Cortes de Justicia para la actuación de alguna prueba⁽⁸⁶⁾, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá recurrir al Poder Judicial (artículos 40 y 116 de la LGA).

Esta posibilidad de poder acceder a las Cortes nacionales se explica en que, si bien es cierto que los árbitros ante la negativa de una de las partes de producir evidencia suelen aplicar lo que se denomina “inferencia negativa”⁽⁸⁷⁾, no es

(85) La manera en que se conducirá el procedimiento y se ofrecerán y actuarán los medios probatorios, dependerá muchas veces del sistema legal al que pertenezcan las partes y, especialmente, los árbitros, ya que tradicionalmente el derecho civil es más inquisitorial, mientras que el derecho anglosajón es más adversarial. CRAIG, / PARK, / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 427. “The continental civil-law system of proof is dominated by the exchange of documents between the parties. Hearings serve principally as an occasion for arguments based on facts revealed in written evidence already submitted. The common-law system, on the other hand, uses hearings to develop facts and to introduce documents into evidence”.

Sin embargo, gracias a la flexibilidad con la que cuentan los árbitros en un gran número de países que ofrecen legislaciones arbitrales modernas (como es el caso del Perú), ellos suelen combinar las prácticas de ambos sistemas legales. CRAIG, / PARK, / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 423. “[T]he civil-law custom of exchanging documents and written arguments before a hearing is frequently combined with the common-law practice of affording the opportunity to examine and cross-examine witnesses at the hearing”. WEBSTER, Thomas H., “Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration”, en: *Arbitration International*, Vol. 17, Nº 1, 2001, p. 41. “There is a consensus among practitioners in England and Continental Europe that civil and common law procedures are converging in international arbitration. An excellent illustration of what is acceptable is found in the 1999 IBA Rules on Evidence that set out a hybrid approach to evidence in general, and to documentary production in particular, for international arbitration”. Sobre este particular, leer a: LEW, Julian D.M. / SHORE, Laurence, “International Commercial Arbitration: Harmonizing Cultural Differences”, en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 54, Nº 3, 1999, pp. 32-38; CREMADES, Bernardo M., “Managing Discovery in Transnational Arbitration”, documento presentado en la conferencia “El Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: la Perspectiva de ICC”, Corte Internacional de Arbitraje de ICC, Miami, 2003, pp. 1-8; CREMADES, Bernardo M., “Powers of the arbitrators to decide on the admissibility of evidence and to organize the production of evidence”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, Nº 1, 1999, pp. 49-54; STRAUB, Peter, “Discovery: How to Live without It”, documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, pp. 3-9; y FOUCHARD, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, GAILLARD, Emmanuel / SAVAGE, John (editores), Kluwer Law International, 1999, p. 705.

(86) LOHMANN LUCA DE TENA, *El arbitraje*, cit., p. 161. “[L]os árbitros carecen de poder de imperio (...) [es] decir no disponen de facultad ejecutoria de sus propias decisiones”. CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 435. “Arbitrators possess no authority of compulsion, nor any other power of imperium which are reserved to the State”.

(87) GAMBOA, Nicolás, “Asistencia judicial en tribunales arbitrales”. en: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-05.html, p. 2. Explica el autor que cuando una de las partes se niega a cumplir una orden del árbitro referida a una prueba, este último “cuenta con un poderoso componente coercitivo, como que en caso de incumplimiento podrá deducir conclusiones adversas para la parte incumplida. Es por ello, como expresan CRAIG/ PARK / PAULSSON en su obra clásica Arbitraje de la

menos cierto que en algunas ocasiones⁽⁸⁸⁾ una de las partes necesariamente requiere la producción de algún medio probatorio para probar debidamente su caso⁽⁸⁹⁾.

En caso se requiera solicitar el apoyo del Poder Judicial de un tercer Estado para la actuación de alguna prueba⁽⁹⁰⁾,

desgraciadamente parece existir consenso que no será aplicable la Convención de Nueva York de 1958⁽⁹¹⁾, ante lo cual no habrá otro camino que apelar a tratados de menor importancia y eficacia⁽⁹²⁾, como son, en el caso peruano, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975)⁽⁹³⁾, el

Cámara de Comercio Internacional, que: Las partes por lo general no tratan irrespetuosamente las órdenes procesales emitidas por los árbitros al tenor de poderes otorgados contractualmente. Hacerlo así aparejaría el riesgo de incurrir en pérdida de la benevolencia del tribunal y arrojaría dudas sobre la buena fe de la parte”.

- (88) WEBSTER, “Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration”, cit., p. 42. “[P]ractitioners have sought to avoid the problem with enforcement of documentary orders by reference to adverse inferences (...) For non-essential documents, those solutions may be reasonably effective (although this tends to lead to a ‘watering-down’ of the orders and the tribunal’s authority). But for critical documents that solution is not adequate (...)”. CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 3a ed., p. 451. “The effect of possibility to draw adverse inferences is not without limit (...) There must be a logical nexus between the probable nature of the documents withheld and the inference derived therefrom. The arbitrators are not entitled to punish a recalcitrant party for poor procedural behavior by making adverse substantive findings in the award based only on such conduct”.
- (89) JOS, Rosell / PRAGER, Harvey, “Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof”, en: *Arbitration International*, Vol. 15, Nº 4, 1999, p. 335. “A general rule would seem to be well established in international arbitrations that the claimant bears the burden of proof with respect to the facts it alleges and the defendant carries the burden of proof with respect to its defenses”. Acerca de las dificultades para obtener evidencia de terceros que no participan en un arbitraje, leer a: WEBSTER, Thomas H., “Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration”, en: *Arbitration International*, Vol. 17, Nº 2, 2001, pp. 143-158.
- (90) Como bien explica WEBSTER, “Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration”, cit., p. 41, “[i]nternational arbitrations are by definition cross-border in nature; they involve parties in different countries. Usually, an arbitral tribunal will be issuing orders in one country that are directed to parties that are based in two or more other countries”.
- (91) *Ibidem*, pp. 53-54. El autor cita el caso de una compañía norteamericana que había celebrado un contrato de licencia con una empresa australiana, pactando el sometimiento de sus conflictos a un arbitraje en la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en los Estados Unidos. Iniciado el arbitraje, los árbitros ordenaron a la parte australiana la producción de pruebas. Ante la negativa de esa parte, el demandante intentó la ejecución de la orden de los árbitros en las Cortes australianas al amparo de la Convención de Nueva York. Sin embargo: “The Australian court declined to enforce the measure on two grounds. First, it held that an ‘award that may be enforced must be an award that is final and binding on the parties. An interlocutory order which may be rescinded, suspended, varied or re-opened by the tribunal which pronounced it, is not ‘final’ and binding on the parties’. Secondly, the court would have refused enforcement under Article V(2)(b) of the Convention or under its discretion due to the lack of undertakings as to damages, the vexatious nature of some of the orders and the practical difficulties in interpretation and enforcement”.
- (92) CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 490. “In practice the letters rogatory procedure is cumbersome and is infrequently used in support of arbitral proceedings. Arbitrators rightly are seldom convinced that recourse to such a procedure is appropriate or required. The authors are aware of one unusual case where the defendant party persuaded an ICC arbitral tribunal sitting in Geneva to request the cantonal court to issue letters rogatory to an Austrian court for the purpose of obtaining the evidence of a former co-manager of the defendant party, but who was allegedly no longer under the employment or control of the defendant and was hence a third party. The Swiss court granted the request. As predicted, the procedure was time consuming”.
- (93) Son parte de este tratado Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, el Perú, Uruguay y Venezuela.

Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Montevideo, 1979)⁽⁹⁴⁾, la Convención de Caracas de 1911⁽⁹⁵⁾ y el Tratado de Derecho Procesal Internacional (Montevideo, 1889)⁽⁹⁶⁾.

7.4. Medidas cautelares

La LGA regula esta materia distinguiendo tres momentos:

7.4.1. Medidas cautelares antes del inicio del arbitraje

Los artículos 79 y 100 de la LGA establecen que las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. De esta manera, queda claro que si una parte requiere solicitar al Poder Judicial la adopción de alguna medida cautelar antes de que empiece el arbitraje ello no afectará el pacto arbitral⁽⁹⁷⁾.

7.4.2. Medidas cautelares una vez iniciado el arbitraje

El artículo 81 de la LGA establece que en cualquier Estado del procedimiento arbitral los árbitros⁽⁹⁸⁾, a petición de parte, pueden adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este. Pueden además, si lo consideran pertinente, ordenar contracautela. Contra esta decisión no procede recurso alguno. En caso fuera necesario apelar a la fuerza coercitiva del Estado, bastará presentar al juez respectivo una copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros para que, sin más trámite, se proceda a ejecutar la medida sin que quepa admitir recurso u oposición alguna.

Si el arbitraje es internacional, cualquiera de las partes podrá optar por solicitar la adopción de medidas cautelares al tribunal arbitral o a un juez (artículo 100 de la LGA)⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁴⁾ Se han adherido a este tratado Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, el Perú, Uruguay y Venezuela.

⁽⁹⁵⁾ Del que forman parte el Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

⁽⁹⁶⁾ Las partes de este tratado son Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, el Perú y Uruguay.

⁽⁹⁷⁾ Como explican SMIT, Robert H. / SHAW, Nicholas J., "The Center for Public Resources Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes: A Critical and Comparative Commentary", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 8, N°s. 3/4, 1997, p. 303, es en este momento en que todavía no se ha constituido el tribunal arbitral, que el acceso al Poder Judicial es indispensable: "Indeed, recourse to a national court may be the only means of obtaining effective interim relief prior to the constitution of the Tribunal(...)".

⁽⁹⁸⁾ CAIVANO, *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, cit., p. 213. "Si tienen [los árbitros] competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también debe reconocérseles para determinar si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar". DONOVAN, Donald Francis, "Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 64-65. "It follows from the arbitrator's authority to issue a final and binding award on the subject matter submitted to them, from the inception of the proceedings, they must have the authority to enter such orders –conservatory measures, provisional measures, interim measures of protection, or however else characterized– as are necessary to preserve their capacity to render a fair and effective award".

⁽⁹⁹⁾ Si bien es cierto, como afirmamos seguidamente, que en los arbitrajes internacionales algunas veces es necesario recurrir al juez cuando lo que se pretende es ejecutar una medida cautelar en un tercer Estado,

¿Cómo se ejecutará en el extranjero una medida cautelar adoptada por los árbitros o por el Poder Judicial peruano?

Sobre este particular, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan a considerar que una decisión arbitral referida a una medida cautelar, por más que formalmente pueda ser adoptada en la forma de un laudo arbitral, no es un “laudo” para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958⁽¹⁰⁰⁾.

Esta situación obligará la mayoría de las veces a intentar la ejecución de una decisión arbitral o judicial local referida

a medidas cautelares ante el Poder Judicial de terceros Estados, apelando para el efecto a tratados que regulan el reconocimiento y la ejecución de sentencia judiciales o a aquellos relativos a exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto, entre otros, la ejecución de embargos y otras medidas preventivas.

Estos tratados son, para el caso peruano, los siguientes: Tratado de Derecho Procesal Internacional (Montevideo, 1899)⁽¹⁰¹⁾, la Convención de Caracas de 1911⁽¹⁰²⁾, la Convención de

no es menos cierto que también en arbitrajes nacionales en algunas oportunidades podría resultar conveniente solicitar al Poder Judicial la adopción de medidas cautelares.

Por ello, creemos que aquí la LGA debe ser corregida a la brevedad posible, a efectos de posibilitar que tanto en arbitrajes nacionales como en arbitrajes internacionales se pueda recurrir al Poder Judicial. Para estos efectos, recomendamos seguir lo dispuesto en la sección 44 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra (1996). DONOVAN, Donald Francis, “Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders”, cit., p. 69. “Section 44 of the English 1996 Act both confirms the authority of a court to order provisional measures in aid of arbitration and sets forth the limits to that authority. The section provides that the court’s power should be exercised only in cases of urgency or, if the case is not one of urgency, with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the parties. The section also provides that the court shall act only if or to the extent sets forth a rule of restraint that well balances the authority of an arbitral tribunal with its intrinsic limitations”.

(100) CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., pp. 465-466. “Recognition and enforcement under the New York Convention of what is essentially an interlocutory order, modifiable by the arbitral tribunal in accordance with changes of circumstances but rendered in the form of awards must remain doubtful. There is a certain flaw in attempting to use the New York Convention, which was designed to ensure enforcement of decision which put an end to a dispute between arbitrating parties, or at least part of a dispute, to secure enforcement of a decision which might, for instance, seek to preserve the status quo until a final arbitration award can be rendered. This flaw was precisely recognized in a much commented Australian case, *Resort Condominiums v. Bolwell* where enforcement was denied to an arbitral award rendered in the United States in order to preserve the status quo between a United States licensor and an Australian licensee not to enter into any competing arrangements and to require the deposit into an escrow account of all revenues received as a consequence of the license agreement. In refusing to enforce the award, Mr. Justice Lee of the Supreme Court of Queensland came to the conclusion that the so-called award was clearly of an interlocutory and procedural nature and did not finally put an end to any arbitral dispute or to establish the legal rights of the parties. According to the decision, the award was not enforceable under the New York Convention and indeed was not a final order subject to judicial review”. Sobre este particular, leer a: DI PIETRO, Domenico y PLATTE, Martin, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, Londres, 2001, pp. 45-47; William Wang, “International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief”. En: *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28, 2003, pp. 1081-1083; y VAN DEN BERG, Albert Jan, “Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions”, en: *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 2, N° 2, 1987, pp. 451-453.

(101) Artículos 10 y 11. Ver supracita N° 95.

(102) Artículos 10 y 11. Ver supracita N° 94.

Montevideo de 1940⁽¹⁰³⁾ y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Montevideo, 1979)⁽¹⁰⁴⁾. Sin embargo, como ya hemos indicado, estos tratados son de muy poca importancia y de dudosa eficacia⁽¹⁰⁵⁾.

Otra posibilidad más eficiente será recurrir directamente al Poder Judicial del lugar en el que se quiera hacer efectiva una medida para que se adopte una medida cautelar en apoyo a un arbitraje foráneo. Sin embargo, hasta la fecha son muy pocos los Estados que expresamente autorizan a sus jueces a desarrollar este tipo de actividad a favor de un arbitraje extranjero⁽¹⁰⁶⁾.

7.4.3. Medidas cautelares mientras se encuentra en trámite el recurso de anulación del laudo arbitral

El artículo 82 de la LGA autoriza recurrir al juez para que dicte las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo arbitral, mientras se encuentra en trámite el recurso de anulación.

7.5. Asistencia legal

Cuando el arbitraje es internacional⁽¹⁰⁷⁾, el artículo 108 de la LGA expresamente autoriza a que las partes puedan ser asistidas por abogados, nacionales o extranjeros⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Artículos 12 y 13.

⁽¹⁰⁴⁾ Artículos 1-4 y 10-12. Ver supracita Nº 93.

⁽¹⁰⁵⁾ Ver supracita Nº 92.

⁽¹⁰⁶⁾ En efecto, hasta donde tenemos conocimiento, únicamente las legislaciones arbitrales de Alemania y de España autorizan este proceder. DI PIETRO, Domenico / PLATTE, Martin, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, cit., p. 44. "If an arbitrator orders interim relief, it is (with the exception of German Law (...)) –at best– only enforceable at the seat of arbitration. The effect of the provisional remedies is therefore rather limited". DíEZ-HOCHLEITNER, Javier, "La Nueva Ley Española de Arbitraje", documento presentado en el Second Annual Conference "International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective", International Chamber of Commerce, Miami, 2004, p. 30. "A tenor del artículo 1.2 de la NLA, el régimen de medidas cautelares vigente para los arbitrajes que se celebren dentro del territorio nacional es también aplicable para aquellos cuyo 'lugar' esté situado en el extranjero".

⁽¹⁰⁷⁾ Si el arbitraje es nacional, será de aplicación el artículo 285 del texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, que exige que el patrocinante sea abogado inscrito en el Colegio de Abogados respectivo.

⁽¹⁰⁸⁾ Esta disposición es por demás pertinente, ya que como explica WERNER, Jacques, "Should the New York Convention be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings?", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 6, Nº 3, 1989, p. 117, la creciente internalización del comercio lleva aparejada la posibilidad de que el arbitraje se desarrolle en muchos Estados, cuya sede se define por consideraciones de conveniencia geográfica, costos, etc. En este escenario, si las partes de un arbitraje no pueden estar representadas por abogados de su conveniencia, sean estos locales o extranjeros, pues simplemente ellas acordarán arbitrar en otro lugar más amigable. HERRMAN, Gerold, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? -The 1998 Freshfields Lecture", en: *Arbitration International*, Vol. 15, Nº 3, 1999, p. 225. "When advising legislators I have often encountered great sympathies for such prohibition, motivated, of course, by the desire to protect the interest of the local bar. What a superficial reasoning, apart from its being anathema to true international arbitration! The prohibition simply leads foreign users to take their arbitrations elsewhere unless commercial necessity requires otherwise. A rule permitting foreign representation, at least in cases involving foreign law, attracts international arbitrations and may well lead to retaining at least one local counsel; it thus serves local bar interests clearly better than a prohibition". Por esta razón, la gran mayoría de Estados que se consideran amigables para la práctica del arbitraje internacional, permiten que las partes elijan libremente a sus asesores legales. VÁRADY / BARCELÓ / VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 471. "With exceedingly insignificant exceptions (...) the whole

8. LAUDO ARBITRAL

8.1. Tipos de laudos arbitrales

La LGA no reconoce la existencia de laudos finales, laudos parciales y laudos interlocutorios⁽¹⁰⁹⁾. Esto no impide que nosotros compartamos la opinión de Fouchard, Gaillard y Goldman⁽¹¹⁰⁾, en el sentido que el laudo arbitral puede ser definido como una decisión final respecto de todo o parte de la disputa sometida a conocimiento de los árbitros, sea que se refiera al fondo de la controversia, a la competencia de los árbitros o a temas de procedimiento, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, final.

En el Perú, la doctrina acepta la posibilidad de que se puedan emitir uno o

más laudos, aunque, ante la falta de precisión legal, la discusión se mantiene abierta⁽¹¹¹⁾.

Es de esperar que en una futura modificación legal se introduzcan en la LGA precisiones acerca de esta importante materia⁽¹¹²⁾.

8.2. Mayorías para formar decisión

La LGA establece que, salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral dispongan otra cosa, el laudo arbitral se dicta por mayoría de los árbitros (artículos 46 y 119 de la LGA).

Sin embargo, con la finalidad de hacer más eficiente la práctica del arbitraje y de

world has accepted the right for parties in international arbitrations to be represented by advocates without subjecting them to any formal or material requirements as to their competence (...)".

Acerca de lo que sucede en otros Estados latinoamericanos, leer a: MANTILLA-SERRANO, Fernando, "Colombia", en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 124; SALAZAR CORDERO, Ramiro, "Ecuador", en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 144; VON WOBESER, Claus, "México", en: *International Arbitration in Latin America*, Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores), Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 170, y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Lima, 2007, pp. 91-108.

(109) Como explica FOUCHARD, GAILLARD, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 735, estos tipos de laudos arbitrales han sido y son objeto de considerable debate. "The concept of the arbitral award has been the subject of considerable debate. The same is true of attempts to define the various types of award that exist. Awards are described as being final, preliminary, interim, interlocutory, or partial, but these terms are often used without sufficient precision".

(110) *Ibidem*, p. 736. "An arbitral award can be defined as a final decision by the arbitrators on all or part of the dispute submitted to them, whether it concerns the merits of the dispute, jurisdiction, or a procedural issue leading them to end the proceedings".

(111) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., pp. 125-126. "[E]l proceso arbitral puede tener vicisitudes que determinen la expedición de un laudo atendiendo a la situación procesal que lo genera. Así, puede darse el caso de un allanamiento respecto a una o más de las pretensiones, pero no a todas, lo que determina que los árbitros dicten un laudo preliminar y reserven el laudo definitivo. Puede también presentarse el caso en que las partes concilien sus pretensiones y les pidan a los árbitros la expedición de un laudo en los términos que han convenido, por lo que corresponde un laudo interlocutorio. Pueden las partes haber convenido en una transacción y solicitar a los árbitros que la aprueben mediante laudo. Puede ocurrir, por último, que se presenten las circunstancias que determinan la conclusión anticipada del proceso (...) y que los árbitros emitan un laudo para formalizar la conclusión y darle la fuerza de una *res iudicata*". Ver infrapunto N° 8.

(112) VÁRADY / BARCELÓ / VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 508. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 293-298.

consolidar la figura del presidente del tribunal arbitral⁽¹¹³⁾, las normas citadas optan por otorgarle al presidente del tribunal arbitral voto dirimente en caso de empate o cuando no exista acuerdo mayoritario, salvo que las partes dispongan lo contrario.

En este último caso, la LGA regula el procedimiento para llamar a un árbitro dirimente y el plazo para que expida su decisión⁽¹¹⁴⁾.

8.3. Forma del laudo arbitral, firma de los árbitros y opiniones disidentes

El laudo arbitral debe constar por escrito⁽¹¹⁵⁾, bastando que sea firmado

por la mayoría requerida para formar decisión.

En caso un árbitro no firme o no emita un voto particular, se adhiere a la decisión mayoritaria⁽¹¹⁶⁾ (artículos 49, 119 y 120 de la LGA).

Por otro lado, apelando a una práctica que es plenamente aceptada por las legislaciones arbitrales de Latinoamérica⁽¹¹⁷⁾, un árbitro puede emitir una opinión disidente⁽¹¹⁸⁾.

8.4. Contenido del laudo arbitral

En el arbitraje internacional (artículo 120 de la LGA), el laudo deberá ser

(113) WETTER, J. Gillis, "The Conduct of the Arbitration", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 2, Nº 2, 1985, p. 26. "The majority rule is a serious drawback which often hampers the efficiency of the proceedings and exposes the chairman to the unenviable dilemma of choosing between compromising justice and abandoning the proceedings by reaching a non liquet".

(114) Par. 2, del artículo 47 (aplicable al arbitraje nacional y al arbitraje internacional, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 89 de la LGA): "En todos los casos en que sea necesario designar a un árbitro dirimente, se seguirá el mismo procedimiento utilizado para la designación del tercer árbitro, salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido establezcan un procedimiento distinto. El árbitro dirimente deberá expedir su resolución dentro del plazo de veinte (20) días, gozando de las facultades reconocidas al árbitro presidente en el párrafo anterior". CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 304-307.

(115) BARRAGÁN ARANGO, Luis Alfredo, "El laudo arbitral", en: *El contrato de arbitraje*, SILVA ROMERO, Eduardo / MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coordinadores), Lexis, Bogotá, 2005, p. 660. "Por regla general, las legislaciones arbitrales establecen que los laudos deben constar por escrito, sin que las partes puedan realizar pacto en contrario. Es decir, esta disposición constituye una norma de orden público".

(116) La regla bajo comentario es acertada, ya que resuelve el eterno problema suscitado con algunos malos árbitros que sintiéndose más abogados de las partes que los designaron que árbitros, se niegan a suscribir el laudo arbitral cuando es contrario a los intereses de su "patrocinado" y, además, no presentan un voto particular, tratando así de bloquear la decisión. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 308-314.

(117) ARRIGUI, Paul, "Opiniones disidentes en Latinoamérica. La práctica de la CCI", documento presentado en el Second Annual Conference "International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective", International Chamber of Commerce, Miami, 2004, p. 18. "A guisa de conclusión primaria podemos afirmar que el relevamiento efectuado muestra que los derechos de los países latinoamericanos se han alineado en torno a la práctica usual en los arbitrajes comerciales internacionales de admitir la emisión de opiniones disidentes como un derecho del árbitro minoritario y la consiguiente comunicación de las mismas a las partes".

(118) Las opiniones disidentes no son laudo ni forman parte de él. Se tratan simplemente de opiniones, valga la redundancia, que carecen de efectos jurídicos, ya que la decisión (el laudo arbitral propiamente dicho) se toma en base al acuerdo de la mayoría o del presidente del tribunal arbitral, según sea el caso. DONOVAN, Francis Patrick, "Dissenting opinions", en: *The ICC International Court Arbitration Bulletin*, Vol. 7, Nº 2, 1996, p. 76. "[A] dissenting opinion is not an award, nor ended part of an award". CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 308-314.

motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa, y en él deberá constar la fecha de expedición y el lugar en que ha sido dictado⁽¹¹⁹⁾. En el arbitraje nacional se exigen los mismos requisitos⁽¹²⁰⁾. Sin embargo, las partes no pueden pactar en contrario respecto al requisito de la motivación.

En otras palabras, la LGA contiene dos reglas en lo que se refiere a la motivación: si el arbitraje es internacional, las partes pueden renunciar a la motivación. En cambio, si el arbitraje es nacional, la motivación es un requisito de orden público.

Nosotros consideramos que no existe justificación alguna para impedir que las partes puedan renunciar, si así lo desean, a que su laudo arbitral sea motivado. Esperamos pues que en una futura reforma se estandarice esta regla a favor de las partes y del arbitraje⁽¹²¹⁾.

8.5. Ley aplicable al fondo del conflicto

Cuando el arbitraje es nacional, los árbitros deberán resolver la controversia en conciencia o equidad, salvo que las partes pacten expresamente que sea de derecho (artículo 3 de la LGA). La ley aplicable será la peruana⁽¹²²⁾, salvo que las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095 del Código Civil acuerden la aplicación de una ley extranjera⁽¹²³⁾. Además, cuando se traten de asuntos de carácter comercial, los árbitros deberán tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Tratándose de arbitrajes internacionales, los árbitros deberán resolver en derecho, salvo que las partes expresamente los autoricen a fallar en conciencia o equidad (artículo 117 de la LGA).

⁽¹¹⁹⁾ Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 129-130.

⁽¹²⁰⁾ El artículo 50 de la LGA dispone que el laudo arbitral de derecho deber contener: a) el lugar y la fecha de expedición; b) el nombre de las partes y de los árbitros; c) la cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes; d) la valoración de las pruebas en que se sustente la decisión; e) los fundamentos de hecho y de derecho; y f) la decisión. Por su parte, si el laudo es de conciencia, solo será necesario cumplir con los requisitos a), b), c) y f), requiriéndose además una "motivación razonada".

⁽¹²¹⁾ Por lo demás, esta facultad de poder renunciar a la motivación del laudo arbitral es reconocida en muchas legislaciones arbitrales, entre las que destacamos: México (artículo 1448), Venezuela (artículo 30), Bolivia (artículo 53(II)), Alemania (artículo 1954(2)), Canadá (artículo 31(2)), Guatemala (artículo 40(2)), Paraguay (artículo 36), Chile (artículo 31(2)), la India (artículo 31(3)) y Malasia (artículo 33(2)). CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "La motivación del laudo arbitral", en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 3, N° 11, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2006, pp. 67-75; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 315-329.

⁽¹²²⁾ VIDAL RAMÍREZ, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., p. 130. "Si el arbitraje es nacional resultaría obvio que las partes se decidieran por la aplicación de la legislación peruana pero nada obsta para que se remitan a una legislación extranjera".

⁽¹²³⁾ OSTERLING PARODI, "Perú", cit., pp. 211-212. "The law applicable to the dispute itself will be in accordance with the provisions concerning of laws contained in Article 2095 of the Civil Code. This article provides that for obligations of a contractual nature, the applicable law will be the law elected by the parties and, failing such election, the law of the place of performance of the contract. Where performance is in different jurisdictions, the dispute shall be regulated by the law of the place where the contract's principal obligations were to be performed. Where this can not be determined, the law of the place in which the contract was made shall apply".

Respecto de la ley aplicable al fondo de la controversia⁽¹²⁴⁾, las partes pueden pactar libremente⁽¹²⁵⁾ las normas de derecho aplicables⁽¹²⁶⁾ y, a falta de acuerdo, corresponderá a los árbitros aplicar directamente la ley que estimen conveniente⁽¹²⁷⁾. Es de esperar que, en una futura modificación, la LGA autorice a los árbitros a aplicar “normas de derecho”, al igual que lo hacen, por ejemplo, las

(124) Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de un determinado Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. BLESSING, Marc, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, en: *ICCA XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, p. 167.

(125) THROPE, Jessica, “A Question of Intent: Choice of Law and the International Arbitration Agreement”, en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 54, Nº 4, 1999, p. 18. “It is a generally recognized principle of law that parties to an international contract have the freedom to choose the law applicable to their agreement (...) As such, party autonomy provides contracting parties with a mechanism to avoid the application of an unfavorable law to an international dispute”.

(126) Como bien señala BLESSING, Marc, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”. en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, Nº 2, 1997, p. 56, el término “reglas de derecho” denota una noción más amplia que “ley aplicable”, ya que no solo se refiere a una ley nacional sino, además, a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria*, el derecho transnacional, entre otros: “[T]he term ‘rules of law’ denotes a wider notion. It may not only mean a particular national law, but may, instead, mean general principles of law, *lex mercatoria*, any transnational concepts of law, principles and notions reflected in international conventions, or other principles of law such as those established by UNIDROIT in 1994”.

Sobre este tema, leer a: FOUCHARD, GAILLARD, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., pp. 785-838; WASSERSTEIN FASSBERG, Celia, “The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: *Lex Mercatoria* -Hoist with Its Own Petard?”. en: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, 2004, pp. 67-70; GAILLARD, Emmanuel, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, en: *Arbitration International*, Vol. 17, Nº 1, 2001, pp. 60-71; LOWENFELD, Andreas F., “Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View”, en: *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau (editor), Juris Publishing, 1998, pp. 75-87; y MANIRUZZAMAN, Abul F.M., “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, en: *American University International Law Review*, Vol. 14, 1999, pp. 658-714.

(127) La LGA peruana, al igual que algunas pocas legislaciones, como las de Francia, Holanda, Suiza, Alemania, México y España, autorizan a que el árbitro identifique de manera directa la ley aplicable, sin tener que recurrir a alguno de los métodos indirectos a partir de reglas de conflicto de leyes que tradicionalmente se utilizan para arribar a la ley aplicable. En ese sentido, BLESSING, Marc, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, cit., pp. 180-181, precisa que: “The so-called voie directe avoids the passage through any system of conflict of laws and avoids the determination of one or more particular rules of conflict of laws for making a determination of the law (or rules of law) applicable to the substance of the dispute(...) the direct method will, in most cases, consist of the arbitrators making a tacit (respectively: not further motivated) choice regarding the most relevant connecting factors for reaching their conclusion regarding the law or rules of law to be applied. One may, therefore, reasonably conclude that arbitrators, even when applying the direct method, will in some way determine the closest connection or the center of gravity of the particular contractual relationship”. Sobre los métodos indirectos y su problemática, leer a: CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., pp. 321-324; ENGLE, Rachel, “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives May to Predictability”, en: *Transnational Lawyer*, Vol. 15, 2002, pp. 326-355; FOUCHARD, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., pp. 865-878; y GARRO, Alejandro M., “The contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration”, en: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, Nº 1/2, 1995, p. 118. “This cumbersome method for determining the law applicable to a contract has been improved upon by what might be considered as an emerging (or at least progressive) trend which, without any reference to any conflicts system, allows the arbitrators to select either the substantive laws most closely connected to the dispute(...)”.

legislaciones arbitrales de Francia⁽¹²⁸⁾ y de España⁽¹²⁹⁾.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 117 de la LGA)⁽¹³⁰⁾.

8.6. Costos del arbitraje

El artículo 19 de la LGA dispone que la aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho a exigir a las

partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje⁽¹³¹⁾.

Cuando el arbitraje es institucional, todo lo relativo a los honorarios de la institución arbitral y de los árbitros, al anticipo de los fondos y al pago de los gastos estará determinado en el respectivo reglamento arbitral⁽¹³²⁾. Cuando el arbitraje es ad hoc generalmente estas materias serán determinadas por los árbitros.

Por su parte, el artículo 52 de la LGA exige a los árbitros que se pronuncien en

(128) FOUCHARD, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 877. "Article 1496 of the French New Code of Civil Procedure uses the expression 'rules of law' rather than the word 'law' with respect to the subject matter of the arbitrators' choice. Thus, in the absence of an express choice by the parties, the arbitrators are given the same freedom as the parties to consider a wide variety of sources when determining the applicable law".

(129) MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje*, cit., p.192. "[L]a Ley de Arbitraje va más allá que la Ley Modelo y, a diferencia de esta que utiliza la expresión ley aplicable cuando se trata de los árbitros (lo cual puede interpretarse como obligándolos a seleccionar un derecho nacional), la Ley de Arbitraje confiere a los árbitros la misma amplitud de que gozan las partes para, en defecto de selección por estas, decidir aplicar normas jurídicas no necesariamente originadas en un derecho nacional".

(130) DRAHOZAL, Christopher R., "Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration", en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 33, Nº 1, 2000, pp. 119-120. El autor se refiere a las siguientes legislaciones arbitrales que identifican a los usos mercantiles: Francia, Holanda, Rumania, China, Canadá, Chipre, Nigeria, Australia, Escocia, el Perú, Bermuda, Bulgaria, México, Federación Rusa, Túnez, Bahrain, Egipto, Hungría, Singapur, Ucrania, Kenia, India, Malta, Nueva Zelanda, Zimbabwe, Hong Kong, Alemania e Irlanda.

(131) Este es un derecho a favor de las instituciones arbitrales y los árbitros y, por lo tanto, una obligación de las partes que, como señalan CHILLÓN MEDINA, José / MERINO MERCHÁN, José, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1978, p. 185, "es oportuno porque supone una presunción general a favor de la profesionalidad arbitral, al tiempo que una prestación justa en reciprocidad con los deberes y obligaciones que asume el árbitro [y la institución arbitral] en el ejercicio de sus funciones".

(132) CAIVANO, Roque J., "Un ponderable criterio sobre honorarios en el arbitraje", en: *Jurisprudencia Argentina*, Nº 5856, Buenos Aires, 1993, p. 19. "Resulta necesario aclarar que la forma de resolver la cuestión variar según se trate de un arbitraje *ad hoc* o de un arbitraje institucionalizado, pues en este último caso resulta habitual que junto con la cláusula compromisoria en virtud de la cual acuerdan someter el diferendo al arbitraje de una determinada institución, las partes convengan también en someterse a los reglamentos de esa misma institución, cuyas normas resultan así convencionalmente incorporadas a la relación jurídica que une a las partes. Y los reglamentos de arbitraje de la mayoría de las entidades contienen previsiones expresas sobre el particular, de manera que en tales supuestos debe estarse a lo que dichas normas dispongan". FOUCHARD, "Relationship between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution", cit., p. 19, "Most institutional rules of arbitration lay down a scale of fees, which takes into account the commercial amount in dispute, and possibly, the difficulty of the case and the time spent by the arbitrators in deciding it. Such scales, as well as the decisions taken for applying them by the centres' administrative structures, are obviously contractual in character".

el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje⁽¹³³⁾, teniendo presente, de ser el caso, el pacto de las partes⁽¹³⁴⁾.

Los costos del arbitraje se dividen en dos: en primer lugar, los costos del procedimiento arbitral, que incluyen esencialmente los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral que administre el arbitraje o los honorarios del secretario en caso de un arbitraje ad hoc, los costos de la entidad nominadora de árbitros, si la hubiera, y los costos de los peritos y expertos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo término, existen los costos legales de las partes, que incluyen los honorarios de sus abogados, de sus

expertos y peritos, y los costos de sus testigos, principalmente⁽¹³⁵⁾.

Para la asignación de los costos, la LGA dispone que los árbitros tendrán en cuenta el resultado o sentido del laudo arbitral⁽¹³⁶⁾. Se trata de un punto de partida para la asignación de los costos del arbitraje, sin perjuicio de que los árbitros puedan considerar a partir de los hechos de cada caso arbitral en concreto otros factores que bien podrían llevarlos a tomar otra decisión⁽¹³⁷⁾.

8.7. Plazo para dictar el laudo arbitral y su notificación a las partes

En el arbitraje nacional, el laudo arbitral final deberá pronunciarse dentro de

(133) Como bien señala CONEJERO ROOS, Cristian, "Los costos en el arbitraje internacional", en: *El contrato de arbitraje*, SILVA ROMERO, Eduardo / MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coordinadores), Lexis, Bogotá, 2005, p. 737, citando para el efecto a Berger, "la intención de las partes de recibir un laudo susceptible de ejecución sobre los costos del arbitraje debe ser considerado como un elemento implícito del acuerdo arbitral celebrado entre las mismas. Del hecho de que los costos del arbitraje sean un elemento implícito en todo acuerdo arbitral, se sigue que la decisión de los árbitros en cuanto a los costos sea, por tanto, una parte integral de la decisión en cuanto al fondo de la disputa".

(134) Lo primero que debe analizar un árbitro es si las partes han pactado alguna regla en relación con los costos. Si es así, el tribunal arbitral debe respetar el acuerdo de las partes, ya que, como bien explica YUKIO GOTANDA, John, "Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations", en: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999, pp. 28-29, las partes en un arbitraje tienen el poder de definir todo lo relativo a su proceso arbitral, como, por ejemplo, el lugar del arbitraje, la materia controvertida, la ley aplicable a su contrato y las disposiciones sobre el procedimiento, por lo que, obviamente, ellas tienen también facultad para establecer las reglas en cuanto a los costos del arbitraje. Sobre este tema, como de las posibles excepciones a esta regla, leer a: SMITH, Murray L., "Costs of International Commercial Arbitration", en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 56, Nº 1, 2001, p. 33; y BÜHLER, Micha, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview", en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, Nº 2, 2004, pp. 28-30.

(135) YUKIO GOTANDA, "Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations", cit., p. 8. BÜHLER, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview", cit., p. 249.

(136) La LGA no exige que se aplique exclusivamente la regla "el costo sigue al evento" o "el perdedor paga". BÜHLER, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview", cit., p. 249. "[T]he rule of 'costs follow the event' or 'loser-pays rule' states, in essence, that the losing party is to compensate the winner for its costs (...)".

(137) BÜHLER, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview", cit., p. 264. "In those arbitration laws and rules, which expressly provide that costs follow the event, this principle is by no means made absolute. It is invariably subject to the broad exception that the arbitrator, in the exercise of his discretion, may depart from the presumption if the circumstances of the case so require". Entre los factores a considerar, identificamos, entre otros: si las pretensiones de las partes o sus medios de defensa han sido frívolos y si han impactado en los costos del arbitraje; la conducta procesal de las partes; y la buena fe en la posición jurídica o de hecho de las partes. Sobre este particular, leer a: SMITH, "Costs of International Commercial Arbitration", cit., pp. 33-34; BÜHLER, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview", cit., pp. 261-266; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 329-342.

los veinte días útiles de vencida la etapa de pruebas, salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio arbitral, en las reglas del proceso⁽¹³⁸⁾, o que las partes autoricen una extensión. En cualquier caso, los árbitros pueden establecer un plazo adicional no mayor de 15 días (artículo 48 de la LGA). En cambio, en el arbitraje internacional son las partes (o el reglamento de la institución arbitral) o los árbitros los que determinan libremente el plazo para laudar.

El tema del plazo dentro del cual los árbitros deberán emitir el laudo arbitral final resulta de suma importancia, ya que la emisión de un laudo arbitral tardío puede culminar con la anulación del mismo⁽¹³⁹⁾.

Emitido el laudo arbitral, este deberá ser notificado a las partes. Si el laudo es uno nacional, deberá notificarse dentro de los cinco días de emitido (artículo 53 de la LGA). En el arbitraje internacional no existe una norma equivalente, por lo que habrá que estar a lo que dispongan las reglas del proceso arbitral en particular⁽¹⁴⁰⁾.

La notificación del laudo arbitral no tiene por finalidad únicamente que las partes conozcan el contenido del fallo,

sino que, además, genera importantes consecuencias procesales: determina desde cuándo es exigible, desde cuándo corre el plazo para solicitar la aclaración, integración o corrección del laudo arbitral y desde cuándo corre el plazo para la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial⁽¹⁴¹⁾.

Por último, la LGA guarda silencio acerca de si se debe notificar a las partes el original o una copia del laudo arbitral. Sin embargo, es práctica en el Perú que los tribunales arbitrales notifiquen a las partes un original o una copia del laudo arbitral respectivo, sin que hasta la fecha se haya identificado problema alguno^o.

8.8. Laudo arbitral por acuerdo de las partes

Los artículos 41 y 118 de la LGA autorizan a las partes que arriban a una transacción o conciliación durante las actuaciones arbitrales a solicitar a los árbitros que dicho acuerdo se pueda registrar en la forma de un laudo arbitral en los términos convenidos por ellas⁽¹⁴²⁾. Este laudo tendrá la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia⁽¹⁴³⁾.

(138) Que pueden estar contenidas en el reglamento de la institución arbitral administradora del arbitraje o en las reglas del proceso arbitral dispuestas por los árbitros al momento de instalarse.

(139) Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 520-524.

(140) MONTOYA ALBERTI, "Perú", cit., p. 10.

(141) VAN HOUTTE, Hans, "The Delivery of Awards to the Parties", en: *Arbitration International*, Vol. 21, Nº 2, 2005, p. 177.

(142) En estos casos, el laudo arbitral no requerirá ser motivado. Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 350-359.

(143) SANDERS, Pieter, "Procedures and Practices under the UNCITRAL Rules", en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, Nºs 2-3, 1979, pp. 465-466. "An award on agreed terms (...) may be useful since the recorded settlement may be enforced like any other arbitral award". Además, existe consenso en la doctrina que este laudo podrá ser reconocido y ejecutado en un tercer Estado al amparo de la Convención de Nueva York. CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., p. 320. "[A] consent award would be granted recognition and be enforced as any other award. The enforcement proce-

Los árbitros deberán aceptar la solicitud de las partes, a menos que la conciliación o transacción viole de manera flagrante disposiciones de orden público⁽¹⁴⁴⁾.

Si la conciliación o transacción fueran parciales, continuará el proceso respecto de los demás puntos controvertidos⁽¹⁴⁵⁾.

Por otro lado, cabe destacar que la LGA autoriza a los árbitros a que promuevan acuerdos conciliatorios en todo momento⁽¹⁴⁶⁾.

8.9. Corrección, aclaración e integración del laudo arbitral

La LGA reconoce en los árbitros la facultad de corregir errores formales, aclarar algún punto del fallo o integrar un laudo arbitral cuando no se hubiera resuelto alguna materia sometida a su consideración⁽¹⁴⁷⁾.

La rectificación o corrección de un laudo arbitral procede únicamente cuando se han cometido errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar. No cabe utilizar este remedio para alterar el contenido de la decisión⁽¹⁴⁸⁾.

La aclaración tiene como propósito que se aclare, valga la redundancia, el laudo arbitral, a efectos de permitir su correcta ejecución; por ejemplo, cuando en la parte resolutive parece que existen órdenes contradictorias. Por lo tanto, no cabe que las partes apelen a este remedio para pretender que los árbitros les expliquen la parte considerativa del laudo y menos para que reformulen su razonamiento, ya que la aclaración no es sinónimo de reconsideración⁽¹⁴⁹⁾.

dures under the New York Convention and other bilateral and multilateral treaties make it easier for the parties to enforce an award than to bring suit in a national court under a settlement agreement".

(144) FOUCHARD, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 744. "The first question that arises here is whether the arbitrators are obliged to make a consent award where the parties so request. Most modern arbitration laws, which promote the principle of party autonomy, will require them to do so". MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 199. "En la medida en que se solicita el concurso de los árbitros para convertir la transacción en laudo y teniendo en cuenta que, por un lado, al prestar su concurso, de una u otra forma, participan de dicha transacción, y, por otro lado, no son mandatarios de las partes, se permite a estos oponerse a dictar dicho laudo. La facultad de objetar que se concede al árbitro debe, en todo caso, ejercerse con suma restricción y de manera razonable y justificada, pues está destinada a permitir al árbitro rehusar prestar su concurso si la transacción alcanzada por las partes, por ejemplo, conlleva una violación al orden público o compromete su responsabilidad".

(145) Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 350-359.

(146) Artículo 41 de la LGA.- "Los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento". CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2ª ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 227. "Nadie mejor que el propio árbitro puede evaluar la oportunidad de una conciliación. Su contacto permanente con las partes, su conocimiento del caso y de las personalidades le permitir evaluar cuándo la conciliación es posible y cuándo deviene en un intento estéril. De forma tal que la mejor regla a este respecto es la de dar al árbitro plena libertad para citar o no citar formalmente a las partes a audiencia de conciliación, y de determinar por sí el momento y el modo más adecuado para hacerlo".

(147) Artículos 54-55 y 122 de la LGA. Los árbitros pueden corregir e integrar un laudo arbitral de oficio o a pedido de parte. La aclaración solo procede a pedido de parte.

(148) WILLIAMS, David A.R. / BUCHANAN, Amy, "Correction and Interpretation of Awards under Article 33 of the Model Law", en: *International Arbitration Law Review*, Vol. 4, Nº 4, 2001, p. 121. "Correction cannot be used to alter the meaning of an arbitral award".

(149) DALY, Brooks W. "Correction and Interpretation of Arbitral Awards under the ICC Rules of Arbitration", en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 13, Nº 1, 2002, pp. 63-64. "A request for interpretation

Un último remedio es la integración del laudo arbitral, que “tiene por finalidad salvar las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia”⁽¹⁵⁰⁾.

Este remedio no es válido para pretender que los árbitros se pronuncien respecto a que no se habría respondido a todas las alegaciones y argumentos de las partes, simplemente porque un tribunal arbitral no tiene por qué analizar y pronunciarse acerca de cada una de las argumentaciones adelantadas por las partes y porque, además, en el fondo ese pedido claramente esconde una solicitud de reconsideración que no corresponde que los árbitros ejerciten en este Estado del proceso arbitral⁽¹⁵¹⁾.

Por otro lado, la LGA guarda silencio acerca de la consecuencia de que los árbitros no emitan la aclaración, corrección o integración del laudo dentro de los plazos previstos. Ante este vacío, consideramos aplicable en toda su extensión la opinión de Díez-Hochleitner⁽¹⁵²⁾, quien, en relación con la legislación española que también guarda silencio, afirma correcta-

mente lo siguiente: “El artículo 39 de la NLA no establece las consecuencias de la falta de resolución por los árbitros, en el plazo acordado o legalmente previsto, sobre las solicitudes de corrección, aclaración o complemento del laudo... El artículo 41.4 se limita a fijar el *dies a quo* respecto de la acción de anulación en la fecha de expiración del plazo para la decisión por los árbitros de la solicitud de corrección, aclaración o complemento, en los supuestos en que haya tenido lugar. Ahora bien, atendiendo a los precedentes legislativos y a la inseguridad jurídica que comportaría una suerte de estimación tácita de las solicitudes de corrección, aclaración o complemento, cabría considerar como inalterada la solución legal de desestimación en caso de falta de resolución en el plazo establecido”. Por tanto, vencido el plazo para corregir, aclarar o integrar el laudo arbitral sin que los árbitros hayan emitido pronunciamiento, comenzará a correr el plazo para que las partes planteen el recurso de anulación del laudo arbitral.

Por último, la resolución que corrige, aclara o integra el laudo arbitral formará parte del mismo⁽¹⁵³⁾.

is properly made when the terms of an award are so vague or confusing that a party has a genuine doubt about how the award should be executed”. WOLFGANG KAHN, “Rectification and Interpretation of Arbitral Awards”, en: *The ICC International Court Arbitration Bulletin*, Vol. 7, N° 2, 1996, p. 79. “[I]nterpreting is not judging. Interpreting is seeking the meaning of the impact of an unclear or ambiguous judgment. In the face of problems in enforcing an award, resulting from the fact that the award is unclearly worded, parties may thus be led to request the arbitral tribunal to remove a doubt, explain a word or an expression, and/or clarify a ground that is too concisely worded, but without ever undermining the award’s *res judicata* authority”.

(150) VIDAL RAMÍREZ, *Manual de Derecho Arbitral*, cit., p. 135.

(151) FOUCHARD, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, cit., p. 777. “In some cases, the arbitral tribunal fails to decide one of the heads of claim. This situation is not to be confused with that where the tribunal does not respond to all the allegations, or even all the arguments put forward by the parties”.

(152) Díez-Hochleitner, “La Nueva Ley Española de Arbitraje”, cit., p. 27.

(153) La LGA (artículo 52, último párrafo) establece que los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo arbitral. Sobre esta materia, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Corrección, aclaración e integración del laudo arbitral”, en: *Normas Legales*, T. 357, Lima, 2006, pp. 3-9; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 359-368.

8.10. Protocolización o registro del laudo arbitral

La LGA no exige que el laudo arbitral sea protocolizado ante un notario. Sin embargo, si así lo desean las partes, pueden proceder a la protocolización, bajo su costo (artículo 57 de la LGA).

Tampoco existe exigencia legal alguna de que el laudo arbitral se registre o deposite en el Poder Judicial⁽¹⁵⁴⁾.

9. RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

9.1. Recurso de apelación

En el arbitraje nacional, las partes de un arbitraje de derecho pueden pactar la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral (artículo 60 de la LGA). En el caso del arbitraje internacional, cabe el pacto de este recurso ante una segunda instancia arbitral⁽¹⁵⁵⁾.

El trámite ante una segunda instancia arbitral estará regulado por el acuerdo

de las partes y, en su defecto, por lo dispuesto en el artículo 62 de la LGA. El trámite ante el Poder Judicial se encuentra establecido en los artículos 63 y 69 de la LGA, siendo el plazo para su interposición de diez días hábiles contados desde la notificación del laudo arbitral o de la corrección, integración o aclaración del mismo⁽¹⁵⁶⁾.

9.2. Recurso de anulación

Contra los laudos arbitrales (sean estos de una sola o de doble instancia) procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial⁽¹⁵⁷⁾, conforme a causales taxativamente establecidas en la LGA. La interposición de este recurso no autoriza al Poder Judicial a entrar al fondo de la controversia, bajo responsabilidad (artículos 61 y 123 de la LGA)⁽¹⁵⁸⁾.

El plazo para interponer el recurso de anulación es de diez días hábiles contados desde la notificación del laudo arbitral (de primera o de segunda instancia, según corresponda) o de notificada la

(154) VÁRADY / BARCELÓ / VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 521. "In some countries it is still necessary to deposit the award with a court at the place of arbitration". Como es el caso de Bélgica, Holanda y Egipto, entre otros.

(155) MONTOYA ALBERTI, "Perú", cit., p. 10. "Appeal to a second arbitral instance is permitted by the law (...) if the parties have so agreed, both in international and domestic arbitration (ArT. 89 and 62)".

(156) Ver CANTUARÍAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 393-396.

(157) Se trata de un recurso de orden público que, como explica REISMAN, W. Michael, *Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, pp. 1-6, se constituye en un mecanismo de control que pretende evitar el exceso de poder de los árbitros: "Arbitration is a delegated and restricted power to make certain types of decisions in certain prescribed ways. Any restricted delegation of power must have some system of control (...).

Without it, whatever an arbitrator did, no matter how inconsistent it might have been with his instructions, would have produced a binding award. The arbitrator would become an absolute decision-maker and arbitration would lose its character of restrictive delegation. Excés de pouvoir is the conceptual foundation of control for arbitration". CANTUARÍAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 373-379.

(158) En el arbitraje nacional, si las partes pactaron apelación ante el Poder Judicial y una de ellas lo invoca, ya no procederá la interposición del recurso de anulación (artículo 70 de la LGA).

resolución que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o integración del laudo arbitral (artículo 71 de la LGA). Este plazo es de 15 días útiles tratándose de laudos arbitrales internacionales (artículo 124 de la LGA). El recurso se presenta directamente ante la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje y se sustancia de conformidad a lo dispuesto del artículo 74 al 77 de la LGA⁽¹⁵⁹⁾.

Si el arbitraje es internacional y ninguna de las partes es de nacionalidad peruana o tiene su domicilio o residencia habitual en el Perú, ellas pueden pactar en cualquier momento la renuncia a interponer el recurso de anulación o a limitar dicho recurso a una o más de las causales de anulación establecidas en la LGA⁽¹⁶⁰⁾. En estos casos, si se pretende la ejecución del laudo arbitral en el país, serán aplicables las disposiciones referidas al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (artículo 126 de la LGA).

Las causales de anulación se encuentran dispuestas de manera taxativa en los artículos 73 y 123 de la LGA. Aquí conviene precisar que las causales de anulación de los laudos arbitrales nacionales son prácticamente las mismas a las aplicables a los fallos arbitrales internacionales y a las que se aplican al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros conforme a la Convención de Nueva York de 1958⁽¹⁶¹⁾.

10. EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En caso no se haya planteado recurso de anulación contra un laudo arbitral o interpuesto este recurso sea desestimado por el Poder Judicial, conforme al artículo 83 de la LGA, el laudo tiene el valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento⁽¹⁶²⁾.

(159) OSTERLING PARODI, "Peru", cit., p. 217. "Article 124 of the GLA provides that the procedure governing the annulment of international arbitration awards shall be the same as that governing domestic arbitrations". Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 379-386

(160) DAWSON, Frank Griffith, "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: asistencia o intervención", en: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, N° 15, Lima, 1997, p. 208. "La legislación Peruana de Arbitraje estipula una solución más equilibrada que la de Bélgica, previa a una última reforma] cuando ninguna de las partes es peruana, no está domiciliada o reside habitualmente en el Perú. En dichos casos, las partes pueden acordar en la cláusula de arbitraje de su contrato, o, en adelante, renunciar al derecho de solicitar la anulación, o restringir el ejercicio de dicho derecho a solo uno o más de los fundamentos para anulación estipulados en la ley. La inspiración legislativa para esta cláusula fue claramente la Legislación de Arbitraje Suiza que incluye una disposición análoga". CANTUARIAS SALAVERRY, "Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje", cit., p. 73. Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 386-392.

(161) CANTUARIAS SALAVERRY, "La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje", cit., pp. 203-209; CANTUARIAS SALAVERRY, "Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero", cit., pp. 87-95; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento", cit., pp. 137-141; CANTUARIAS SALAVERRY, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del debido proceso y el derecho de defensa", cit.; CANTUARIAS SALAVERRY, "Consecuencias de la anulación de un laudo arbitral", cit.; CANTUARIAS SALAVERRY, "Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral", cit; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 474-524.

(162) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Ejecución de laudos arbitrales dictados en el Perú", en: *Derecho & Sociedad*, N° 25, Lima, 2005.

En caso sea necesario recurrir al apoyo del Poder Judicial, serán de aplicación del artículo 83 al 86 de la LGA⁽¹⁶³⁾ y del 713 al 718 del Código Procesal Civil, estos últimos en todo lo que no contravengan a la LGA⁽¹⁶⁴⁾.

Será competente para conocer de la ejecución el juez especializado en lo civil del lugar de la sede del arbitraje, que corresponda en la fecha de la solicitud⁽¹⁶⁵⁾. La solicitud de ejecución deberá estar acompañada de una copia del convenio y del laudo arbitral. Además, si existió una segunda instancia arbitral, habrá que adjuntar copia del laudo respectivo. En caso se hubiere interpuesto recurso de anulación ante el Poder Judicial, corresponderá acompañar a la solicitud una copia del fallo judicial correspondiente (artículo 85 de la LGA)⁽¹⁶⁶⁾.

Cabe destacar que, a la fecha, una comisión creada por el Ministerio de Justicia ha propuesto la reforma de las reglas sobre ejecución de laudos arbitrales, a efectos de que la interposición y pendencia del recurso de anulación no suspenda la ejecución de un laudo arbitral, salvo cuando

el juez que conoce de esa causa dicte una medida cautelar de suspensión de la ejecución, en cuyo caso deberá ordenar el otorgamiento de las garantías respectivas⁽¹⁶⁷⁾.

11. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Conforme al artículo 128 de la LGA, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales foráneos se regirá por lo dispuesto por la Convención de Nueva York de 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocida como la Convención de Panamá, 1975) o por cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte. El tratado a ser aplicado, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, será el más favorable a la parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁽¹⁶⁸⁾.

A la fecha, el tratado más favorable a la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero en el Perú es la Convención de Nueva York⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶³⁾ Si el laudo es internacional, serán aplicables, además, los artículos 125, 127, Par. 2, y 131 de la LGA.

⁽¹⁶⁴⁾ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, "Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial", cit., pp. 136-139.

⁽¹⁶⁵⁾ En el caso de un laudo internacional, el artículo 125 de la LGA identifica como competente al juez especializado en lo civil del domicilio del demandado o, si el demandado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde este tenga sus bienes.

⁽¹⁶⁶⁾ Conforme al artículo 125 de la LGA, si el laudo o el convenio arbitral no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos.

⁽¹⁶⁷⁾ La propuesta sigue de cerca lo dispuesto en el artículo 45(1) y (2) de la Nueva Ley de Arbitraje de España. STAMPA, Gonzalo, "The 2003 Spanish Arbitration Act", en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, Nº 4, 2004, p. 692. Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 416-419.

⁽¹⁶⁸⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Arbitraje nacional, internacional y extranjero en la Ley General de Arbitraje", en: *Gaceta Jurídica. Actualidad Jurídica*, T. 117, Lima, 2003, pp. 15-29; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 424-432.

⁽¹⁶⁹⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Convención de Nueva York vs. Convención de Panamá sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales", en: *Laudos, Revista del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú*, Nº 2, Lima, 2004, pp. 1-3; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 424-432.

Cabe destacar que el Perú se ha adherido a este instrumento internacional sin apelar a las reservas de reciprocidad y materia comercial⁽¹⁷⁰⁾.

En caso la Convención de Nueva York no resulte aplicable⁽¹⁷¹⁾, el reconocimiento se regirá por lo dispuesto en el artículo 129 de la LGA, norma que establece exactamente las mismas causales para no reconocer un fallo arbitral que el mencionado tratado⁽¹⁷²⁾.

El reconocimiento se tramita como un proceso no contencioso⁽¹⁷³⁾ y se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior del domicilio del demandado o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, en el lugar donde este tenga sus bienes (artículos 127 y 130 de la LGA).

Los documentos que deberán presentarse son aquellos dispuestos por el artículo IV de la Convención de Nueva York⁽¹⁷⁴⁾.

Solo si la Corte Superior no acepta el reconocimiento en todo o en parte del laudo

arbitral extranjero, procederá recurso de casación ante la Corte Suprema de la República.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la LGA, reconocido el laudo arbitral extranjero, este se ejecutará en el Perú de acuerdo con el procedimiento previsto para la ejecución de los laudos arbitrales locales⁽¹⁷⁵⁾.

12. PARTICIPACIÓN DEL ESTADO PERUANO EN ARBITRAJES

12.1. Arbitraje en la contratación estatal

El último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993 dispone que el “Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual... a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la Ley”⁽¹⁷⁶⁾.

En cumplimiento del texto constitucional, los artículos 2 y 92 de la LGA

(170) CANTUARIAS SALAVERRY, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales”, cit.; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit.; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 56-62.

(171) CANTUARIAS SALAVERRY, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: la Convención de Nueva York vs. la Ley General de Arbitraje”, cit., pp. 124-131; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 433-443.

(172) CANTUARIAS SALAVERRY, “Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero”, cit.; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje”, en: *Derecho*, N° 56, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 583-613; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 474-535.

(173) Las normas aplicables serán los artículos 749-762 y 837-840 del Código Procesal Civil, en todo lo que no se oponga a los artículos 127 y 130 de la LGA. Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 446-456.

(174) El artículo 127 de la LGA dispone que si el convenio o el laudo arbitral no estuvieran redactados en castellano, deberá presentarse una traducción a ese idioma. Por su parte, el artículo 96 de la LGA regula lo concerniente a la legalización y autenticación de documentos.

(175) Ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 456.

(176) Sobre las disposiciones de las Constituciones de 1933, 1979 y 1993, acerca de la participación del Estado peruano en arbitrajes, ver: CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 461-468.

establecen que si el Estado (cualquiera sea la repartición pública involucrada, inclusive sus empresas) suscribe contratos con particulares (nacionales o extranjeros), el conflicto podrá someterse a arbitraje nacional si el particular domicilia en el Perú. En cambio, si el particular (nacional o extranjero) es un no domiciliado, la controversia podrá someterse a arbitraje internacional en el Perú e, inclusive, podrá arbitrarse fuera del país (arbitraje extranjero). En la LGA el Estado peruano no goza de beneficio alguno, debiendo actuar, por lo tanto, como un particular más.

Por su parte, a base del texto constitucional, si la controversia está referida a actividades financieras, el arbitraje con particulares nacionales y extranjeros no domiciliados, como con extranjeros domiciliados, podrá realizarse en el Perú (arbitraje internacional) o en el extranjero (arbitraje extranjero).

El único requisito adicional que exige la LGA, que creemos es razonable, es el de imponer que el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio, cuando se traten de arbitrajes internacionales o extranjeros⁽¹⁷⁷⁾.

En caso cualquiera de los organismos y empresas del Estado adquieran bienes o contraten servicios u obras, será de aplicación la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁽¹⁷⁸⁾, la cual dispone que cualquier controversia que se presente en la interpretación o ejecución de los contratos, necesariamente deberá someterse a un arbitraje de derecho en el país⁽¹⁷⁹⁾.

12.2. Arbitraje en materia de inversiones

El artículo 62 del actual texto constitucional establece que mediante “contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente...”⁽¹⁸⁰⁾.

(177) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales”, en: *Revista Advocatus*, N° 7, Lima, 2002, pp. 178-193.

(178) En la actualidad se encuentra vigente el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La ley y su reglamento se ubican en: www.consucode.gob.pe/descarga/Ley_yNuevo_Reglamento.pdf.

(179) El artículo 23 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, excluye del conocimiento de los árbitros las controversias referidas a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y la aprobación de mayores gastos de supervisión, cuando, conforme a ley, deba de intervenir la Contraloría General de la República. Sobre una crítica a esta disposición, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 21, Lima, 2003. Se puede acceder a mayor información en: www.consucode.gob.pe/htmls/consultas/laudos_arbitrales.

(180) RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 294-295. “Los contratos ley tienen esta denominación, precisamente, porque una vez acordados y aprobados por el Estado, son inmodificables por el plazo que en ellos se establezca. Su finalidad consiste en dar garantías a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan. De esta manera, los inversionistas pueden hacer un cálculo de costos e inversión para el largo plazo. Por ello, estos contratos se llevan a cabo, principalmente, para obras de larga maduración o de alta inversión para explotación duradera (típicamente, contratos de explotación minera)”. Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, acción de inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley: “[M]ediante [los] contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y

Estos contratos-ley pueden ser sometidos a la vía arbitral.

A la fecha, los principales contratos-ley aceptados por la legislación peruana están constituidos por los convenios de estabilidad jurídica que “están regulados por dos tipos de normas. El primero comprende los dispositivos legales que establecen las condiciones generales aplicables a todos los sectores de la economía tales como el Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera (Decreto Legislativo 662) y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo 757) y el segundo corresponde a los dispositivos legales aplicables a determinados sectores tales como el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo 014-92-EM) y la Ley Orgánica de Hidrocarburos...”⁽¹⁸¹⁾.

De conformidad con estas disposiciones, las controversias derivadas de los

convenios de estabilidad jurídica pueden someterse a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú o al arbitraje nacional e internacional de acuerdo con la LGA.

Así, el Estado y los inversionistas extranjeros pueden pactar el sometimiento de los conflictos que se generen de los contratos de estabilidad jurídica al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁽¹⁸²⁾, ya que el Perú ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mediante Resolución Legislativa 26210⁽¹⁸³⁾.

Además, también cabe que estas controversias se sometan al arbitraje nacional e internacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 92 de la Ley General de Arbitraje⁽¹⁸⁴⁾.

otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este”.

(181) BUSTAMANTE, Pablo / COM COM, Mónica / DE LA CRUZ, Ricardo, “Impacto económico de la inversión asociada a los convenios de estabilidad jurídica en el Perú”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, Nº 1, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, p. 64. Para un análisis más exhaustivo acerca del marco legal aplicable a los contratos-ley y a otros contratos sobre inversiones y la celebración de pactos arbitrales, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado peruano y los inversionistas”, en: *Themis, Revista de Derecho*, Nº 48, Lima, 2004, pp. 174-186; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 832-881.

(182) Cantuarias Salaverry / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 484-501; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Necesidad de que el Perú suscriba la Convención de Washington (CIADI)”, en: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, Nº 2, Lima, 1991; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Algunos apuntes acerca del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 56, año XVIII, Lima, 2003; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Condiciones para acceder al CIADI: a propósito del Caso Lucchetti”, en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, Nº 1, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Recursos contra los laudos arbitrales y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales CIADI”, en: *Revista Advocatus*, Nº 11, Lima, 2005, pp. 112-122; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 601-621.


(183) Publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de julio de 1993 y en vigencia desde el 8 de setiembre de 1993.

(184) Sobre este particular, leer a CANTUARIAS SALAVERRY, “La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado peruano y los inversionistas”, cit., pp. 167-174, en el que se analizan los pactos arbitrales contenidos en 414 convenios de estabilidad jurídica celebrados con inversionistas y 178 con empresas receptoras de la inversión, celebrados de 1993 a mayo de 2004 al amparo de los decretos legislativos 662 y 757. Ver además, CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 832-841.

Por otro lado, el Perú ha suscrito hasta la fecha 31 Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) con los siguientes Estados: Reino de Tailandia, Confederación Suiza, República de Corea, República de Bolivia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Francia, República de Paraguay, República Checa, República de Colombia, Reino de Suecia, República de Italia, República de Rumania, República Popular China, Reino de España, República de Portugal, República Argentina, Reino de Dinamarca, Reino de los Países Bajos, República de Alemania, Reino de Noruega, República de Finlandia, Malasia, República de Australia, República de El Salvador, República de Venezuela, Re-

pública de Chile, República de Cuba, República del Ecuador, República de Singapur, la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República de Canadá⁽¹⁸⁵⁾. Además, se encuentra en etapa de implementación un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Todos estos tratados habilitan el sometimiento de los conflictos a arbitraje, preferentemente al CIADI⁽¹⁸⁶⁾.

Por último, el Perú es parte del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (más conocido como el MIGA) y del OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*), que también habilitan la vía arbitral en la solución de controversias⁽¹⁸⁷⁾. 

(185) Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, www.rree.gob.pe/portal/economia2.nsf/. Los BITs celebrados por el Perú se ubican en: www.proinversion.gob.pe/orientacion/convenios/cont_1.htm.

(186) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje", en: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, Nº 2, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 29-50; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 601-621.

(187) CANTUARIAS SALAVERRY / ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, cit., pp. 505-508; y CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 886-891.

¿SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ARBITRAJE O EN EL PODER JUDICIAL? MECANISMOS PARA INTEGRARLAS EN UNA SOLA JURISDICCIÓN

Por: FELIPE OSTERLING PARODI (*)

El arbitraje y el Poder Judicial deben aprender a convivir en el Perú. Esta ha sido la conclusión de más de un congreso de arbitraje en nuestro país y forma parte de las frecuentes reflexiones que se realizan en cátedras universitarias, artículos especializados, conferencias, entre otros.

Todos estos esfuerzos están orientados a establecer en nuestro país que el arbitraje contribuye a la administración de justicia y sobre todo a fomentar un clima de paz social, a través de la resolución alternativa de conflictos. Por ello, los arbitrajes deben ser entendidos como un apoyo al Poder Judicial antes que un ente paralelo. De hecho, los conflictos generados entre el arbitraje y el Poder Judicial han merecido el pronunciamiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien ha dictado medidas para que los jueces del país respeten la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, cada vez se presentan con más frecuencia los arbitrajes plurilaterales o multilaterales, es decir, aquellos en que por la naturaleza de la controversia existen más de dos sujetos involucrados que podrían verse afectados por los alcances del laudo. En estos supuestos, se da el caso en que, ya sea por convicción o por estrategia procesal, alguno de los involucrados no está dispuesto a acudir al arbitraje, a cuyo efecto cuestiona la aplicación del convenio arbitral e, inclusive, inicia acciones destinadas a llevar la controversia al Poder Judicial, a fin de abstraerse del arbitraje.

Sin embargo, este afán de alguno de los sujetos involucrados puede ser frenado a través de mecanismos procesales previstos por la legislación para acumular la controversia en una sola jurisdicción, esto es, en la jurisdicción arbitral. La aplicación de estos mecanismos es parte del

(*) Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Osterling.

ejercicio que me propongo desarrollar en esta exposición. Desde luego que, cualesquiera que sean los argumentos que se expongan ahora, la colaboración del Poder Judicial y de los árbitros (en ambos casos para rechazar o reafirmar su competencia) será fundamental para que las controversias sean dilucidadas en la sede que les corresponda.

Para efectos prácticos, he dividido mi exposición en dos partes:

- (i) La primera, referida a los lineamientos para establecer cuándo una controversia debe discutirse en arbitraje o cuándo, no obstante la existencia de un convenio arbitral, dicha controversia deba ser llevada al Poder Judicial debido a su naturaleza no arbitrable.
- (ii) En la segunda parte me coloco en el escenario en que, habiéndose establecido que una controversia debe discutirse en arbitraje, algunos de los sujetos involucrados busque eludir el convenio arbitral judicializando la controversia, planteando medidas cautelares o procesos de amparo o iniciando acciones declarativas ante el Poder Judicial.

Frente a este escenario, en esta segunda parte de la exposición se plantean algunas alternativas que permiten acumular la controversia en sede arbitral.

Para efectos de la primera parte, es decir de los planteamientos para determinar que una controversia es arbitrable, mi

análisis pasará por precisar los alcances de la normatividad general, esto es, la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. El artículo 1 de la citada Ley, establece la regla para definir qué tipo de controversias pueden ser sometidas a arbitraje. A continuación, dicha norma complementa los alcances de la regla general a través de la enumeración de las excepciones referidas a los supuestos que no son arbitrables.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje señala que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables “sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición”. Esta es la regla fundamental que deberá tenerse en cuenta para establecer que tipo de controversias son arbitrables.

Sobre el particular, según refiere Lohmann⁽¹⁾, es requisito primario para que pueda instaurarse un proceso arbitral, que entre dos o más partes haya o pueda haber un conflicto. Mas no cualquier conflicto, sino uno con implicancias jurídicas de Derecho Privado y sobre cuestiones respecto de las cuales dichas partes poseen facultad legal de decisión y, a la postre, de disposición. Asimismo, se requiere que los sujetos involucrados acuerden que el conflicto sea resuelto o dirimido por un tercero –el árbitro– cuyo poder de decisión, como es lógico, derivará del poder que las partes le han conferido, por lo que deberá entenderse circunscrito solamente a aquellas materias ubicadas dentro de la esfera de libre disposición de las partes.

(1) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El Arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 41.

Conforme señalan Cantuarias y Aramburú⁽²⁾, “con relación a los temas o controversias arbitrables, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a ‘*facultad de libre disposición*’ ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez puede celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitraje”.

En este orden de ideas, la disponibilidad de la materia controvertida resulta determinante para establecer su carácter arbitrable. En efecto, debe tenerse presente que el arbitraje es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia⁽³⁾.

A mayor abundamiento, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional “*reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias*

sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”. De ahí que pueda sostenerse que el arbitraje al que las partes sometan la controversia, es independiente.

A fin de completar esta primera parte de nuestro análisis sobre el carácter arbitrable de una controversia, es preciso establecer que la materia controvertida no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje. Según esta norma, no pueden someterse a arbitraje las controversias:

- (i) Que versan sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni sobre los bienes o derechos de incapaces.
- (ii) Asimismo, tampoco pueden someterse a arbitraje, las materias controvertidas que hayan sido objeto de un proceso judicial en el cual exista una resolución judicial firme. Esta prohibición está referida a la excepción de cosa juzgada que podría hacerse valer válidamente en caso de iniciar un arbitraje sobre una materia que ha merecido el pronunciamiento del Poder Judicial.
- (iii) En tercer orden, tampoco pueden someterse a arbitraje las controversias cuyas pretensiones interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas.

(2) CANTUARIAS, Fernando / ARAMBURÚ, Manuel Diego, *El Arbitraje en el Perú, Desarrollo actual y perspectivas*, Fundación M.J. Bustamante, Lima, 1994, p. 191.

(3) MONTERO AROCA, Juan, *et. al. Derecho Jurisdiccional*, Enmarce, Lima, 1999, p. 166.

En este punto es importante establecer cuándo la materia controvertida podría considerarse como de orden público y, por tanto, si su dilucidación puede ser objeto de arbitraje.

Para Marcial Rubio⁽⁴⁾, a efectos de delimitar los alcances del “orden público”, debe tenerse en cuenta que su referencia es plurisignificante en el derecho; sin embargo, el sentido que parece haber querido otorgarle el legislador en este caso específico se encuentra más referido al concepto jurídico que atañe al cumplimiento ineludible de las disposiciones legales de carácter imperativo.

Bajo esta definición, a criterio de Messineo⁽⁵⁾ un acto jurídico contrario al orden público (llamado también acto jurídico prohibido) es aquel que va contra los principios fundamentales de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho imperativo, es decir, que debe observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. A través de la figura del orden público se brinda protección a los principios jurídicos básicos que constituyen la esencia de un Estado.

En tal sentido, atendiendo a que los particulares no pueden pactar –y mucho menos disponer– en contra de normas imperativas, las materias arbitrables deberán encontrarse fuera de este ámbito.

(iv) Por último, no son arbitrables las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público. Para ser más precisos, cabe señalar que las materias no arbitrables a que alude esta excepción son aquellas que involucran el ejercicio de funciones o atribuciones por parte del Estado o de personas de derecho público, advirtiéndose que dichas funciones o atribuciones deberán ser de imperio.

De otro lado, el artículo 39 de la citada Ley General de Arbitraje establece, acogiendo el principio *kompetenz - kompetenz*, que “los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia”. Es justamente por ello que los tribunales arbitrales se podrían declarar competentes para conocer de las controversias sometidas a su competencia en ejercicio de dicha norma.

Abunda en esta tesis otra Sentencia del Tribunal Constitucional por la cual se reitera “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, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta

(4) RUBIO, Marcial, *Título Preliminar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 95.

(5) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 47.

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”.

Cabe destacar que para el Tribunal Constitucional la competencia del árbitro alcanza la posibilidad de que excluya el conocimiento de la controversia por la jurisdicción ordinaria cuando algunos de los sujetos involucrados hubiese optado por acudir a ella. Bajo este criterio, considero que un tribunal arbitral tiene facultades suficientes para rechazar cualquier intento del Poder Judicial de dejar sin efecto el arbitraje, pero adicionalmente, dicho tribunal arbitral se encuentra facultado para atraer a cualquier sujeto que hubiese iniciado acciones ante el Poder Judicial en tanto la materia objeto de dicho proceso resulte arbitrable. Este aspecto es analizado en la segunda parte.

Hasta aquí lo relativo a la competencia del tribunal arbitral.

Ahora bien, habiéndose establecido los lineamientos para definir cuándo una controversia debe discutirse en arbitraje, cabe señalar que a menudo proliferan los argumentos por los cuales se cuestiona la competencia de un tribunal arbitral. Recientemente me ha llamado la atención el argumento aducido por una parte poten-

cial en un arbitraje, según el cual la materia controvertida constituiría un supuesto de incertidumbre jurídica que solo puede ser dilucidada por el Poder Judicial.

Es claro a mi juicio, entonces, que la circunstancia de que se alegue que una pretensión planteada en un arbitraje constituye un caso de incertidumbre jurídica que corresponde ser resuelta por el Poder Judicial, no enerva la competencia de un tribunal arbitral. Veamos.

De conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, *“el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.*

Sobre los alcances del concepto de incertidumbre con relevancia jurídica, se ha señalado por Juan Monroy Gálvez que *“es la ausencia de certeza en la producción o existencia de un hecho o acto”*⁽⁶⁾. Esta definición nos indica que la incertidumbre jurídica es un término sumamente genérico referido a cualquier problema jurídico respecto del cual no exista certeza. Tal ausencia de certeza puede versar sobre aspectos patrimoniales o no patrimoniales, disponibles o de orden público. En tal sentido, no es la incertidumbre jurídica *per se* lo que determina que un caso deba someterse al Poder Judicial, pues dependiendo de la naturaleza de la incertidumbre su solución podría ser llevada a arbitraje por las partes.

(6) MONROY GÁLVEZ, Juan, “Partes, Acumulación, Litisconsorcio, Intervención de Terceros y Sucesión Procesal en el Código Procesal Civil”, en: *Ius et Veritas*, Año IV, N° 6, p. 42.

El autor citado refiere como ejemplo que el fallecimiento de una persona sin haber otorgado testamento, produce desde su ocurrencia una sucesión legal. La masa hereditaria es transferida del fallecido a sus sucesores, de tal suerte que, teóricamente, éstos podrían disponer de ella casi de inmediato. Sin embargo, si por ejemplo se tratara de un inmueble inscrito que los sucesores quisieran gravar, tal acto no podría ocurrir hasta que no se anotara en el registro, y esto solo se producirá si los sucesores inician un proceso destinado a ser “ratificados” como sucesores. Este es un caso de eliminación de incertidumbre jurídica.

Cabe precisar que este ejemplo no podría ser sometido a arbitraje, pero no por tratarse de una incertidumbre jurídica, sino por ser una materia que concierne al orden público.

En tal sentido, aun cuando la controversia fuese calificada por uno de los sujetos involucrados como un caso de incertidumbre jurídica, ello no determina que deba ir al Poder Judicial, sino que puede ser perfectamente dilucidada por un tribunal arbitral, pues se trata de una materia de libre disposición y que no forma parte del orden público.

A mayor abundamiento, el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú, aplicable al arbitraje en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional de febrero de 2006, a que me he referido anteriormente, reconoce como derecho de la administración de justicia “*la tutela jurisdiccional*”. Tal temperamento determina que en virtud de la tutela jurisdiccional que le encarga la Constitución

el arbitraje constituya un mecanismo idóneo para resolver conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas.

Asimismo, debemos tener en cuenta que muchas veces, antes que hablar de incertidumbre jurídica, nos encontramos ante un supuesto de “conflicto de intereses”. Se sostiene que el conflicto está referido a “la existencia de intereses recíprocamente resistidos u opuestos, respecto de un determinado bien jurídico”.⁽⁷⁾

En el caso de los arbitrajes es claro que estamos ante un proceso contencioso, de ahí que el concepto de conflicto de intereses resulte más apropiado que el de incertidumbre jurídica.

Es claro entonces que la resolución de un conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre con relevancia jurídica no constituyen aspectos que nuestro ordenamiento haya reservado para el Poder Judicial, sino que pueden verse en arbitraje.

Por otra parte, es frecuente que como consecuencia de las estrategias procesales las partes involucradas se muestren reticentes a acudir al arbitraje o, eventualmente, inicien procesos judiciales sobre la misma materia controvertida a fin de trasladar la discusión a la sede judicial. En tal sentido, a continuación les presento algunas herramientas procesales que en mi experiencia como árbitro o como abogado de parte en arbitrajes, han facilitado la acumulación de la discusión en una sola vía, el arbitraje, descartando al Poder Judicial. Asimismo, estos mecanismos permiten atraer al arbitraje a los sujetos involucrados que hubieren iniciado un proceso civil.

⁽⁷⁾ *Loc. cit.*

Previamente, es importante tener en cuenta que la Ley General de Arbitraje no contiene norma relativa a la intervención de terceros en un arbitraje. Ante la ausencia de regulación corresponde establecer si resultan de aplicación los principios generales del derecho procesal y, más concretamente, si podemos aplicar de manera supletoria el Código Procesal Civil.

Al respecto, cabe señalar que la ausencia de regulación de la Ley General de Arbitraje sobre la intervención de terceros no determina que esta norma haya optado por excluir dicha posibilidad de un arbitraje. De hecho, son principios fundamentales de cualquier mecanismo de administración de justicia la economía procesal, el derecho de defensa y, asimismo, la aversión a las resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, principios que constituyen los pilares fundamentales de la institución de intervención de terceros en un proceso. De ahí que las normas procesales generales, recogidas por la Constitución Política y el Código Procesal Civil, resulten *mutatis mutandis* aplicables al arbitraje.

Refuerza la aplicación de normas procesales generales al arbitraje, el reconocimiento del carácter jurisdiccional del arbitraje que ha efectuado la Sentencia del Tribunal Constitucional de febrero de 2006 a partir de lo dispuesto por el artículo 139, inciso 1) de la Constitución Política de 1993⁽⁸⁾. De conformidad con la parte pertinente de dicha Sentencia:

“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional”.

Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la aplicación de los principios y derechos de la función jurisdiccional al arbitraje. Si bien es posible formular reservas frente a este criterio, la propia sentencia establece su carácter vinculante. Es por ello que resulta admisible la aplicación de normas procesales, en el caso concreto, los preceptos sobre intervención de terceros en el arbitraje.

Habiendo quedado sentada la aplicación de las normas procesales de carácter general al arbitraje, corresponde analizar si resulta posible integrar a las demás partes a un arbitraje donde se discutiría la materia que ha sido o pretende ser llevada al Poder Judicial.

En este sentido, es requisito fundamental para la intervención de terceros en un proceso que estos tengan legítimo interés en el resultado del arbitraje, ya sea i) por la materia controvertida; o, ii) porque el resultado del mismo podría llegar a afectarlos de alguna manera.

Cabe señalar que resulta necesario contar con la presencia de todas las partes

⁽⁸⁾ Dicho precepto reconoce de manera expresa la jurisdicción arbitral, en los términos que transcribimos a continuación:

“Artículo 139. 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 (...).”

a fin de que puedan alegar lo concerniente a sus derechos. Solo en este caso el laudo arbitral podrá ser vinculante para ellas.

Bajo esta premisa, la intervención de las demás partes en un arbitraje resulta viable, habida cuenta que todas mantendrían relación con la decisión que se expida respecto a la materia controvertida. Ahora bien, es posible que cada una de las partes presente pretensiones particulares con relación a la materia arbitrable, habida cuenta que por sus propias características, dicha materia podría generar repercusiones diferentes en cada una. Sin embargo, aun frente a pretensiones diferentes, es innegable que la materia controvertida en todos los reclamos mantiene elementos comunes a todas ellas.

Bajo estas consideraciones, la atracción de las partes al arbitraje no solamente resulta posible, sino deseable y hasta necesaria, habida cuenta que el análisis que practique el tribunal arbitral sobre la materia controvertida recaerá sobre sus intereses, aun cuando solo sea vinculante para las partes que participen de manera efectiva en el proceso. Asimismo, no debe escapar a nuestra comprensión que si cada una de las partes iniciase un arbitraje independiente, existe un riesgo muy elevado de que los diversos laudos que se expidan adopten diferentes posiciones e, inclusive, lleguen a ser contradictorios. Tal supuesto resultaría sumamente inequitativo, habida cuenta que, como consecuencia de los distintos pronunciamientos se tendría que dar tratamiento diferenciado a las partes en cumplimiento de los diferentes laudos que se expidieran, no obstante encontrarse frente a la misma materia.

En cuanto a los mecanismos procesales para obtener la acumulación en sede arbitral, uno que prevé el Código Procesal Civil para la incorporación de terceros es la denuncia civil. Conforme al artículo 102 del Código Procesal Civil, *“el demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso”*.

Cabe señalar que esta intervención de terceros a través de una denuncia civil “tiene por condición, no un interés cualquiera, sino que la ‘contienda’ sea común a un tercero lo cual presupone que el acto o el demandado se encuentren en el pleito por una relación jurídica común con el tercero o conexa con una relación en que el tercero se encuentre con ellos, de manera que esté en cuestión el mismo objeto y la misma *causa petendi* (o uno y otro de los elementos) que podrían ser materia de litigio frente al tercero, o de parte del tercero, y que habrían podido dar al tercero la posición de litisconsorte con el actor o con el demandado”⁽⁹⁾.

Pero no se piense que la denuncia civil es el único mecanismo procesal para atraer a los demás sujetos, pues sin necesidad de calificar el mecanismo procesal es posible solicitar que las demás partes sean incorporadas al arbitraje.

Para que prospere cualquiera de estos mecanismos, deberá establecerse ante el tribunal arbitral lo siguiente:

- a) Que existe un interés común de todas las partes en el pronunciamiento que se emita en el arbitraje.

⁽⁹⁾ Así opina CHIOVENDA, citado por MONROY GÁLVEZ, “Partes, Acumulación, Litisconsorcio, Intervención de Terceros (...)”, cit., p. 55.

- b) En atención a ello, que la relación material planteada en el arbitraje es común a todos los sujetos. En tal sentido, habida cuenta que en todo proceso la relación material debe ser coincidente con la relación procesal, corresponde al tribunal arbitral velar por dicha coincidencia e incorporar al arbitraje a todas las partes que pudieran guardar relación con la materia que se discute.

En caso contrario la relación jurídico procesal establecida entre solo alguna de las partes estaría mal constituida al no coincidir con la relación jurídico material que involucra a más partes, esto es, a los demás sujetos vinculados.

- c) Que el tribunal arbitral debe notificar a las demás partes con las pretensiones controvertidas y disponer su incorporación al arbitraje.

Ahora bien, a fin de salvar la eventualidad de que el tribunal arbitral desestime el pedido de intervención de las demás partes involucradas, el sujeto interesado podría *motu proprio* configurar una nueva relación procesal que integre a todos los sujetos.

El mecanismo procesal para este efecto sería formular reconvencción con los sujetos reticentes a iniciar un arbitraje teniendo como pretensión principal que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la materia controvertida. Dicha reconvencción se formularía al amparo del convenio arbitral existente entre las partes e incluiría a todos los sujetos como demandados, bajo el argumento de que la relación jurídica material los involucra a todos por tratarse de la misma materia.

Adicionalmente, cabe señalar que mediante este mecanismo se reduce la posibilidad de que los sujetos reticentes rechacen el arbitraje y se nieguen a cumplir con la resolución de intervención de terceros que expida el árbitro, bajo el argumento de que la controversia debe ser discutida en el Poder Judicial y que ya han iniciado un proceso. En efecto, a través de la reconvencción el sujeto reticente quedaría obligado a acudir al arbitraje al que está vinculado por mandato del convenio arbitral.

Estas apreciaciones se ven confirmadas por la Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de fecha 18 de noviembre de 2005, recaída en el proceso de anulación seguido contra el laudo arbitral de derecho dictado en el arbitraje iniciado por una próspera empresa cementera privada contra Inversiones Cofide en Liquidación y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, bajo los auspicios del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Como antecedentes de este arbitraje, cabe señalar que en el año 1974, el gobierno de facto presidido por el General Juan Velasco Alvarado, decretó la expropiación de las acciones representativas del capital social de dicha próspera cementera privada ubicada en los Andes del Perú. El pretexto de la expropiación fue la nueva Ley General de Industrias aprobada por dicho Gobierno de facto en el año 1972, que reservaba para el Estado el desarrollo de ciertas industrias calificadas como básicas, entre las cuales se encontraba la producción de cemento. La expropiación en realidad fue una confiscación, toda vez que el Gobierno se limitó a tomar por la fuerza la empresa, a solo dos días de haber decretado la antedicha expropiación,

pero no pagó nada por ellas, a pesar de que tanto la Constitución Política del Perú de 1933, vigente en aquel entonces, como las leyes de expropiación dictadas por el propio Gobierno de facto, establecían categóricamente que el justiprecio debía ser pagado.

Los accionistas promovieron inicialmente diversas acciones judiciales contra el Gobierno de facto, con la finalidad de que las acciones confiscadas les fueran devueltas o, alternativamente, pagadas.

El arbitraje, iniciado en el año 1998, luego de múltiples avatares que no es del caso reseñar, concluyó en febrero del año 2004, con un laudo favorable a los accionistas privados que ordenó al Estado peruano pagar el justiprecio insoluto de las acciones expropiadas.

En dicho arbitraje el tribunal arbitral admitió el pedido de la empresa privada a fin de que se integraran al arbitraje las demás empresas del Estado que pudieran mantener interés en el resultado. De conformidad con el considerando Décimo Quinto de la Sentencia de la Corte Superior que ratificó dicho Laudo se estableció lo siguiente:

“DÉCIMO QUINTO.- Que por Resolución Número Diecisiete el Tribunal Arbitral resolvió incorporar al proceso en calidad de litisconsortes necesarios al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales – MITINCI así como al Ministerio de Economía y Finanzas. A mayor abundamiento, efectuada la notificación a la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas el día quince de marzo de dos mil dos, ésta no planteó medio impugnatorio

alguno en su contra, consintiendo tal decisión al no impugnarla formalmente. Asimismo, efectuada la notificación al Ministerio de la Producción de la Resolución Número Diecisiete (sucesor procesal del ex MITINCI) y formulada la oposición planteada como cuestión previa, ésta fue declarada infundada mediante Resolución Número Sesenta; decisión notificada con fecha veinticinco de setiembre de dos mil dos, y que quedó consentida al no ser impugnada oportunamente por tal entidad”.

En la parte resolutive la Corte Superior confirmó la decisión del tribunal arbitral de integrar a las empresas del Estado que tenían interés en el resultado de la controversia. Asimismo, se confirmó la decisión del tribunal arbitral de desestimar las oposiciones al arbitraje formuladas por las citadas empresas del Estado.

Las consideraciones expuestas justifican la necesidad de acumular las controversias existentes entre las partes en un solo arbitraje y, como quiera que la decisión que se adopte alcanza a todas, atraer al proceso a todos los sujetos que a la fecha todavía no han presentado reclamos. Los mecanismos procesales para ello están dados y las facultades del tribunal arbitral han quedado demostradas a partir de la normatividad aplicable y la jurisprudencia citada.


A mayor abundamiento, cabe señalar como referencia que nuestra legislación ha previsto la posibilidad de acumular pretensiones en tanto éstas sean de la misma naturaleza. Es el caso del artículo 287° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual establece que “*cuando exista un*

proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho proceso(...)". Agregando que "los árbitros deberán decidir al respecto tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones(...)"

Si bien está referida a la acumulación de arbitrajes, la regla establecida por la norma invocada es consistente con nuestras afirmaciones en el sentido de que: i) la acumulación de pretensiones y de partes en un arbitraje precisa establecer la existencia de materias de la misma naturaleza y ii) los árbitros se encuentran facultados para ordenar dicha acumulación aun cuando las partes hubiesen optado por acudir a otras vías.

En suma, si bien la Ley General de Arbitraje no contiene norma con relación a la intervención de terceros en el arbitraje, resultan aplicables los principios generales del derecho procesal y, más concretamente, el Código Procesal Civil de manera supletoria.

En efecto, la ausencia de regulación de la Ley General de Arbitraje sobre la intervención de terceros no determina que esta norma haya optado por excluir dicha posibilidad de un arbitraje. De hecho, son principios fundamentales de cualquier mecanismo de administración de justicia la economía procesal, el derecho de defensa y, asimismo, la aversión a las resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, los cuales constituyen los pilares fundamentales de la institución de intervención de terceros en un proceso. De ahí que las normas procesales generales, recogidas por la Constitución Política y el Código Procesal Civil, resulten aplicables al arbitraje.

Establecida esta posibilidad, es requisito fundamental para la intervención de terceros en un proceso que dichos terceros tengan legítimo interés en el resultado de ese proceso por su vinculación con la materia controvertida o porque el resultado del mismo podría llegar a afectarlos de alguna manera. De darse estos supuestos, será viable la acumulación de la controversia en arbitraje, así como la atracción de los sujetos involucrados reticentes a acudir al arbitraje. 

LA SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES DE ARBITRAJE

Por: FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (*)

Las normas legales, dentro de sus diversos criterios de clasificación, pueden ser imperativas o ser supletorias, para sólo traer a colación la distinción que pone a las normas frente a la autonomía de la voluntad privada.

Las normas imperativas, originadas en el *ius cogens*, son inderogables por la autonomía de la voluntad y prevalecen sobre ella. Son expresión de un orden público establecido por el Estado. A ellas debe someterse la voluntad normativa creada por la autonomía de la voluntad privada que puede generar relaciones jurídicas, regularlas, modificarlas o extinguir las que han sido ya generadas por los actos o negocios jurídicos. El sometimiento a las normas imperativas, se produce ya sea porque preceptúan determinados comportamientos o ya porque establecen determinadas prohibiciones.

Las normas supletorias, originadas en el *ius dispositivum*, son, por el contrario, aquellas sobre las que prevalece

la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, operan sólo cuando la voluntad normativa ha dejado vacíos o los interesados se remiten a ellas para que, por efecto de la autonomía de la voluntad, desplieguen su eficacia.

Los cuerpos normativos, como es el caso, por ejemplo, de la codificación civil o de las leyes de arbitraje, se estructuran conglomerando normas imperativas y normas supletorias. Ellas coexisten de la misma manera como coexisten la autonomía de la voluntad y el orden público, también como líneas paralelas en las que, si en algún punto se conjugan, es el orden público el que prevalece sobre la autonomía de la voluntad.

La ley, como ordenadora de la vida social, enfatiza los aspectos que considera que deben recibir la vigencia de principios superiores a los intereses individuales y que, por tanto, deben ser de necesaria observancia, aún cuando se disminuyan las posibilidades de la voluntad

(*) Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente y Miembro de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Rodríguez-Mariategui & Vidal Abogados.

normativa de los individuos. Es así como impregna los cuerpos legales de normas imperativas.

Pero también la ley mide el margen de la libertad individual para la regulación de sus propios intereses, pero, como no puede dejar de cumplir su función ordenadora de la vida social, dota a los cuerpos legales de normas supletorias, para que operen en ausencia de la voluntad normativa, la suplan, cuando ella ha dejado vacíos para la regulación de las relaciones jurídicas. Es así, como las normas supletorias cumplen una función integradora de los vacíos que pueda dejar la voluntad normativa.

La coexistencia de normas imperativas y normas supletorias tiene contenido en las leyes de arbitraje. Pero estas leyes se caracterizan por su supletoriedad, determinada, básicamente, por el *acuerdo de arbitraje*, denominación usada por la Ley Modelo aprobada desde el 21 de junio de 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o por el *convenio arbitral*, que es el *nomen iuris* utilizado por la Ley General de Arbitraje peruana (en adelante, LGA), promulgada mediante la Ley N° 26572, vigente desde el 5 de enero de 1996.

El *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral* han resumido la dualidad de lo que antiguamente se denominaba cláusula compromisoria y compromiso arbitral, que eran dos actos jurídicos distintos, pero complementarios. La *cláusula compromisoria* era una estipulación contractual en virtud de la cual los contratantes se comprometían a someter a arbitraje los conflictos de intereses que pudieran surgir entre ellos con la finalidad de sustraerlos del conocimiento de la jurisdicción del

Estado. Se trataba de un pacto de carácter preliminar pues, de presentarse el conflicto, debían, entonces, celebrar el *compromiso arbitral*, que era el convenio definitivo. La *cláusula compromisoria* no tenía un efectivo efecto vinculante, pues si una de las partes se negaba a la suscripción del compromiso la otra debía recurrir a la jurisdicción del Estado para que un juez lo otorgara luego de requerirla.

El *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral*, al superar la dualidad y resumirlos, les ha dado una mayor fuerza vinculante y ha hecho prevalecer la autonomía de la voluntad, al extremo que si una de las partes los desconoce y recurre a la jurisdicción ordinaria, la otra puede hacerlo valer e iniciar y proseguir las actuaciones arbitrales hasta el dictado del laudo, como lo ha previsto el artículo 8 de la Ley Modelo, o, promover la excepción de convenio arbitral prevista por el artículo 16 de la LGA, también considerada por el Código Procesal Civil, quedando el juez obligado a ampararla.

La autonomía de la voluntad tiene, pues, su eclosión en el *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral*, pues les da el contenido normativo que las partes libremente han decidido.

El *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral*, como se sabe, es un acto o negocio jurídico constitutivo pues genera obligaciones para las partes y las vincula a su finalidad específica, que no es otra que la de sustraer su conflicto del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y someterlo a una solución arbitral. Es, por lo general, un acto *inter vivos*, pero puede ser también *mortis causa* cuando es incluido en el pliego testamentario. Puede ser también un acto o negocio de adhesión, cuando se incorpora a los estatutos de una persona jurídica.

Tanto la Ley Modelo como la LGA le han prescrito una forma escrita o documental, aunque no dotada de rigidez pues no tiene que constar necesariamente en una cláusula especial de un contrato sino que es suficiente que sea resultado de un intercambio de cartas, télex o correos electrónicos, pero siempre que pueda probarse su existencia. Sin embargo, en la LGA la forma prescrita no tiene el carácter de *ad probationem* para el arbitraje nacional, pues su artículo 10 la prescribe como consustancial al convenio mismo, es decir, con formalidad *ad solemnitatem*, lo que significa que no puede probarse por otros medios que no sea el documento mismo en el que consta el convenio, lo que significa una clara presencia de una norma imperativa que se impone a la autonomía de la voluntad.

La eclosión de la autonomía de la voluntad, como ya hemos advertido, radica en el contenido del *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral*. Es en él donde la voluntad normativa cumple su rol a plenitud y las leyes de arbitraje asumen su función supletoria.

En el contenido del *acuerdo de arbitraje* o *convenio arbitral* la autonomía de la voluntad decide sustraer la controversia del conocimiento de la jurisdicción del Estado y precisa el objeto del arbitraje, esto es, la materia de la controversia, pero en la que también tiene presencia el orden público, pues debe tratarse de una materia susceptible de arbitrase. Para la LGA no son susceptibles de arbitrase las materias que versan sobre el estado y la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces, sin la previa autorización judicial. Tampoco son arbitrables las materias sobre las cuales ha recaído resolución judicial fir-


me, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución y sólo si conciernen exclusivamente a las partes del proceso. Tampoco pueden ser materia de arbitraje las materias que interesan al orden público o que versen sobre delitos o faltas, salvo lo relativo a la cuantía de la reparación civil y siempre que no haya sido fijada por resolución judicial firme. Por últimos no son arbitrables las funciones o atribuciones concernientes al *ius imperium* del Estado o de las entidades del Estado dotadas de *ius imperium*.

Determinado el objeto del arbitraje, la autonomía de la voluntad le da plena vigencia a la voluntad normativa. Las partes pueden decidir si el arbitraje será nacional o internacional, si de derecho o de conciencia y si se someten o no a una institución arbitral. Pueden proceder a la designación de los árbitros, si serán colegiados o único, y conferirles las facultades que tengan por conveniente, así como su remuneración. Pueden designar la sede del tribunal arbitral, el idioma del arbitraje, las normas de procedimiento, la manera como debe funcionar el tribunal arbitral y si puede resolver por mayoría o requiere de unanimidad, los plazos, particularmente el que debe observarse para la emisión del laudo, y si éste será apelable o no. Pueden decidir hasta la legislación aplicable a la solución de su conflicto.

Como puede apreciarse, pues, la autonomía de la voluntad tiene un margen sumamente amplio para normar el proceso arbitral, incluso pudiendo delegar en los árbitros la integración de los vacíos que puedan generar, postergando así la aplicación de las normas supletorias, las que tendrán participación en el proceso por decisión misma de las partes o de los árbitros.

Las normas imperativas no quedan relegadas, sino reservadas para aspectos muy específicos, uno de ellos, y el más importante, el relativo a la interposición del recurso de anulación, cuya admisibilidad y procedencia es de orden público, por las causales taxativamente previstas. Sin embargo, la autonomía de la voluntad puede interferir su interposición y admisión al promover el acuerdo entre las partes, que debe ser expreso, en el sentido de

pactar un requisito de admisibilidad, como la constitución de una fianza o de una caución en espera de lo que se resuelva sobre la validez o nulidad del laudo.

En conclusión, las leyes de arbitraje, en lo fundamental, asumen un rol de supletoriedad, permitiendo que el arbitraje se sustente en la autonomía de la voluntad privada y que las partes pueden ejercitar facultades normativas en un margen sumamente amplio. 

ARBITRAJE *AD HOC* O ARBITRAJE ADMINISTRADO. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL PERÚ

Por: CARLOS RUSKA MAGUIÑA (*)

Existen diversos criterios de clasificación del arbitraje, uno de ellos está referido a la forma de organización de este importante mecanismo alternativo de resolución de conflictos y a saber, distingue entre el arbitraje institucional o administrado y el *ad hoc* o libre. Aunque la tendencia mundial actual del arbitraje moderno está orientada hacia el desarrollo del arbitraje institucional, lo que por cierto compartimos dadas las garantías y las ventajas de éste frente al *ad hoc*; a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, en el Perú y en especial, tratándose del arbitraje nacional o doméstico, al que nos referiremos fundamentalmente en esta exposición, tenemos una marcada preferencia por el arbitraje *ad hoc*. Las razones trataremos de esbozarlas más adelante.

En efecto, si bien no existen en nuestro país estadísticas confiables que nos permitan determinar con exactitud el número de arbitrajes *ad hoc* que se han lle-

vado adelante en los últimos años, conversaciones sostenidas durante los últimos seis meses con los árbitros más destacados de nuestro medio y de algunas ciudades del interior del país, nos llevan a concluir, sin temor a equivocarnos, que el arbitraje *ad hoc* representa hoy en día, no menos del sesenta y cinco por ciento del total de arbitrajes del mercado peruano. Estoy seguro que muchos de los asistentes a este Congreso, en especial nuestros amigos del extranjero, se sorprenderán con esta realidad.

No podemos dejar de reconocer sin embargo, el importante desarrollo que ha tenido en la última década el arbitraje administrado en el Perú, destacando dentro de las instituciones arbitrales de mayor prestigio, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que alguna vez me tocó dirigir. Ello se debe sin lugar a dudas al hecho de contar con una Ley General de Arbitraje, la Ley N° 26572,

(*) Presidente de Marc Perú. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y de la Universidad de Lima.

en vigencia desde el día 6 de enero del año 1996, que es una de las más modernas del mundo y que tiene normas que favorecen el desarrollo del arbitraje institucional en el Perú.

Ahora bien, cabe preguntarse por cuál optar, ¿*arbitraje ad hoc* o *administrado*? La opción dependerá del pacto al que arriben las partes, claro está que para ello es conveniente contar con un adecuado asesoramiento previo, que parta del análisis del caso concreto, lo que permitirá determinar la conveniencia de uno u otro. La decisión es de suma importancia, pues podrá afectar de manera significativa el desarrollo del arbitraje que se promueva en la oportunidad en que surja el conflicto.

En la generalidad de los casos, la opción se toma en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral o de la inclusión de la cláusula arbitral en un contrato determinado. En ese momento la relación entre las partes se encuentra en su mejor nivel. Sin embargo, la opción puede también tomarse con posterioridad, ya que la inclusión o no de la clase de arbitraje no constituye un elemento esencial para la existencia y validez del convenio arbitral. Se deberá tener en cuenta que, una vez surgido el conflicto entre las partes, resultará muy difícil ponerse de acuerdo. En todo caso, resultará siempre preferible como lo señalan algunos, pactar un arbitraje administrado y, si las partes luego consideran que es mejor para sus intereses el desarrollo de uno *ad hoc*, será más fácil hacer el cambio hacia éste.

La diferencia entre el arbitraje administrado o institucional y el arbitraje *ad hoc* o libre, está dada por el hecho de que mientras en el primero existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración del arbitraje, con-

tando con reglamentos que regulan la actividad de los árbitros y las partes, la que en el caso peruano deberá ser constituida como una persona jurídica, pudiendo ser con o sin fines de lucro, privado o público o en su caso mixta, ello se desprende de lo señalado expresamente en el artículo 6 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. En el *ad hoc*, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada y se encargan de la organización y administración. A decir verdad, en la práctica muy pocos son los casos en los que las propias partes se ocupan del tema, tarea que termina casi siempre en manos de los árbitros que se encargarán de resolver la controversia.

La doctrina ha considerado como principales ventajas del arbitraje administrado a las siguientes:

- La existencia de una institución especializada que respalda el arbitraje, es tal vez la mayor de las ventajas. En efecto, las instituciones arbitrales cuentan o deben contar con los medios humanos y materiales necesarios para brindar un adecuado servicio de organización y administración del arbitraje.
- Otra de las ventajas está dada por la existencia de cláusulas tipo o modelo, que las partes pueden incluir en sus contratos, sin necesidad de tener que elaborar una cláusula especial para cada caso en particular. Estas cláusulas refieren que el arbitraje se desarrollará de acuerdo con los reglamentos y bajo la administración de una determinada institución arbitral; de esta manera, se evita la redacción de las denominadas cláusulas patológicas.

- Las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje. Estos reglamentos por lo general tienen normas referidas a la elección de los árbitros, la constitución del tribunal arbitral, reglas para resolver las recusaciones que se pueden presentar contra los árbitros a lo largo del procedimiento, reglas del procedimiento arbitral en general, de las audiencias, las relacionadas con los plazos, entre otras.
- Listas de árbitros. Las instituciones arbitrales tienen listas de árbitros clasificadas según especialidad de cada uno de sus integrantes. Estas listas facilitan a las partes del arbitraje la elección de los árbitros que decidirán la controversia. Algunas instituciones arbitrales tienen listas cerradas, lo que implica que las partes tienen que elegir a los árbitros dentro de los miembros de la lista de la institución, otras son más flexibles y permiten que las partes puedan designar con libertad a los árbitros sin ceñirse a la lista de la institución; algunas establecen ciertas limitaciones, como el hecho de que el presidente del tribunal o en caso de árbitros únicos, éstos sean elegidos siempre de la lista.
- Tarifas preestablecidas. Otra de las ventajas de las instituciones arbitrales la constituye sin duda, la existencia de tarifas preestablecidas que hacen perfectamente previsible el costo del arbitraje. Las tarifas están elaboradas en función a la cuantía en controversia y comprenden tanto la tasa administrativa por los servicios que brinda la institución arbitral, como los honorarios que corresponden a los árbitros. Generalmente las tarifas tienen una estructura progresiva acumulativa y en algunos casos se establecen topes máximos, tanto para los honorarios de los árbitros, como para los servicios de organización y administración brindados por la institución. Las tarifas van aparejadas en muchos casos con un reglamento de donde se establece, entre otras, la forma de calcular los honorarios de los árbitros y el arancel administrativo, en los casos en que el tema en discusión no tenga cuantía determinada ni determinable.
- Actividades de control. Las instituciones arbitrales ejercen una doble actividad de control. Una de control respecto de su propia competencia, lo que implica un control ejercido en la oportunidad en que se presenta una solicitud de arbitraje ante la institución arbitral, correspondiendo a los órganos de la misma analizar la existencia o no de un convenio arbitral entre las partes y del hecho que éstas hayan decidido que la organización y administración del arbitraje esté encargada a dicha institución.
- Por otro lado, las instituciones arbitrales ejercen también una importante actividad de control respecto del procedimiento y de los árbitros. En algunos casos, como por ejemplo los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la actividad de control se ejerce incluso respecto de los aspectos formales del laudo arbitral, lo que contribuye a evitar los procesos de anulación de los mismos.

Habiendo señalado algunas de las principales ventajas que tiene el arbitraje institucional o administrado, corresponde ahora referirnos a las desventajas. Dentro ellas tenemos a las siguientes:

- Puede resultar más costoso que el arbitraje *ad hoc*. Si bien en términos generales el arbitraje institucional puede resultar siendo más costoso que el *ad hoc*, consideramos que esos mayores costos que las partes asumen cuando acuden a una institución arbitral, tienen su correlato en el soporte institucional que de éstas reciben, soporte que se convierte en una garantía para el adecuado desarrollo del arbitraje. Sin embargo, la percepción generalizada, por lo menos en nuestro medio, es que el arbitraje institucional es muy costoso y que no existe una justa equivalencia entre los costos administrativos de éste y el servicio que se brinda, llegando algunas instituciones arbitrales de nuestro medio a tener tarifas administrativas por montos superiores a los honorarios del árbitro, lo cual resulta insólito.
- Por otro lado, algunos reglamentos de las instituciones arbitrales pueden contener normas poco flexibles. En efecto, existen algunos reglamentos de instituciones arbitrales que tienen normas poco flexibles, respecto por ejemplo al procedimiento de elección de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral o a determinados plazos dentro del procedimiento arbitral. Por ello, resulta importante antes de tomar una decisión respecto a incluir en un contrato una cláusula de un centro de arbitraje o de otro, realizar entre otras cosas, un

minucioso análisis de sus reglamentos, para no tener que lamentarse con posterioridad.

- La duración del proceso arbitral en el arbitraje administrado puede ser mayor que en el caso del arbitraje *ad hoc*. Veremos sin embargo más adelante, que muchas veces el arbitraje *ad hoc* se complica de tal manera que resulta ser en algunos casos de más larga duración que el institucional; ello depende mucho de la colaboración entre las partes.

Hecho un análisis de las ventajas y desventajas del arbitraje institucional o administrado, nos toca ahora ocuparnos del arbitraje *ad hoc*. Entre las principales ventajas de éste, tenemos a las siguientes:

- Mayor libertad en la elección de los árbitros. En el arbitraje *ad hoc*, las partes tienen la más absoluta libertad para diseñar un procedimiento de elección de los árbitros y escoger libremente a éstos, sin necesidad de tener que elegirlos de alguna lista predeterminada; sin embargo, ello requiere de un conocimiento especializado de parte de quien redacta el convenio arbitral o la cláusula arbitral, pues como veremos más adelante esta ventaja puede llegar a convertirse en una desventaja, que en algunos casos puede retrasar el inicio del proceso arbitral.
- Mayor libertad en el diseño del procedimiento a seguir. En la doctrina se señala que en el arbitraje *ad hoc* las partes tienen un mayor control del procedimiento a seguir para resolver la controversia. Si bien en teoría esto es así, en la práctica no resulta tan

cierto pues en la generalidad de los casos, son los árbitros y no las partes los que diseñan y deciden lo conveniente en relación con el procedimiento a seguir, adoptando uno en particular o en algunos casos, aplicando un procedimiento de referencia como puede ser el modelo de reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

- Puede resultar menos costoso que el institucional. En términos generales, el arbitraje *ad hoc* debe ser menos costoso que el institucional, toda vez que en este caso no existe una institución a la que haya que pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje, aunque generalmente existe la figura del secretario arbitral que también tiene un costo, el que por cierto no es equiparable a la tarifa administrativa que cobra una institución arbitral sino, por el contrario, bastante menor. Sin embargo, en no pocos casos los árbitros fijan honorarios muy por encima de los que pudieran corresponderles en un arbitraje administrado, ello porque en esta clase arbitraje –arbitraje *ad hoc*– no hay tarifas pre-determinadas y muchas veces los árbitros dejan de lado los criterios objetivos para la determinación de sus honorarios, estando las partes a expensas de lo que éstos decidan, lo que en algunos casos puede incluso generar situaciones de indefensión debido a lo elevado de los costos del arbitraje, lo que por cierto, puede ocurrir también en el arbitraje institucional.
- La tramitación del proceso arbitral puede ser más rápida que en el caso

del arbitraje institucional. Decimos, puede ser, pues para ello resultará necesario que las partes, sus abogados o asesores y los árbitros actúen con una actitud de colaboración, máxima buena fe y, conozcan la lógica del arbitraje y su diferencia frente al proceso judicial, de forma tal que se evite la tendencia de *judicializar* el arbitraje lo que es perjudicial; de lo contrario, el proceso arbitral *ad hoc* puede convertirse en una pesadilla.

Muchas de las ventajas que hemos esbozado respecto al arbitraje *ad hoc*, pueden convertirse a su vez en grandes desventajas. Dentro de las desventajas, podemos referirnos a las siguientes:

- Mayor riesgo de redactar cláusulas patológicas. Las cláusulas patológicas son todas aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral, situación que estamos seguros generará mayores costos de transacción y favorecerá en algunos casos actuaciones de mala fe.

Lamentablemente, en la práctica diaria del arbitraje, uno se encuentra de manera no poco frecuente, con cláusulas arbitrales de muy mala calidad que traerán como consecuencia generalmente una demora en el inicio del procedimiento arbitral, lo que con una buena redacción se hubiera podido evitar, en beneficio de las partes que optaron por este mecanismo

de resolución de conflictos; entre otras cosas, confiados en la rapidez con las que lograrían la solución a la diferencia que las separa. Por el contrario, en el arbitraje institucional no se presenta este riesgo pues, las partes generalmente incluirán en sus contratos la cláusula tipo de una determinada institución arbitral, con lo cual se evita caer en cláusulas patológicas.

- Pero aun en el caso de contar con una cláusula bien redactada, en el arbitraje *ad hoc* existe latente el peligro de trabar el desarrollo del mismo por la falta de colaboración de alguna de las partes en litigio, constituyendo esta otra de las desventajas. En efecto, la falta de colaboración o la actuación de mala fe de alguna de las partes, puede llevar en no pocos casos, a tener que acudir al Poder Judicial para que éste se encargue de resolver determinadas cuestiones que bien pudieron haber sido resueltas con la cooperación de las partes o por los reglamentos de una institución arbitral.

Un ejemplo de ello, lo tenemos en el caso de la elección del árbitro en defecto de alguna de las partes o la elección del árbitro único, en caso las partes no hayan podido ponerse de acuerdo, lo mismo sucede en el caso de la elección del presidente, en defecto de la que debieron efectuar los otros árbitros designados, así como también los casos de recusaciones de árbitro único o de todos los miembros de un tribunal arbitral.

Es decir, las partes que al pactar el arbitraje evitaron navegar por las turbulentas aguas del Poder Judicial, se verán obligadas a tener que acudir a

él simplemente para resolver cuestiones previas al inicio del proceso arbitral. En algunos casos, como el de la elección de los árbitros, las partes pueden pactar la intervención de una entidad nominadora de árbitros y con ello solucionar el problema; sin embargo, si este pacto no se hizo en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral, surgido el conflicto, resultará poco probable que se logre. En otros casos, como el de la recusación del árbitro único por ejemplo, las partes tendrán que acudir, sí o sí, al Poder Judicial, tratándose de un arbitraje *ad hoc*.

Sólo para conocimiento de los asistentes, el tiempo que puede tomar un procedimiento de elección de árbitro en el Poder Judicial es de aproximadamente entre seis y ocho meses, es decir, un plazo similar al que puede tomar la resolución de la controversia en el arbitraje.

A este respecto, cabe señalar que en el reciente proyecto de modificación de nuestra Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión que estuvo presidida por el doctor Alfredo Bullard González, instalada en los últimos meses del gobierno del Presidente Alejandro Toledo, la que esperamos se convierta en Ley a la brevedad posible, aunque con pequeñas modificaciones que no es oportunidad de comentar ahora, se propone con acierto algunos cambios legislativos que como señala su exposición de motivos, fortaleciendo el principio de la autonomía privada, reducen la intervención judicial en los casos de designación y recusación de árbitros, cuya resolu-

ción en defecto del pacto de las partes se deriva a las Cámaras de Comercio, aunque nosotros hubiésemos preferido se mencionen simplemente a las instituciones arbitrales.

- Otra de las desventajas del arbitraje *ad hoc* está sin duda relacionada con la ausencia de un soporte institucional que comprende, tanto la infraestructura física necesaria para el adecuado desarrollo del arbitraje, como el personal humano especializado que le da soporte a los árbitros y a las partes. En efecto, generalmente en el arbitraje *ad hoc* la sede del tribunal es la oficina del presidente, aunque esto no debe tomarse como creen algunos, como una regla imperativa. Este hecho puede traer algunos inconvenientes, tanto para las partes, como para los propios árbitros, incluso puede llegar a generar desconfianza. Sin duda, resulta mucho mejor, que la sede del tribunal sea un local institucional dedicado a la organización y administración de arbitrajes y no un estudio de abogados, por prestigioso que éste sea.

Es importante destacar que en nuestro medio se están abriendo paso instituciones que, sin ser propiamente Centros de Arbitraje, brindan soporte especializado para los arbitrajes *ad hoc*, tanto en las tareas secretariales que comprenden la organización y administración del proceso arbitral, como la infraestructura física para el desarrollo mismo del arbitraje; una de ellas es precisamente Marc Perú, la que con sus casi diez años de existencia en el mercado peruano, viene contribuyendo al desarrollo del arbitraje en nuestro país.


Luego de haber esbozado las ventajas y desventajas del arbitraje administrado y del *ad hoc*, es indudable que en la actualidad la tendencia mundial es la de favorecer el desarrollo del primero de los nombrados, pues son mayores sus ventajas que sus desventajas y contribuyen a la buena práctica del arbitraje. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿porqué en el Perú se prefiere al arbitraje *ad hoc*?

Consideramos que la respuesta a dicha interrogante está estrechamente vinculada a la percepción que tienen los usuarios del arbitraje administrado en nuestro país, así como a la falta de liderazgo de la mayoría de las instituciones arbitrales de nuestro medio, las que a pesar de la opción tomada por la Ley General de Arbitraje, que con acierto favorece e impulsa su desarrollo, no han estado en nuestro concepto a la altura de las circunstancias.

Los usuarios perciben que las tarifas que cobran la mayoría de instituciones arbitrales de nuestro medio, son excesivamente elevadas en contraposición a la calidad de los servicios que estas brindan. Por otro lado, consideramos que las instituciones arbitrales no han logrado generar en los posibles usuarios, la confianza necesaria, lo cual puede estar relacionado con el hecho de que algunas de ellas estarían vinculadas a determinados sectores de la actividad económica o profesional. Finalmente, otro de los factores a considerar está relacionado con el hecho de que varias de las instituciones arbitrales locales tienen deficientes reglamentos, los que en muchos casos son copias imperfectas de otros que en la actualidad han quedado superados, lo cual en algunos casos genera demora en la tramitación de los procesos arbitrales.

Frente a ese panorama, ¿cuál es el rol que le toca cumplir a las instituciones arbitrales en nuestro país? Al respecto, consideramos que deben constituirse en verdaderos promotores de la cultura arbitral, asumiendo con responsabilidad el liderazgo que la Ley General de Arbitraje ha puesto en sus manos. Para ello, deberán preocuparse fundamentalmente por generar confianza en los posibles usuarios. Una forma de lograrlo es, sin lugar a dudas, mostrarse como entidades confiables, lo que implica asumir el rol que les corresponde, en especial el de control del procedimiento y de los árbitros que lo tienen bastante descuidado, así como la adecuación de sus reglamentos a los nuevos

tiempos y porqué no, a la prestación de servicios complementarios como la implementación de bibliotecas especializadas en la materia que contribuyan a generar mayor interés entre los árbitros y demás usuarios del sistema.

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha sido exponencial a partir de la última década, gracias a contar con una de las leyes más modernas del mundo como se ha dicho; sin embargo, el arbitraje como cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos, requiere de la participación activa y de la máxima buena fe de las partes involucradas, las que tienen la responsabilidad y el deber de protegerlo. 

EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA* Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN LAUDOS ARBITRALES

Por: GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*)

SUMARIO: 1. Origen y concepto. 2. Supuestos de aplicación. 2.1. Falta de alegación del derecho (función supletoria). 2.2. Error en la alegación del derecho (función correctora). 3. Límites de su aplicación. 3.1. Los hechos. 3.2. El objeto de la pretensión. 4. ¿Es válido aplicar la regla *iura novit curia* en arbitrajes de derecho?

1. ORIGEN Y CONCEPTO

“*Venite ad factum. Curia Novit Ius*” (Venid a los hechos, el Juez conoce el Derecho), es el asunto del que hoy quiero ocuparme. Sentis Melendo señala: “(...) *el sujeto de la oración es curia, el verbo es novit, y la otra palabra iura es el complemento directo. Este complemento es lo más importante de la oración (...)*”⁽¹⁾. El término *curia* corresponde al Juez, *novit*

proviene del verbo *nosco* (conocer) y *iura* es el plural del sustantivo *ius* (ley). Por tanto, la traducción se resume en las siguientes palabras: “El Juez conoce las leyes”.

Parece ser que el aforismo surgió⁽²⁾ como reacción de los jueces ante peroratas de leguleyos. Así, se plasmó como pre-sunción *iure et iure* el conocimiento del derecho por el Juez, por lo que bastaba que las partes señalaran los hechos de la

(*) Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) SENTIS MELENDO, Santiago, *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1957, p. 20.

(2) Según MONROY GÁLVEZ, el origen del aforismo se ubica históricamente en los siglos XIII y XIV. MONROY GÁLVEZ, Juan, *El Aforismo Iura Novit Curia y el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984*, en: *Temas de Proceso Civil*, Lima, Librería Studium Ediciones, 1984, p. 210. Por su parte, OBANDO BLANCO, Víctor, señala que dicha institución surgió mucho antes. “*Resulta inexacto ubicar el origen del principio materia de la investigación, en los siglos XIII y XIV, debiendo por tanto aportarse elementos de más antigua data. Históricamente lo encontramos implícito en la mayoría de sistemas jurídicos, y sólo en el presente siglo ha encontrado su formulación legislativa.* En: OBANDO BLANCO, Víctor, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 149.

controversia en cuestión correspondiendo a la judicatura resolverla aplicando las normas jurídicas necesarias.

El principio fue regulado expresamente por primera vez en el Código Civil de 1984⁽³⁾, para luego ser perfeccionado en el Código Procesal Civil de 1993⁽⁴⁾.

2. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tomando como premisa lo legislado en el Código Procesal Civil de 1993, la regla *Iura Novit Curia* se aplica cuando la parte no ha alegado el derecho o cuando lo ha invocado erróneamente. Tiene, pues, una función eminentemente supletoria y correctora de la argumentación procesal que compete a las partes.

2.1. Falta de alegación del derecho (función supletoria)

Toda vez que se parte de la presunción de que el Juez conoce el Derecho, no resulta necesario que el demandante exprese las normas pertinentes o que fundamente jurídicamente el pedido que realiza, pues será el Juez finalmente quien determinará las normas aplicables al caso concreto. Citar normas jurídicas es una facultad del actor mas no una obligación. Su inobservancia, conforme a nuestro ordenamiento, no produce perjuicio procesal.

Hay jurisprudencia consolidada sobre este tema y cito dos como botones de muestra:

- “(...) el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aun cuando no haya sido invocada (o) por las partes, pero no puede resolver cosa distinta a la que es materia del petitorio y de la controversia jurídica, ni fundar su decisión en hechos diversos a los alegados y probados por las partes(...)”⁽⁵⁾.
- “(...) no incurre en exceso alguno el Juez que aplica una norma legal que no fue invocada en el petitorio ni en la contestación, pues (el Juez) está plenamente facultado para ello”⁽⁶⁾.

2.2. Error en la alegación del derecho (función correctora)

Este supuesto refiere a que ante la invocación incorrecta de una norma que realiza el actor para fundamentar su pedido, el Juez deberá enmendar dicho error y citará la norma aplicable al caso.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984 solamente se refería al supuesto de falta de alegación del derecho, insuficiencia que dio lugar a que no se escatimaran algunos reproches⁽⁷⁾. Torres Vásquez fue especialmente

⁽³⁾ Código Civil 1984
Título Preliminar. Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

⁽⁴⁾ Código Procesal Civil 1993
Título Preliminar. Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

⁽⁵⁾ Casación N° 505-97 Lima del 14 de mayo de 1998.

⁽⁶⁾ Casación N° 2786-99 Lima del 20 de enero de 2000.

⁽⁷⁾ MONROY GÁLVEZ, Juan, *EL Aforismo Iura Novit Curia y el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984*, cit., p. 215.

incisivo al afirmar que “quien puede lo más puede lo menos”⁽⁸⁾. Fue así que dicha omisión fue subsanada con la regulación del Código Procesal Civil de 1993.

Sobre este tema, la Corte Suprema ha dispuesto lo siguiente:

“El Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece la facultad del Juez para que aplique la norma jurídica que corresponda a la situación concreta cuando las partes la hayan invocado erróneamente, y bajo el concepto de que al tener el Juez mejor conocimiento del derecho que las partes está en aptitud de decidir cuál es la norma aplicable al caso”⁽⁹⁾.

3. LÍMITES DE SU APLICACIÓN

La aplicación de la regla *Iura Novit Curia* no es absoluta ni se encuentra exenta de límites y restricciones. Antes bien, a fin que su aplicación no lesione los principios (imparcialidad⁽¹⁰⁾, contradicción⁽¹¹⁾, congruencia) ni derechos (debi-do proceso y tutela procesal efectiva) no

podrá sobrepasar los límites que señalamos a continuación:

3.1. Los hechos

Los hechos importantes para un proceso son aquellos denominados hechos “jurídicamente relevantes”, es decir, que repercuten decisivamente porque constituyen los supuestos de hecho de la norma respecto de la cual derivará la consecuencia jurídica solicitada (petitorio).

La referencia a los hechos en un proceso es carga exclusiva de las partes. El Juez no puede insertar ni mucho menos resolver controversias o incertidumbres jurídicas sobre hechos que no hayan sido alegados por las partes dentro del proceso. Al respecto, la Corte Suprema ha declarado que:

“(…) El Juez está sujeto a dos restricciones, sólo puede tomar en cuenta los hechos alegados por las partes, aun cuando él pudiera tener otro conocimiento, y sólo puede referirse a la prueba actuada, sea por iniciativa de las partes o de oficio”⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ “(...) el artículo VII no solamente obliga al Juez a intervenir en caso que la norma no haya sido invocada en la demanda, sino también cuando la invocación es errónea o insuficiente. Si el Juez puede aplicar la ley aun cuando no haya sido invocada, con mayor razón puede completar la que ha sido invocada insuficientemente o en su caso corregir la que se ha señalado en forma errónea porque quien puede lo más también puede lo menos (...)” En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Derecho Civil. Parte General. Introducción al Derecho y Título Preliminar. Aplicación Judicial de las normas jurídicas. El principio “Iura Novit Curia”*, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1991, Lima, p. 577.

⁽⁹⁾ Casación N° 1171-07 ICA. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1998.

⁽¹⁰⁾ Principio de imparcialidad refiere a que el órgano jurisdiccional debe estar incólume respecto a lo que es materia de del conflicto de intereses y respecto a las partes. Este principio está íntimamente ligado al principio de igualdad, consistente en que a ambas partes se les debe tratar de la misma forma respecto a todos los actos procesales.

⁽¹¹⁾ Principio de contradicción (o principio de bilateralidad) refiere no solamente a que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes sino que aquellos deben ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria. En ese sentido, en un proceso no se podrá expedir una decisión que afecte a las partes sin que aquellas hayan tenido siquiera la oportunidad de expresar su posición al respecto.

⁽¹²⁾ Casación N° 2786-99 Lima del 20 de enero de 2000.

La vulneración de este límite infringe los postulados básicos de imparcialidad, contradicción y consecuentemente al derecho al debido proceso.

“(…) la Sentencia de Vista deviene en nula no sólo por no sujetarse sus fundamentos al mérito de lo actuado, sino también por cuanto al pronunciarse respecto de un hecho que no ha sido alegado por el demandante y menos por el demandado se está atentando contra el derecho del recurrente a un debido proceso consagrado en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú”⁽¹³⁾.

Luego de establecidos los hechos, el Juez procede a su valoración jurídica a fin ubicarlos dentro de los supuestos normativos que les sean aplicables. Dicha actividad es conocida como subsunción⁽¹⁴⁾.

3.2. El objeto de la pretensión

Una pretensión tiene como elementos el *petitum* (efecto jurídico específico que se desea) y la *causa petendi* (hechos que fundamentan la pretensión, que deben ser amparables en el ordenamiento jurídico). Este efecto es el objeto de la pretensión, a lo que debe ceñirse el Juez.

Puede ocurrir, sin embargo, que los hechos por sí solos denoten una situación determinada, pero si la pretensión de la parte no es acorde a la situación el Juez no puede enmendar tal error cometido y reemplazar dicha pretensión.

Este límite está íntimamente relacionado con el principio de congruencia, que consiste en el deber de mantener conformidad entre la resolución y la petición de las partes.

El Juez no debe omitir, alterar o exceder las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Existen diversos tipos de incongruencia: por omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones (*citra petita*), cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a una persona ajena al proceso (*extra petita*), cuando la decisión concede o adjudica más de los que fue pedido (*ultra petita*).

La afectación al principio de congruencia conlleva también a la afectación al derecho de defensa y al debido proceso⁽¹⁵⁾. Sobre este tema, la Corte Suprema expresa lo siguiente:

- “(…) el principio de congruencia a que se refiere el artículo cincuenta inciso sexto del Código Procesal Civil constituye una de las garantías del

⁽¹³⁾ Casación Nº 531-02 CAJAMARCA del 25 de junio de 2004. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 3 de enero de 2005.

⁽¹⁴⁾ “La aplicación del Derecho a los hechos, en el silogismo que contiene la sentencia, se denomina subsunción”. En: Casación Nº 1713-96 LIMA. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de agosto de 1998.

⁽¹⁵⁾ De esta manera también se pronuncia DE LOS SANTOS: “si no se respetaran los términos de la pretensión, excediendo su objeto, involucrando en la litis a quien no ha sido parte o introduciendo hechos que no han sido materia de debate (y defensa) podría conculcarse la referida garantía tan cara al debido proceso adjetivo”. En: DE LOS SANTOS, Mabel, “Postulación y Flexibilización de la congruencia (Su análisis con relación al Código Procesal Civil peruano)”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 93.

derecho a un debido proceso en virtud del cual debe existir una correspondencia entre el petitorio y los fundamentos de hecho de la demanda (causa pretendi) con lo que resuelve el Juez en la sentencia, no pudiendo pronunciarse más allá del petitorio ni sustentarse en hechos no alegados por las partes conforme lo establece el segundo párrafo del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁽¹⁶⁾.

- “Cuando se decide u ordena sobre una pretensión no deducida en el proceso y menos fijada como punto controvertido, se altera la relación procesal, en caso contrario el juzgado se está sustituyendo a uno de los justiciables, transgrediendo las garantías del debido proceso⁽¹⁷⁾.”

4. ¿ES VÁLIDO APLICAR LA REGLA *IURA NOVIT CURIA* EN ARBITRAJES DE DERECHO?

El arbitraje es un medio de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial.

Dicho mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos está permitido en nuestro país para tratar controversias de libre disposición e incluso ambientales⁽¹⁸⁾. Será activado por la sola voluntad de las partes o por mandato legal según sea el caso.

El ejercicio de la facultad conferida a los árbitros concluye con la expedición del laudo, que, cuando queda firme, deviene en “cosa juzgada”, al igual que una sentencia ejecutoriada expedida por el Poder Judicial⁽¹⁹⁾.

Los laudos pueden ser de conciencia o de derecho. Serán de conciencia cuando la controversia sea resuelta de acuerdo al leal saber y entender de los árbitros. Será de derecho cuando la controversia sea resuelta con arreglo al derecho aplicable⁽²⁰⁾. Sobre éste último es que reviste este análisis, porque obviamente la regla *iura novit curia* es impertinente en los arbitrajes de conciencia.

El artículo 50 de la Ley General de Arbitraje prevé el contenido que debe contener un laudo de derecho: i) lugar y

(16) Casación N° 2292-03 ICA del 12 de octubre de 2004. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de mayo de 2005.

(17) Casación N° 1981-2001 LIMA. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de marzo de 2002.

(18) Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje

Artículo 1.- 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 (...).

(19) Ley General de Arbitraje

Artículo 83.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

(...)

(20) Ley General de Arbitraje

Artículo 3.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.

Salvo que las partes han pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia (...)

fecha de expedición; ii) nombre de las partes y de los árbitros; iii) la cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes; iv) valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión; v) fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; vi) La decisión.

Si bien el arbitraje se caracteriza por ser un proceso flexible⁽²¹⁾ en el que las partes pueden establecer las reglas consiguientes, actualmente se encuentra en amplio debate si cabe la exigencia de aplicar unas reglas inderogables de las que no se puede prescindir. Nos referimos a las reglas que conciernen al debido proceso⁽²²⁾ (23).

Cuando hablamos de debido proceso, salen a la luz los principios de impar-

cialidad, defensa, contradictorio e incongruencia, principios que suelen ser vulnerados con la aplicación indebida de la institución del *iura novit curia*. A continuación veremos si la aplicación de esta institución es viable en el ámbito arbitral, más específicamente en el laudo.

Supongamos que A y B se someten a un arbitraje donde A demanda la pretensión X y los fundamentos jurídicos que utiliza para ello son [a], [b] y [c]. A lo largo del proceso arbitral, las partes discuten sobre dicha pretensión y B se encarga de desvirtuar los fundamentos de la demanda.

En el laudo arbitral, los árbitros, en aplicación de la institución *iura novit curia* declaran fundada la demanda utilizando como fundamentos jurídicos [d], [e] y [f]. Como se observa, el tribunal arbitral

(21) Así es catalogado el arbitraje en el ordenamiento mundial. Sobre este tema, CAIVANO señala: "una de las características del procedimiento arbitral es su mayor informalidad con relación a los procedimientos aplicables en sede judicial. La flexibilidad e instrumentalidad que se presentan como norma en materia de arbitraje, han sido señaladas precisamente como una de las mayores ventajas que este instituto reporta, en tanto permite a las partes, como una consecuencia natural, obtener un pronunciamiento más rápido y más consustanciado con las cuestiones de fondo que en artificios formales", en: CAIVANO, Roque, Negociación, Conciliación y Arbitraje, Lima: APENAC, 1998, p. 267.

(22) Al respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 04-2006-PI/TC, exige que cualquier sede jurisdiccional tiene el deber de "respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso". Luego, con las sentencias recaídas en los expedientes N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias, Salaverry) y 1567-2006-PA/TC (Caso Algamarca) se ha enfatizado tal exigencia en cuanto al proceso arbitral.

(23) Sobre este tema, hay defensores y opositores. Dentro de los primeros encontramos a ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: "(...) es claro que cuando las partes se someten a la decisión de un Tribunal Arbitral –más allá de su naturaleza, sea de derecho o de conciencia–, ello no implica renuncia alguna a su derecho fundamental a un debido proceso, del que gozan simplemente por ser sujetos de derecho. Aceptar lo contrario implicaría afirmar que al arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, lo que resulta inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada", en: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, de la Interrelación a la Interferencia del Poder Judicial en los Procesos Arbitrales: Límites de su Actuación en: *THEMIS Revista de Derecho*, Lima, N° 53: Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p.101. Por el lado de los opositores, encontramos a SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge: "(...) en el arbitraje han de observarse todas las garantías que componen el derecho al debido proceso. Sin embargo, se admite que en el arbitraje la voluntad de las partes prevalece sobre cualquier otra consideración, pues, por naturaleza y definición legal, éstas se someten a la jurisdicción excepcional, de carácter privado destinada a resolver conflictos de interés con flexibilidad y sobre la base de reglas predeterminadas que ellas mismas establecen". En: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 54.

ha resuelto basándose en argumentos no alegados por A.

En primer lugar, debemos señalar que existe legislación arbitral nacional expresa que condena la incongruencia *extra petita* en los laudos arbitrales. Así, el numeral 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje prevé como causal de anulación de laudo, que se haya resuelto sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros.

El problema que surge con laudos como el presentado a modo de ejemplo es que no permite que la parte que ha sido perjudicada con aquél, haya podido pronunciarse respecto a los argumentos expuestos por el órgano arbitral. Ello denota una vez más, una afectación al principio del contradictorio, imparcialidad y defensa y, por tanto, al debido proceso.

En sede judicial es sustentable la aplicación del principio *iura novit curia* porque la sentencia de primera instancia es revisable en apelación y, en su caso, la de apelación susceptible de recurso de casación. Sin embargo, encuentro inviable que cuando no esté permitida la revisión de fondo pueda el juzgador traer a colación cuestiones jurídicas que no han sido debatidas por las partes y que hubieran podido repercutir sobre el fondo.

Es muy importante estos fines la sentencia expedida por la Sala Civil del Tribunal Federal (Corte Suprema) de Suiza el 30 de septiembre de 2003, que anuló un laudo al pronunciarse en exceso invocando un tema de abuso de derecho y fuerza mayor.

Si bien dicha sentencia ha sido emitida en idioma francés, nos permitimos hacer una traducción no oficial de frag-

mentos de la misma que aportan criterios relevantes:

- 1) En el numeral 3 la sentencia expresa que las reglas procesales son de derecho público. Es el criterio equivalente al derecho constitucional peruano al debido proceso.
- 2) En el numeral 4 de la sentencia se expone que el objeto de la anulación de laudo es que “(...) *el tribunal arbitral ha adoptado una argumentación jurídica enteramente nueva que no ha sido debatida en el procedimiento. El derecho de las partes de ser oídas en procedimiento contradictorio garantizado* [por las normas suizas] *ha sido violado*”.

La argumentación sobre la cual el tribunal arbitral se pronunció “(...) *no fue jamás propuesta por las partes, que hubieran podido fundar su posición con numerosos motivos jurídicos alternativos*”.

- 3) El numeral 5 de la sentencia desarrolla lo relativo al derecho de contradicción como parte del derecho al debido proceso. Precisa que este derecho también incluye el de poder ejercer contradicción en fundamentos jurídicos. Señala los alcances de este derecho y expone que no fue respetado en el caso analizado, en el que el laudo aplicó consideraciones de abuso y de fuerza mayor no discutidos. Se señala expresamente que ningún medio de hecho o de derecho puede ser planteado de oficio por los árbitros, sin que a continuación puedan las partes ejercer su derecho de contradicción al respecto.

El Tribunal Federal suizo analiza el concepto *iura novit curia* citando


jurisprudencia y doctrina europeas señalando, en sustancia, que si el tribunal arbitral advierte una cuestión de derecho sobre la cual las partes no se hubieran manifestado, está en el deber de ponerlo en conocimiento de ellas para que puedan ejercer el derecho de contradicción, porque puede suscitar una cuestión de *ultra petita*.

En particular el Tribunal Federal señala que la regla *iura novit curia* no es absoluta, sino que sólo se aplica cuando se refiere a los fundamentos jurídicos vinculados a las conclusiones de las partes. Agrega, por tanto, que debe aplicarse con restricciones cuando no concierne directamente a las pretensiones y hechos debatidos. Puntualiza además que dicha regla no puede aplicarse sin reservas en materia de arbitraje en el cual las partes someten a los árbitros cuestiones muy precisas y determinadas y, con relación a ello, las partes tienen una responsabilidad de aportar al debate las explicaciones y las pruebas sobre sus argumentos jurídicos, motivo por el cual los árbitros tienen un especial deber de prudencia para no pronunciarse sobre temas jurídicos y

sus consecuencias que directamente no han sido objeto de contradicción en el debate procesal.

- 4) En el numeral 6.2 expresa el Tribunal Federal suizo que en el caso analizado las partes discutieron la terminación y ruptura del contrato por determinados por motivos a los que asignaron ciertas consecuencias jurídicas, por lo que el laudo arbitral no podía fundar la terminación del contrato en otras consideraciones jurídicas, como es una imposibilidad sobrevenida.

Señala la sentencia suiza: “(...) las partes no pudieron prever que el tribunal arbitral preteriría la referencia a una disposición que ninguna de las partes había encontrado determinante (...), para construir [el tribunal] un razonamiento jurídico muy lejano a las tesis que una y otra de las partes habían sostenido” sobre la terminación del contrato.

En un caso como el referido en la sentencia suiza también sería procedente en nuestro país la anulación del laudo invocando las causales previstas en los numerales 2 y 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje⁽²⁴⁾. 

(24) Ley General de Arbitraje

Artículo 73.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

2. (...) no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOCIETARIAS A TRAVÉS DEL ARBITRAJE

Por: OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO (*)

La columna vertebral del derecho societario peruano, en materia legislativa, es la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 (en adelante LGS), aprobada el 9 de diciembre de 1997, próxima a cumplir 10 años, ley que está en plena vigencia desde el 1 de enero de 1998.

En general, si bien en principio el marco legal de la LGS es imperativo, hay una evidente flexibilización, sin llegar a ser un sistema dispositivo, ya que permite que ciertas normas o instituciones, a través del pacto social y del estatuto se incluyan, se excluyan, o se apliquen de manera diferente. En este sentido, podemos clasificar a las normas contenidas en la LGS en 5 tipos:

1. Normas de carácter imperativo, de observancia obligatoria y que no dejan alternativa u opción para su cumplimiento y que son la gran mayoría.
2. Normas dispositivas, que sin desconocer el marco legal imperativo,

establecen parámetros mínimos o máximos, entre los cuales las sociedades deben optar (ver artículos 163 y 155), o deja a la voluntad de los socios incorporar o no al Estatuto, instituciones especiales como es el caso del arbitraje privado, como una modalidad o mecanismo de solución de controversias en materia societaria. Son 43 los casos previstos en la LGS.

3. Normas que si bien son imperativas, la misma ley permite que a través del Estatuto se excluyan, no se apliquen, o en todo caso se apliquen de manera diferente (43 casos).
4. Normas referidas a situaciones en la que la misma ley establece que la Junta o el Directorio fijen el procedimiento a seguirse (ver artículo 208).
5. Normas a través de las cuales la ley permite que la Junta General adopte una determinada decisión, aunque ella no esté prevista en el Estatuto

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Sparrow, Hundskopf & Villanueva.

social (ver quinto párrafo del artículo 101, y segundo párrafo del artículo 199).

A manera de resumen, la LGS, y el ordenamiento legal peruano recogen modalidades diferentes para la solución de controversias en materia societaria, las que podemos clasificar en heterocompositivas, entre las que se encuentran los procesos judiciales y al arbitraje (artículo 48 LGS); y las autocompositivas, como la conciliación (artículo 48 LGS) y la transacción (artículo 1302 Código Civil).

En cuanto a la vía judicial, a lo largo de todo el articulado de la LGS existen algunas situaciones críticas o controversiales que se solucionan a través de procesos judiciales que están puntualmente establecidos en la misma ley y que, según los casos, se tramitan en distintas vías procesales, según el siguiente detalle:

a. Procesos no contenciosos

Son cuatro (4) los casos, a saber:

- Convocatoria a Junta General de Accionistas (artículo 117).
- Convocatoria a Junta Obligatoria Anual de Accionistas (artículo 119).
- Exhibición del Acta de Junta General de Accionistas y expedición de copias certificadas (artículo 137).
- Convocatoria a Junta General para acordar la disolución de la sociedad o la adopción de medidas correctivas cuando la LGS está en causal de disolución (artículo 426).

b. Procesos de ejecución

Son igualmente cuatro (4) los casos:

- Pago de aportes, o pago de los dividendos pasivos del socio moroso (artículo 22).

- Ejecución forzada de los dividendos pagados en especie o en acciones de propia emisión para amortizar los dividendos pasivos del accionista moroso (artículo 79).
- Cobranza de los dividendos pasivos del accionista de la sociedad anónima (artículo 80).
- Pago de intereses o del principal de los bonos vencidos, a los obligacionistas (artículo 328).

c. Procesos sumarísimos

Son dieciocho (18) los casos, a saber:

- Otorgamiento de la escritura pública de constitución social (artículo 5).
- Modificación de la denominación o razón social igual o semejante a otra (artículo 9).
- Otorgamiento de escritura pública e inscripción de acuerdos societarios (artículo 15).
- Exclusión del socio moroso (artículo 22).
- Impugnación de acuerdos de la Junta General de Accionistas por defecto en la convocatoria o falta de quórum (artículo 143).
- Convocatoria de Junta General de Accionistas para la elección de nuevo directorio por vacancia múltiple (artículo 158).
- Determinación judicial del plazo y forma de pago para el reembolso del valor de las acciones de los accionistas que se separan de la sociedad (artículo 200).
- Oposición del acreedor a la ejecución del acuerdo de reducción de capital social (artículo 219).

- Fijación del precio de transferencia de las acciones de la Sociedad Anónima Cerrada con ocasión del derecho de suscripción preferente (artículo 237).
 - Fijación del precio de transferencia de las acciones de la Sociedad Anónima Cerrada con ocasión del fallecimiento del titular (artículo 240).
 - Fijación del precio de transferencia de las participaciones sociales en la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (artículo 291).
 - Oposición de los acreedores de las sociedades intervinientes al acuerdo de fusión (artículo 359).
 - Oposición de los acreedores de las sociedades intervinientes al acuerdo de escisión (artículo 383).
 - Convocatoria a Junta General para acordar la disolución de la sociedad, o la adopción de medidas correctivas (artículo 409).
 - Declaración judicial de la disolución de la sociedad por causal (artículo 409).
 - Designación de liquidadores e inicio del procedimiento liquidatorio de la sociedad disuelta a solicitud del Poder Ejecutivo (artículo 410).
 - Remoción de los liquidadores de la sociedad a solicitud de socios que representen por lo menos la quinta parte del capital social (artículo 415).
 - Disolución de sociedades irregulares (artículo 426).
 - Nulidad de acuerdos societarios (artículo 38).
 - Comprobación judicial de la valoración de los aportes no dinerarios (artículo 76).
 - Impugnación de acuerdos de Juntas de Accionistas (artículo 143).
 - Impugnación del acuerdo de exclusión de accionistas de una Sociedad Anónima Cerrada (artículo 248).
 - Oposición al acuerdo de prórroga de la sociedad colectiva (artículo 275).
 - Impugnación al acuerdo de exclusión de socio en la sociedad colectiva (artículo 276).
 - Exclusión de socio en la sociedad colectiva con dos socios (artículo 276).
 - Oposición al acuerdo de exclusión de socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada (artículo 293).
 - Nulidad de acuerdo de fusión inscrito en el Registro (artículo 365).
 - Responsabilidad de los socios, representantes y administradores de las sociedades irregulares (artículo 424).
 - Exclusión de socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada con dos socios (artículo 293).
 - Impugnación de los acuerdos de la asamblea de obligacionistas (artículo 323).
 - Nulidad del acuerdo de transformación, inscrito en el Registro (artículo 343).
 - Nulidad de acuerdo de escisión inscrito en el Registro (artículo 390).
- d. Procesos abreviados**
- Son quince (15) los casos, a saber:
- Nulidad del pacto social (artículo 35).

e. Procesos de conocimiento

Son solamente dos (2) casos:

- Nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas (artículo 150).
- Pago a los acreedores de la sociedad por parte de los liquidadores, con posterioridad a su extinción (artículo 422).

Ahora bien, respecto al arbitraje como modalidad de solución de controversias, el artículo 48 de la LGS señala textualmente lo siguiente:

“No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley, o en las de aplicación supletoria a ésta, cuando exista **convenio arbitral obligatorio** contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción, resolver las discrepancias que se susciten.

Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral”.

Es el caso que, la Ley General de Arbitraje – Ley N° 26572, que como se sabe está vigente desde enero de 1996, es decir dos años antes de la LGS, establece en su artículo 12, que también constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en Estatutos de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones y demás personas jurídicas. Asimismo, conforme al artículo 48 de la LGS, el convenio arbitral obligatorio puede ser insertado en el Estatuto de una sociedad mercantil, para someter a esta jurisdicción las

discrepancias que se susciten. Así pues, si el convenio arbitral está incluido en el Estatuto social será obligatorio para la propia sociedad, sus socios o administradores aunque ya no lo sean, y a los terceros que al contratar con la sociedad expresamente se sometan.

En ese orden de ideas, conforme al primer párrafo del mencionado artículo 48, no procede interponer las acciones judiciales contempladas en la LGS o en las de aplicación supletoria a esta, cuando exista convenio arbitral obligatorio en el Estatuto. Por ello, si alguna de las partes involucradas en una discrepancia recurre a la vía judicial, a su contraparte le es posible deducir la excepción de convenio arbitral contenida en el artículo 16 de la Ley General de Arbitraje, dicha excepción debe interponerse dentro del plazo previsto en cada proceso, y si fuera el caso que no se deduce, se entiende renunciado el derecho a invocarla, y sin efecto alguno el convenio arbitral.

Ahora bien, en cuanto al texto del referido artículo 48, debo hacer las siguientes observaciones:

1. La inclusión del arbitraje obligatorio en el Estatuto es potestativa. El artículo 48 **NO** es una norma imperativa.
2. No dice que el arbitraje sea nacional o internacional, para los casos de accionistas domiciliados en el extranjero.
3. No dice que el arbitraje sea de derecho, por tanto, el Estatuto tendría que así establecerlo. De lo contrario se entenderá que es de conciencia (artículo 3 de la LGS).
4. Deja en libertad a los socios fundadores estipular en el Estatuto si el arbitraje es institucional o ad-hoc.

5. Estadísticamente, y en términos aproximados, son una minoría las sociedades constituidas a partir de enero de 1998 que no han incluido la cláusula estatutaria de arbitraje obligatorio.

De otro lado, es pertinente traer a colación a la denominada jurisdicción comercial, la cual fue creada por la Sala Plena de la Corte Suprema como una sub especialidad dentro de la especialidad civil, a través de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, de fecha 30 de setiembre del 2004, jurisdicción que entró en funcionamiento el 4 de abril de 2005.

Previamente, el 10 de marzo de 2005, la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución Administrativa N° 121-2005-P-CSJLPJ, designó a los vocales y jueces. Actualmente hay una Sala Superior y doce Juzgados.

Entre los factores que favorecieron la creación de una jurisdicción comercial podemos mencionar los siguientes:

- Se contaba con suficiente información estadística y opiniones de instituciones gremiales y abogados de empresas que sustentaban la necesidad de crear órganos jurisdiccionales especializados.
- La doctrina mayoritaria en materia comercial, consideraba una necesidad, que la autonomía del derecho comercial se fortalezca y consolide no sólo con la independencia de un derecho sustantivo comercial, sino que éste tenga como complemento un derecho procesal comercial, y una jurisdicción comercial especializada.
- Dentro de una política de creación de un clima de credibilidad y se-

guridad jurídica a los agentes económicos, nacionales y extranjeros, la iniciación de actividades de la jurisdicción comercial es una importante contribución y una nueva herramienta para fomentar, garantizar e incrementar la inversión nacional y extranjera.

- La creación de una jurisdicción comercial es un importante paso dentro de un proceso de reforma de la administración de justicia y representa para los magistrados, una enorme responsabilidad ya que de ellos se esperan resoluciones transparentes, justas y equitativas dentro de la aplicación de importantes principios, tales como la probidad, la celeridad, la economía procesal y sobre todo la predictibilidad.
- La urgente necesidad de aplicar en materia comercial, el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales que ponen fin a un proceso seguido en dicha jurisdicción. Es decir, que si las características, condiciones, situaciones y elementos del proceso son iguales o muy similares, le debería corresponder igual fallo, y por ello la tendencia es que se propicie, y algún día se logre, que contemos con una jurisprudencia vinculante que dote de garantía y seguridad jurídica y que sus resoluciones se conviertan en precedentes de observancia obligatoria.

En relación a su competencia, los Juzgados Comerciales son competentes para conocer:

- Las pretensiones referidas a la Ley General de Sociedades, así como las normas que regulan las empresas

individuales de responsabilidad limitada, las pequeñas y medianas empresas y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada. Sin embargo, como ya lo he mencionado, si existe en el Estatuto el convenio arbitral previsto en el artículo 48 de la LGS, tales pretensiones en principio se deben resolver a través de arbitraje.

- Las pretensiones referidas a la Ley de Títulos Valores y en general las acciones cambiarias, causales, de enriquecimiento sin causa, derivadas de títulos valores, los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías.
- Las pretensiones en materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, siempre que no exista cláusula compromisoria, o cláusula de arbitraje obligatorio.
- Las pretensiones derivadas de las actividades y operaciones reguladas por el TUO de la Ley del Mercado de Valores y normas conexas.
- Las pretensiones derivadas de la contratación mercantil, entre otros, comisión mercantil, prenda mercantil, leasing, factoring, franquicia, know how, edición, distribución, concesión comercial, auspicio o patrocinio, riesgo compartido, agencia, y contratos derivados de operaciones con el exterior, salvo que en el clausulado de los contratos exista cláusula arbitraje.
- Las pretensiones referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico de bienes en general, salvo que exista cláusula de arbitraje.
- La prueba anticipada, tercerías y las medidas cautelares referidas a las materias antes señaladas.
- Las pretensiones señaladas en la Novena Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje, que se refieren a las cuestiones comerciales sometidas a competencia de los Juzgados y Salas Comerciales. En este caso, se coadyuvará a conocer y resolver todas las solicitudes de designación, y recusación de árbitros que se desprenden de la citada Ley, auxiliar jurisdiccionalmente a la ejecución de laudos, de medidas cautelares y la actuación de pruebas, entre otras, siempre y cuando la materia sea comercial.

En cuanto a la Sala Comercial, ésta conocerá en apelación todas las cuestiones comerciales sometidas en primera instancia a los Juzgados Comerciales, resolverá las contiendas de competencia que le son propias y todos los recursos de anulación interpuestos contra laudos arbitrales, tema que a la fecha causa controversia ya que no se ha precisado si se avocan exclusivamente al conocimiento de los recursos de anulación de laudos relacionados con arbitrajes sobre controversias comerciales o si tienen que resolver recursos de este tipo sobre laudos que resuelven controversias civiles o provenientes de la contratación con el Estado. En mi opinión, existiendo posiciones contrapuestas propiciadas por la ambigüedad de la norma, urge una definición legislativa al respecto, aunque desde ya me inclino por la primera posición.

En definitiva, la creación de la sub especialidad comercial, ha originado que la anterior diferenciación entre los procesos judiciales y los arbitrales, por conceptos como la especialización de los árbitros, la celeridad y flexibilidad del proceso

arbitral frente al judicial, ya no pueda hacerse tan fácilmente. En este sentido, sin cuestionar las virtudes del arbitraje, debemos plantearnos si éste es el camino más idóneo para resolver todas las controversias en materia societaria. Ciertamente, no se pueden dejar de reconocer las ventajas de los procedimientos judiciales, en especial en lo referente a la actuación de medios probatorios, y a su valoración, a la doble instancia, y fundamentalmente a los aspectos relacionados con la ejecución de sentencias.

Lo antes expuesto, tiene especial relevancia en el ámbito del derecho societario, donde de acuerdo al artículo 48 de la LGS, no procede interponer las acciones judiciales contempladas en la misma o en las de aplicación supletoria a esta, cuando exista convenio arbitral obligatorio en el Estatuto.

Como se explicará más adelante, hay acciones o pretensiones societarias, que por su simplicidad y vía procedimental designada no justifican el arbitraje, en tanto que para temas de mayor relevancia y complejidad, este sigue siendo una opción recomendable.

Así tenemos por ejemplo que en los casos en los que la LGS señala puntualmente como vía, el proceso no contencioso, no hay discrepancia, no hay controversia, no hay litigio. Por esta razón, aun cuando exista una cláusula de arbitraje obligatorio en el Estatuto, en nuestra opinión, se puede seguir este proceso, en el cual el Juez, reemplaza o sustituye al órgano social competente. Sería muy lento, oneroso e innecesario, iniciar un proceso arbitral, para por ejemplo, convocar a una Junta General de Accionistas.

A partir de la creación de los Juzgados y Salas Comerciales, se ha generado

una nueva coyuntura. Anteriormente el arbitraje se presentaba como un mecanismo idóneo para la solución de controversias societarias, por su especialidad, celeridad y eficacia. Hoy sin embargo, al costado existe una jurisdicción especializada, con magistrados que conocen el derecho comercial y empresarial en general, que también puede ser eficaz, eficiente, y resolver con celeridad.

Esta duplicidad en la forma como puede resolverse un conflicto en materia societaria ha dado origen a un dilema en cuanto a los procesos contenciosos. Si existe convenio arbitral obligatorio en el Estatuto, en principio, los procesos contenciosos (de ejecución, sumarísimos, abreviados y de conocimiento) se deberían resolver a través del arbitraje. A pesar de ello ¿pueden las partes optar por la opción judicial, en lugar del arbitraje?

La respuesta es afirmativa ya que conforme el artículo 15 de la LGS, es posible renunciar al arbitraje mediante convenio expreso, conocido como “resiliación”. Más aún, se entiende que existe renuncia tácita si se demanda en la vía judicial y el demandado no invoca la excepción de convenio arbitral, dentro de los plazos previstos para cada proceso, con lo cual se está sometiendo al poder judicial.

Ahora bien, según la doctrina procesal, los procesos contenciosos son o de cognición o de ejecución. En el caso de estos últimos, sólo se pueden promover en virtud de título ejecutivo o título de ejecución. El común denominador de los 4 casos para los que la LGS señala expresamente esta vía procesal, se debe a que la propia ley les reconoce el título ejecutivo o de ejecución exigido por el artículo 688 del Código Procesal Civil.

Estos cuatro supuestos generan una nueva controversia respecto a la posibilidad de optar por la vía arbitral para exigir la ejecución de una obligación en los casos en los que la ley establece la posibilidad de recurrir al proceso de ejecución.

Como es de conocimiento general, el arbitraje tiene las facultades concedidas por el Estado de “notio”, “vocatio” y “iudicio”, es decir la facultad de conocer el conflicto, ordenar la comparecencia de las partes y resolver el conflicto respectivamente. Sin embargo, la jurisdicción arbitral no cuenta con la “coertio” y la “executio”, que son las facultades coercitiva y de ejecución de fallos, que precisamente son las facultades prioritarias en un proceso de ejecución. En consecuencia, podría resultar inconveniente recurrir al arbitraje para exigir en la vía ejecutiva una prestación a un socio, pues el árbitro o el tribunal no lo podrán hacer por medios propios, teniendo que recurrir al Juez.

No obstante, abona a favor del arbitraje la instancia única, aún cuando igualmente se podría dilatar el proceso si la parte perdedora interpone un Recurso de Anulación. Ahora, con la opción judicial al frente, soy de la opinión que cada caso deberá ser evaluado para tomar la decisión más conveniente.

De otra parte, cabe resaltar las ventajas del arbitraje frente a la opción judicial en cuanto a los procesos sumarísimos, abreviados y de conocimiento:

- El arbitraje no es formalista y las partes son en cierto sentido las dueñas del proceso ya que pueden escoger las disposiciones relativas al proceso que les sean más convenientes.
 - La libertad en la elección de los árbitros o de elegir la institución que los ha de designar.
 - Una mayor velocidad del proceso arbitral ya que los árbitros se dedican tan solo a un proceso. No tienen la carga procesal de la justicia ordinaria y por ello disponen de mayor tiempo. La aparente onerosidad del arbitraje se compensa con el menor tiempo de duración del proceso, lo que al final es un ahorro.
 - La confidencialidad y privacidad del proceso.
 - La posibilidad que los arbitrajes sean de conciencia y no de derecho, en los cuales los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.
- Sin embargo, y en busca de la objetividad y el equilibrio en la toma de decisiones, también existen diferentes razones para optar por la vía judicial especializada, entre las que se encuentran las siguientes:
- La especialización de los Jueces y Vocales y su dedicación exclusiva a procesos en materia comercial.
 - La rigurosidad y orden en la etapa probatoria que faculta al Juez a merituar de manera integral los medios probatorios ofrecidos y a garantizar su actuación procesal.
 - La instancia plural, pues el proceso judicial, además de tener garantizada una doble instancia, ofrece la posibilidad de recurrir en Casación.
 - La ejecución se hace directamente, como la fase final del proceso; en

cambio, en el arbitraje implica el inicio de un segundo proceso.

- La sistematización de sus resoluciones y la estructuración de criterios uniformes y homogéneos, lo que garantiza una mayor predictibilidad.


En atención a las razones expuestas, existiendo el convenio arbitral estatutario, en principio los procesos sumarísimos, abreviados y de conocimiento se deberían ventilar en sede arbitral. Pero a diferencia del arbitraje, que es plano, y unívoco en el sentido que es de una sola vía la misma que se sustenta en las reglas procesales de la institución, o en las reglas especiales aprobadas por las partes, en el caso de arbitrajes ad-hoc, en algunos procesos contenciosos hay diferentes vías de tramitación, más una doble instancia y una eventual casación. Por ello, frente a cada caso, considero que actualmente es pertinente y a la vez prudente, hacer una evaluación comparativa para luego de ella tomar una decisión reflexiva. Como ejemplos concretos que requieren de esta evaluación, me referiré únicamente a dos, y que son las impugnaciones de acuerdos de juntas de accionistas, y lo casos que implican el levantamiento del velo societario.

Así pues, respecto del primero, si se opta por el arbitraje, el proceso se tramita en una sola vía, siguiendo las reglas procesales acordadas previamente por las partes. En cambio, si se opta por la opción judicial, en aplicación de la LGS, hay tres diferentes vías dependiendo de su naturaleza según lo siguiente:

1. Si la impugnación es por defecto de quorum o convocatoria, se tra-

mita como el proceso sumarísimo (artículo 143).

2. Si es por el contenido de los acuerdos impugnados, en la vía abreviada (artículo 143).
3. Si se persigue la invalidez, por una acción de nulidad iniciado por cualquier persona que tenga legítimo interés, se tramita por el proceso de conocimiento (artículo 150).

Finalmente, en los procesos en los cuales se pretende levantar el velo societario para poder llegar a empresas vinculadas por casos de infracapitalización o de abuso de derecho o fraude a la ley, es difícil que el arbitraje avance por las trabas o dificultades que ponen quienes no son parte del convenio arbitral. Como ya hemos señalado, únicamente se pueden someter al arbitraje los socios directos, los administradores y los terceros que se hayan sometido al convenio arbitral, motivo por el cual, aun cuando una sociedad anónima tenga convenio arbitral dentro de su Estatuto, no se podrá, demandar en la vía arbitral a sus subsidiarias, ni a los accionistas de éstas, pues no han participado en el convenio, y por tanto se exceptúan o se escudan en ello para no presentar la información que se les solicite o las declaraciones de parte, o testimoniadas, aduciendo que no están obligadas por no ser parte del convenio arbitral. En estos casos, no existen dentro del proceso arbitral, salvo multas pecuniarias, mecanismos de coerción o apercibimiento, los cuales sí existen en los procesos judiciales, razón por la cual en estos casos la vía judicial parece ser la más aconsejable. 

EL ALMA DIVIDIDA DEL ARBITRAJE: ¿SOLUCIÓN ALTERNATIVA PARA LOS USUARIOS O FUENTE ALTERNATIVA DE HONORARIOS PARA ABOGADOS? CÓMO APACIGUAR Y CONCILIAR EL CORAZÓN CONSIGO MISMO

Por: ROBERTO G. MACLEAN UGARTECHE (*)

SUMARIO: 1. Introducción a las opciones alternativas. 2. El imperio total de los sentidos en la teoría general de la prueba y en los procesos de arbitraje, como la mejor opción de todas las disponibles, y una inversión rentable a escala, también. 3. La arbitraria cultura que violentamente mutila, desfigura para siempre, marca de cicatrices, y convierte en minusválido, discapacitado, o excepcional, a “lo jurídico”. 4. Una cultura jurídica todavía autoritaria y formalista echada sobre el diván de un psicoanalista democrático y libre, para el análisis e interpretación judicial de sus sueños más íntimos. 5. Apuntes de dos experiencias de arbitraje sobre hechos, uno de ellos en el Perú y el otro en CIADI, y la exigencia de usar otros métodos de trabajo para una solución más satisfactoria para todos. 6. Lectura de las líneas de la mano en el arbitraje, que llevan desde el arbitraje como una solución alternativa de controversias específicas, hasta llegar al examen y diálogos abiertos, como una posible solución nacional alternativa, que sea accesible e inclusiva, al sistema nacional de justicia.

(*) Presidente de Panel en CIADI. Miembro y uno de los Distinguished Neutrals listados del International Institute for Conflict Prevention and Resolution. N.Y.N.Y; U.S.A (CPR).; Reconocido en el *Who's Who in International Business Arbitration* (2005, 2006 y 2007) y en el *Who's Who in Public International Law* (2007). Ex-Presidente del Panel arbitral que dirimió la diferencia señalada como pre-requisito para la negociación del TLC con los EE.UU.

LOS SÍNTOMAS CULTURALES DE LA JUSTICIA PERUANA - 2007

1. INTRODUCCIÓN A LAS OPCIONES ALTERNATIVAS

Cuando a una hora de gran congestión vehicular tomamos una ruta alternativa para llegar a nuestra oficina o de regreso a casa aunque represente un recorrido más largo, nuestra elección obedece al menor tiempo que nos toma a pesar de la mayor distancia. Si, en lugar de hacer el viaje a una hora de gran congestión de vehículos, lo hacemos a muy altas horas de la noche a la que transitan muy pocos vehículos, al tomar otra opción la razón probablemente sea que la ruta que optamos ofrece mayor seguridad por su mejor iluminación o mayor vigilancia policial. Por último, si un día de descanso tomamos una ruta diferente a la usual, la razón podría ser el paisaje más bonito o pintoresco que nos relaja y alegra. Por lo general, toda opción alternativa tiene una razón de ser y una mejora con relación a otra opción, que se mide de acuerdo a ventajas comparativas y a un balance costo-beneficio en el resultado final e impacto definitivo.

Y esto mismo que nos dicta el sentido común, se aplica para el caso del arbitraje como una opción alternativa entre un mazo de otras opciones para escoger; incluyendo entre ellas, al sistema oficial de Justicia.

De esta manera, al analizar si el arbitraje es mejor, igual o peor opción, debemos también determinar si lo es con relación a qué otra opción de una lista que aparece en constituciones, códigos y leyes. Pero todo ciudadano, empresario o dirigente sindical, por citar ejemplos al azar, debe también tomar en cuenta, si es

sensato, la posibilidad de tomar otras opciones que no están en la lista y son legítimas aunque no necesariamente previstas en la ley. Lamentablemente, en ciertas situaciones que se dan en comunidades cultural, política, social o económicamente fracturadas, desiguales, tensas, e innecesarias, algunos de sus integrantes que se perciben a sí mismos como si estuvieran encerrados en callejones sin salida, pueden también optar por la violencia y el terror.

Este artículo, pretende analizar muy brevemente lo que representa el arbitraje como opción alternativa en el Perú de hoy en el año 2008, en que el sello que nuestro país lleva en la frente es el de un país en desigual desarrollo, de un crecimiento económico sostenidos y cifras macroeconómicas sin precedente, en democracia, grandes desniveles sociales y una maquinaria oficial de justicia que no ofrece los reflejos o eficiencia adecuados a las demandas de la población, que está muy descontenta de quienes dictan las leyes y de quienes imparten la justicia, de acuerdo a los sondeos de opinión durante la última década. La característica del sistema oficial integral de Justicia peruano presenta la misma identidad de todos los otros países en desarrollo, generalmente, también de invisibles culturas autoritarias aún cuando ya no existen razones externas para vivir sometidos a ninguna autoridad. El inequívoco síntoma de esta situación en todo el mundo y a través de la historia, es el inmenso abismo entre las leyes, la Justicia y la realidad que nadie parece percibir ni otorgarle la importancia que tiene ni las violentas consecuencias a que puede dar lugar. Muchas veces ni los ciudadanos toman cabal consciencia de lo que se trata, porque lo han olvidado o por que

subconscientemente quieren olvidarlo a toda costa. Y esa también es otra opción, pero una opción terriblemente peligrosa.

2. EL IMPERIO TOTAL DE LOS SENTIDOS EN LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA Y EN LOS PROCESOS DE ARBITRAJE, COMO LA MEJOR OPCIÓN DE TODAS LAS DISPONIBLES, Y UNA INVERSIÓN RENTABLE A ESCALA, TAMBIÉN

Literalmente, no hay una sola minúscula partícula de sensación, emoción, sentimiento, idea o pensamiento –por mínimos e insignificantes que ellos puedan ser o parecer– que se logre filtrar dentro de nosotros, sino es a través de alguno o varios de nuestros sentidos físicos corporales. Y aunque es verdad que se ha reportado algunas contadas experiencias de percepciones extra-sensoriales, telepáticas o parapsicológicas, todavía no se conoce de ellas lo suficiente, ni con el rigor que se exige para derivar de ellas conclusiones que puedan ser confiables y podamos depender.

Sin embargo, y paradójicamente, aunque todo ingresa dentro de nosotros a través de los sentidos, ninguno de ellos puede –realmente– ver, oír, oler, degustar o palpar por sí mismos, porque ninguno tiene la capacidad para hacerlo. Son sólo una especie de mesa de partes individual, un canal o conducto trasmisor, un correo electrónico, que traducen todos los eventos del mundo exterior al cerebro, que es el que los registra; es decir, quien, propiamente, “ve”. “oye”, “huele”, “degusta” y “siente físicamente”. Luego de haberlos registrado los distribuye inmediatamente a los miembros o partes del cuerpo que corresponde activar y a los que

enérgica e imperiosamente exige ponerse en acción con los movimientos nerviosos, musculares, fisiológicos, o cualquiera otro que corresponda según el caso requiera. Pero, aún así, el cerebro no tiene contacto directo con la realidad inmediata y no la “conoce” ni tiene la última palabra en el asunto; y sólo puede limitarse a tener “percepciones” de esa realidad contigua, que nos parece tan próxima, pero que está tan distante sensorialmente, en la remota e imperfecta percepción que tenemos de ella inicialmente. El viejo dicho popular encierra y confirma la respuesta conocida pero que muy fácilmente olvidamos al cambiar contextos familiares con otros inesperados; en la solución de conflictos, por ejemplo: “Las apariencias engañan” Es un dicho viejísimo, y sin embargo las apariencias nos engañan y nos continúan engañando, sin desmayo cívico, sin que hayamos podido hacer algo al respecto. Porque, para comenzar, esas percepciones tan inmediatas y cercanas nos engañan al producirnos la sensación de una certeza incontrovertible, a pesar de que están interferidas, transformadas y deformadas de mil y una formas, por los propios sentidos que las transmiten al cerebro, y además por todas las otras imperfecciones y defectos de los conductos que llevan las órdenes que imparte el cerebro a las diversas partes del cuerpo humano. Por ejemplo, decimos comúnmente: “La sorpresa me dejó mudo”, o “Quedé paralizado por el pánico”, como reflejo de una sabiduría subconsciente que no aprovechamos, sólo porque no reflexionamos sobre ella, fuera del contexto verbal que nos encierra y encadena, a pesar que las cadenas están sueltas y la puerta de la celda abierta de par en par, aunque no queramos aceptarlo. Una hipótesis de trabajo que puede servir al propósito de este tema, es que no queremos aceptar la realidad de

nuestra libertad, por que nos da miedo ser libres. Y la explicación de esta aparente paradoja por la que nos da miedo algo que debería darnos alegría, es que la única razón de nuestro pánico a la libertad, es la inseguridad que llevamos oculta, y debemos declarar al cruzar la aduana que separa la frontera ética que separa el autoritarismo de la libertad interior, y en la que debemos pagar el arancel muy modesto de nuestra vanidad sin sentido como “Flat rate” común.

Exploremos más, por este camino, que nos llevará a un arbitraje de mejor calidad y mayor eficiencia social. Si, para no alargar demasiado la extensión de este acápite, limitamos nuestro examen en detalle al sentido de la vista –como ilustración de lo que se puede repetir, adecuándolo, a todos los otros sentidos– los ojos están limitados a sólo percibir con su mirada una visión circunscrita a no más de 180° de amplitud en todas direcciones. Ni siquiera podemos mirar nuestra propia nuca sin algún tipo de ayuda artificial. Pero, también nuestros mismos ojos pueden tener casi una infinidad de imperfecciones que reducen o distorsionan nuestra visión, y que también la pueden anular por completo. Un présbita, por ejemplo, puede además ser daltónico, no ver bien en la oscuridad o deslumbrarse excesivamente con la luz normal del día. Y aún con todas estas interferencias normales, como promedio, la vista nunca ve todo lo que mira. En un número determinado de personas asomadas al mismo balcón para mirar a una misma plaza, a la misma hora del día o de la noche cada una de ellas. “Ve” algo diferente de lo mismo que todos “Miran”, porque por lo general, cada uno tiene la vista fija en un punto determinado, del total que todos observan, que es diferente para cada persona; diferente

también de la visión total que ofrece a todos la plaza y que está a disposición de todos los que la miran, y en la que cada uno escoge lo que prefiere o le lleva el órgano visual a pesar suyo. Pero, tampoco acaba ahí el cuento. Porque lo que cada uno ve siempre está alterado o deformado individualmente por el efecto que en cada uno produce la hora del día o de la noche, el cansancio, el estado de ánimo, la salud o malestar momentáneos, la incomodidad, los vínculos particulares, asociaciones emocionales y recuerdos o proyectos que cada mente o cada alma en particular asocia con ese punto específico y diferente que resuena en cada interior de modo diferente en cada uno que ve diferentes objetos de lo mismo que todos miran. Todo ello da lugar a que cada testigo presencial de un evento, que transcurre “delante de sus propias narices”, que lo “ha visto con sus propios ojos”, no sólo lo relata de manera y secuencia diferentes (Por ejemplo, cada uno de los evangelistas cristianos) sino que cada uno lo examina, analiza, vincula, relaciona, coteja, contrasta, opone, le añade o suprime involuntaria e inconscientemente, algo que el evento no tuvo, u otras cosas que efectivamente tuvo y ocurrieron “delante de sus propias narices” y “miró con sus propios ojos” (Como en la película “Rashomon” de Akira Kurosawa), pero que –con total honestidad– “vió” o “no vió”.

Pero, todavía falta revisar otras interferencias más, que son de tipo diferente y alteran de otra manera el proceso administrativo interior, de la percepción que nos proporciona la visión de lo que cada uno mira. Un enorme y llamativo titular periodístico sobre algo comparativamente irrelevante, por ejemplo, puede distraer nuestra atención y alejarla de algo mucho más importante que está arrinconado en

una esquina escondida de la página en un diario, o de un contrato comercial. O, una información esencial puede figurar al lado de un aviso o noticia muy llamativos que –empleando lenguaje teatral, de la industria cinematográfica o del espectáculo– “le roba escena”, y que –sin ocultar la verdad y, además, cumpliendo el deber de información veraz– resulta, en la práctica desapercibida para todos, excepto para sabuesos profesionales, que son especialistas en buscar e identificar este tipo de fenómenos.

Si tomamos como un ejemplo la lectura durante días laborables, del diario “NewYork Times”, se comprueba que en los casos de un suscriptor promedio, entre sus millones de lectores, ni siquiera 80% de ellos alcanza a leer todos los titulares completos del diario, sino por lo común, en la sección o partes que le interesan por su actividad cotidiana. Del porcentaje que lee algo más que sólo los encabezamientos, por ejemplo de un artículo o noticia que les llamó la atención, una considerable mayoría de ellos no suele leer más allá del primer párrafo; y es, finalmente, sólo un porcentaje muy reducido el que termina de leer completos una noticia o artículo periodístico de fondo. Pero, aún así, ese fragmento de esa noticia que finalmente llega a ser leída por un porcentaje muy reducido de suscriptores o de quienes compran el diario, no transmite al lector lo que fue la realidad del evento o suceso que relata y que ocurrió en un momento y lugar específicos, sino sólo la “percepción” que tuvo el reportero en el lugar de los hechos, tal como desde un ángulo visual –que no conocemos– y en una selección de objetos de un total –que tampoco conocemos– ese reportero administró interiormente para determinar cuáles de los hechos que “vió” son rele-

vantes o no de acuerdo a su criterio que selecciona, interpreta y determina, y de acuerdo a sus propias experiencias anteriores que son las que van construyendo y determinando honestamente, su opinión personal de lo que “vió” en el total que “miró”, y finalmente envió a la redacción del diario. Debemos también tener en cuenta que lo que él envió después de haber corregido el primer borrador –si las condiciones lo permiten– de la nota que escribió en el mismo lugar para guardar fresco el registro, ha sido posteriormente corregido en el mismo diario, a base de las experiencias de anteriores percepciones que ha tenido el jefe de redacción, durante muchos años de ejercicio del periodismo, que, a su vez, condicionan y determinan la percepción que éste va a recibir de la nota escrita por el reportero, la que muchas veces modificará, para convertir en “noticia” la narración aburrida de un novato testigo presencial de los hechos. Finalmente, antes de llegar al director responsable del diario, o conjuntamente, según la premura, quien “arma” la página, y quien dirige a grandes rasgos la orientación general y línea de opinión y estándares del diario, transforman con sus respectivas percepciones, todas las anteriores y sucesivas percepciones que han intervenido –cada una con su carga de interferencias propias– desde quien en un ángulo del balcón de una plaza a una hora determinada y con sus características e inclinaciones personales presencié un evento hasta llegar a quien lee la noticia en el diario, quien tiene también sólo una “percepción” de lo que lee y que no es necesariamente lo que ha leído, sino muchas veces lo que el lector “quisiera” leer en lo que ha leído, que transmite y comenta a otras personas “añadiendo” o “suprimiendo” con sinceridad, inocencia y honestidad,

pero sin el entrenamiento y capacitación perceptivos ni tampoco debidamente educado en cualquier orden de prioridades ético, pero que sea abierto y no escondido. El refrán de la canción popular que dice: “Me lo dijo Adela”, puede haber sido interferido por una tormenta de interferencias perceptivas que requieren para enfrentar profesionalmente, de una cuidadosa capacitación y entrenamiento que tienen carácter y cualidades de muy alto profesionalismo especializado, y que debe ponerse continuamente a prueba para mantener un plantel de juzgadores de calidad aceptable para cualquier tipo de prevención o solución de conflictos. Lamentablemente, esta es una carencia generalizada y típica en especial en todas las culturas que son herencia de autoritarismos y dictaduras que han desalentado estas habilidades y destrezas necesarias y, por lo contrario, han estimulado la confusión arbitraria y la deformación de los hechos, con argumentos secretos semejantes a “esto puede causar un grave daño al país y a las inversiones”, “podría interpretarse de manera tal que aliena el terrorismo, o subvierta el orden legal”; “es sumamente inconveniente que en los actuales momentos se decida de esta manera”, y otros semejantes. Porque todo debe decirse en voz baja y discretamente, “sólo entre nosotros que somos ciudadanos responsables y conscientes”.

Todo lo descrito en este ejemplo del sentido de la vista, presume que se trata de un diario de excelente calidad, muy serio, irrepudablemente profesional, muy responsable cívicamente, absolutamente transparente, e irrepudablemente honesto. Lo que igualmente se puede aplicar a todas las demás publicaciones, a los canales de televisión y emisoras radiales que reúnan esas calidades. Pero no siempre es

ése el caso. Y por eso, cuando una persona honesta y decente, afirma con seguridad irracionalmente categórica que algo es cierto porque lo leyó en tal diario respetable, o se lo dijo tal o cual persona respetable y autorizada en la materia, esta afirmación tiene la misma estabilidad que un nido frágil de golondrinas, cobijado en ramas precarias de un arbusto débil y pequeño en medio de un vendaval. Y aún así, nos seguimos sintiendo empecinada y suicidamente seguros de algo que vemos “Con nuestros propios ojos” y “ante nuestras propias narices”, confirmado por la respetabilidad genuina de “Lo he leído en el diario de hoy, y en la primera plana ¡Míralo tú mismo para que te convenzas, si no crees!”.

Por eso nuestros jueces y funcionarios huyen hasta hoy de este tipo de entrenamientos, capacitación y educación, a favor de una educación jurídica honesta y decente, pero más convencional e inocentemente “cómplice” que apaña con respetabilidad tolerante las debilidades, flaquezas, vulnerabilidad y deficiencias de una formación profesional enferma de memorismos ineficientes, de su inevitable secuela de “tramitar” en vez de “resolver” problemas, la consecuencia inevitable de perderse desorientados en laberintos procesales propiciados por Minotauros corruptos y autoritarios; lo que como es perfectamente predecible, desemboca y se refleja en las, desde hace décadas, bajísimas evaluaciones en los sondeos de opinión ciudadana sobre la justicia y las leyes.

Tampoco los maestros del país quisieron ser evaluados, pero el ministerio del ramo, con el respaldo total de la opinión pública, obligó a los maestros a someterse a esta prueba. Lo que ocurre con el Ministerio de Justicia, tanto desde quien ejerza

en un momento dado el cargo de ministro hasta lo mejor de su personal calificado, es que la cultura política lo tiene distraído con cárceles, registros, y archivos que, a pesar de su enorme y trascendental importancia, no pueden hacer sombra al imperioso y urgente deber de –sin intervenir en lo mínimo e interferir la autonomía independiente de la Justicia nacional, propiciar y hasta instigar la participación comunitaria para presionar la adecuada capacitación de jueces y magistrados quienes hasta hoy reciben una educación legal del siglo diecinueve y –en el mejor de los casos– de mediados del siglo veinte, pero diseñada para otras realidades, con otras cifras estadísticas, otros porcentajes de informalidad, y diferente número de muertos, con otras causas. Y ni siquiera quieren escuchar ni confrontarse culturalmente para ponerse a prueba con resultados comprobables que se pueda medir con indicadores confiables.

Uno de los grandes problemas de las culturas y de la Justicia, es la vieja frase de “Miraron pero no vieron, oyeron pero no escucharon, olieron el humo, les escorchó la piel, y les quemó la lengua hasta hacerles llagas, pero no sintieron”. Y, sin embargo, fueron sinceros, honestos, y veraces. Pero, al mismo tiempo fueron cobardes porque nunca se animaron a salir de sí mismos, para comprobar si lo que otros decían que veían, olían, degustaban, palpaban u olían, podía a lo mejor tener algo de verdad seria, y también honesta y sincera. Bien pensado, es una incomprensible arrogancia sensorial tener el fanatismo de afirmar categóricamente la ocurrencia de algo simplemente porque “lo he visto con mis propios ojos y delante de mis propias narices”. Por eso, ante un sonido incomprensible o una visión extraña, un olor sorprendente o algo inusual a

nuestro alrededor, la animalidad de las especies lo contrasta con otros que lo ayudan a explicarlos. Con ellos, lo comparan, relacionan, cotejan, oponen; y colectivamente lo organizan para sensorialmente interpretarlo y darle un sentido sensorial cauto y prudente. La civilización griega llamó a esta cautela prudente: una hipótesis, en este caso sensorial. Y si esta hipótesis sensorial se pone a prueba del fuego y de los vientos, puede convertirse en lo que también los griegos llamaron: una tesis, que más tarde puede “beatificarse” como teoría; y finalmente “canonizarse” o “coronarse” como una conclusión momentánea, y nada más. Porque aún lo que es cierto y determinante, es así sólo para un momento y lugar determinados.

En años muy recientes, un grupo voluntario de abogados en los EEUU ha iniciado un trabajo vinculado con lo que he mencionado en los párrafos precedentes, al que han denominado: “Project Innocence” que hasta el mes de Noviembre –según me fue posible verificar en Texas– había logrado liberar, en todo los Estados Unidos, a 32 condenados como culpables, a diversas penas de prisión, sólo debido a deficiencias en lo que acabo de mencionar, tan increíbles como comunes, pero que sirvió como único sustento de prueba a sus condenas respectivas. La suerte, acaba de poner en mis manos un caso igual a esos, pero en el Perú, y en que el declarado culpable está cumpliendo condena, en este momento, por causas iguales. Sin embargo –lo más grave y preocupante de todo esto– es que no pienso en absoluto que los juzgadores hayan sido corruptos, malvados o ignorantes, por lo menos no en este caso particular. Sino que portan, sin saberlo, y sin siquiera tener la oportunidad de enterarse de todo el daño que inocentemente causan a su alrededor, las turbaciones

que, por razones sobre las que no quieren oír y hablar, sufren diariamente sus sentidos corporales en la inseguridad personal de su percepción normal de hechos totalmente cotidianos y sin importancia alguna, pero por las que un hombre inocente está sufriendo pena de cárcel en este momento en el Perú, en 2007.

La estupenda y magnífica noticia en todo esto que he mencionado, y tiene tintes optimistas y de aliento es que no se trata, sin embargo, en la mayoría de casos, de una incapacidad incorregible o de una deshonestidad ciega o cómplice; sino con muchísima más frecuencia, de algo muchísimo peor. Porque la causa y origen está flotando en el aire y nadie lo percibe. Es una cultura ya subconsciente e inocente que, sin darnos cuenta de ello, nos ha llevado gradualmente y sin mucho ruido, a leer, oír, oler, palpar o degustar lo que, ya inconscientemente, nos han enseñado, obligado, o también –ya cómplices de irresponsabilidad– queremos percibir, hasta que –finalmente– lo percibimos contra viento y marea, y contra la misma realidad que nos incomoda porque no sabemos ni hemos sido entrenados de alguna forma adecuada para percibir, administrar, y organizar con sensatez y criterio común.

Aún, los adelantos de la tecnología, o la espiritualidad más sublime, no cambian un ápice de esta verdad que debemos aceptar como punto de partida para la prevención y resolución de cualquier conflicto. Y en especial, para el ejercicio de la función de árbitro y de la jurisdicción arbitral en su conjunto; porque el sistema integral oficial de Justicia, del cual somos partes lateral, no demuestra siquiera curiosidad por enterarse o interés en desarrollar las destrezas y habilidades, por

medio de métodos desarrollados para este fin, para situaciones como la nuestra, y para personas adultas con nuestras características de cultura cívica. Parecen ser impermeables a sugerencias que no son las predeterminadas, y más bien son marcadamente distintas a lo usual, porque menosprecian y no dan importancia debida a hechos, como si las estadísticas y porcentajes sobre la Justicia en el Perú, fueran en absoluto normales y usuales.

Porque, aún detrás de un telescopio, microscopio, o computadora no hay sino otro ser humano que tiene percepciones como todos los demás; también otras interferencias semejantes del mismo tipo, y otras adicionales más –pero esta vez tecnológicas. El observador es el mismo y adolece de las mismas carencias y debilidades que se remueven y distancian con la tecnología remota, pero que no las elimina un ápice, porque no se trata de eso, sino de otra cosa que no quieren ver. Y en cuanto a la percepción de Dios –por lo menos en la civilización de tradición cristiana– este punto fue expresamente contemplado por el evangelista Juan (Primera Carta 4, 20): “Si alguno dice: Yo amo a Dios; y al mismo tiempo odia a su hermano, es un mentiroso. Pues si uno no ama a su hermano, a quien ve, tampoco puede amar a Dios, a quien no ve” Y en el evangelio de Mateo, al formular los términos y condiciones de su Justicia a todas las Naciones al final de los Tiempos, Jesús de Nazaret, de acuerdo a este mismo evangelista (Mateo 25, 31-46) describe la sensorialidad y total sensualidad de su justicia que se resume en comida, bebida, techo, abrigo, compañía y el consuelo de sentir un calor corporal y físico cercano, muy próximo; todas ellas “percepciones” sensoriales, perceptibles únicamente por los sentidos físicos corporales.

En todas las culturas autoritarias del mundo en desarrollo, el rasgo que nos identifica y distingue de otras, mejor que cualquier otro de sus rasgos, es el desdén y menosprecio de una obstinada aristocracia teórica, intelectual y razonada, respecto de los hechos comunes, domésticos y cotidianos; así como el hermetismo compacto con que se resisten a abrir sus oídos y mentes a siquiera escuchar las propuestas de un cambio indoloro e inmunizante, en la adecuada capacitación para el desarrollo de destrezas y habilidades que requiere un cambio como éste. Para un jurista académico e intelectual promedio del mundo en desarrollo, tocar y ensuciarse las manos con hechos y la realidad contigua, es casi una señal inequívoca de pertenecer a una humilde clase jurídica de la profesión legal, que trabaja –en su opinión– en problemas que “desbordan”, “están debajo” o “detrás” de “lo jurídico” y “práctico”, en un problema ante la Justicia o en un Tribunal Arbitral. Y queda todavía en el tintero, para otra ocasión, las inmensas interferencias de tipo emocional, afectivo, prejuicioso, discriminatorio, arbitrario, caprichoso, vanidoso que conforman los rasgos maduros de una cultura determinada, que es la invisible cultura autoritaria que vivimos cuando ya han desaparecido las causas externas que la formaron, pero que todavía la llevamos dentro, y está agazapada en un rincón nuestro, al acecho de una oportunidad para saltar y devorarse un cordero procesal. Pero, nada de esto lo dicen con claridad y están dispuestos a dialogarlo, sino que su ambiguo discurso lo equilibran con conceptos y abstracciones que los mantiene en equilibrio de coyuntura a coyuntura mientras el porcentaje de ilegalidad en el país crece incontenible y sin otro freno que el que contrapone la violencia tarde o temprano.

3. LA ARBITRARIA CULTURA QUE VIOLENTAMENTE MUTILA, DESFIGURA PARA SIEMPRE, MARCA DE CICATRICES, Y CONVIERTE EN MINUSVÁLIDO, DISCAPACITADO, O EXCEPCIONAL, A “LO JURÍDICO”

Durante los siglos diecinueve y veinte, algunos peruanos habitantes de aldeas y otros poblados en la amazonía, practicaban la llamativa costumbre de reducir las cabezas de otras personas. Esta curiosa habilidad y hábito ancestral de los aborígenes amazónicos, fue jurídicamente adoptada con entusiasmo, más tarde por juristas peruanos de todo el país durante el siglo veinte, bajo la decapitada y mutilada sombra del filósofo vienés del derecho, Profesor Hans Kelsen. El aparente y fácil “minimalismo jurídico” que todos quisieron fervientemente leer, en la publicitada y esquemática pirámide de Kelsen, simplificaba la memorización de la justicia, e invitaba su inseminación artificial en la memoria como un sustituto sintético e incompleto, industrializado y comercial, que intentó reemplazar, no sólo a la Justicia con una cápsula anticonceptiva para evitar realidades, sino a la naturaleza misma en su irremplazable función de percibir, examinar, analizar por cuenta propia y proponer, por cuenta propia también, una solución personal a medida de cada evento, y hecha artesanalmente mano. Pero, de la misma manera a como cuando un individuo pierde o ve disminuida la capacidad o intensidad de uno de los órganos de sus sentidos, la naturaleza espontáneamente desarrolla y aumenta la intensidad y agudeza de percepción en otros sentidos que compensan y equilibran la deficiencia o carencia sensorial instintiva necesaria para sobrevivir. Lo mismo ocurre en los sistemas legales y de justicia con

esta notoria carencia o deficiencia perjudicial, en las culturas jurídicas del autoritarismo, que tratan de compensar sus debilidades, pero no con el desarrollo natural de otras habilidades que las compensen, sino con cirugía estética y el implante de siliconas normativas que producen el crecimiento patológico de una especie de macrocefalia o hidropesía legal, fanáticas y obsesivas, que desarrollan paranoicamente la dimensión de lo “jurídico”, hasta volverlo fantasmal y provocar pesadillas en las multitudes. Para poder mantener la pureza inmaculada de las normas, la doctrina y la jurisprudencia - mutilan o decapitan despiadadamente la doctrina y la estructura lógica normativa de las leyes del Congreso y de las sentencias judiciales -y con ello se llevan de encuentro por delante toda posibilidad de una reforma seria y eficiente- como en algunos pueblos en el Islam mutilan los genitales de las mujeres púberes para que no caigan en tentación de pecado. Con este criterio nadie podrá en las normas lógicas e inmortales, identificar los restos mortales de la opinión pública, ni de los hechos, hechos, y más hechos, que le sirven normalmente de sustento, pero que son inmolados como víctimas de un sacrificio que es tributo sagrado de obediencia y servicio al tótem de la autoridad política o jurídica sagrada, suprimiendo toda referencia a sus sucios y asquerosos componentes de hecho que vinculan a la autoridad con la realidad de los intereses e instintos en que tienen su raíz y que se manifiestan a través de la opinión pública de cada tiempo y comunidad, y es, por eso, particular a cada comunidad, e intransferible.

El objetivo de ignorar los hechos y las realidades, se cumple en las democracias que son todavía únicamente externas, con técnicas y formas modernas diversas:

una de ellas es simplemente la total ignorancia de los hechos en todas las culturas autoritarias; como si no hubieran existido nunca debajo del cielo y no existieran ya en la actualidad en otras palabras miran a la realidad como si fuera una especie de unicornios. Una segunda modalidad, mas sofisticada y para juristas avanzados, consiste en borrar todos los hechos innegables, indeseados e incómodos, de la pizarra frente a nosotros, y en la que sólo ellos pueden escribir, sólo ellos tienen la tiza, y nadie más tiene la oportunidad real y practica de escribir un signo o borrarlo, con el fácil recurso de recién usar entonces -sólo a veces, y cuando el camino es de bajada- su poder discrecional, o su “criterio de consciencia” para eliminarlos a todos, descartándolos como “no relevantes al caso”, sin otro fundamento razonado o más explicación; porque consideran culturalmente que el principio de Derechos Humanos que establece como un principio que es garantía de la Justicia, la obligación -también Constitucional- por el que todas las sentencias, otros fallos, y también laudos arbitrales, por supuesto, deben ser propiamente motivados. En el sistema oficial de justicia en la actualidad, se entiende, como siempre se ha entendido en la práctica, que esa motivación obligatoria se refiere solo a la fracción coercitiva de la norma pero no a la administración, organización e interpretación de los hechos que la sustentan y sirven de base. Algo equivalente ocurre con la elaboración de normas en cuyos fundamentos sobresalen únicamente sus facciones conceptuales y sus rasgos coercitivos, que no son completos y no permiten identificar la real identidad individual, y las huellas digitales de las normas promulgadas.

Por lo pronto, la limpia pureza conceptual de la pirámide de Kelsen, ha su-

frido la mutilación de los pies que le sirven de sustento y apoyo a su equilibrio— como algunas de las momias de la antigua civilización mochica, o moche, en el norte del Perú, a las que se cortaba los pies para que no abandonen al cacique o jefe junto a quienes eran sepultados a su servicio, en ultratumba. Porque el hecho es, que la conformación, balance y equilibrio de esa pirámide supuestamente sólo formal, está condicionada sobre dos elementos que son los que determinan su credibilidad, solidez y permanencia. El primero de ellos, es el “Grundnorm” o condiciones y situación total de hecho, que define la identidad real y práctica de esa pirámide. Pirámide que no es un fantasma conceptual, como el fantasma del padre de Hamlet indeciso, en la tragedia de Shakespeare; ni como el futbolista que nunca se anima ni quiere entrar con la pelota al área penal y finalmente patear al arco; o el corredor de fondo que se esfuerza durante horas en el largo recorrido de decenas de kilómetros bajo el sol inclemente, y luego se detiene para tomar un refresco y agradecer los aplausos con que lo reciben a su triunfal entrada al estadio olímpico, y ¡pierde!. Y el segundo, constituido por su postulado claro e inequívoco, que la norma es sólo un marco de posibilidades, y no una prisión o máscara de hierro que tortura o asfixia al sentido común y la sensatez informal de los hechos. Bastante de eso hay en la disputa entre el sofismo helénico absorbido por la escuela jurídica dialéctica de los fariseos, y la argumentación que hace al respecto Jesús de Nazaret, e ilustra en la parábola figurada del Buen Samaritano, en el evangelio de Lucas; y que su apóstol Pablo confirma en su carta a los Hebreos 10, 1, con las palabras “La Ley es sólo una sombra [...] y no la realidad”.

Si nos entregamos violentamente, a los rigores de la lógica jurídica formal y matemática —por ejemplo la lógica ya clásica de Ulrich Klug— la fórmula simbólica y no lingüística de la estructura lógica de una norma se expresa lógicamente en: Si S entonces P. S, es el supuesto de hecho, cuya ocurrencia en la geografía y la historia tridimensional debe transcurrir para que, recién entonces, se pueda desencadenar la consecuencia coercitiva que desata la actividad coercitiva y obligatoria de P. En rigor causativo, la coerción de una ley es sólo un apéndice que es consecuencia de uno o varios hechos. En una comida en un restaurante el pago de la cuenta es sólo una consecuencia de la comida que hemos ordenado e ingerido libremente. Y es un disparate sobredimensionar la importancia del precio y desdeñar la comida; porque es sólo en función de la comida que el precio puede justificarse en todo sentido. O dicho con otras palabras: “plata en mano chivato en pampa”. No puede haber uno sin el otro. Sólo el atrabiliario personaje literario Don Quijote de la Mancha se atrevía a amar a un ser imaginario como “Dulcinea”, y al mismo tiempo descuidar irresponsablemente a su sobrina menor de edad, literariamente real, como él, y que habían dejado a su cuidado (!) y a quien repetidamente abandonaba sin aviso previo o anunciar siquiera cuándo regresaba. Esta misma es la gran debilidad, carencia y vulnerabilidad de los jueces, legisladores, juristas y abogados reales del mundo autoritario en desarrollo, quienes sí, verdaderamente, parecen muchas veces, ser atrabiliarios, descuidados e irresponsables “Don Quijotes de la Mancha”, en su prepotente menosprecio por los hechos y la realidad. Pero, la pregunta es: ¿Tienen que ser así también los árbitros?

Las estadísticas que muestran estas deficiencias (que el sistema oficial de justicia, y el legislativo, obstinadamente no quieren ver, y estimulan con su aislamiento autista, su fanática dependencia adictiva y obsesiva a normas de toda clase, y su distante lejanía de la comunidad) no son por lo común, rasgos necesarios típicos de la personalidad de los árbitros que viven profesionalmente de la competitividad implícita en la calidad del servicio que ofrecen, abiertamente, en un mercado libre y transparente; y en infinidad de otras razones que ya salen fuera del ámbito de este ensayo. Pero, este es un factor importante para tomar en cuenta, y considerar, en la primera oportunidad que se presente, para llevar a cabo la plenitud de increíbles posibilidades de las que está preñada la jurisdicción arbitral, pero que –primeriza– no sabe o no ha querido todavía dar a luz a su primera hija o hijo. Nadie o nada le impiden, sin embargo, perder su miedo y calmar los nervios naturales –que todos sentimos– con la ayuda de otros indicadores distintos que no quieren usar los jueces, de métodos más agresivos y audaces, para medir los impactos que la eficiencia y eficacia de su trabajo produce, y que los jueces y magistrados del sistema oficial de justicia todavía evitan, innecesariamente, por su timidez y rubor adolescentes ante la desnudez de un desafío de hechos indomables que tienen aún que aprender a montar al pelo, y sin otras riendas que lo alerta de sus sentidos, la verificación y contraste de sus percepciones, su instinto disciplinado y un claro orden valorativo para sus prioridades. Con eso, basta. Cualquier domador de caballos salvajes les puede confiar, sin reserva o secreto profesional al respecto, que a los caballos más bravos se les doma con paciencia, mucho amor,

y sólo un leve toque de firmeza al tomar las riendas. Nada fuera de lo común en realidad, ni mucho de qué ufanarse o presumir tampoco. Sólo se trata de una operación de rutina.

Pero, lo que puede constituir una oportunidad extraordinaria para alguien con imaginación, puede también ser para otros, la tentación seductora y fatal de caer durante el ejercicio de la función arbitral, dentro de la misma órbita de influencias culturales, y ser atraídos hacia el mismo centro de gravedad y sistema planetario de los hábitos rutinarios y fáciles judiciales, en muchos jueces del sistema oficial que, salvo extraordinarias y valientes excepciones, prefieren caminar siempre de bajada, cuando el calor de la tarde se ha calmado, y el viento sopla a su favor. No sería extraño que nuestra cultura cívica tuviera necesidad de los servicios de un psicoanalista. (Sin perjuicio, en absoluto, del excelente trabajo que realiza el doctor Max Hernández, Psicoanalista de prestigio internacional, en la Secretaría Técnica del Acuerdo Nacional).

El tratamiento profesional que requieren culturas jurídicas, como la peruana, que rehúsan enfrentar su realidad.

4. UNA CULTURA JURÍDICA TODAVÍA AUTORITARIA Y FORMALISTA ECHADA SOBRE EL DIVÁN DE UN PSICOANALISTA DEMOCRÁTICO Y LIBRE, PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE SUS SUEÑOS MÁS ÍNTIMOS

a. Los sueños más frecuentes repetidos y los deseos reprimidos que representan su subconsciente cultural (“El Super Ego o Yo”).

Una cultura, que en la inmensa mayoría de los pobladores ha llegado a encontrarse en la situación repetida de soñar con insistencia, que Eva la del Paraíso es culpable, que Job es paciente en lugar de obstinado en su persistente búsqueda de la justicia, que Jesús de Nazaret es manso antes que lúcido, valiente, lleno de aventura y claridades; que el personaje literario Don Quijote de la Mancha es justo y símbolo universal de la Justicia, y que el personaje Luís Enrique del vals inmortal de Pinglo, tiene una percepción equilibrada y desprejuiciada sobre la realidad y sentido de las leyes y de la Justicia, es una comunidad capaz de tragarse cualquier anzuelo político, comulgar con una rueda de molino cívica cualquiera por gigante que sea, creer en cualquier cosa que le digan con grandes titulares y afiches de colores, y hacerlo así sólo porque casi se lo ordena alguien cualquiera con pretextos y excusas que son engaños. Esa también, es una cultura que, típicamente, y como es perfectamente predecible ofrece a la vista el siguiente paisaje respecto a su justicia y sus leyes.

b. La realidad que es irreconciliable con sus sueños, y que por eso no quiere ver ni admitir, y mucho menos ante los demás, porque cree que quedaría mal (“El Ego o Yo”)

Al año 2005, y luego de una sucesión de años consecutivos de crecimiento económico sin precedente, y en plena democracia externa, las cifras oficiales, privadas nacionales, y las internacionales coinciden, en números redondos, en lo siguientes resultados ilustrativos y útiles para explicar el por qué de la necesidad de tener que tomar una opción inevitable, finalmente, y ahora. Cualquiera que sea,

pero tomar una opción declarada, al fin; porque el fracaso enseña mucho mejor que la indiferencia y nuestros errores mucho más que la indolencia distraída, la ambigüedad conceptual o abstracta, porque ninguno de ellos causan tantos muertos innecesarios:

- Cuando en 1986 se publicó el libro “El Otro Sendero” de Hernando de Soto –el primero que se ocupó y trató profesional y numéricamente de este problema– quedó señalado que la desobediencia pacífica de la población –eficiente y económicamente productiva– a las leyes oficiales del Congreso en el Perú y que, como una consecuencia de su desobediencia no podía tener acceso directo al sistema oficial de justicia, bordeaba como porcentaje de la población total, el 48%.
- Entre 1980 y el año 2000, la lucha armada iniciada por el terrorismo cuestionó la legitimidad social de nuestro sistema legal y de justicia, para gobernar al país; y la enérgica, de primera impresión efectiva, pero descontrolada represión armada del gobierno, ocasionaron la muerte innecesaria de alrededor de 70.000 personas; significativamente ubicadas en su mayoría en una zona geográfica determinada; y en su mayoría pertenecientes a un grupo étnico en situación de pobreza o pobreza crítica.
- El año 2000 el país se había pacificado finalmente, pero estaba lleno de heridas visibles e invisibles, de las que la Justicia y las Leyes fueron en parte responsables de algún modo cómplice y silencioso.

- Entre los años 2001 y 2005, el país vivió el goce de una democracia política plena, y de un crecimiento económico sostenido espectacular, expresado en indicadores y estándares macro-económicos incuestionables. Sin embargo, y a pesar de todo ello, al año de 2005 el 41.9% de la población del país no pudo satisfacer sus necesidades básicas; y el 20% de la población sufría, y sufre, aún pobreza calificada como “crítica”.
- Según cifras oficiales del Banco Mundial, América latina es la región del planeta en que la diferencia entre el 20% más rico de la población y el 20% más pobre es mayor que en ninguna otra región en el mundo. En nuestra parte del continente, Ecuador el primer lugar en la diferencia, entre los más ricos y los más pobres; Brasil el segundo lugar; y el Perú, el tercero en esta lista de dudoso honor.
- Dentro del mismo período, democrático y de espectacular crecimiento económico sostenido, los miembros del Congreso de la República presentaron 14,000 iniciativas legislativas para un país cuya población, en mayoría pacífica y ordenada, desobedece diariamente sus leyes. Y el Sistema Nacional de Justicia se siente abrumado y sofocado por una carga procesal que estima sobredimensionada; pero que representa sólo el número de litigios que se produce entre la población que obedece a las leyes, porque las cifras actuales de todas las fuentes estiman que la desobediencia pacífica a las leyes obligatorias del Perú y que, en consecuencia, no tiene prácticamente acceso directo a la Justicia oficial, en la mayor parte de los casos, es hoy día de alrededor del 70% de la población total del país.
- Durante los últimos 20 años –entre 1986 y 2006– la desobediencia pacífica a las leyes obligatorias del Perú, ha aumentado del 48% al 70% de la población, en todos los niveles sociales y culturales, como fácilmente puede percibir cualquier transeúnte. Ese porcentaje, como es obvio no tiene acceso tampoco al Sistema de Justicia; al menos no por la puerta de acceso ciudadano.
- Hace muy corto tiempo que una conocida firma internacional ha tenido que cerrar sus concesiones y retirarse del Perú, derrotada por la informalidad legal que compitió ventajosamente con ella, y la venció mediante el permanente incumplimiento de leyes obligatorias dictadas por el Congreso de la República, promulgadas solemnemente por el Gobierno, publicadas en el Diario Oficial “El Peruano” y que el Sistema Nacional de Justicia no está en aptitud o condiciones de combatir y suprimir, sino en una proporción muy modesta, que no es suficiente para el tamaño colosal del problema.
- Durante el Siglo XXI, para no ir más lejos, ni el Congreso de la República, o el Poder Judicial –al que le hacen cargar con todo el peso del muerto, que le corresponde, en realidad, a todo el Sistema Integral de Justicia en el país, con leyes y todo lo demás incluido– han alcanzado nunca en los sondeos ni siquiera un 20% de aprobación ciudadana; no obstante un repunte reciente que hay

que observar con atención, y apoyar, para confirmar si es real u otro espejismo mediático o de inestabilidad ciudadana.

c. El origen cultural de las especies libres (“El Ello” que se debe forzar salir del subconsciente, o del ya inconsciente, hacia la superficie ética y enfrentar los continuos dilemas e inevitables opciones del mundo real de los adultos)

Es dentro de este escenario –totalmente porcentual, estadístico, urgente, práctico y concreto– que es el verdadero paisaje en que estamos situados, y del que somos parte inevitable, nos guste o no, en el que nos debemos preguntar hoy día: ¿Qué podemos aportar –como árbitros congregados en esta conferencia, y en su publicación o en los respectivos centros, asociaciones, institutos, y otras agrupaciones que nos reúne; como ciudadanos, o como personas– para contribuir con nuestro óbolo ciudadano y jurídico, a la transformación de nuestro reducido segmento arbitral en el paisaje –que es el que está a nuestro alcance real– para hacerlo menos preocupante e innecesariamente sombrío? Y, además, ¿Cómo lograrlo sin pedir “más presupuesto”, “más árbitros”, “más leyes sobre arbitraje”, “cambios en la constitución tal o cual” como si fuéramos mancos, cojos, ciegos o paralíticos – como casi es Stephen Hawkin el famosísimo astrónomo y matemático de la Universidad de Cambridge, quien en uno de sus últimos libros cita repetidamente una frase que William Shakesperare hacer decir a Hamlet, en la tragedia que lleva su nombre, y que en su caso estremece y conmueve sobremanera, mucho más que cualquiera de las otras veces que la he leído. Aparece en su libro “Breve Historia del Universo”, y dice: “Puedo vivir encerrado dentro de

la cáscara de una nuez, y ser, aún así, rey del espacio infinito”.

d. Proclamación revolucionaria sobre las clasificaciones, categorías, divisiones, y nomenclaturas Jurídicas que son las superestructuras artificiales, debajo de las cuales existe la infraestructura real de la Justicia que nace de los hechos que son los instintos, mutados en las civilizaciones por legítimos intereses transparentes, y estos en opinión pública libre desde el siglo XVIII, hasta el siglo XXI, en colectividades libres y democrática, a través de cada usuario, si éste quiere:

Manifiesto ideológico de diagnóstico para el tratamiento que se recomienda al paciente que padece de este delicado trauma cultural muy común en culturas autoritarias ya arraigadas a lo ancho y largo de todo el espectro político del mundo en desarrollo, y alcanzar su cura pronta:

Para sanar y corregir este trauma se puede tomar dos opciones sin dejar de ser honesto con los demás, y diciendo las cosas de manera directa y al grano. Una de ellas, es escoger un aspecto técnico cualquiera y refugiarnos en él, con total intensidad, que absorba completamente nuestra atención, nos hipnotice, literalmente, y no nos deje espacio en la mente, ni tiempo libre para pensar en ninguna otra cosa más. Esa es la ventaja de escoger cualquiera de los muchos aspectos que podríamos llamar especializados, técnicos, o también denominamos muchas veces “jurídicos”, para distanciarlos de cualquier indicador referencial que los ponga en contacto y los contamine de realidad contagiosa y epidémica. Hablamos al tratar de ese modo, con un lenguaje estrictamente profesional, escueto, técnico, “jurídico, serio y vamos directamente al grano del asunto específico”, y sin mirar a los

costados o muy lejos. En su limpieza conceptual y su perfección razonada es inevitable pensar, con altas posibilidades de dar en lo cierto, que les ha servido de modelo para esta aproximación el razonamiento exacto de las matemáticas puras.

Dentro de algunos contextos reales, esta aproximación puede resultar útil como pedagogía para el aprendizaje de cómo ajustar mejor una tuerca o aceitar una pieza para hacer funcionar una máquina de manera más práctica, eficiente, económica, útil y con mejor resultado en relación a su propósito. Pero, en cierta forma esa forma de aproximación nos limita y circunscribe el análisis y la consideración de posibles soluciones, porque sin siquiera darnos cuenta estamos prisioneros de la existencia de esa máquina y de su propio funcionamiento que son ya fatídicos e inevitables; que toda posibilidad de solución esta encerrada en la máquina misma y que, en cierta forma somos prisioneros de la máquina, de su funcionamiento, turcas y tornillos que delimitan todas las posibilidades de nuestra existencia porque son un fin en sí. Es el mecanismo como a través de las edades y de las civilizaciones ciertos objetos o imágenes evolucionan hacia un tótem, a ídolos, y en este sentido se transforman en iconos, y llegan a ser Sagrados. No hay nada de malo o de bueno en ellos, hasta pueden ser útiles o prácticos en sí mismos, muchas veces. Pero sin percibirlo y darnos cuenta, este modo de mirarlos transforma cualquier cosa de la vida corriente en algo completamente distinto de lo que es y le da un sentido diferente. Y en ciertos contextos particulares, puede constituir una deformación que distorsiona, y convertirse también en un refugio o escondite que sirve de pretexto y excusa, que no se hacen explícitos ni se acla-

ran, para evitar enfrentarse a lo delicado del tema y eludirlo por completo, pero sin quedar mal.

Esta cuestión de los métodos de aproximación es común y aplicada a cualquier asunto o tipo de problemas. No es una pura cuestión de técnicas, ni tampoco de ideologías, o escuelas, sino constituye y ha ascendido al rango invisible de culturas que es necesario deshilar y hacerlas jirones.

5. APUNTES DE DOS EXPERIENCIAS DE ARBITRAJE SOBRE HECHOS, UNO DE ELLOS EN EL PERÚ Y EL OTRO EN CIADI, Y LA EXIGENCIA DE USAR OTROS MÉTODOS DE TRABAJO PARA UNA SOLUCIÓN MÁS SATISFACTORIA PARA TODOS

El primer problema que tuvimos que enfrentar muy pronto, en ambos casos, fue la necesidad de librarnos del arnés innecesario e incómodo, de plazos perentorios fijados de antemano, ya fuese en los convenios o en los reglamentos aplicables al caso. Dadas las características peculiares de los arbitrajes, toda restricción temporal debe dejarse a criterio del tribunal, y los árbitros exigir esa flexibilidad para poder asumir la responsabilidad y confianza depositadas en ellos. Aún los jueces ordinarios en los sistemas judiciales del “Common Law” disfrutan de esa prerrogativa indispensable para el desempeño eficiente de su función. El caso que ganó MINPECO en los EEUU fue posible ganarlo, porque respecto al procedimiento, fue posible prolongar por más de seis años la etapa probatoria sobre hechos, previa al juicio mismo, que se denomina “Discovery”, y cuya concepción cabal resulta imposible en un sistema que funciona a

base de la desconfianza en los jueces y de la rigidez absurda de las normas. Ninguna de ellas, felizmente, debe ser un problema en los arbitrajes; ni ningún árbitro tiene porqué sentir el pavor de muchos jueces al enfrentar cara a cara, y a puño limpio, una pandilla de hechos adolescentes o de tragedias adultas, que son la única esencia y verdad de la justicia. Los más de dieciocho conflictos descritos en los capítulos 12 al 50 del Libro del Génesis en la Biblia son una espléndida e inesperada escuela para ejercitarse en las destrezas y habilidades sin la ayuda de leyes ni de jueces en una comunidad de emigrantes que habían abandonado, casi hasta el olvido, una cultura civilizada; y no habían llegado todavía al destino que estaban construyendo con su responsabilidad, pero sin darse cuenta.

A pesar de las dificultades que envuelve la apreciación de las pruebas, son muchísimo menos peligrosas que las trampas y engaños que se esconden agazapados detrás de leyes ineficientes, distanciadas de la opinión pública, y al socaire de la autoridad. La primera de ellas que legisló y dejó memoria de sus leyes, introdujo la trampa de esconderse detrás de las enseñanzas del dios Mardúk para impartir la Justicia, y dejar de inmediato tallado en el basalto, un código en cuyo artículo 15 se comienza a legislar sobre la esclavitud, y un poco más allá se rebaja de rango a las mujeres. Hay que tener mucho cuidado y manejar con tino y cautela el potente explosivo de las leyes. En el sistema judicial anglo-sajón jueces y abogados dan muchísima más importancia a los hechos que a las leyes, y la llamada “ratio decidendi” de un fallo o laudo, es la ecuación o fórmula química que describe con precisión las cantidades de hechos y normas, y cómo se combinan y

distribuyen para discernir entre “obiter dictum” y ratio decidendi” que es la única parte del fallo sujeta a “stare decisis”, o fuerza obligatoria vinculante a otros casos. Las sentencias no tienen que aclarar, como entre nosotros el TC, qué parte es vinculante o no, sino que ya es una destreza implícita como el saber leer o distinguir los colores básicos. En el Perú, la cultura judicial, y los atoros por la innecesaria carga judicial que se causa a sí misma esa cerrada cultura en su despacho, hace estas frases incomprensibles a los jueces ordinarios. Pero, afortunadamente, ese no es el caso de los árbitros que tienen –en promedio– otras características y no tienen tantas tentaciones de ser autoritarios porque no están sometidos a tantos halagos, tantos tratos reverentes y falsos, ni tantas palabras halagadoras; y sufren el espejismo que son un monopolio y no tienen que competir con otras fuerzas invisibles pero mortales.

La inhabilidad para reconocer y administrar los hechos más claros y fundamentales, es causa alrededor del mundo, de un fenómeno que es muchísimo más acentuado y grave en el mundo autoritario en desarrollo: la frivolidad procesal que enturbia, confunde, desorienta, y a veces enloquece a los jueces con los rostros más fieros y los lomos más fuertes. La numerosa familia procesal frívola, incluye entre sus miembros a la conocida y frívola penalización de procesos comerciales, a la frívola prole de amparos, excepciones, etc. que no se puede suprimir con leyes y más leyes. No es posible prohibir el ingreso a un lugar de nada que tenga color verde, si el encargado de controlar la entrada nunca ha visto, no conoce, no puede ver el color verde o lo confunde porque es daltónico: ¡No hay ley que pueda hacerle entender a esa

persona qué cosa es el color verde, aunque eleven esa norma a rango constitucional y la aprueben por medio de un referéndum popular!

Pero, si hay muchísimos remedios mucho más rápidos, breves y menos costosos para solucionar la dificultad sin tener que sacar de su cargo al que controla la entrada. Y uno de ellos, con dinero o sin dinero, es darle otra forma de entrenamiento y capacitación más adecuadas al propósito, y que les da tanto miedo a los jueces recibir. No tenemos esa dificultad obstinada en el arbitraje, porque si la tuviéramos nos quedaríamos sin trabajo y nadie nos invitaría otra vez a participar en el baile.

Pero, tampoco las leyes pueden asegurar, en ningún caso, la correcta evaluación y examen de las pruebas. Porque un recurso muy común en el mundo en desarrollo es abdicar a favor de los peritos o expertos la decisión sobre cuestiones de hecho. En un tribunal que presidí fuera del Perú, y entre partes ajenas al Perú, un reclamo por más de dos mil millones de dólares era exclusivamente sobre hechos, y se refería a la destrucción de un número de aviones y a la pérdida de un almacén completo de repuestos. La valoración de todo, por supuesto, se encomendó a una prestigiosa firma internacional especializada. Pero los peritos al recibir el encargo se reunieron por varios días y a tiempo completo, para exponer a los miembros, aclarar los diferentes tipos de dilemas y los diversos órdenes de prioridades que nosotros teníamos que decidir, primero, para recién dárselos luego como una instrucción. Pero no terminó ahí tampoco nuestra conversación que se prolongó a todo lo largo del proceso, en cada bifurcación de posibilidades y cada apertura del abanico de posibilidades. No se trató

en absoluto de una abdicación, ni como es una costumbre entre los jueces egipcios, que al ver la proximidad del vencimiento de un plazo perentorio remiten cualquier asunto imaginable a dictamen de un perito que no tienen restricciones de tiempo. Y, además, una vez emitido un dictamen pericial, detallado y muy profesional, ese dictamen se debate en audiencia pública con intervención de las partes y los peritos. Pero, quienes tienen que decidir, finalmente—son los árbitros o juzgadores y sólo de ellos es la responsabilidad y de nadie más. Sólo un juzgador inseguro—de los que creen que Don Quijote es justo, que Jesús de Nazaret es manso, Job paciente. Eva culpable, etc, y todo ello porque lo dice la gente, alguien muy importante, algún organismo internacional, un experto extranjero, o los distinguidos juristas A, B, o C, y sin entender por qué lo dicen ni nada más—son los que se mueren de pánico de confesar que no están entrenados, que por eso no saben, y por eso es que paradójicamente—no quieren escuchar a quien se los dice y quiere enseñarles a reducir el número mayor a mil reclamos contra sus fallos ante la Corte Interamericana.

En el arbitraje que tuvo lugar en el Perú, el testimonio de cada perito de parte tomó por lo menos dos días, y ninguno de los árbitros o de los abogados de ambas partes se limitó a defender obstinadamente algo que no entendía bien pero sobre lo que argumentaba como un sofista diestro, o un saltimbanqui, malabarista y contorsionista argumentativo. Fue fácil percibir que, a todas luces, todos tratábamos de entender, y forzamos a los expertos a no hablar simplemente “Ex-Cátedra”, pontificando dificultosa y eruditamente sobre su materia desde la altura de un especialista, sino que todos les preguntamos

hasta saciarnos de claridad. Parte de este ejercicio de hechos, y de la importancia de no estar esclavizados a límites de tiempo en cuestiones de hecho, es el entendimiento que los arbitrajes –como en realidad todos los juicios o cualquier otro tipo de procesos– no son sino diálogos interminables hasta terminar en una solución firme, segura y estable en el punto sometido a discusión.

E igual decidimos al momento de cerrar el proceso arbitral con la argumentación oral de las partes. Los árbitros propusimos, y ambas partes aceptaron con satisfacción, imitar la forma como se desarrollan los informes orales en la Cámara de los Lores en Gran Bretaña, y que es muy diferente al desarrollo en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América no obstante que en líneas generales, el número de causas y el de jueces de última instancia en ambos casos, es muy aproximado o equivalente. En los EE.UU. ningún informe oral puede prolongarse por más de treinta minutos exactos. A los veinticinco minutos de haberse iniciado el informe de un abogado se enciende una llamativa luz amarilla frente a éste; y a los treinta minutos se enciende una luz roja, suena un timbre, y se corta el informe a la mitad de una frase o una palabra. Dicho sea de paso, cualquier juez en esta corte puede interrumpir a los abogados cuantas veces considere necesario, sin que las interrupciones sean descontadas del límite de treinta minutos, que es sólo para los abogados.

El método que adoptamos por consenso de todos los participantes, y a semejanza de la Corte de última instancia en Gran Bretaña, fue que los informes son sesiones de trabajo en conjunto para poder aclarar todos y cada uno de los puntos con el detalle que sea necesario. En la

Cámara de los Lores duran por lo común entre cinco o diez días a horario completo. En nuestro caso los informes orales duraron por tres días, casi completos el último de ellos, el beneficio para los árbitros, y las partes, es que todos quedan con la sensación que dijeron, se examinó, y se discutió hasta el agotamiento del tema, de la certeza común, o de la respetable divergencia seria y sostenible en cualquier parte y la frente alta, hasta el mínimo punto que quisieron decir o les preocupó. Es innecesario decir, que esto no fue resultado del trabajo de los árbitros, sino principalmente de los abogados de las partes, y de sus representados y técnicos que asistieron a todas las audiencias, y del secretario técnico del tribunal de cuyo trabajo confiable y organizado depende muchísimo más de lo que aparece en un laudo.

Finalmente, en la propia redacción del laudo, se tomó particular empeño en razonar y motivar cada razonamiento y la evaluación de cada hecho en particular, con el mayor detalle y minuciosidad posible. Las mayores diferencias y el mayor trabajo en esta tarea fueron con relación a la minuciosidad que preocupaba a cada árbitro sobre un hecho u otro. Si los laudos –a diferencia de los juicios públicos– no fueran confidenciales y reservados– creo que todos los que participamos de alguna manera nos sentiríamos justamente orgullosos de haber participado de esta experiencia que, para mí representó lo mejor de lo que tiene por ofrecer el arbitraje como posibilidad. Que no es necesariamente siempre el caso, ni todos los abogados son necesariamente del mismo nivel y la misma transparencia eficiente y competitiva, ni todos los demás participantes. No siempre es el caso, pero es siempre una posibilidad que está latente y que podemos fortalecer y llevar adelante.

El síntoma de naturaleza pareja a la carencia y deficiencias que sufren al respecto gran número de abogados, de fiscales, de jueces, vocales y magistrados en el sistema oficial de justicia nacional, se está comenzando a repetir con equivocada y preocupante simetría –que da lugar a estas reflexiones– también en el arbitraje nacional, y por exactamente las mismas razones que en los demás participantes y protagonistas cívicos en nuestras leyes y nuestra Justicia en un país pobre y desigual en desarrollo, todavía inmerso en una cultura autoritaria protegida por leyes y derechos que todavía no ha aprendido a ejercer con respeto y con alegría entusiasta.

6. LECTURA DE LAS LÍNEAS DE LA MANO EN EL ARBITRAJE, QUE LLEVAN DESDE EL ARBITRAJE COMO UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS ESPECÍFICAS, HASTA LLEGAR AL EXAMEN Y DIÁLOGOS ABIERTOS, COMO UNA POSIBLE SOLUCIÓN NACIONAL ALTERNATIVA, QUE SEA ACCESIBLE E INCLUSIVA, AL SISTEMA NACIONAL DE JUSTICIA

El primer punto debe quedar en claro, es: ¿Cómo medimos el éxito, relativos avances, estancamiento, o retroceso del arbitraje como opción efectiva y cuál es su importancia y valor social actual? ¿Tomando las medidas de referencia con relación a lo que fue en el pasado, con relación al presente, o con lo que va a ser en el futuro? El pasado ya no lo podemos cambiar, aunque si podemos rescatar lo mejor y útil que tuvo, para utilizarlo con ventajas en el presente que vivimos en este instante; y en cuanto al futuro también lo estamos fabricando recién en este momento

exacto del presente. En este sentido, siempre vivimos y debemos vivir para siempre en el presente, sin caer en la tentación de escapar hacia ninguno de los dos, que son trampas culturales favoritas para distraernos, y huir de la responsabilidad de concentrarnos obsesivamente en los desafíos del presente. Sólo así es que podemos mantener la atención, empecinadamente fija, en los problemas que nuestra cultura mantiene vivos cuando ya su vida no tiene sentido, propósito o dignidad, sino la cáscara de una forma vacía. Parte integrante del presente es la gratitud que guardamos hacia el pasado, cualquiera que éste haya sido, porque en el peor y más doloroso de los casos posibles, nos acercó más a la verdad; y la responsabilidad hacia el futuro es también parte esencial del presente, porque es la única herencia que podemos dejar a la vida como agradecimiento por haber nacido y bebido siquiera una gota minúscula de ella; pero las dos se viven siempre en el presente que es el único que tenemos siempre y realmente en nuestras manos, y del que nos queremos escapar sin darnos cuenta que es lo único que tenemos: Ahora y Aquí.

Conceptualmente, por supuesto que hay distancias galácticas entre la rigidez de la Cláusula Calvo y el CIADI. Pero, porcentualmente el número de pobladores urbanos sin acceso a un sistema satisfactorio legal oficial o alternativo y confiable que esté realmente insertado y conectado a la comunidad en total, ha ido en aumento. La ilegalidad pacífica y ordenada ha ganado muchedumbre de adeptos, más que cualquier partido político y que cualquier ideología o moda. Y en el campo, lejos de los asentamientos y centros urbanos, la violencia ha sido una opción y la otra opción alternativa ha sido la otra violencia organizada por el bando

opuesto. Por el lado oficial y su legalidad alternativa, teóricamente está el arbitraje, así como en el campesinado rural hay extraordinarios esfuerzos comunitarios de éxito importante y encomiable, pero todavía relativo. Pero todavía no hay un puente eficiente entre los dos sistemas, oficial e informal o campesino, que pueda garantizar, el tránsito de comunicación, sin tensiones críticas e inútiles, la paz y la seguridad ciudadanas perdurables. Hay muchas ONG's que trabajan seriamente en el lado campesino. Y desde la otra orilla del mar océano global –en nuestra parte de la playa– está el arbitraje que es una de las varias opciones alternativas disponibles, pero que no excluye a las otras que pueda haber y que también pueden funcionar de miles de otras maneras que ni siquiera parece interesar a nadie su exploración como posibilidad práctica –no obstante que podría representar que todos ganen siempre– mientras que la modalidad de opción que pareceríamos haber tomado, implícitamente, y en la práctica real de las conductas culturales, excluye e ignora, en el mejor de los casos, u obstruye por inanición, en el peor escenario, otras modalidades y parecería rechazar siquiera tomarlas en consideración, sin realmente saber porqué lo hace, ni tampoco desperdiciar su tiempo en discutirlo para aclarárselo a otros o enterarse de qué se trata lo que otros tienen que decir respecto a actividades que a mediano plazo, y a nivel total de la comunidad, ahorrarían mucho tiempo desperdiciado de otra manera, costo social y económico por el malgasto de esfuerzo inútil. Este mismo tema, lo he mencionado en varias conversaciones no específicas sobre este punto, pero formales y ante personas potencialmente afectadas por el problema, hasta en dos ocasiones; y en una tercera fue oficial y formalmente rechazada como tema de

mi exposición en un evento sobre arbitraje, y sobre el cual me habían buscado, y consultaron en busca de opinión y consejo.

Podría ser que, a lo mejor, el problema no se refiere ni nos afecta a nosotros, sino a más o menos el resto de la población, que representa alrededor del 70 % , que, al parecer, no es “nosotros”, según nos indican llamativamente las estadísticas provenientes de fuentes distintas oficiales y privadas, nacionales y extranjeras que convergen en resultados llamativos y uniformes; cuyas cifras no se borran simplemente por la ignorancia pasiva de los pocos ni por la –hasta ahora– pacífica y ordenada desobediencia de los muchos, o la indiferencia de los casi todos, por extraordinariamente preparados y exitosos que todos ellos sean, o seamos en nuestros empeños respectivos. Por ahí, es que va la cuestión y el dilema, que pueden llegar a ser muy incómodos en el mejor de los casos, o también trágicos si los ignoramos por completo y pasamos de largo ante ellos, sin echarles siquiera una mirada al paso.

Hagamos la prueba y veamos si así funciona, y se borran para siempre de nuestra mente óptica y física, tan fácil:

Los resultados del análisis que reveló en nuestro sistema jurídico sobre la deficiencia de inmunidad adquirida por nuestro sistema integral de justicia, nos hace sumamente vulnerables, política y socialmente, y la adquirimos –como siempre es el caso– por contagio cultural de todos en la comunidad, al habernos convertido en adictos dependientes de normas y leyes y vivir en función de ellas aunque la realidad nos diga violentamente lo contrario. Y es que, al no tener los lentes culturales con medida adecuada a nuestros ojos, no logramos distinguir con

claridad la ostensible diferencia que existe entre “El Imperio de la Ley”, y “El Imperialismo de las Leyes sobre la Opinión Pública”. Si andamos en la oscuridad sin los lentes adecuados nos puede ocurrir un grave accidente. Eso fue, exactamente, lo que ocurrió de 1980 al año 2000 en el Perú. Dejamos ir las cosas muy lejos, sin necesidad y por no saber escuchar o saber decir las cosas. Martin Luther King dijo en una ocasión solemne que “mucho más daño causan lo que no hacen o no dicen las buenas personas, que todos los crímenes de las malas personas juntas).

Y no es que haya nada de malo con las leyes en sí. Las leyes son en realidad como nuestros padres o –para ser más exactos– como las palabras que nos dicen nuestros padres. Debemos guardarles obediencia, respeto, tolerancia, cariño y comprensión mientras somos niños, pero si al llegar a ser ciudadanos nos mandan cosas que son insensatas o dañinas para otros o para ellos mismos, ya no debemos obedecerlos, ni depender de ellos aunque los necesitemos hasta que mueran. Más aún cuando descubramos –como todos los ciudadanos libres lo descubrimos como requisito a nuestra ciudadanía– que las leyes no han sido nuestros verdaderos madres y padres naturales, sino que fuimos adoptados por ellos cuando nuestros verdaderos padres que somos todos lo que formamos la opinión pública responsable, los tuvimos que entregar en adopción a la autoridad coercitiva de las leyes por falta de recursos materiales y físicos. El nuestro fue un gesto de amor responsable al no poder ni tener los recursos para mantenerlos, y el amor de las leyes fue un amor del bueno si lo recibieron y adoptaron de las propias manos de la opinión pública y de no de traficantes tiránicos que la deforman, que es un poco el caso, hablando

estadísticamente, sobre la opinión pública que se expresa en desobediencia pacífica y ordenada.

Es natural, entonces, que si se dan situaciones estadísticas como esa, queramos saber quienes son nuestros verdaderos padres, conocerlos mejor, no por ingratitud con quienes nos adoptaron, sino que si nuestros adoptantes no cumplieron con lo que les prometieron para nosotros, poder comprender qué es lo que pasó; qué empujó a nuestros padres a entregarnos, y a los que nos recibieron no cumplir con lo prometido. Y para eso debemos entender cómo fueron o son nuestros padres verdaderos y de qué material están hechos. La opinión pública –que es la verdadera y única madre soltera de la patria en una democracia inconfundible (Ustedes ya han oído o leído mucha veces eso de “Madre sólo hay una” y es la pura verdad cívica también)– es exactamente igual a lo que es la mayoría de nosotros. Y de eso está hecha, como todos nosotros, la opinión pública: únicamente de intereses transparentes, sin que tenga eso que ser absolutamente motivo de vergüenza o de sentirnos disminuidos frente a nadie. Porque sólo de eso es que está hecho el ser humano social civilizado y está al borde mismo de nuestra verdad civilizada política milenaria. Los intereses no son sino la piel curtida, el vestido de lana de cordero, el techo de barro o de carrizo o utensilios para labrar la tierra, cazar, pescar, comer, cubrirse de inclemencias, protegerse de especies predatoras, y proteger a la cría; y el nombre con el que las civilizaciones bautizaron al instinto primordial para sobrevivir en el planeta. El DNA de todas las constituciones, códigos, leyes, decretos y ordenanzas y decretos que ha habido y hay en el mundo no son sino la corteza, la corteza o síntoma superficial de

nuestros intereses que son en el fondo nuestros propios instintos expresados en otras escrituras y con otros alfabetos, y en idiomas que han transformado los gritos, arrullos y gruñidos en palabras articuladas. Pero el centro animal de gravedad en la justicia de cualquier clase que sea –y de aquí la pertinencia de este largo desvío por la genética, paleontología y arqueología jurídicas– y por consiguiente también el centro de gravedad en el arbitraje que es lo que nos convoca ahora en estas líneas, es el instinto de sobrevivir en la especie como eje astral de todos los demás instintos que giran en torno a su órbita eterna.

De esta manera, lo que se mencionó en este ensayo sobre las carencias y deficiencias en las percepciones sensoriales que afectan jurisdiccionalmente la evaluación adecuada de las pruebas presentadas en un litigio específico; se proyectan iguales con exactitud ampliada cuando, si en vez de proyectarlos sobre un televisor doméstico, los proyectamos sobre una pantalla gigante nacional y sonido total que nos rodea. Las mismas deficiencias y alteraciones sensoriales producen los mismos resultados pero a escala diferente, y dramática en este caso. Es evidente, de la lectura de las cifras y porcentajes mencionados arriba, que hay algo que anda mal en nuestro sistema oficial de solución de conflictos, y no es normal. Mejor dicho, hay algo que parece estar muy mal, y no sólo no es normal, sino que es preocupante, y que a muy corto plazo podría llegar a ser alarmante. No es muy difícil, o costoso, ni toma demasiado tiempo resolverlo si, en lugar de pensar que se trata de una inflamación superficial al párpado, o un orzuelo (Como también podría pensar de otro problema en su propio ámbito, un práctico de puertos con la baja marea, o

el pleamar; o con una ola que revienta contra la orilla y la resaca que la sucede); diagnosticamos, correctamente, que es un problema más serio en la córnea o en el nervio óptico que requiere un tratamiento especializado para esas dolencias específicas (O para el caso de los marinos reconocer con las técnicas y métodos más modernos que tienen hoy a su disposición, que no se trata de una subida o bajada de marea rutinarias, sino de un ciclón, tifón, o de un huracán, que requieren de otras pericias y habilidades distintas a las de un práctico de puertos por muy experimentado, capaz, impecable, y exitoso que sea y haya sido en toda su vida. Se trata de otra cosa distinta que rechazamos ver y no queremos aceptar: no hemos recibido el entrenamiento adecuado para este enfrentamiento, porque nadie lo supo ver ni creyó que era necesario o importante verlo).

Es algo parecido lo que enfrentamos hoy en el arbitraje, y que, implícitamente hemos decidido hasta ahora no darle importancia, porque en tal o cual otro país muy adelantado no se la dan; aunque no conocemos todas las circunstancias que pueden o no haber llevado en ese país en particular a no dársela. Pero digan lo que digan, y dadas las cifras y circunstancias actuales en el Perú, basta estar sobrio y despierto para percibir que el tremendo poder del arbitraje está toscamente subutilizado, lamentablemente mal usado, y –en cierta forma muy respetuosa y con admiración por sus innegables logros a la fecha– lastimosamente desperdiciado cuando lo miramos a contraluz del paisaje panorámico total que le sirve de fondo, en el que vivimos y desempeñamos nuestro oficio arbitral, como si lo hiciéramos a desgano, y como en la frase popular, casi “amarrando el macho” al arbitrar. Y es, precisamente, para este momento exacto

que, como mencioné anteriormente, es indispensable vivir por dentro la integridad del problema en su dimensión macrojurídica, y eliminar lo que nos impide percibirlo y mirarlo completo en su dimensión grave y urgente, sin que todavía haya llegado a ser alarmante y cuando todavía no hay necesidad de causar pánico entre los pasajeros de la nave en que viajamos algunos trabajando y otros en viaje de placer, sin contar uno que otro polizonte de rutina, todos los que disfrutan del viaje en su dimensión “microjurídica” de su traslado geográfico, sin pensar por un instante, en la absurda posibilidad de un gigante témpano de hielo a la deriva.

El cuadro ante nuestra vista jurídica, con claridad irrefutable, es que hay un grupo numeroso y mayoritario de la población en el Perú que –por diversas causas que no debemos detenernos aquí a analizar por el momento– vive, trabaja y prospera, en desobediencia pacífica y ordenada a leyes peruanas obligatorias, y que en consecuencia sólo tiene acceso real –que no tiene que ver, necesariamente, con idiomas, caminos, o rampas– a la protección de nuestro sistema oficial nacional de justicia, sino en problemas muy circunscritos y limitados. Esa inmensa población, ese enorme “mercado” desatendido de “usuarios” desprotegidos, está a merced de los vientos en el descampado de la justicia. Los medios alternativos a los que tienen acceso real para solucionar sus conflictos son tan inestables y variados, tan poco confiables y mudables como el clima en algunas regiones del país. Y esa población está a la busca esperanzada de alguien –que puede, literalmente, ser cualquier “alguien” que se presente inesperado ofreciendo una esperanza cualquiera que presente la imagen adecuada de ser “eficiente”, y “eficaz” aunque realmente no lo sea.

Puede tratarse de cualquier cosa que pase por allí. Puede ser una estafa, una coima, la justicia a mano propia, la violencia armada; o puede ser, también, distintos ojos, oídos, olfato, papilas, y tacto que los que usamos a diario y no sirven para mucho, sino para ir pasando de coyuntura a coyuntura; debemos ajustarnos para ser mucho más perceptivos y alertas. La opción arbitral diseñada por esta especie de “pilotos de altura”, de “prébitas”, la formulan estos –como en toda cultura libre de servicio, y no de imposiciones autoritarias legisladas– como una propuesta para su discusión abierta con miopes, ciegos, tuertos, daltónicos, prácticos de puerto, remeros, pescadores; y todos los involucrados e interesados. Así, como en otros casos, que veremos luego, el caso deberá ser el inverso, aunque con el mismo método de discusión participativa, abierta para recibir los múltiples aportes que necesitan las desiguales cifras absurdas de nuestra justicia reflejada en números y proporciones porcentuales insensatas.

Lo único que se interpone entre esa enorme muchedumbre desatendida por el sistema oficial de justicia, y la opción alternativa arbitral –tal como se ofrece actualmente– es su costo comparativamente alto para la mayoría de la población peruana. El arbitraje ofrece las ventajas de mayor calidad, confiabilidad y credibilidad; relativa rapidez y eficiencia. Pero, su costo la descalifica como una opción real salvo para un grupo privilegiado estadísticamente. ¿Es ésta una desventaja irreversible? Pienso que no, y de ahí la primera formulación que planteo en serio. Dentro del contexto de un proyecto-piloto sobre el cobro judicial de deudas en dinero, lancé la idea en una sesión mensual de CONFIEP a la que fui invitado para exponer el proyecto, y también en otra

sesión mensual de los Gerentes Generales de los Bancos en el país, pero sólo como uno de los muchos temas que era posible explorar en su viabilidad práctica a través de futuros diálogos participativos que pusieran a prueba su utilidad práctica efectiva, eficiente y eficaz, para según el examen conjunto proseguir o descartarla como opción. Hay muchísimas buenas ideas flotando en el aire; y el peligro está cuando alguien con poder o influencias las logra poner en vigencia –como un adorno más en su hoja de vida– pero sin la debida transparencia en discusiones confrontadas con otras perspectivas y otras soluciones. De hecho, eso es lo que produce los alarmantes porcentajes de informalidad ordenada y pacífica, que son el reflejo indudable de la ineficiencia social que padecen nuestras leyes, y nuestro sistema oficial de justicia. La mejoras reales que comienzan a aparecer esporádicamente, no se deben a más leyes sino a otras visiones y perspectivas de lo mismo de siempre. De ahí la insistencia de formular esta propuesta como un tema de discusión, y no como el proyecto definitivo de una sola persona, o de un sólo grupo homogéneo.

Desde los automóviles Ford a comienzos del Siglo XX, hasta Microsoft, y en el Perú el éxito de los Supermercados Wong, y de otras empresas competitivas que son exitosas, han logrado lo que han logrado porque atienden una necesidad numérica concreta y la satisfacen; y una de las razones más importantes de los mercados regionales integrados y de zonas de libre comercio, es la reducción de costos en una economía de mayor escala. Un gran mercado puede reducir los costos al usuario sin reducir las ganancias para el inversionista en un mercado selecto y reducido al que sirve pero con impacto comunitario de otro tipo y en

otras circunstancias que las actuales. Y no hay razón que pueda haber detectado por el mundo por la que no pueda ser aplicado a un sistema arbitral que esté preparado a servir a un mercado diferente y gigante. No se trata de una idea que brotó de mi cabeza por combustión espontánea, ni mucho menos de un rapto de inspiración fugaz y brillante. Se trató de algo mucho más prosaico; de la información que al respecto leí en varias revistas de arbitraje, luego conversé en eventos internacionales en que participé como expositor con otros que vivían y viven esta experiencia diaria que comprobé, y que ya he mencionado en repetidas oportunidades, sin despertar siquiera la menor curiosidad en alguien. (Por ejemplo, en el ensayo sobre arbitraje de mi libro “Una justicia para el habitante común”) Los casos de esta modalidad que se me quedaron grabados mejor fueron ejemplos en disputas laborales o de carácter bancario. En todos los casos de los que me enteré, esto funcionó al amparo de una entidad “sombrija” que les brindó prestigio, les ganó credibilidad entre los potenciales clientes y funciona muy bien hasta donde he mantenido al día mi información. CIA-DI no está muy lejos de esa idea, aunque dado su carácter particular especializado si tiene un costo alto y una organización que ocasionalmente se pone a prueba. Pero hay otros ejemplos similares y no hay razón alguna, tampoco, para que como otros lo han hecho, un gremio específico de comerciantes exija como requisito para entrar en operaciones con ellos el sometimiento a una entidad neutral de arbitraje. En algunos casos puede resultar inicialmente contraproducente cuando la entidad que propone el arbitraje de esta manera no ha logrado reclutar a todo el gremio para este propósito, y el sometimiento arbitral puede ser atacado como una arma

competitiva en un mercado reacio a hacerlo. La Cámara de Comercio de Lima, no ha dado la menor muestra de interés en asumir ese papel; y cuando lo sugerí como tema de una exposición al ser invitado a participar en un evento organizado por ellos, lo rechazaron de plano sin siquiera dejarme la oportunidad de explicar mejor sus alcances. Pero, aún así, la Cámara de Comercio de Lima seguiría siendo la entidad que podría estar más calificada o adecuada –sin desmedro de ninguna otra– para intentar este ensayo que no tiene porqué originar ningún costo hasta que se pueda sostener con sus propios ingresos. Se trataría, en un comienzo, de una empresa conjunta de la Cámara y sus árbitros, organizados en un sistema privado paralelo al sistema oficial; pero con mucho más agresividad competitiva y con una cultura empresarial que los jueces del sistema oficial carecen y se resisten, con timidez, a asumir como si se tratara de acercarse más al borde de un precipicio oscuro al que no podemos ver el fondo. Hay muchísimo más que decir y que exponer a este respecto, pero deliberadamente me abstengo de explayarme por cautela ante la indiferencia que he encontrado otras veces frente a este planteamiento. Como si estuviera cometiendo una falta de urbanidad o diciendo una grosería, y todo lo que expuse fue en base a una experiencia no muy común, para sugerir una idea y formular, gratis, un planteamiento profesional serio.


El siguiente interrogante que salta a la mente ante la formulación de esta propuesta, es la de los indicadores estadísticos sobre el mayor número de disputas que dado el requerimiento de ejecución coercitiva tienen, inevitablemente, que ser ejecutados por un juez del sistema oficial. En el único tipo de juicios que llegamos a

trabajar industrialmente con un grupo que era en su mayoría de voluntarios, las medidas que llegamos a sacar en limpio –porque el proyecto lo tuvimos que suspender por falta de interés de los beneficiados por la reforma específica que intentábamos– indicaban que, aún teniendo en cuenta el tiempo que tomaba la ejecución de un laudo por un juez oficial ordinario el tiempo total del servicio al cliente, medido desde la aparición de la necesidad hasta su satisfacción completa (no meramente tomando las medidas de la presentación de la demanda al pronunciamiento de la sentencia), el tiempo era aún así, todavía y apreciablemente más corto que siguiendo la integridad del proceso ante el fueron común ordinario.

Es una propuesta, cuyo sentido y utilidad se puede presentar y se debe discutir sólo en términos de cifras y de eficiencia social con impactos numéricos y de seguridad. Y examinarla desde ángulos y perspectivas diversos en una cultura retraída y muy poco participativa. No me expongo a extenderme y sonar impertinente o entrometido; porque como decía el cómico mexicano “Cantinflas”: “De mejores lugares me han echado”, y no quiero que éste sea otro más en mi larga lista de afectuosas y siempre respetuosas “puertas cerradas”, pero cerradas lo mismo. Los hechos los miramos con desdén y menosprecio. Como casi todos los juristas, casi todos los legisladores, casi todos los jueces y magistrados en casi todas las instancias, y como comienza a brotar en varios arbitrajes que he visto. Ese menosprecio es el único que explica la absurda ecuación estadística que mencionamos anteriormente, y dentro de las cuales respiramos, vivimos, trabajamos, hacemos deporte y dormimos normalmente. Eso es lo que ya constituye una cultura. Y si el sis-

tema oficial de Justicia no quiere prestarle la atención y cuidado que merecen, la desgracia de uno es la oportunidad de otro. Y este es el desafío y liderazgo comunitario que puede asumir si quiere la jurisdicción arbitral. Tenemos todo lo que requiere la tarea. Sólo falta la voluntad decidida de nuestra determinación para liderar un cambio en la Justicia del país, en abierta, limpia y respetuosa competencia de servicio con el Sistema Oficial, y sacarla adelante hasta llevarla a cabo. Para dejar de ser unos simples espectadores más, traspasar el umbral de ingreso a la realidad del Perú y convertirnos en protagonistas de la Justicia, no hay sino un paso muy corto que dar, y un mínimo peldaño cívico –por lo común el de nuestra vanidad personal– para el que todavía no reunimos el ánimo suficiente, y podemos subir o bajar sin miedo y de una vez por todas, sin problemas de ninguna clase, hasta el fin de un largo camino que ha costado mucho a otros mejores que nosotros.

Hay una muchedumbre pacífica, ordenada, pero fuera de las leyes obligatorias en el Perú –de simbólicas y figuradas mujeres sagradas, muy hermosas, honestas, buenas, trabajadoras, fuertes y

saludables para tener hijos, de buenos sentimientos– que viven fuera de la ley sólo porque nadie les preguntó nunca lo que ellas pensaban, antes de promulgarlas y, por esa razón tampoco tienen, prácticamente, acceso real a nuestro sistema oficial de Justicia. Por eso también están sentadas, avergonzadas, sin que nadie las saque a bailar en la fiesta nacional de la justicia. ¿Las sacamos a bailar, o vamos a cometer la misma falta de educación y grosería de dejar, como los otros que ya saben, que se queden “planchando” toda la noche que dura el baile? ¿Como ciudadanos de bien, vamos a permitir que se aparezca por ahí un “vividor” cualquiera de los que andan sueltos, las engañe, les haga un hijo y las prostituya como a tantas otras pobres mujeres? Dirigir los comentarios, sugerencias y respuestas que pudieran tener sobre el particular a los organizadores de este evento y publicación. Nuestra opción podría resultar siendo no sólo más eficiente, y económica para las grandes mayorías, sino resultar rentable, accesible, y con mayor impacto sobre la comunidad que la necesita y no tienen dónde recurrir en busca de justicia para la solución de sus conflictos y otros problemas de este tipo. 

¿ES UN ARBITRAJE UN JUICIO?

Por: ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La selección de árbitros. 3. El arbitraje es más fáctico que legal. 4. ¿Cómo alegar en un arbitraje? 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En Nueva York una persona decidió demandar al diablo. Así dirigió su acción judicial contra el mismísimo demonio. El fundamento de la demanda era reclamar los daños y perjuicios que el diablo le venía ocasionando por los continuos ataques, tentaciones e intentos de endemoniar a la supuesta víctima. Cuando el juez recibió la demanda la rechazó porque el demandante no había acreditado que el demandado residiera en su jurisdicción. La demanda fue declarada improcedente.

Me pregunto, qué hubiera hecho un árbitro ante una demanda similar. Así, si pudiéramos salvar el problema de poder contar con un convenio arbitral firmado por Satanás para poder iniciar el arbitraje,

me pregunto si un árbitro hubiera dado como respuesta, “el demandado no reside en mi jurisdicción”.

Estoy convencido que el árbitro hubiera actuado de una manera muy diferente. El juez reacciona de cierta manera utilizando un argumento básicamente legal para definir que no quiere ver el caso. Posiblemente, los árbitros hubieran tenido que entrar a una discusión mucho más complicada y posiblemente hubieran planteado preguntas como: ¿Existe el diablo?, ¿Qué pruebas pueden ayudar a verificar su existencia? ¿Existió realmente el daño que el demandante está reclamando? En otras palabras, el enfoque que hubieran dado los árbitros hubiera sido muy distinto, más allá de lo anecdótico de la demanda.

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC. Socio del Estudio Bullard / Falla / Ezcurra Abogados, Ex Presidente de la Sala de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

Los árbitros reaccionan distinto de los jueces, al menos en la mayoría de casos. Tienden a ir a los hechos antes que a los argumentos legales, y prefieren ir al fondo antes que quedarse en la forma. ¿Por qué actúan así?

Quizás la explicación esté en la historia, ¿Cómo era el arbitraje originalmente? El arbitraje, para desilusión de muchos de los abogados, está muy lejos de haber nacido como una institución jurídica. Inicialmente fue una institución práctica, una institución de comerciantes y estaba bastante alejado de lo que hoy día llamaríamos un juicio.

Los comerciantes iban a las Cámaras o a los gremios a pedir que les resolvieran un conflicto; y, quien lo resolvía era otro comerciante (no un abogado), analizando los hechos antes que las leyes, y lo hacía en base a prácticas comerciales y en base a principios que rigen el comercio. Esto dio origen a una rama hoy conocida por todos como el derecho mercantil (*lex mercatoria*), que no fue creado por los abogados, sino básicamente por los árbitros comerciales que no eran abogados.

La forma de ejecutar las decisiones de estos árbitros, estaba muy lejos de la forma como hoy día los abogados discutimos cómo se ejecuta un laudo. La ejecución de un laudo era más simple y no se realizaba a través de un juez ni usando los mecanismos legales que hoy conocemos. La sanción no era un embargo o la ejecución forzada. La sanción era el ostracismo: si alguien no cumplía el laudo, lo sacaban de la Cámara y nadie comerciaba con el incumplidor. Quedaba fuera del círculo en el que se hacían negocios y nadie comerciaba con él.

Era una solución muy práctica, orientada a los hechos y a resolver el problema práctico antes que centrándose en la discusión legal sobre las instituciones jurídicas. El resultado fue un arbitraje bastante fáctico, concentrado en los hechos más que en las leyes y centrado en la aplicación de principios derivados de los usos comerciales. La costumbre mercantil, antes que la ley, era la fuente del derecho. En poco se parecía a un proceso civil. El arbitraje era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido “abonado” con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la ley liberara su fuerza competitiva. Hoy en el Perú, es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los “dinosaurios” procesales se resisten a perder vigencia, y a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la ley para protegerse. Entonces pretenden que las leyes fueren a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial.

Como bien relata Benson, cuando en los años 20 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el

arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los tribunales arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947.⁽¹⁾ El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* (282 U.S. 30 (1930)) en el que se declaró como boicot, y por tanto contrario a las normas de libre competencia, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo.⁽²⁾ Así la sanción del ostracismo a quien no cumplía un laudo fue dejada de lado por un caso antimonopolios y con ello se legitimó una mayor intervención de abogados.

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas o mejor dicho “procesaloides” (muchas veces disfrazados de “expertos” con “vocación” arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje

de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.⁽³⁾

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se amparan en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una “función nomofiláctica” que en el arbitraje no es necesario porque como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol.

Esto condujo a un cambio en el arbitraje: se hizo más legal, y de alguna manera se judicializó. Sin embargo, en los últimos años, principalmente por el desarrollo del arbitraje internacional y por el arbitraje de inversiones, estamos en un proceso inverso, en el cual, si bien se mantiene la participación de abogados, estos intervienen de una manera distinta, más fáctica y resolviendo en base de principios antes que en base de leyes.

Litigar en un juicio no es igual que litigar en un arbitraje. Cada vez más no son las áreas procesales de las firmas de abogados las que litigan en arbitraje. Son áreas especiales, con otro perfil de abogado y con otra forma de enfrentar los problemas.

(1) BENSON, Bruce, “Arbitration”, en: *Encyclopedia of Law and Economics*, <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>, p. 169.

(2) *Ibidem*, p. 170.

(3) Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en *Legal Express* (MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, “Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje”, en: *Legal Express*, N° 67, Año 6, Julio 2006, p. 15). Su perspectiva parte de una concepción “procesaloide” del arbitraje y por tanto de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Es fruto, sin duda, de “impericia” arbitral.

Voy a tratar de establecer algunas diferencias respecto a las habilidades que un abogado debería tener con respecto a un arbitraje, si lo comparamos con respecto a un juicio y ver cómo estas diferencias en su origen y en la naturaleza del problema arbitral se reflejan finalmente en la forma de participación.

2. LA SELECCIÓN DE ÁRBITROS

En los juicios uno no escoge al juez. Ello es diferente en un arbitraje y el abogado requiere de algunas habilidades de las que un procesalista podría prescindir.

Las diferencias con otros procesos hacen que muchas veces los abogados pasen esta etapa por alto y no se dan cuenta de las tremendas implicancias prácticas que tiene para poder litigar adecuadamente y tener un resultado lo más favorable para su cliente en el proceso de designación. De hecho, una buena selección de árbitros puede ser tanto o más importante, que contar con buenos argumentos.

Es un error el creer que un abogado prestigioso, una persona con cierta experiencia o reconocida en el medio cumplen, por estos hechos considerados de manera aislada, los requisitos para ser buenos árbitros. En realidad un buen manejo del proceso de selección puede hacer la diferencia entre ganar o perder una ventaja estratégica desde el inicio del arbitraje.

Estudiar la psicología de los árbitros y su forma de pensar para escogerlos es muy importante, diría medular, para que de alguna manera tengas una ventaja en el propio litigio; esto no quiere decir que debas elegir a un árbitro que actuará como abogado, de los que los llaman “encamisetados”, esos que debajo del saco y la camisa tienen puesta la camiseta del cliente

(es decir de la parte que los nombró). Uno debe buscar un árbitro que, por propia convicción, por sus propias ideas, sea favorable a su posición pero con convicción propia. Así el día que defienda tu posición lo hará porque cree en ella, porque la conoce y porque tiene la convicción de estar en lo cierto. Por ejemplo, si mi defensa principal es básicamente formal, debo evitar nombrar árbitros muy creativos, de esos que se escapan de las formas y buscan por todos los medios de ir al fondo de la discusión. En ese sentido, si yo soy el Estado no voy a poner un árbitro liberal ultranza o si soy un privado no voy a poner a un árbitro pro Estado. En pocas palabras debo escoger mi árbitro pensando en alguien que actuará honestamente defendiendo una posición que coincide con mis intereses, pero que es propia y que defiende porque está convencido de ella.

Esta habilidad de hacer una buena selección no nos la enseñan en la universidad ni la aprendemos en los litigios judiciales porque ahí este problema no se presenta. Esto significa que los abogados deben ser un poco psicólogos y un poco estrategas. Y por “estrategas” no uso el término en sentido procesal. Es otro tipo distinto de estrategia la que se requiere para escoger a los árbitros. Estas habilidades implican destrezas distintas a las que tiene un procesalista típico.

¿Cómo buscar un árbitro? En mi opinión, la principal característica que se debe buscar en un árbitro es que sea trabajador o, como decimos en el Perú “chambeador”. El árbitro que asume la carga de trabajo suele ser, antes que el árbitro que sabe mucho y tiene muchos conocimientos, el que más influye en el resultado final del laudo. Evidentemente

es también importante que tenga conocimiento de la materia que se va a arbitrar, ser inteligente y tener una línea de pensamiento que podamos predecir legítimamente será favorable a nuestra posición.

El árbitro tiene que ser inteligente no solo desde el punto de vista intelectual, sino emocional. Tiene que ser empático. Un árbitro conflictivo, que se pelea con todo el mundo, antipático, fastidioso y que nadie pasa, es un mal árbitro porque, finalmente, no va a generar química en la discusión con sus colegas y eventualmente con las partes. Y si no empuja consensos los otros árbitros lo aislarán y se quedará solo y sin capacidad de influir en el laudo final.

3. EL ARBITRAJE ES MÁS FÁCTICO QUE LEGAL

La siguiente pregunta es ¿por qué un árbitro razona distinto que un juez? ¿Acaso no es juez privado, y como juzgador tiene la misma lógica? Decía hace un momento que el arbitraje es más fáctico que legal. El argumento legal suele ser secundario al argumento fáctico en cualquier litigio arbitral. No estoy diciendo que el argumento legal no sea importante. Lo que estoy diciendo es que quien pierde de vista el elemento fáctico posiblemente pierda en el arbitraje.

Los estudios psicológicos (y mi propia experiencia) sobre los mecanismos de decisiones de cómo un juzgador decide un caso, sea este juez, jurado o árbitro, demuestran que, primero lo hacen emocionalmente y luego arman el argumento intelectual y conceptualmente. Así, lo usual cuando un árbitro enfrenta un caso, es ver los hechos. De allí recoge un sentimiento o “*feeling*” de cómo cree que

deben ser las cosas. Una vez que tiene una idea de cuál es el sentido del fallo, derivado de este *feeling*, lo segundo que hace es recurrir al derecho a fin de sustentar su posición desde el punto de vista jurídico. Así la decisión se formaliza legalmente luego que ha sido preliminarmente tomada en base a los hechos.

Ello explica porqué en arbitraje más importante son los principios que las leyes. No olvidemos que así nació y se consolidó la Ley Mercatoria que le sirve de base. Se creó un conjunto de principios de los que se derivaron obligaciones. El principio estuvo y se aplicó antes que la ley.

Puede ser que el sentido inicial que visualiza el árbitro en su primera impresión no encuentra sustento en las normas y el árbitro cambie su posición. Pero si uno ya logró convicción en los árbitros sobre hechos, tiene más de medio arbitraje ganado. Es más fácil que un árbitro fuerce el derecho al interpretarlo para sustentar su posición inicial que desfigure o fuerce los hechos para ajustarlos a la ley. Por ello la discusión fáctica es tan importante. En ese sentido un arbitraje se parece más a un proceso en el *common law* en el que la fuerza del precedente se asienta más en los hechos del caso concreto que en el derecho.

A pesar de eso, muchos de los abogados que litigan arbitralmente cometen el error de creer que las cosas son al revés. Piensan que el uso de argumentos legales persuasivos, sin recurrir a los hechos y a los elementos emocionales que los hechos invocan, es irrelevante, cuando en mi opinión en un arbitraje los hechos son más importantes que una buena teoría legal.

El perfil típico del árbitro, es un abogado privado, usualmente dedicado

profesionalmente al derecho mercantil o al derecho civil. En consecuencia, suele ser un abogado vinculado a negocios que absuelve consultas concretas sobre contratos o relaciones mercantiles. Su práctica consiste en conocer los problemas que generan litigios detrás de bambalinas. Sabe cómo se negocia un contrato entre las partes y sabe cómo se ejecuta usualmente sus obligaciones más allá del texto del contrato. En otras palabras, conoce la práctica y costumbres comerciales.

En contraste, el paradigma del juez típico, es una persona que entra a la carrera judicial relativamente joven, usualmente con muy poca experiencia en asesoría privada, y en consecuencia no conoce bien que pasa tras bambalinas en el mundo real. Eso explica, en buena parte, que los árbitros son más fácticos porque viven los hechos todos los días; por el contrario, los jueces son más legalistas porque desde que entraron a ejercer como jueces les han planteado básicamente discusiones legales y no conocen al detalle qué hay detrás de bambalinas. En buena parte el éxito del arbitraje se asienta en este hecho: las partes quieren que alguien que entiende de negocios resuelva sobre sus negocios. Esto significa que, a diferencia de un procesalista que tiene que tratar de convencer a un juez usando principalmente argumentos legales, en un arbitraje tienen que entrar a conocer al árbitro, desde el punto de vista de lo que el árbitro tiene detrás de su experiencia práctica en la asesoría de negocios y que sabe que los negocios funcionan de cierta manera y en consecuencia litigar implica una forma distinta de razonar para venderle la idea de que yo tengo la razón.

Esto es como el fútbol: no es igual tener un árbitro del partido que ha sido

jugador de fútbol a uno que no. El árbitro que ha sido jugador va a ser mucho más permeable a las circunstancias que los jugadores enfrentan porque ha estado en la cancha, sabe qué se siente estar en ese lugar, sabe cómo funciona, sabe qué siente el jugador, sabe que a veces se altera; en consecuencia, se puede ir de manos o de boca. Quizás sea más o menos comprensivo en base en su experiencia. En cambio, un árbitro que nunca ha jugado fútbol posiblemente no tendrá todas esas cosas en mente y se pegará al reglamento. Los jueces tienden a pegarse al reglamento y los árbitros tienden a entender que las reglas son un medio y no un fin en sí mismo.

Entonces, la diferencia entre un árbitro y un juez es que el árbitro es más práctico, ve el problema más allá de la ley, sabe cómo funcionan las cosas, los hechos, el tipo de negocio, en consecuencia es más difícil engañarlo o contarle una historia de algo que no ocurrió. Es de alguna manera además de árbitro, perito de negocios, pues sabe cómo funcionan estos y le gusta ser directo, como la gente de negocios. Por el contrario, no le gusta que den muchas vueltas, no le gusta que hablen de ideología, le gusta que le hablen de historia y más concretamente de la historia del caso que tiene al frente. Basta ver las cosas que preguntan los árbitros en los informes orales para advertir esto.

4. ¿CÓMO ALEGAR EN UN ARBITRAJE?

En esas circunstancias, ¿cómo argumentar en un arbitraje?, ¿cómo plantear el caso en un arbitraje si uno es el abogado litigante en el mismo?

Un proceso arbitral es una recreación de la realidad. Los abogados en el

arbitraje lo que tratan es hacer es una “película” de lo que pasó. Evidentemente las partes utilizan libretos distintos para armar su película: cada quien quiere una película favorable a su posición.

En ese sentido, las habilidades de un abogado litigante en arbitraje tienen que estar muy orientadas a poder contar un muy buen cuento, no en el sentido de una mentira, sino una historia bien contada. Así no uso la palabra “cuento” en el sentido peyorativo, sino en sentido de historia convincente, atractiva y que finalmente puede convencer a los árbitros.

Los abogados solemos cometer el error de pensar que el derecho que estudiamos, nuestro conocimiento, proviene de la filosofía. Si uno entiende como funciona el derecho y sobre todo la actividad de los abogados, realmente proviene de la retórica, proviene más de la literatura, de la capacidad de contar historias.

Esto, que es cierto en toda la actividad legal de litigio, es especialmente cierto en el arbitraje que da todas las herramientas que se necesitan para armar “una buena película”. Uno tiene mayor flexibilidad probatoria, más espacio y tiempo. Una mayor oralidad. Un mayor informalismo.

Si uno quiere armar una buena historia, si uno quiere armar una buena defensa, tiene que tener una historia creíble. Si una película hace que el espectador deje de ser conciente que esa historia puede pasar o que en todo caso vive la historia como si no estuviera pasando, tiene una mala película. El abogado tiene que recrear la historia y hacerla pasar en el momento de la audiencia, como si la historia estuviera ocurriendo, tiene que hacerla entretenida, atractiva, no aburrida, tiene

que ser conmovedora en términos de generar emociones, las emociones necesarias para que el árbitro se enfoque en los temas que yo quiero que se enfoquen. Y, sobretodo, tienen que darles a los árbitros la posibilidad de escribir un final feliz –el nuestro–, es decir tenemos que colocar un final feliz a mi historia. A veces es difícil porque parece que el final feliz lo tiene el otro y uno tiene que encontrar la forma de armar su historia para crear su propio final feliz.

En todo arbitraje hay tres realidades: la del demandante, la del demandado y la de los árbitros. La única que realmente importa es la realidad de los árbitros, la cual se construye durante el arbitraje. Realmente quien gane el arbitraje es la parte que consiguió que su realidad se parezca lo más posible a la realidad que el árbitro ha creado en su mente. El árbitro nunca podrá vivir los hechos, el árbitro tendrá que guiarse por lo que le presentan y en consecuencia está tremendamente limitado. Por ello es tan importante hacerle revivir la historia lo más vividamente posible. Por ello es importante ser visual, ser gráfico, ser didáctico.

Para construir la historia en un arbitraje, uno tiene que concentrarse en dos o tres ideas. No tratar, como hacen algunos abogados, de contar todos los detalles y todas las aristas. El arbitraje no puede parecerse a esas películas plagadas de hechos que solo confunden y hacen perder la ilación de la historia. Lo recomendable es concentrarse en dos o tres ideas, las realmente importantes que son relevantes y convenientes en tu historia. Cuando el árbitro quiera detalles, él mismo preguntará y, eso sí, hay que estar preparados para dárselos. Hay que conocer los detalles, pero hay que evitar

que los árbitros se distraigan con detalles sin importancia.

Suele ganar el que cuente la historia más simple, pero a su vez convincente y esto significa que armar un buen litigio arbitral es como colocar antorchas en una caverna oscura: en la caverna siempre hay partes de la historia que no conviene y hay partes que sí. No hay historia en la que todo favorezca a una sola parte. La habilidad está en dónde colocar las antorchas. No coloquen muchas antorchas porque distraen el fondo del tema y pueden hacer visible las partes menos convenientes de la historia. Pero a su vez uno debe estar preparado porque la otra parte colocará antorchas en lugares dónde no te conviene. Por ello contar una buena historia no quiere decir evadir los argumentos fuertes de tu contraparte, los temas que tu contrincante va a utilizar. Por ello el tema álgido hay que ponerlo en la mesa antes que la otra parte, enfrentándolo y sin callarlo o comportándose como si no existiera. Hay que dar una buena explicación y si tu parte cometió errores hay que reconocerlos, pero en un contexto en el que el balance favorece a tu defendido.

Así, coloca las antorchas para que los árbitros puedan guiarse. Utiliza frases memorables, esas frases que se te graban y no se te olvidan y focaliza tus ideas fuertes en esas frases para que los árbitros se concentren en ellas.

Recuerdo un caso en el cual el abogado tenía que enfrentar una situación donde realmente la decisión de los árbitros era muy difícil porque generaba muchos costos a las partes. Era una decisión de alguna manera trágica porque significaba sacar a una empresa del mercado, dejar gente desempleada y cerrar una unidad de negocio. Pero tenía que sostener que esa decisión tenía que tomarse.

Durante todo el arbitraje repitió una y otra vez “más vale un final horrible que un horror sin fin”. Consiguió su propósito de crear en los árbitros la sensación que por más trágica que pareciera la decisión tenía que tomarse. Era mejor enfrentar el problema de una vez y dar fin a una situación tampoco deseada que parecía no tener fin.

Recuerdo otro caso en que un abogado tenía que defender que una ejecución carecía de sentido porque existían garantías adecuadas. Repitió una y otra vez “brutalmente garantizado”.

Utiliza este tipo de frases que graban los elementos esenciales y focalizan a los árbitros en lo que es realmente relevante. No deben ser muchas frases. Una o dos, pero que graben las ideas centrales que se quieren vender.

En la misma línea es importante el uso de etiquetas. Mi cliente nunca es el demandado, es el señor Juan López; el otro, es el demandante. Tenemos que crear una historia y en mi historia quiero que mi personaje tenga rostro, y rostro humano. Cuando se arma una historia se tiene que pensar que a la gente, incluso a los árbitros experimentados, les gusta que les cuenten historias de personas, de cosas que pasaron, y no historias abstractas o poco creíbles. Quieren revivir los hechos para poder resolver sobre ellos.

La mentira obvia debilita, por eso no la cuentes. Nunca digas algo que haga perder tu credibilidad porque los árbitros tienen más tiempo que un juez y más posibilidad de reflexión y de revisar el expediente, con lo cual sí mientes posiblemente lo van a saber. Enfrenta los temas que no te convienen, no los ocultes porque saldrán a la luz en el arbitraje. Busca formas de minimizar el impacto

negativo. Reconocer un error de tu cliente a veces refuerza en lugar de debilitar tu posición. Finalmente la buena fe durante el arbitraje refuerza la idea que tu cliente siempre actuó de buena fe.

Se debe evitar las articulaciones procesales. No estoy diciendo que nunca deban usarse. A veces la posición de tu cliente así lo exige para garantizar su derecho de defensa. Pero por lo general los árbitros lo toman mal, lo ven como una forma de evadir la discusión de fondo. Primero los haces sentir que trabajan en algo que no vale la pena porque no es relevante y usualmente las articulaciones procesales suelen tener muy poco éxito en los arbitrajes.

Sé visual porque el arbitraje te da espacio para ser visual. Proyecta los documentos ampliados frente a los árbitros para que los lean en las audiencias. Es asombroso ver el impacto que tiene colocar el documento y hacer leer a la contraparte la cláusula que no le conviene: genera el impacto que efectivamente su posición tiene un problema, dicho por ella misma. El ser visual es muy importante. Las audiencias arbitrales suelen ser mucho más prolongadas que las audiencias judiciales, en consecuencia, otorga más oportunidad para exponer y, a su vez genera mucho más riesgo de que el oyente se aburra. Por ello debes trabajar para ser dinámico.

En resumen, diría que las cosas que se tendrían que tener en cuenta, es responder las siguientes preguntas básicas: ¿tengo una teoría persuasiva en mi caso? y, si no la tengo ¿cómo la voy a armar?, ¿tengo temas persuasivos?, ¿cuáles son mis antorchas?, ¿tengo etiquetas persuasivas para personas, lugares o eventos? ¿tengo esos nombres o frases memorables que usé como ejemplo hace un momento? ¿cómo dibujo a los personajes? Pero evita las


distorsiones, innecesarias. Dibújalos de una manera favorable a tu caso, basada en la realidad de los personajes.

¿Cuáles son los puntos en disputa? No pierdas tiempo en cosas que no importan. ¿Cuáles son los elementos relevantes que se tiene en disputa? Persigue sólo lo que es realista alcanzar. En el arbitraje difícilmente ganarán los imposibles porque difícilmente los árbitros considerarán que ocurrió lo imposible. Dale realismo a los casos, no le ofrezcas a tu cliente lo que no se puede lograr.

5. CONCLUSIÓN

Respondo la pregunta, ¿es el arbitraje un juicio? La verdad, la respuesta no me preocupa, no importa si es un juicio o no. La única pregunta realmente relevante es ¿Cómo debemos litigar en un arbitraje? Sí estoy convencido que debe litigarse distinto, es diferente, no es como litigar en un proceso judicial, toda vez, que las armas, estrategias y habilidades son diferentes.

Hay un consejo que los litigantes “experimentados” esos que les gusta la discusión procesal y procesalizada, dan: “Cuando los hechos te benefician, argumenta los hechos, cuando el Derecho te beneficia, argumenta el Derecho y cuando ni los hechos ni el Derecho te benefician, pide la nulidad de todo lo actuado”.

En el arbitraje esta frase difícilmente será cierta porque en el arbitraje, la nulidad de todo lo actuado no existe, salvo en el recurso de anulación. Lo que existe es un sentido práctico para anotar la solución al problema y si no tenemos ese sentido práctico a flor de piel durante toda nuestra actividad y nos dejamos contaminar por las prácticas procesales comunes, les aseguro que van a perder el caso. 

Arbitraje Internacional

WHEN TO ARBITRATE RATHER THAN LITIGATE (*)

Por: CAROLYN B. LAMM (**)
ECKHARD R. HELLBECK (***)

SUMARIO: 1. Jurisdiction. 2. Procedure. 3. Discovery. 4. Rules of evidence. a. Admissibility. b. Fact witness testimony. c. Expert testimony. d. Sources of authority. 5. Preliminary remedies, judicial review, and enforcement. a. Preliminary remedies. b. Judicial review and enforcement. 6. Confidentiality. 7. Time and expense. 8. Conclusion.

The rise in cross-border transactions in the wake of the globalization of the economy⁽¹⁾ has led to a rise in both international litigation⁽²⁾ and international arbitration⁽³⁾. Generally, parties want a quick, reliable, cost-effective and relatively noninvasive form of international dispute resolution. The prevalence of arbitration

(*) Published as Chapter 13 in *International Litigation Strategies and Practice* (B. Legum, ed., American Bar Association, International Practitioner's Deskbook Series, 2005). The authors are grateful to Christopher F. Smith and Audrey Bhatoo for their valuable assistance in preparing this chapter.

(**) Member of White & Case and the American Arbitration Association Executive Committee and Board.

(***) Associate of White & Case.

(1) For the purposes of this chapter, a "cross-border transaction" includes any contract made by parties residing in different countries.

(2) See, e.g., Wood, Diane, *Transnational Litigation in 2004: Is the Glass Half Full or Half Empty?*, in *Int'l Lit. News*, June 2004, at 6 (noting an "increasing tide of international cases" in "national courts around the world").

(3) See, e.g., 2003 Statistical Report of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, in 15 ICC INT'L CT. ARB. BULL., at 7 (2004) (noting "the record number of arbitrators from more countries than ever before who took up their duties" in 2003); ICSID Annual Report 2003 at 3 (noting that in 2003 ICSID's "caseload grew at a record-breaking pace"); SCC Institute Annual Report 2003 at 1 ("With a record-breaking 169 requests for arbitration, 2003 has been a year of inspiration"); United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise, Doc. N° UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2 (Nov. 29, 2004), available at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/webiteit20042_en.pdf.

clauses in transnational commercial contracts indicates the perceived value of arbitration vis-à-vis litigation.

Several considerations must inform, however, whether the choice of litigation or arbitration is most appropriate in a given case. The purpose of this chapter is to provide the practitioner with the most significant factors that he or she must consider when determining whether to arbitrate or litigate⁽⁴⁾.

The choice between litigation and arbitration is more complex in a transnational setting than in a domestic setting. In the absence of a forum selection or arbitration clause, a party may be able to file a lawsuit wherever it can find jurisdiction on the basis of the laws of the forum. This gives rise to the potential expense, distraction and burdens of potential multiple or parallel proceedings concerning the same dispute - potentially with contrary outcomes and great procedural complexities.

In addition, a transnational setting may give rise to issues at the enforcement stage that one does not encounter in a domestic setting. In the absence of a multilateral legal framework for the enforcement of foreign judgments, courts are bound only by comity and therefore have broad discretion in whether or not to enforce a judgment rendered by a court of another country. In international arbitration,

the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958⁽⁵⁾ (New York Convention) requires courts to enforce foreign arbitral awards with very limited exceptions. Nevertheless, as courts may interpret these exceptions differently, there may still be varying standards of enforcement under the New York Convention.

For these reasons –and more– selecting a dispute resolution mechanism in advance of a dispute by providing for arbitration or a forum selection clause in a contract may be even more important in a transnational setting than in a domestic setting. Before making such a selection, parties to a transnational contract must consider carefully the following issues:

- Jurisdiction of the forum court and/or arbitral tribunal
- Procedure
- Discovery
- Applicable rules of evidence: admissibility and types of evidence allowed
- Preliminary remedies, judicial review, and enforcement
- Confidentiality
- Time and expense
- We address each of these issues in turn below.

⁽⁴⁾ This chapter does not provide a comprehensive discussion of arbitration and litigation. It also assumes a general knowledge on the part of the readers of both forms of dispute resolution. With respect to international arbitration, it would be beyond the scope of this chapter to discuss the relative merits of institutional and ad hoc arbitration, or to offer a comparison of the various arbitral institutions. Furthermore, this chapter does not suggest strategies for drafting arbitration clauses. With respect to international litigation, this chapter does not discuss the advantages and disadvantages of bringing suit in different jurisdictions, which is the topic of Chapter 7 in this book.

⁽⁵⁾ Implemented in the United States in 9 U.S.C. §§ 201 et seq.

1. JURISDICTION

At the outset, it is important to note that the procedural and substantive laws of the forum generally control litigation. Assuming that local law does not restrict the parties' ability to do so, parties may, however, with certain limitations⁽⁶⁾ agree on the choice of a particular legal order to govern their contract and the selection of a forum to hear any disputes.

By contrast, international arbitration is premised almost entirely on the parties' consent. Certain arbitral systems require the dispute to be of a certain type. For example, under the ICSID Convention⁽⁷⁾, article 25 limits arbitral jurisdiction to "investment disputes" between host States and investors. The parties may provide consent to arbitration in their contract or in a separate legal instrument. They may do so generally for all disputes arising out of or in connection with a contract, or only for a particular dispute. When dealing with foreign State or Government entities, such

entities' consent to international arbitration also may be contained in the foreign investment laws of that country or a bilateral or multilateral investment treaty⁽⁸⁾.

Before choosing between arbitration and litigation, counsel must consider which judicial system(s) would potentially exercise jurisdiction over the case in the event litigation were chosen, and the comfort level he or she has with that particular jurisdiction. Typically, each of the parties to a cross-border transaction will favor its own hometown jurisdiction. A compromise solution whereby the parties agree to confer jurisdiction on the courts of a third country that both parties perceive as being a neutral forum may not be advisable unless the parties are familiar with the laws and procedures of that forum. If, however, using its greater bargaining power, a party has the possibility of negotiating a choice of forum clause conferring hometown jurisdiction, litigation might appear preferable to that party over international arbitration⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ See Restatement (Second) Conflict of Laws § 187.

⁽⁷⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965 (ICSID Convention), 17 U.S.T. 1270; TIAS 6090; 575 U.N.T.S. 159; available at <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

⁽⁸⁾ LAMM, Carolyn B., "Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", 6 ICSID REV. -Foreign Inv. L.J. 462, 466 (1991).

⁽⁹⁾ In the United States, it is necessary to keep in mind the constitutional limitations on the exercise by courts of long-arm jurisdiction over foreign parties. See *CME Media Enterprises B.V. v. Zelezny*, N° 01 CIV. 1733 (DC), 2001 WL 1035138 at *4-5 (S.D.N.Y., Sept. 10, 2001) (personal jurisdiction over respondent not required; quasi in rem jurisdiction sufficient to hear case to confirm arbitral award to the extent assets exist within the forum jurisdiction; order of attachment granted, to the extent of \$0.05); *Glencore Grain Rotterdam B.V. v. Shivnath Rai Hamarain Co.*, 284 F.3d 1114, 1128 (9th Cir. 2002) (personal jurisdiction based on the defendant's person or property required); *Dardana Limited v. A.O. Yuganskneftegaz and Yukos Oil Co.*, 317 F.3d 202, 209 (2nd Cir. 2003) (remanding to district court for discovery, appropriate findings and conclusions of law on petition's claims of personal jurisdiction); *Base Metal Trading Ltd. v. OJSC "Novokuznetsky Aluminum Factory"*, 283 F.3d 208, 212-13 (4th Cir.) (requiring petitioner to establish personal jurisdiction and finding that "the presence of property alone will not support jurisdiction"), cert. denied, 537 U.S. 822, 123 S.Ct. 101, 154 I.Ed.2d 30 (2002); *Base Metal Trading Ltd. v. OJSC "Novokuznetsky Aluminum Factory"*, 47 Fed. Appx. 73, 77 (3rd Cir. 2002) (same); see also Carolyn B. Lamm and Eckhard R. Hellbeck, *Action to Confirm Foreign Arbitral Award Dismissed for Lack of Personal Jurisdiction*, International Bar Association, Committee D News, Vol. 8 no.1 at 62, 2003, (commenting on *Base Metal*, supra).

The jurisdictional benefits of arbitration stem largely from its greater flexibility and the significant discretion of the parties over a number of important jurisdictional matters: First, the parties may choose, through mutual agreement, the arbitration site and whether or not to employ the services of an arbitral institution. This would ensure a neutral forum and would reduce any potential negative bias a party might (fear to) encounter in a foreign court. Second, the parties may choose the arbitrators who will decide the case. Third, they may choose the language in which the arbitration will be conducted. Fourth, the parties may determine by mutual agreement which substantive and procedural law will apply to the proceedings. Fifth, they avoid issues of service and in personam jurisdiction that can be significant in the absence of consent⁽¹⁰⁾.

2. PROCEDURE

In litigation, the laws of the forum will provide set procedural rules. By contrast, in international arbitration the parties may choose what procedural rules to apply either by choosing an arbitral forum or a pre-formulated set of rules (such as the UNCITRAL Arbitration Rules, which were promulgated by the United Nations Commission on International Trade Law), or by formulating their own arbitration rules. Even when choosing a particular arbitral forum and its rules or a pre-formulated set of arbitration rules, parties may agree to deviate from such rules.

International arbitration thus has the potential advantage of offering greater procedural flexibility than litigation if the parties select the rules and make such adjustments as they wish. Court rules do not provide such flexibility or party autonomy. This applies in particular to such issues as time limits, place of hearings and conferences, and, as discussed below, evidence and confidentiality. As to time limits, international arbitration generally offers the parties more control over the proceedings than litigation given the arbitral tribunal's and the rules' greater flexibility. If the parties are able to reach agreement, they can retain some control of arbitral proceedings. Even if the parties have agreed on a particular place of arbitration, for example, hearings may be held at any other location on which the parties and the tribunal may agree to accommodate the arbitrators. In addition to these practical matters, the procedural flexibility offered by international arbitration makes it possible to accommodate expectations of parties with different legal cultures. This is true, in particular, for the respective roles that arbitrators and advocates play during a hearing, for example in the examination of witnesses (adversarial versus inquisitorial approach), the extent to which written pleadings should develop the parties' factual and legal arguments (notice pleading versus complete written pleadings), or the extent to which parties should be allowed to demand the production of documents from each other⁽¹¹⁾. By offering the

⁽¹⁰⁾ See generally LAMM, Carolyn B., Assertion of Jurisdiction over Non-U.S. Defendants, in PLI, *International Business Litigation & Arbitration 2000* at 57 et seq. (2000).

⁽¹¹⁾ Many of these converging practices are codified in the International Bar Association's Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration [hereinafter IBA Rules of Evidence], available at <http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>.

opportunity to compromise between the differing legal systems, international arbitration thus is particularly effective in bridging the divide between, for example, the common and civil law traditions, which diverge on such fundamental procedural principles⁽¹²⁾.

Another, very practical, advantage of arbitration is that parties generally may use their own lawyers to represent them in the proceedings, regardless of the place of arbitration, *i.e.*, without having to incur the additional expense of engaging local counsel. Certain countries, however, do not allow foreign counsel to appear in an arbitration on their territory outside of the presence of local counsel⁽¹³⁾.

Despite the general benefits of increased flexibility, critics of arbitration argue that it has several procedural shortcomings that must be considered. First, arbitral tribunals are often criticized for handing down awards that, in essence, “split the baby”, implying that arbitrators seek, above all, equity rather than the legally correct decision. Second, certain disputes may not be arbitrable. Whether or not a matter is subject to arbitration

usually will depend on whether or not it falls within the scope of the parties’ arbitration agreement⁽¹⁴⁾. In the United States, courts will apply the “positive assurance” test, *i.e.*, they will compel arbitration unless they can determine “with positive assurance” that the parties’ arbitration agreement does not lend itself to an interpretation that would allow for arbitration⁽¹⁵⁾. Third, the ability of nations to refuse recognition and enforcement of a foreign arbitral award on the grounds that it is contrary to (local) public policy may render arbitration futile⁽¹⁶⁾. Lastly, if multiple parties are involved, litigation may be the more efficient option. Unless all parties have submitted to the same arbitration clause, arbitration of multiparty disputes may lead to multiple, separate and, ultimately, costly proceedings, which may result in potentially inconsistent decisions. In U.S. litigation, such cases may be “multidistricted” or consolidated. In addition, an attempt to join a third party to an arbitration may raise complex issues of consent that ultimately may serve as the grounds for a challenge of the arbitral award, which, if successful, may return the

⁽¹²⁾ See generally ELSING, Siegfried H. / TOWNSEND, John M., Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration, 18 ARB. INT’L 59, 2002.

⁽¹³⁾ For example, in 1996, Japan amended its laws to clarify that attorneys not licensed to practice in Japan were permitted to participate as counsel in international arbitrations conducted in Japan. JCA NEWSLETTER N° 2, 1997, available at <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration-e/syuppan-e/newslet/news2.html>. In August 2004, Singapore amended its Legal Profession Act to allow attorneys not licensed to practice in Singapore to participate in Singapore arbitrations as arbitrator or counsel. Information available at <http://www.siac.org.sg/whatsnew.htm>.

⁽¹⁴⁾ Most recently, for example, following the landmark decision of the U.S. Supreme Court in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 629, 105 S.Ct. 3346, 87 L.Ed.2d 444, 1985, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit has found the scope of an arbitration agreement to include claims under the Sherman Act and state antitrust laws. *JLM Industries, Inc. v. Stolt Nielsen SA*, 387 F.3d 163, 182 (2d Cir. 2004).

⁽¹⁵⁾ *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574, 582-83 (1960).

⁽¹⁶⁾ See, e.g., New York Convention, article V(2); Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, done at Panama, January, 30, 1975, article 5(2)(b), reprinted in *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 2 (J. Paulsson, ed., Aug. 1984).

parties to “square one” after years of costly litigation - although arbitration is slowly evolving to permit class actions⁽¹⁷⁾ and consolidation⁽¹⁸⁾. In contrast to arbitration, litigation - depending on the forum selected - generally follows well-developed rules, in particular where multiple parties are involved, *e.g.*, concerning impleader or joinder.

3. DISCOVERY

The issue of whether and to what extent the parties are entitled to discovery is one of the most poignant differences between common law and civil law litigation. International arbitration generally follows a middle of the road approach in which much depends on whether the arbitrator has a common law or a civil law background.

As the reader will know, common law permits broad discovery (and in the United States, broad discovery) after the statement of claim has been made. Civil law jurisdictions, on the other hand, mandate only very limited document production, if at all. In common law litigation, discovery is regulated by statutory law and precedent. As practitioners may be aware, however, 80 percent of the costs of litigation incurred

by businesses in the United States go to the costs of discovery. Further, it is invasive and requires extensive confidentiality agreements to protect corporate or State secrets. Greater access to potential evidence thus may bear a hefty price tag.

In international arbitration, the discovery process and the method of presentation of evidence is limited and simplified. As in civil law jurisdictions, extensive written presentations are the standard means of delivering a case. The usual practice is for parties to submit copies of documentary evidence as well as written witness statements and expert reports together with the written pleadings relying on those pieces of evidence. To the extent discovery takes place, requests for the production of documents must describe specific documents or “narrow and specific” categories of documents and explain their relevance and materiality to the case⁽¹⁹⁾. The requesting party must be reasonably certain that such documents exist and are in the possession of the adverse party⁽²⁰⁾.

A plaintiff thus may prefer common law litigation over international arbitration if it requires extensive discovery to prove its case. A party concerned over protecting

⁽¹⁷⁾ In *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, the United States Supreme Court recently held that it was for the arbitrator, not the court, to decide whether an arbitration agreement forbids class arbitration. 539 U.S. 444, 452-53 (2003). Within the same year, the American Arbitration Association (AAA) made available new Supplementary Rules for Class Arbitrations, available at http://www.adr.org/index2.1.jsp?JSPssid=15747&JSPsrc=uploadLIVESITE\Rules_Procedures\National_International\.\Topics_Interest\AAAClassaction.htm. At this time, the AAA's class arbitration docket contains over 40 cases http://www.adr.org/index2.1.jsp?JSPssid=15747&JSPsrc=uploadLIVESITE\Rules_Procedures\National_International\.\Topics_Interest\nocases.htm (last visited Nov. 29, 2004).

⁽¹⁸⁾ The November 2004 United States model bilateral investment protection treaty breaks new ground by providing for mandatory consolidation of investment claims under certain circumstances. 2004 Model BIT, articulo 33, available at <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>.

⁽¹⁹⁾ IBA Rules of Evidence, *supra* note 11, article 3.3.

⁽²⁰⁾ Elsing & Townsend, *supra* note 12, at 61.

its business and other proprietary information, however, may wish to choose international arbitration over common law litigation in order to minimize the burden of disclosure it may encounter.

4. RULES OF EVIDENCE

a. Admissibility

International arbitration also has developed a converging practice with respect to the admissibility of evidence⁽²¹⁾. Common law jurisdictions generally require each document to be authenticated before it can be admitted into evidence⁽²²⁾. Practitioners at common law often use live testimony in order to explain the relevance of documents they have introduced⁽²³⁾. Civil law jurisdictions, on the other hand, expect documents to be submitted in advance of the hearing and do not rely on live testimony to introduce information into the record⁽²⁴⁾. The resulting compromise is for each side to submit in advance the documents it intends to use as evidence. Authentication and live testimony generally are not required for the introduction of evidence. Rather, as in civil law jurisdictions, the arbitral tribunal will use its discretion as to the relative probative value it gives to each piece of evidence. In that sense, bolstering documentary evidence with supporting

live testimony may be advisable in order to increase its probative value.

This notwithstanding, at the request of the adverse party or on its own motion, an arbitral tribunal may, in its discretion, decide to exclude evidence for various reasons, including “lack of sufficient relevance or materiality” and “unreasonable burden”⁽²⁵⁾. In this case, the International Bar Association’s Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (IBA Rules of Evidence) place the burden on the objecting party to demonstrate that the particular material should not be introduced⁽²⁶⁾. In arbitration, the burden is on the party proffering evidence or relying on a principle of law to prove its existence and admissibility⁽²⁷⁾.

b. Fact witness testimony

Witness testimony is another element of dispute resolution on which common and civil law systems broadly disagree - and again, depending on the background of the arbitrators (*i.e.*, common law versus civil law), their approach to this issue varies. Common law relies heavily on direct and cross-examination of witnesses by lawyers from both sides. In civil law jurisdictions, by contrast, judges conduct most of the questioning of witnesses, and it is generally within the judge’s discretion

⁽²¹⁾ *Loc. cit.*

⁽²²⁾ *Loc. cit.*

⁽²³⁾ *Loc. cit.*

⁽²⁴⁾ *Loc. cit.*

⁽²⁵⁾ IBA Rules of Evidence, *supra* note 11, article 9.

⁽²⁶⁾ *Loc. cit.*

⁽²⁷⁾ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 334 (reprint 1987); SANDIFER, *Durward, Evidence Before International Tribunals* 92-93 (reprint 1971); Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* 378 (1996).

to allow (or not) the parties' counsel to pose limited questions to the witness, either directly or through the judge. In addition, common law courts place greater credence on information provided in testimony under oath. Civil law courts believe that the best evidence is provided in documents⁽²⁸⁾.

In international arbitration it is customary, as mentioned, for the parties to present written witness statements in advance of the hearing⁽²⁹⁾. This may shorten the duration of the hearing and serve as a substitute for witness depositions and direct testimony⁽³⁰⁾. It also may reduce the element of surprise that commonly occurs with oral testimony⁽³¹⁾.

c. Expert testimony

International arbitration rules provide a compromise also on the role of expert testimony. Parties in a common law proceeding hire their own expert witnesses, who, in effect, compete to provide the most convincing testimony regarding the disputed issue. In civil law proceedings, in contrast, expert witnesses generally are appointed by the court and

are, thus, answerable to the tribunal, not the individual parties. This procedure is intended to protect the impartiality of expert testimony and, arguably, to streamline the hearing. The IBA Rules of Evidence expressly allow both party-appointed and tribunal-appointed experts⁽³²⁾. In added deference to civil law tradition, they also stipulate that the tribunal may require expert witnesses whose opinions differ on a material issue to attempt to resolve their disagreement and to present to the tribunal a set of unified findings on which they have found agreement⁽³³⁾.

d. Sources of authority

International arbitral tribunals demonstrate more flexibility than either common law or civil law courts in the sources of authority they accept as persuasive. Generally, article 38 of the Statute of the International Court of Justice defines broadly the sources of international law to which an international tribunal will have reference in a case where public international law provides a rule of decision⁽³⁴⁾. Depending on the

⁽²⁸⁾ Elsing & Townsend, *supra* note 12, at 62.

⁽²⁹⁾ IBA Evidence Rules, *supra* note 11, articles 4.4-4.5.

⁽³⁰⁾ Elsing & Townsend, *supra* note 12, at 63.

⁽³¹⁾ *Loc. cit.*

⁽³²⁾ See IBA Rules of Evidence, *supra* note 11, article 5. ("A Party may rely on a Party-Appointed Expert as a means of evidence on specific issues"); see also *Ibidem*, article 6.1 ("The Arbitral Tribunal, after having consulted with the Parties, may appoint one or more independent Tribunal-Appointed Experts to report to it on specific issues designated by the Arbitral Tribunal").

⁽³³⁾ See *Ibidem*, article 5.3 ("The Arbitral Tribunal in its discretion may order that any Party-Appointed Experts who have submitted Expert Reports on the same or related issues meet and confer on such issues. At such meeting, the Party-Appointed Experts shall attempt to reach agreement on those issues as to which they had differences of opinion in their Expert Reports, and they shall record in writing any such issues on which they reach agreement").

⁽³⁴⁾ Article 38(1) provides as follows:

The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

choice of applicable law made by the parties in their contract, by international treaty (such as a bilateral investment treaty) or by statute, national laws of one or more countries may also be relevant. Thus, in addition to the authorities relied upon at common law –judicial precedent and legislation– an arbitral tribunal may also be willing to recognize as persuasive authority the opinions and publications of notable scholars. Common law, of course, considers academic commentaries as a secondary source of authority⁽³⁵⁾. This flexibility gives a party in an international arbitration access to a wider array of materials that can be used in support of its interests. At the same time, it gives the adversary additional means with which it can counter the use of such materials. In choosing between litigation and arbitration, it is thus important to assess whether or not one is interested in utilizing the greater flexibility offered by international arbitration in this respect.

5. PRELIMINARY REMEDIES, JUDICIAL REVIEW, AND ENFORCEMENT

When determining whether to litigate or arbitrate, counsel must consider the

extent to which judicial involvement –both during and subsequent to the proceeding– might be advantageous. If preliminary remedies and/or substantive and procedural judicial review are expected to be useful or necessary, then, *ceteris paribus*, litigation may be the preferred option. If, on the other hand, finality and international enforceability of the decision on the merits are important, international arbitration may be the wiser choice.

a. Preliminary remedies

The power of an international arbitral tribunal to issue preliminary remedies is generally weaker than that of national courts. Indeed, parties must go to the local courts to enforce the preliminary relief or interim measures granted by an arbitral tribunal⁽³⁶⁾. Nevertheless, an arbitral tribunal does retain over certain matters limited, concurrent jurisdiction with the courts⁽³⁷⁾. In the event the arbitral tribunal does not have the authority itself to issue an interim measure, the parties still may have recourse to the judicial system. In light of an arbitral tribunal’s limited jurisdiction over interim measures, such

-
- a. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. International custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. The general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, T.S. N° 993, 3 Bevans 1179.

⁽³⁵⁾ Elsing & Townsend, *supra* note 12, at 65.

⁽³⁶⁾ See, e.g., *ACE/Cleardefense, Inc. v. Clear Defense, Inc.*, 47 Fed. Appx. 582 (D.C. Cir. 2002), cert. denied, 538 U.S. 925 (2003) (enforcing a preliminary injunction issued by an arbitral tribunal to prevent use of a trademark during the pendency of an arbitration).

⁽³⁷⁾ See Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of its Forty-First Session (Vienna, 13-17 September 2004), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Doc. A/CN.9/569 (Oct. 4, 2004), <http://odsdsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/580/40/PDF/V0458040.pdf?OpenElement>(reflecting the current work within UNCITRAL on the power of an arbitral tribunal to grant interim measures of protection, and on the recognition and enforcement of such measures).

measures are generally more easily obtainable in the courts than in arbitration.

As noted above, arbitral tribunals and the national courts retain a limited degree of concurrent jurisdiction, implying that arbitrators have the power to adjudicate certain interim measures. This authority generally is provided by statute⁽³⁸⁾. For example, the UNCITRAL Model Law states the following: “Unless otherwise agreed by the Parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute”⁽³⁹⁾.

This jurisdictional authority, however, is limited in two major respects. First, as the parties generally are free to define the scope of their arbitration agreement, they may stipulate either that certain matters are to be adjudged exclusively by the courts or, conversely, that interim orders are to be addressed only to the arbitral tribunal⁽⁴⁰⁾. Second, particular interim measures, such as those related to enforcement, remain within the exclusive jurisdiction of the courts⁽⁴¹⁾. For example, an arbitral tribunal does not have the authority to issue an attachment order or other orders related to enforcement.

Consequently, such matters must be addressed to the courts.

Accordingly, in deciding whether to choose litigation or arbitration, it is important to consider whether preliminary remedies are likely to be required. When choosing arbitration, it is advisable to keep in mind that it may be necessary to have recourse to the national courts for preliminary remedies. Which courts will have jurisdiction to issue such preliminary remedies will generally depend on the place of arbitration selected by the parties in their arbitration agreement.

b. Judicial review and enforcement

The scope of judicial review of an arbitral award is narrower than that of a court decision. First, because national courts are likely to uphold an arbitration clause, they often will defer to the parties’ express wish to arbitrate. Second, arbitral awards are generally not subject to substantive review. Third, national courts around the world are more likely to recognize and enforce an arbitral award than a judgment of a foreign court. To the extent finality and enforcement are valuable to the client, arbitration may be preferable to litigation⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ It is important to note that, while arbitration rules generally confer jurisdiction on the arbitral tribunal to issue provisional measures, its authority to do so ultimately must conform to the intentions of the parties. Failing a clear understanding of such intentions, one must refer to national law in order to determine the extent of an arbitrator’s jurisdictional authority. Fouchard, GAILLARD, Goldman on International Arbitration 717 fn. 38 (E. Gaillard & J. Savage, eds. 1999).

⁽³⁹⁾ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), artículo 17, available at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

⁽⁴⁰⁾ Fouchard, Goldman on International Arbitration 717 fn. 38, supra note 38, at 718.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem* at 720.

⁽⁴²⁾ See LAMM, Carolyn B. / HELLBECK, Eckhard R., The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention: Recent Developments, 5 INT’L ARB. L. REV. 137 (2002) (highlighting the difference between challenges to enforcement under New York Convention artículo V and annulment under national law standards at the place or law of the arbitral award).

Recognition and enforcement of international arbitral awards in most cases is governed by an international convention. Of the various conventions in existence in that field, the New York Convention is most known as a result of its almost global adherence⁽⁴³⁾. It provides that “[e]ach Contracting State shall recognize arbitral awards as binding”⁽⁴⁴⁾. Under the New York Convention, the national court of a Contracting State may set aside an arbitral award only on the basis of the following limited grounds: invalidity of the arbitration agreement; a breach of due process; noncompliance with terms of the arbitration agreement; and irregularities affecting the arbitral proceedings or composition of the arbitral tribunal⁽⁴⁵⁾. Though rarely invoked, national courts may, on their own discretion, set aside an arbitral award if the subject matter of the arbitration is nonarbitrable under the laws of the host

country or if recognition/enforcement of the award is contrary to the host country’s public policy⁽⁴⁶⁾. Most Contracting States interpret the public policy defense narrowly in order to preserve a neutral forum for international dispute resolution, which, of course, represents a fundamental goal of arbitration⁽⁴⁷⁾. In particular, U.S. courts have permitted the public policy defense only in those instances where its “most basic notions of morality and justice” have been violated⁽⁴⁸⁾.

In addition, the issue of whether or not the New York Convention requires a host country to uphold a seat’s decision to set aside an arbitral award has been hotly debated⁽⁴⁹⁾. The New York Convention provides that “recognition and enforcement of the award *may* be refused”⁽⁵⁰⁾ in the event that the seat overturns an arbitral decision. Taking into account the relative roles under the New York Convention of

(43) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, T.I.A.S. No 6997, 330 U.N.T.S. 38. As of April 16, 2004, 134 States are parties to the New York Convention. UNCITRAL, Status of Conventions and Model Laws, available at <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

(44) *Ibidem*, article III.

(45) *Ibidem*, article V (1).

(46) *Ibidem*, article V (2).

(47) William W. Park, The International Currency of Arbitral Awards, in *PLI, International Business Litigation and Arbitration 2004*, at 519, 534-35, 2004.

(48) See, e.g., *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l’Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974) (dismissing public policy defense based on “United States’ falling out with Egypt”).

(49) See, e.g., *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907, 913 (D.D.C. 1996) (confirming arbitration award rendered in Egypt that had been set aside by Egyptian court); *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194, 197 (2a Cir. 2000) (declining to enforce award annulled in Nigeria); *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F.Supp.2d 279, 288, motion for reargument denied, 77 F.Supp.2d 405 (S.D.N.Y. 1999) (declining to enforce award annulled in Italy); W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration* 114 (1992) (“once an award has been set aside in a primary jurisdiction, it is not supposed to be enforceable anywhere else”); VAN DEN BERG, Albert Jan, *New York Arbitration Convention of 1958 Consolidated Commentary*, 19 Y.B. COM. ARB. 475, 590-91 (1994) (“The setting-aside of an award has extra-territorial effect as it precludes enforcement in the other Contracting States by virtue of ground e of Artículo V(1) of the Convention”).

(50) New York Convention, article V (1) (emphasis added).

the seat jurisdiction as the primary jurisdiction and the enforcement jurisdiction as the secondary jurisdiction, U.S. courts generally have refused to enforce an annulled award⁽⁵¹⁾.

Notwithstanding the above, given that the general purpose of the New York Convention is to further and facilitate the enforcement of foreign arbitral awards, courts will tend to decide in favor of enforcement absent very limited circumstances.

Besides the New York Convention, there are several regional conventions with very similar provisions, such as the so - called Geneva Convention⁽⁵²⁾, the Panama Convention⁽⁵³⁾, and the Amman Convention⁽⁵⁴⁾.

On the basis of this widespread network of treaty law seeking to further the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, it is not surprising that national courts around the world are more

likely to recognize and enforce an arbitral award than a judgment of a foreign court. Indeed, this is one of the most attractive reasons for which one might choose international arbitration over litigation.

The law regulating enforcement of judgments of foreign courts, on the other hand, is far less predictable and comprehensive. International law regarding the enforcement of judgments has not developed largely due to jurisdictional concerns and to a failure to secure widespread agreement on the general principles governing recognition/enforcement⁽⁵⁵⁾. Absent a treaty, courts will likely refer to general, and inherently unpredictable, principles of fairness and comity when deciding whether to recognize or enforce a foreign court judgment.⁽⁵⁶⁾ The United States, for example, is not a party to any treaty concerning the recognition and enforcement of foreign court judgments⁽⁵⁷⁾. Indeed, the recognition

(51) LAMM, Carolyn B. / HELLBECK, Eckhard R., *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention: Recent Developments*, 5 INT'L ARB. L. REV. 137, 142 (2002) (United States courts generally in accord with international practice not to enforce annulled award); WILLIAM W. PARK, *The International Currency of Arbitral Awards*, in PLI, *International Business Litigation and Arbitration 2004*, at 519, 548 (2004).

(52) *European Convention on International Commercial Arbitration*, done at Geneva, April 21, 1961, 484 U.N.T.S. 364, reprinted in Gary A. Born, *International Commercial Arbitration in the United States* 865 (1994).

(53) *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, done at Panama, January, 30, 1975, reprinted in *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 2 (J. Paulsson, ed., Aug. 1984).

(54) *Arab Convention on Commercial Arbitration*, done at Amman, April 14, 1987, reprinted in *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 11 (J. Paulsson, ed., Jan. 1990).

(55) Negotiations held for over ten years at the Hague Conference on Private International Law on a convention governing the recognition and enforcement of foreign judgments have stalled. This has resulted in a more limited attempt to negotiate a convention on the use of choice of forum clauses. Hague Conference on Private International Law (HCCH), *Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements*, Draft Report (Masato Dogauchi and Trevor C. Hartley, rep.), Preliminary Doc. N° 26 (August 2004), available at http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf, at 6. See WILLIAM W. PARK, *The International Currency of Arbitral Awards*, in PLI, *International Business Litigation and Arbitration 2004*, at 519, 555 (2004) (with further references).

(56) PARK, William W., *The International Currency of Arbitral Awards*, in PLI, *International Business Litigation and Arbitration 2004*, at 519, 555, 2004.

(57) For a discussion of other countries' recognition and enforcement practices, see Committee on Foreign and Comparative Law, Association of the Bar of the City of New York, *Survey on Foreign Recognition of U.S. Money Judgments* (July 2001), cited in SILBERMAN, Linda J., *Enforcement and Recognition of Foreign Country Judgments in the United States*, in PLI, *International Business Litigation & Arbitration 2004*, at 365, 410, 2004.

and enforcement of foreign country judgments are not subject to the U.S. constitutional protection of the Full Faith and Credit Clause, nor are they governed by U.S. federal law.⁽⁵⁸⁾ Instead, state law governs recognition and enforcement of foreign judgments in the United States. Furthermore, state laws generally recognize a number of mandatory, discretionary and jurisdictional grounds for non-recognition⁽⁵⁹⁾. In sum, there is no uniform procedure in the United States for recognition and enforcement of foreign judgments.

In contrast, most European countries are parties to treaties that obligate enforcement of foreign court judgments⁽⁶⁰⁾. Thus, the member States of the European Union are parties to the Brussels Convention, which recently has been replaced by European Union law⁽⁶¹⁾, and the member States of the European Free Trade Association are parties to the so-called Lugano Convention⁽⁶²⁾. Given that these con-

ventions apply only to a limited number of (European) jurisdictions, it is generally advisable to choose international arbitration over litigation if enforcement abroad is likely to be an issue—unless it is clear from the outset that the above-mentioned European conventions will apply.

Lastly, it is important to recognize a potential disadvantage associated with the finality of arbitration proceedings. A primary purpose of judicial review is to protect against flawed reasoning on the part of lower courts. Litigation, with its more expansive judicial review, provides such a check; arbitration, however, with its more limited judicial review, carries with it the hazards of a one-shot opportunity⁽⁶³⁾.

6. CONFIDENTIALITY

If confidentiality is of special importance to the client, arbitration, rather than

⁽⁵⁸⁾ LAMM, Carolyn B., Enforcement of Judgments, in *Business and Commercial Litigation in Federal Courts* 41 (Robert L. Haig, ed. 1998). Under the auspices of the International Jurisdiction and Judgments Project, the American Law Institute is currently considering a draft of a proposed federal statute governing the recognition and enforcement of foreign judgments, at <http://www.ali.org>.

⁽⁵⁹⁾ See Chapter 12 in this book. See also Carolyn B. Lamm, Enforcement of Judgments, in *Business and Commercial Litigation in Federal Courts* 46 et seq. (Robert L. Haig, ed. 1998); SILBERMAN, Linda J., Enforcement and Recognition of Foreign Country Judgments in the United States, in *PLI, International Business Litigation & Arbitration* 2004, at 365, 374 et seq., 2004.

⁽⁶⁰⁾ PARK, William W., The International Currency of Arbitral Awards, in *PLI, International Business Litigation and Arbitration* 2004, at 519, 554, 2004.

⁽⁶¹⁾ Convention on Jurisdiction and Judgments in Civil and Commercial Matters, done at Brussels, Sept. 27, 1968, O.J. C 027 (Jan. 26, 1998), replaced effective March 1, 2002 by Council Regulation (EC) N° 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, O.J. L 012 (Jan. 16, 2001), available at http://europa.eu.int/eur_lex/pri/en/oj/dat/2001/L_012/L_01220010116en00010023.pdf.

⁽⁶²⁾ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, done at Lugano, Sept. 16, 1988, available at <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/en/c-textes/lug-idx.htm>.

⁽⁶³⁾ In the limited area of investor-state arbitration (as distinguished from commercial arbitration), a discussion has emerged about the possibility of creating an appeals facility. See ICSID, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper (Oct. 22, 2004), available at <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf>; Mark Kantor, The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments, 21 *J. INT'L ARB.* 383, 391, 2004.

litigation, may be the more appropriate strategy, as court proceedings generally are public⁽⁶⁴⁾—unless placed under seal by the court— and arbitral proceedings and awards, generally, remain confidential⁽⁶⁵⁾.

7. TIME AND EXPENSE

The time required for resolving a dispute, as well as the monetary and non-monetary costs incurred in doing so, are important business considerations. Arbitration, generally, is less time-consuming and less costly than litigation.

Moreover, parties have far more time to present their evidence and legal arguments to arbitral tribunals than to courts that have very limited time for argument (*e.g.*, at most 20 minutes for an appellate argument). Nevertheless, arbitration is not necessarily a quick process; indeed, some proceedings take years to resolve.

Furthermore, the costs of arbitration can be significant, but in most instances will be lower than the costs of litigation. Therefore, the relative time and expense of arbitration and litigation must be examined carefully. Ultimately, which form of dispute of resolution is cheaper and less

time-consuming will depend on the particular circumstances of the dispute.

Several reasons explain the savings of time and expense associated with arbitration: Arbitration requires a more simplified discovery process than litigation, and is governed by fewer and less stringent rules of evidence. Arbitration is not as susceptible to multiple proceedings as is litigation. The merits surrounding an arbitral award are not subject to subsequent judicial review. Arbitration discourages forum shopping, and the parties have greater control over the speed and length of the proceedings.

Despite the savings of time and expense associated with arbitration, arbitration is not necessarily cheap. Indeed, arbitration of complex disputes may turn out to be expensive as they may take years to resolve⁽⁶⁶⁾. In addition, the costs of certain commercial arbitration, which typically include the arbitrators' fees, the rental of the premises, and the fees of expert witnesses, may be higher than the costs of litigation, where the taxpayer typically subsidizes the infrastructure⁽⁶⁷⁾. This is not true of investment disputes under

⁽⁶⁴⁾ The rules on publicity of court records, however, vary greatly from one country to the next. Whereas, for example, court records in the United States generally are accessible to the general public, access in other countries may require a special showing of legitimate interest.

⁽⁶⁵⁾ In the area of investor-State arbitration, there has been a recent trend to achieve some measure of transparency given that governments are involved in such proceedings. Thus, *e.g.*, the States parties to the North American Free Trade Agreement (NAFTA) have adopted a practice of publishing the written pleadings filed in arbitration proceedings conducted under NAFTA, Chapter 11. In certain cases, public interest groups have been allowed to file amicus briefs. In other cases, hearings have been opened to the public. Practice has not been uniform, however, and it is not likely that these developments will affect commercial arbitration proceedings not involving State parties.

⁽⁶⁶⁾ FOUCHARD, *Goldman on International Arbitration* 717 fn. 38, *supra* note 38, at 686.


⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*, at 684.

ICSID as that institution is subsidized by the World Bank and requires lower arbitrators' fees⁽⁶⁸⁾.

8. CONCLUSION

Clearly, as the prevalence of cross-border transactions expands, the decision to arbitrate or litigate is becoming an increasingly important matter that needs

to be addressed already at the stage of drafting and negotiating the contracts.

Understandably, there is no easy answer to this question, in particular if the kind of dispute that may arise years into the deal is difficult to anticipate. Taking into account the various factors discussed in this chapter may help making informed decisions when drafting and negotiating dispute settlement clauses for international contracts. 

⁽⁶⁸⁾ LAMM, Carolyn B. / SMUTNY, Abby Cohen, The International Centre for Settlement of Investment Disputes: Responses to Problems and Changing Requirements, 12 Mealey's Int'l Arb. Rep. 20, 22, fn. 32 (Nov. 1997).

NEGOTIATING AND DRAFTING AN INTERNATIONAL ARBITRATION CLAUSE (*)

Por: STEPHEN R. BOND (**)

SUMARIO: 1. Introduction. 2. Key points. **A.** The ideal, all-purpose clause. **B.** Must the arbitration agreement be in writing? **C.** When should arbitration be agreed upon? **D.** Administered or non-administered arbitration? **E.** And if the parties prefer non-administered arbitration? **F.** Which arbitration institution? **G.** Are the standard clauses of arbitral institutions satisfactory? **H.** Elements that may usefully be added to the standard clause. 3. Other delicate issues. **A.** Who is a party to the arbitration clause? **B.** Multi-party/multi-contract arbitration. **C.** Negotiations, conciliation or mediation as a precondition to commencing arbitration. 4. Conclusion.

1. INTRODUCTION

Many significant international commercial contracts provide for arbitration as the method of dispute resolution. Compared to national courts, arbitration generally provides a neutral and independent forum, arbitrators knowledgeable in the subject-matter, confidentiality, a more flexible and less (or no more) expensive procedure from start to finish and a resulting decision more easily enforceable in a foreign state.

A badly drafted arbitration clause may result in the loss or diminution of many, if not all, of these advantages.

2. KEY POINTS

A. The ideal, all-purpose clause

It does not exist. While each of the standard institutional or UNICITRAL *ad hoc* clauses will work, in any particular contract such standard clauses can generally be

(*) This paper is protected by copyright. Material appearing herein may not be reproduced or translated without permission. Due to space limitations and the general nature of its content, this paper is not intended to be and should not be regarded as legal advice.

(**) Co-head of the White & Case International Arbitration Practice Group.

improved upon (*see* below). However, such modifications must be made in light of the particular circumstances of each contract. For this reason, a “cut and paste” clause from another contract can be highly dangerous.

B. Must the arbitration agreement be in writing?

Yes, under most national laws and in order to be covered by the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the “New York Convention”).

C. When should arbitration be agreed upon?

At the time the relevant contract is concluded. Once a dispute arises, it is rare that the parties can then agree to arbitrate and, because of its “consensual” nature, arbitration is not possible without an agreement by the parties.

D. Administered or non-administered arbitration?

It is usually preferable to provide for arbitration administered by an institution. The arbitral institution makes available an established set of rules and a permanent secretariat able to respond to inquiries. Administrative fees can be substantial (*e.g.*, the ICC has a ceiling of \$88,800 for a case of \$80 million or more), but are usually insignificant compared to the amount in dispute and the other expenses involved and are generally worth the “safety-net” provided by the arbitral institution. National courts are, in general, less likely to intervene in an institutionally administered arbitration than one that is not so administered. In non-administered arbitration, too often the only means

of resolving procedural difficulties is to resort to a national court and there is little or no restraint on the arbitrators as to the fees they fix.

E. And if the parties prefer non-administered arbitration?

Refer to UNICITRAL Arbitration Rules and agree on an “appointing authority” which can appoint (and, if necessary, remove) the arbitrators. The AAA, ICC, LCIA and the Secretary-General of ICSID will act in this capacity and have specific procedures for serving in this role. The UNICITRAL Rules were negotiated in the United Nations and, having both a well-documented negotiating history and a long record of public application, provide some predictability. On the other hand, they were promulgated in 1977 and have not been revised since. The AAA, ICC and LCIA rules were all “updated” in 1997-98 in order to better meet problematic issues.

Avoid drafting *de novo* a complete set of *ad hoc* rules. It is almost certain that something important will be left out or that unnecessary complications will arise from the text.

F. Which arbitration institution?

The International Chamber of Commerce’s International Court of Arbitration (ICC) is perhaps the leading international institution. It is experienced (almost 13,000 cases as of mid-2003) and known by parties and judges world-wide. It offers established rules and practices, certain of which are unique. Other reputable institutions handling international arbitration case include the American Arbitration Association (AAA),

the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (**SCC**) (which has traditionally been attractive to parties from Russia, Eastern Europe and China), and the London Court of International Arbitration (**LCIA**). The World Bank's International Centre for the Settlement of Investment Disputes (**ICSID**), although limited to disputes with a host government related to an investment, is experienced and offers a knowledgeable and effective secretariat and established rules.

Arbitral institutions in Central and Eastern Europe and Russia are experienced, but many are in a state of flux as the future of the Chambers of Commerce to which each has been attached is uncertain. Questions of language, selection of arbitrators and a perception of partiality (generally not deserved) raise questions about them in the minds of foreign parties.

Avoid arbitral institutions with unknown track records.

G. Are the standard clauses of arbitral institutions satisfactory?

The standard clauses provide workable arbitration agreements that avoid the worst problems that might otherwise arise. (The standard clauses from the AAA, ICC, ICSID, LCIA, Stockholm Chamber of Commerce and WIPO are annexed.)

A number of elements, certain of them being highly desirable, may be added to the standard clause.

It is generally advisable not to delete elements from a standard clause, as to do so may jeopardize its effectiveness.

Special care must be taken to ensure that the following three elements in every

arbitration clause are retained (using the ICC standard clause as an example):

1. “All disputes arising out of or in connection with the present contract (...)”

This phrase helps ensure a “broad” arbitration clause such that virtually every dispute related in any way to the contract is covered. Phrases such as disputes “arising under this contract” or “arising from the execution of this contract” are to be avoided as disputes related to the validity, formation and termination of the contract, or delictual (tort) claims may not be covered and, therefore, could be brought before a national court.

Where a U.S. party is involved or the seat of the arbitration is in the U.S., it is highly desirable to add after the phrase quoted above the following: “including, without limitation, its validity and formation”, in order to ensure that such issues are not decided by the courts.

2. “Rules of arbitration of the international chamber of commerce”

An astonishing number of clauses either do not clearly specify arbitration or else incorrectly set out the name of the desired arbitral institution. The consequences can be costly in time and money at best and fatal to the arbitration at worst.

3. “Finally settled”

These words help to preclude any resort to national courts on the merits of the dispute and may also be seen by the courts in certain (but not all) countries as creating an “exclusion agreement” which limits the scope of review of an arbitral award by a court (*see below*).

H. Elements that may usefully be added to the standard clause

1. Substantive governing law of the contract

Highly desirable (although this need not and should not be part of the arbitration clause). In the absence of agreement, the arbitral tribunal decides the matter and surprises may result. In selecting the governing law, specify that it is the “substantive” law of the country (or the particular U.S. State) concerned, in order to avoid application of its conflict of law principles and local procedural rules (*see* below). The substantive law clause should be a clause separate from the arbitration clause.

2. Procedural law governing the arbitration

Usually to be avoided. Do not specify the application of any country’s procedural law to the conduct of the arbitration. To do so may cause the procedural rigidity that arbitration is intended to avoid. It may also result in the assertion of jurisdiction over the arbitration by the courts of the country the procedural law of which was selected, even when the arbitral situs is in another country.

3. Place (situs) of arbitration

Generally desirable. The objective is to specify as the situs a place: (i) acceptable to both parties (when one party is a government or a state-owned entity, such a place is generally a neutral, third country); (ii) which is party to the N.Y. Convention or another treaty permitting enforcement of the award in the countries of the parties; (iii) which has a modern

arbitration law that limits court intervention in the arbitral proceedings and court review of an arbitral award but does not restrict each party’s freedom to select legal counsel or arbitrators; and (iv) which is mutually convenient in terms of the location of the parties, or at least does not significantly favor one of the parties over the other.

Under the rules of many arbitral institutions (such as the AAA, ICC and LCIA) the parties may select any situs they wish. There is no obligation to have as the situs the city where the headquarters of the arbitral institution administering the arbitration are located.

The places in Europe most frequently selected are: Paris, Geneva, Zurich, London and Stockholm. All are in jurisdictions which have satisfactory legal regimes for arbitration as well as a judiciary knowledgeable about international arbitration. Outside of Europe, the U.S., Canada and Australia are generally suitable.

Avoid countries which have not yet developed a legal system conducive to an independent and impartial arbitration, or which permit excessive court involvement in the arbitral process, or which have not yet had significant experience in this regard.

The relevant legal regime is different in every country and should be examined in light of the circumstances of the contract at hand.

Should the parties not agree on a place of arbitration, under certain institutional rules, such as those of the ICC, the institution concerned will select a neutral, third country as situs. (Thus, it is preferable not to name a situs in the arbitration clause if a satisfactory situs

cannot be agreed upon.) Under the UNCITRAL and many institutional rules the arbitral tribunal will select the situs and neutrality of the situs is not necessarily required. Selecting an arbitral tribunal without knowing in advance the place of arbitration adds a complicating factor to the selection process.

4. Number of arbitrators

Sometimes useful. The more arbitrators there are (three is usually the maximum), the more expensive and lengthy the arbitral proceedings are likely to be. However, an arbitral tribunal of three persons can often better analyze complex legal and factual situations and offers each party the opportunity to nominate an arbitrator who, though independent, comes from, or is familiar with, that party's particular legal, economic and cultural milieu or has expertise in the issues which are the subject of the dispute.

Absent agreement, it is usually the arbitral institution that decides the matter. In the case of ICC arbitrations, for example, the tendency is to have three arbitrators if the amount in dispute is larger than \$2 or 3 million or if one party is a sovereign state.

If the value of the contract itself is small (*e.g.*, less than \$1 to 2 million), try to specify one arbitrator in the arbitration clause itself to avoid an overly cumbersome (and expensive) tribunal.

5. Profession/expertise of the arbitrator(s)

Rarely useful. Although not mandatory, in international commercial arbitrations most arbitrators, whether

named by the parties or an institution, are jurists (*e.g.*, private practitioners, professors, judges). (Notable exemptions to this are maritime arbitrations under charter agreements where arbitrators are often members of the Society of Marine Arbitrators, and are not lawyers, and industry arbitrations such as under the rules of the Coffee Exchange, for example.)

Specify another profession or expertise (*e.g.*, engineer, accountant, computer specialist) for one or more of the arbitrators only if this would be absolutely essential for an effective arbitration. Such instances would be rare, as an arbitral tribunal can almost always appoint an expert to advise it on technical matters, if necessary. Mandating too many requirements in the arbitration clause can make it extremely difficult to find suitable persons, and a technical expert may not be able to participate meaningfully in decisions on such matters as jurisdiction, governing law or other purely legal matters.

6. Language of the arbitral proceedings

Highly desirable. Do not assume that any arbitration proceeding will necessarily take place in the language of the contract. Although the language of the contract is an important factor in any decision as to the language of the arbitration, it will not necessarily be decisive.

Avoid a text that would require (inadvertently or otherwise) all documents, testimony and arbitral awards to be in each of two languages.

7. Interim or conservatory measures

Sometimes useful. The authority of an arbitral tribunal to issue binding orders

for such measures (in addition to the undoubted authority of most national courts to do so before an arbitral tribunal is appointed and, in exceptional circumstances, even thereafter) will vary depending on the country and arbitral rules concerned. Be specific if such powers are to be either accorded or denied and the relevant arbitral rules are unclear or point in the opposite direction of what is desired.

8. Discovery

Sometimes useful. It is generally difficult to address discovery in the context of an arbitration clause, but it may be desirable to attempt to do so in certain circumstances, such as when one of the parties is American (and therefore used to extensive discovery) and the other is from a civil law jurisdiction (and therefore used to very limited or even no discovery). There are obvious cost advantages to limiting discovery but, ideally, both parties should have adequate access to the relevant evidence. (If one party is known to keep inadequate records or is not likely to comply with requests for discovery, it may be disadvantageous for the other party to open itself to what would be, in effect, unilateral discovery.)

Where appropriate, consideration might be given to a clause along the following lines:

“The parties shall be entitled to reasonable production of documents, carried out expeditiously. If the parties are not able to agree upon same, the arbitral tribunal shall have the power, upon application of any party, to make all appropriate orders for production of specific documents

or classes of documents from another party. The 1999 International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration shall be used as guidance”.

9. Forbidding punitive damages

Sometimes useful, especially when American parties are involved or U.S. law governs the contract. In recent years, arbitral tribunals in the United States have awarded treble damages or punitive damages under RICO or otherwise. This may not be what parties to a consensual dispute resolution mechanism have in mind. If not, consideration should be given to a statement precluding the arbitrators from awarding treble damages or punitive damages in any respect. Awarding such damages may also be violative of public policy in certain non-U.S. jurisdictions, and therefore of questionable enforceability in any event.

10. Waiver of sovereign immunity

Highly desirable. While an agreement by a sovereign state to arbitrate may constitute a waiver of its immunity from jurisdiction and pre-award remedies, it does not necessarily amount to a waiver of its immunity from execution against its assets. Seizing sovereign assets where sovereign immunity has not been explicitly waived is highly problematic.

11. Payment of costs

Generally to be avoided. In the absence of a specific provision, it will usually be left to the arbitral tribunal to decide whether and to what extent the

costs of the arbitration (including legal fees and expenses) incurred by one party will be borne by the other party. Most international arbitral tribunals will follow to some extent, or entirely, the rule that “costs follow the event”, *i.e.*, that the loser pays the winner’s costs, including legal fees and expenses, arbitrators’ fees and administrative expenses. If this is not desirable for some reason, the parties can usually provide that some or any of these costs be divided equally or make whatever other allocation they wish, but verify that any such “pre-dispute” allocation is legal in the relevant jurisdictions. (It is not permitted under the 1996 English Arbitration Act, for example.)

12. Exclusion agreement

Generally desirable. While in some jurisdictions (*e.g.*, England) the mere incorporation by reference into a contract of a set of arbitration rules which provide for the finality of an arbitral award acts as an “exclusion agreement” (*i.e.*, an agreement that has the effect of excluding in most circumstances the review by a national court of an arbitral award), in other jurisdictions (*e.g.*, Switzerland) an exclusion agreement must be express and should be included in the arbitration clause.

Many jurisdictions (such as France) do not recognize exclusion agreements at all.

13. Entry of judgment stipulation

Highly desirable when there is a U.S. party. Such a stipulation provides that “Judgment upon an arbitral award rendered by the arbitrator (s) may be entered in any court having jurisdiction ” and is deemed useful in securing enforcement of an award in the U.S.

3. OTHER DELICATE ISSUES

A. Who is a party to the arbitration clause?

While an arbitration clause ordinarily only binds the parties having signed the contract in which it is contained, there are circumstances where a non-signatory may be found to have agreed to arbitration. For example, a parent company may be considered as having agreed to be bound by an arbitration clause contained in a contract entered into by one or more of its subsidiaries if the parent company had actively participated in the negotiation, execution or termination of the contract.

This “group of companies” doctrine is particularly well developed under French law, but may be found elsewhere as well.

Accordingly, when it is intended that only a subsidiary is to bound by an arbitration clause, the parent company should avoid involvement in the performance of the relevant contract or having its stationary, personnel or equipment used in connection therewith.

B. Multi-party/multi-contract arbitration

Problems inherent in any arbitration clause or procedure increase exponentially in a multi-party/multi-contract situation. Such situations potentially exists whenever a contract has more than two parties, or is one of a series of “chain contracts”, or other contracts related to a particular project, or where the impleader of third parties (such as sub-contractors) or their intervention in an arbitration might be sought, or when consolidation of related arbitration cases is sought.

Unless specific provision has been made for multi-party/multi-contract arbitrations in the relevant arbitration clause(s) (and this will call for skilled draftsmanship), such arbitrations may not be possible at all or will entail numerous procedural complexities which could jeopardize any arbitration proceedings that are commenced.

C. Negotiations, conciliation or mediation as a precondition to commencing arbitration

Appropriate to consider in certain circumstances, such as when it can be anticipated that each party to the relevant contract has a strong interest in a long-term relationship or the relevant procedure is contained in a widely used form contract such as the various FIDIC forms of contract. Parties will almost always try to negotiate the settlement of a dispute (often successfully) and, less frequently, may try conciliation or mediation. Careful consideration should be given as to whether to make any such procedure a formal condition- precedent to the commencement of an arbitration, because such procedures may needlessly

delay the commencement of arbitration. If the parties have a good working relationship that will continue during resolution of the dispute (*e.g.*, where the dispute concerns only one aspect of a joint venture), then resort to such an alternative dispute resolution (“ADR”) mechanism before arbitration may be appropriate. Always provide that any such ADR procedures be commenced and completed within a clearly defined time period (*e.g.*, mediation must be commenced within 15 days of receipt of a written notice of a dispute and completed within 30 days unless both parties agree to extend this period).

4. CONCLUSION

In practice, the dispute resolution clause is too often dealt with hurriedly as one of the last points before a contract is concluded. However, considerable analysis may be necessary or advisable before drafting an arbitration clause for a given contract. For this reason, it is recommended to begin consideration of the formulation of the arbitration clause at the outset of negotiations.

INSTITUTIONAL MODEL CLAUSES

American Arbitration Association: International Arbitration Rules (AAA)

Any controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be determined by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the American Arbitration Association.

International Chamber of Commerce (ICC)

All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the “Host State”) and name of investor (hereinafter the “Investor”) hereby consent to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter the “Centre”) any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the “Convention”).

London Court of International Arbitration (LCIA)


Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the London Court of International Arbitration

Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)

Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

World Intellectual Property Organization (WIPO)

Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this contract and any subsequent amendments of this contract, including, without limitation, its formation, validity, binding effect, interpretation, performance, breach or termination, as well as non-contractual claims, shall be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO Arbitration Rules. 

REFLECTIONS ON THE DEFINITION OF AN 'INVESTMENT'

Por: MARTIN HUNTER (*)
ALEXEI BARBUK (**)

SUMARIO: 1. Introduction. 2. Treaty definitions. 3. Published awards. 4. Conclusions.

1. INTRODUCTION

By the early years of the twenty-first century it had become widely recognised that within fifty years the world would not be able to feed its population adequately unless radical action is taken. It is also acknowledged that gift aid or loans from the governments of rich countries to the poor countries, and even writing off debts, can do no more than scratch the surface of the long-term problem.

So what action is needed to provide a stable solution for the medium to long term? Whole books have been written about the various economic, political, sociological and legal aspects of distributing the planet's wealth-generating resources in a fair and appropriate manner

without regard to the incidence of random geographical, tribal, ethnic or religious elements. A huge number of factors need to be addressed before the existing imbalances can be eliminated if indeed they ever can be eliminated altogether. However, the advent of the 'global economy', giving people the ability (through geostationary satellites in space) to communicate with each other almost instantaneously wherever they are in the world, provides present generations with a unique opportunity to make significant progress.

It might be thought that the responsibility for resolving this problem lies with governments and international agencies. Indeed, to a certain extent, this is how it has been tackled over the last half century or so. Unfortunately, there is an

(*) Barrister in London and Professor of International Dispute Resolution at Nottingham Trent University.

(**) Legal Officer at the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Belarus. He studied International Law and Commercial Arbitration at the Buarusiam State University, the Agger Instituut and the University of Luden.

upper limit to the level of overseas aid that is acceptable to a developed nation's taxpayers, especially at a time when so many problems exist nearer to home, such as health and social services, roads and other forms of transport, crime prevention and so forth. It is not realistic to expect democratically elected governments that must seek re-election every four or five years to spend more than a certain percentage of the money they extract from their taxpayers on the re-distribution of global wealth. It follows that the necessary increase in rich to poor country investment must come chiefly from the private sector.

In this commentary the authors review the current position concerning one small but important aspect of encouraging a steady stream of commercial investment from the private sectors of rich countries into poor countries. This aspect is the balance between the protection of investors on the one hand and investee nations (and their citizens) on the other; and the role that the definition of the term 'investment' plays in achieving the appropriate balance⁽¹⁾.

It is clear that an appropriate level of investor protection must be established if commercial enterprises are to be attracted to invest in the world's poorest coun-

tries. This feature accounts for, as examples, the inclusion of Chapter 11 in the North American Free Trade Agreement (the NAFTA), and the remarkable growth in the number of bilateral investment treaties (BITs) that governments on both sides of the so-called although no longer accurately 'North-South divide' have entered into in recent times⁽²⁾. Furthermore, the investors are, in the main, corporate entities and as such are obliged by law to look after the interests of their shareholders. They need to have an element of 'legal' investor protection to insert into the risk/reward balance sheet when deploying their shareholders' money.

Sadly, the dispute resolution system appears to be creaking at the seams. Frequent concerns have been expressed about inconsistent decisions of arbitral tribunals established under the NAFTA and BITs, as well as criticism that excessive sums have been awarded in favour of foreign investors by way of damages for loss of expected future returns under concessions and similar long-term agreements. Such criticism makes a particular impact where, as is not uncommon, the definition of an 'investment' in the BIT in question includes a formulation along the lines of 'any contract having a monetary value',

(1) Previously published studies on the topic include: 'Scope and Definition', UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Vol. 2 (UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.II), 1999) (<http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=189&intItemID=2322&lang=1>) [URLs mentioned herein are correct as of March 2005.]; JULLIARD, P., 'Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment', 2000, 15 ICSID Rev. 322; SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994); VANDELDE, K.J., 'Arbitration Provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty' in WÄLDE, T.W., ed., *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (The Hague: Kluwer Law International, 1996); BLIESENER, D.H., 'La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale' (1991) 68 *Revue de droit international et comparé* 95; M.M. Moore, 'International Arbitration Between States and Foreign Investors—the World Bank Organization' (1966) 18 *Stanford Law Review* 1369 at 1362; N. Rubins, 'The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration' in N. Horn, ed., *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (The Hague: Kluwer Law International, 2004) at 283-324. The present authors have endeavoured to update, rather than repeat, the valuable work of these distinguished practitioners and scholars.

(2) The number of BITs increased from 385 in 1989 to 2265 in 2003 <www.unctadxi.org/templates>.

and an award of a large sum by way of damages follows a finding of breach of such a contract even though the so-called 'investor' has not actually invested any money at all in the country concerned.

In many such cases, of course, the 'investor' pursuant to a qualifying agreement may have been denied the opportunity to make the investment that he or she had contracted (and indeed was keen) to make. It would be harsh to withhold appropriate compensation in such a case on the grounds that the commercial investor had not injected any money or other valuable material into the host country, when the investor was prevented from doing so by corruption or other egregious behaviour within the controlling regime of the host country.

Below the authors look at how the definition of an 'investment' is worded in current BITs⁽³⁾ and in the NAFTA, and then analyse the decisions in a number of arbitrations where the status of the claimant as an 'investor' was disputed.

2. TREATY DEFINITIONS

Businessmen, lawyers, economists, journalists and politicians use the term 'investor' and 'investment' on a daily basis, although few would be able to provide a precise definition. It is somewhat like the terms 'sovereignty', 'national security' and 'public order'. Most people know how to spell them but do not have a clear idea of what they mean. The word

'investment' belongs to the vocabulary of prosperous people who think in terms of 'capital' and 'income'⁽⁴⁾, while the more general notion of 'investment' in international parlance is about wealth, power and economic development. These are important for all people without distinctions based on race, sex, language, or religion. Thus, phrases such as 'investing for the future' come into the English language.

Nevertheless, defining the term appears to be an imprecise science. Even the major English language dictionaries appear to be unable to find a common theme. The Oxford English Dictionary gives, as the primary meaning, 'the act of putting clothes on', before proceeding to explain the meaning of 'investiture'⁽⁵⁾.

Somewhat nearer the mark for present purposes, the Encyclopedia Britannica defines 'investment' as a 'process of exchanging income during one period of time for an asset that is expected to produce earnings in future periods'⁽⁶⁾.

According to this definition, investment is not just a subset of assets; the assets in question must be part of a long-term income regenerating process. Thus, in pedantic terms, trade in goods or services would not be an investment, as its objective is only to gain profit without developing an income-producing capacity for the future. By contrast, expenditure on the development of an essential infrastructure or a distribution network would be an investment.

⁽³⁾ As at the last quarter of 2004.

⁽⁴⁾ These terms seem equally hard to define - are they not both simply 'money'?

⁽⁵⁾ *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3d ed.

⁽⁶⁾ *Encyclopaedia Britannica Online*.

Moving closer to the present context, Article 25(1) of the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington Convention) provides that the jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID):

Shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.

However, nowhere in the Convention is the term 'investment' defined. Instead, under Article 25(4), the Contracting States themselves may determine the class or classes of disputes that they will consider submitting to the jurisdiction of the Centre.

A review of the legislative history of the Washington Convention reveals that there was in fact considerable debate about whether or not, and if so how, the term 'investment' should be defined in the text of the Convention. The first draft described 'investment' as 'any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period, or (...) not less than five years'⁽⁷⁾. This definition seems to be reasonably clear, but the result would have been that someone who contributed one dollar to

the economy of a host State for a period of five years would be an investor, while another who contributed fifty million dollars for three years would not. This formulation evidently lacked the flexibility that the proponents of the Convention were seeking. At the same time, other proposals were too rigid. Eventually, reminiscent of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and many national arbitration laws, it was decided not to attempt a definition of the term at all. Delaume noted:

The term 'investment' is not defined in the Convention. This omission is intentional. To give a comprehensive definition (...) would have been of limited interest since any such definition would have been too broad to serve a useful purpose [or] might have arbitrarily limited the scope of the Convention by making it impossible for the parties to refer to the Centre a dispute which would be considered by the parties as a genuine 'investment' dispute though such dispute would not be one of those included in the definition in the Convention⁽⁸⁾.

This position was also reflected in the Executive Directors' Report:

No attempt was made to define the term 'investment' given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known

⁽⁷⁾ Washington Convention, First Draft, article 30, in ICSID, *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. Part I. Analysis of Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention* (New York: Dobbs Ferry, 1970) at 116.

⁽⁸⁾ DELAUME, G.R., 'Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States', 1966, 1 *Intl Lawyer* 64 at 70.

in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))⁽⁹⁾.

The Washington Convention was designed to be an instrument of universal procedural application, designed to provide a commonly accepted means by which investors and States around the world would have the opportunity to resolve investment disputes through arbitration. However, the treaty was perceived by some commentators to be over-protective of the interests of the host State, in that States were given considerable latitude to regulate such matters as the definition of an investment and the interpretation of the investment treaties to which they adhered. It therefore did not inspire businessmen to make substantial investments in the less-developed world.

Some commentators proposed that, in order to balance the interests of States and investors more evenly, a set of objective criteria should be applied. For example, Schreuer refers to the following core features of investment projects:

- a) an investment project has an extended duration;
- b) it envisages a certain regularity of profit (expectation of return) or

- c) the assumption of some form of risk by both parties;
- d) the project's commitment should be substantial;
- e) the project should have some significance to the host State's development⁽¹⁰⁾.

Although these criteria are rather general, they would have the effect of limiting to some extent the scope of the discretion of host States to interpret their own investment laws as well as the investment treaties to which they have adhered. In fact, these criteria constitute the core of investment definitions in many modern instruments. Notable examples are the latest US Model BIT⁽¹¹⁾, and the third draft of the FTAA⁽¹²⁾.

Modern treaties contain much more elaborate definitions of 'investment', without necessarily making them less obscure. Some thirty years before Schreuer wrote the commentary referred to above, the concept of an 'investment' implied merely bringing capital into, or founding a business enterprise in, the host country. For example, the 1972 International Chamber of Commerce Guidelines for International Investments provided merely that foreign investors should 'establish businesses and investments in the ordinary sense of the word of bringing capital into the host State

⁽⁹⁾ Report of the Executive Directors of the World Bank on the ICSID Convention, 6 August 1964, (1965) 4 I.L.M. 524, <www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB-section05>.

⁽¹⁰⁾ SCHREUER, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) at 140.

⁽¹¹⁾ US Model Bilateral Investment Treaty (2004), <www.state.gov/documents/organization/38710>.

⁽¹²⁾ Free Trade Area of the Americas, 3d draft, 23 November 2003, Chap. XVII <www.ftaa-alca.org/FTAA-Draft03/ChapterXVII_e.asp>.

and having a management role in the business enterprise in which they have a clear stake⁽¹³⁾. At that time assets considered to be investments included real estate, direct property rights, any form of participation in a company, claims to payment or performance, intellectual property, other intangibles, and concession agreements. These somewhat basic examples of investments have been adopted, over the years, in national legislation. For example, the Albanian Law N° 7764 of 2 November 1993⁽¹⁴⁾ defines ‘foreign investment’ as:

Every kind of investment in the territory of the Republic of Albania owned directly or indirectly by a foreign investor, consisting of:

- a) moveable and immoveable, tangible and intangible property and any other property rights;
- b) a company, shares in stock of a company and any form of participation in a company;
- c) loans, claim to money or claim to performance having economic value; (handwritten addition: ‘and related with an investment’)
- d) intellectual property, including literary and artistic works, sound recordings, inventions, industrial designs, semiconductor mask works, know how, trademarks, service marks and trade names; and

- e) any right conferred by law or contract, and any license or permit pursuant to law.

According to Article 1 of the Belarus Investment Code of 22 June 2001:

Investment means any asset including monetary funds, securities, equipment and any results of intellectual activities owned or possessed by the investor, and any property rights contributed by the investor in objects of investment activities in order to gain profit (income) and (or) attain other significant result⁽¹⁵⁾.

Other drafting proposals take a rather different approach. The ‘anti-investment’ definition proposed in the third draft of the FTAA states that:

The term ‘investment’ does not mean real estate or other property, tangible or intangible, not acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes. The term also does not imply stocks or shares (portfolio investment) of companies in one Party acquired for speculative purposes and held for a short-term by nationals of the other party⁽¹⁶⁾.

Thus, modern treaties reflect a more sophisticated approach to identifying the

⁽¹³⁾ ICC Publication N° 272, 1973.

⁽¹⁴⁾ Cited in *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, Decision on Jurisdiction of 24 December 1996, ICSID case ARB/94/2, (1999) 14 ICSID Rev. 159 at 172.

⁽¹⁵⁾ *Инвестиционный кодекс Республики Беларусь Кодекс Республики Беларусь от 22 июня 2001 г. № 37-3 <www.pravo.by/webnpa/text.asp?RN=HK0100037>*.

⁽¹⁶⁾ See *supra* note 12.

scope of protected investments than the treaties concluded twenty or more years ago. Those that have been adopted in the twenty-first century on the basis of the US and OECD models describe 'investment' very broadly. Article 1 of the latest US Model BIT provides that 'investment' means:

Every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- a) an enterprise;
- b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;
- d) futures, options, and other derivatives;
- e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- f) intellectual property rights;
- g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to applicable domestic law; and
- h) other tangible or intangible, movable or immovable property,

and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

The US Model BIT also mentions some illustrative exclusions:

- Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics;
- Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law.
- The term 'investment' does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action⁽¹⁷⁾.

In a commentary of this length it is not practicable to review all of the many BITs that have been negotiated in the present century. However, the examples cited demonstrate that there are many different objectives amongst the drafters, and several different techniques for achieving those objectives. All of these different approaches may be useful in drafting future investment protection instruments; but the more detailed the provisions, the more prone they become to arguments raised by ingenious lawyers. In particular, many existing treaties seem

(17) US Model Bilateral Investment Treaty (2004) at 3 - 4 <www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>.

to be somewhat opaque in their treatment of investments that arise out of a contract or other some other form of legal obligation entered into between a citizen of the host State and a foreigner.

Nevertheless, whatever objectives and techniques are adopted by the drafters, it seems that the scope of the protection conferred by these international instruments remains riddled with ambiguity. For example, where an investor protection provision exists, and when a dispute arises, is it necessary for the claimant to have made an *actual* monetary (or monetary equivalent) investment before that claimant is considered to be an investor? Or is it enough if the claimant can prove that he or she was *ready and willing* to make such an investment but was prevented from doing so by unjustifiable government intervention?

Furthermore, it seems clear that the Executive Directors' 1964 Report contemplated that Article 25(1) of the Washington Convention would confer jurisdiction on an ICSID tribunal only where a claim is founded on legal obligations, not obligations arising from moral, ethical or equitable principles: 'The dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation'⁽¹⁸⁾.

This is an important point of departure for interpreting the Washington Convention, as well as for a proper understanding of the nature of arbitration

as a process. Subject to the scope of the specific arbitration agreement or treaty, an ICSID arbitration may proceed only where the legal rights of an investor are infringed, not merely where a claimant's 'legitimate expectations' are unfulfilled. As things stand, arbitral tribunals may take consideration of legitimate expectations into account only where this can be done within the applicable legal framework.

Unfortunately, it is sometimes difficult for arbitral tribunals to analyse the scope of this limitation in the context of specific scenarios. For example, what do the following phrases imply?

'Investment' means every kind of asset and rights of any nature acquired with resources transferred to the territory of a Party, or reinvested therein [, by investors of another party,] such as [but not limited to] (...) rights conferred by law or contract to carry out economic and commercial activities⁽¹⁹⁾.

'investment' means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation (...) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment (...) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law'⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ *Supra* note 9 at para. 26.

⁽¹⁹⁾ FTAA, see *supra* note 12. Emphasis added.

⁽²⁰⁾ Treaty between USA and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Article 1 <www.sice.oas.org/bits/usaarge1.asp>. Emphasis added.

'investment' means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes (...) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment⁽²¹⁾.

Such provisions are not free from ambiguity. At one level, they appear to establish some legal basis for the protection of those who have not yet contributed 'classic' investment assets into the host country— even though they may have already spent considerable efforts in order to do so in the legitimate expectation that they would earn a fair return. At another level, it is hard to reconcile these provisions with the idea that investor protection should be based on a clear and unjustifiable interference by the host State of a legal right arising under a contract or otherwise.

The authors therefore turn to review the decisions in some twenty-first century investment arbitrations.

3. PUBLISHED AWARDS

The distinction between an 'investment' and trade in goods and services is a key element in the definition of an investment both in commentaries and in the treaties themselves. In particular, the NAFTA establishes separate regimes for

trade and investment activities. These regimes envisage separate dispute resolution procedures, and different levels of substantive protection.

In *Pope & Talbot v. Canada*⁽²²⁾ the claimant was a US corporation engaged in the production and export softwood lumber from Canada to the USA. In order to fulfil its obligations under the Softwood Lumber Agreement ('SLA') entered into between the Canadian and US Governments, Canada had introduced an export control regulation. According to this regulation, exporters of softwood lumber from several Canadian regions obtained export permits and paid special fees.

The Canadian Minister of Foreign Affairs exempted several exporters from paying the full fee amount subject to the quota established in the SLA. *Pope & Talbot* claimed that this practice violated the NAFTA provisions concerning discrimination, fair and equitable treatment, performance requirements and expropriation. Canada asked the Tribunal to dismiss the claim, stating that the export regulation did not relate to investments because softwood lumber fell within the regime established for 'goods' in the NAFTA. However, the Tribunal determined as follows:

There is no provision to the express effect that investment and trade in goods are to be treated as wholly divorced from each other. (...) where a quota allocation system is involved

⁽²¹⁾ Treaty with the Czech and Slovak Federal Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of 22 October, 1991, Article 1, <www.cefta.org/memberstates/czech/czbusiness/czustreaty.htm>. Emphasis added.

⁽²²⁾ *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*; award of 26 January 2000 on Canada's preliminary motion to dismiss; <www.naftalaw.org>.

of the type here under consideration, it necessarily involves that quota be[ing] directly conferred upon or removed from enterprises. It is not a mere linguistic truism to say that such a system directly applies to a particular enterprise, namely each of the relevant softwood lumber producers. (...) It directly affects their ability to trade in the goods they seek to produce, but it can equally be described as the way that the measures applied to the various enterprises affect the total trade in the relevant products. (...) the fact that a measure may primarily be concerned with trade in goods does not necessarily mean that it does not also relate to investment or investors⁽²³⁾.

The dispute in *S.D. Myers, Inc. v. Canada*⁽²⁴⁾ arose out of a Canadian ban on the export of highly toxic polychlorinated biphenyl wastes (PCBs). SDMI was a US corporation located in Tallmadge, Ohio, and one of the leading operators in the business of the disposal of toxic waste products in the USA. The Canadian inventory of PCBs was at the time mainly in storage, and was a source of some continuing embarrassment to its owners. There was only one credible disposal facility in Canada, and that was in Alberta which was several thousand miles from the East Coast⁽²⁵⁾. At the time the Canada/USA border was closed to transit of PCB wastes by reason of US Government regulations, but there was reason to believe that the US ban might be lifted.

Perceiving a potential business opportunity, SDMI created a Canadian corporation (Myers Canada) and embarked on a well-designed business plan to collect PCBs in Canada, undertake some initial processing locally and then transport the highly toxic residue to SDMI's facilities for disposal in the USA, where its processing facilities had spare capacity as a result of the successful disposal of most of the US inventory of PCBs. In due course the US Government lifted its ban on the importation of PCBs, whereupon the Canadian Government immediately imposed an export ban from its own side of the border. SDMI started a NAFTA Chapter 11 arbitration, claiming that it had 'suffered economic harm to its investment through interference with its operations, lost contracts and opportunities in Canada' as a result of the export ban.

The substantive merits of the dispute turned on whether Canada had discriminated against SDMI as a non-Canadian national. But, for present purposes, the relevant aspect is the preliminary issue raised by Canada that SDMI was not an 'investor', because the only money that SDMI had brought into Canada was about US\$ 1 million spent on marketing and preparing for its projected transportation operations. Canada thus asserted that SDMI did not have an 'investment' in Canada. However, the Tribunal determined that SDMI's Canadian associated corporation was an 'enterprise' which, according to Article 1139 of the

⁽²³⁾ *Ibidem* at paras 26 and 33.

⁽²⁴⁾ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, partial award of 13 November 2000 <www.naftalaw.org>.

⁽²⁵⁾ Tallmadge was only a short distance from the Canadian/US border, near to the southern shore of Lake Michigan.

NAFTA, constituted an investment by SDMI in Canada. The arbitral tribunal noted that (a) SDMI and Myers Canada had entered into a joint venture, (b) Myers Canada was effectively a branch of SDMI (not a subsidiary), (c) it had made a loan to Myers Canada, and (perhaps most interestingly in the context) (d) its expenditure on gaining 'market share' in Canada constituted an investment⁽²⁶⁾. The arbitral tribunal also stated that other grounds existed on which SDMI might also have been categorised as an investor.

These particular cases illustrate circumstances in which governments were unsuccessful in asserting that the claimant was not an 'investor'. But the cases do not all point in the same direction.

In *Mihaly v. Sri Lanka*⁽²⁷⁾, the arbitral tribunal examined the issue of when, if at all, the commitment of financial resources in a pre-contract phase could constitute an investment. The claimant, a US corporation, entered into a letter of intent (LoI) with the Government of Sri Lanka. This document created a basis for negotiations for the construction of a power plant in Sri Lanka on a 'built-own-transfer' basis. Under the express provisions of the the LoI the project itself and the contract details were subject to government approval, and did not constitute 'an obligation binding on any party'.

Mihaly incurred substantial expenditure (approximately US\$ 7 million). This pre-contract expenditure was necessarily incurred in order to prepare

financial and technical documentation, undertake technical and commercial studies and, generally, to participate in the tender in a credible manner. In the event, the Government of Sri Lanka refused to sign the construction contract. Mihaly started an ICSID arbitration. The ICSID tribunal determined that there was no 'investment' by Mihaly within the territory of Sri Lanka, stating that:

It is an undoubted feature of modern day commercial activity that huge sums of money may need to be expended in the process of preparing the stage for a final contract. However, the question whether an expenditure constitutes an investment or not is hardly to be governed by whether or not the expenditure is large or small. Ultimately, it is always a matter for the parties to determine at what point in their negotiations they wish to engage the provisions of the Convention by entering into an investment (...) The Respondent clearly signalled, in the various documents which are relied upon by the Claimant, that it was not until the execution of a contract that it was willing to accept that contractual relations had been entered into and that an investment had been made⁽²⁸⁾.

One member of the arbitral tribunal, David Suratgar, in a separate concurring opinion, stated that he had signed the

⁽²⁶⁾ *Supra* note 24 at para. 232.

⁽²⁷⁾ *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*; award of 15 March 2002, ICSID Case ARB/00/2, (2002) 17 ICSID Rev. 142 at 156; (2002) 41 I.L.M. 867 at 875.

⁽²⁸⁾ *Ibidem* at para. 33.

award with reluctance. He noted that the absence of an international forum in which foreign businessmen may remedy such situations might be detrimental for the prospect of future foreign investment. In Mr Suratgar's view, ICSID's 'protection mechanism should be available to those who are encouraged to embark on such expensive exercises' in pre-contract foreign investment projects⁽²⁹⁾.

The result in this case may seem to be inequitable, but businessmen take calculated risks. One commentator stated that '[t]o expand access even further by making a new category of disputes – pre-investment disputes – eligible for ICSID arbitration risks alienating the developing countries and slowing down development of the BIT process'⁽³⁰⁾.

Bribery and corruption preventing foreign investments are not the same things as objective economic calamities which sometimes cause economic and political stress in less-developed countries. In *CMS v. Argentina*⁽³¹⁾, the dispute was provoked by a serious economic and financial crisis which occurred in the late 1990s in Argentina. CMS was an entity incorporated in the USA. It filed a claim against Argentina with regard to the alleged suspension by the government of a tariff adjustment formula for gas transportation applicable to an Argentine incorporated company (TGN) in which CMS had investment (approximately 30 per cent).

In its efforts to cope with the crisis, Argentina enacted various regulations that later led to inflation as well as the adoption of additional financial and administrative measures. CMS claimed that those measures affected its business adversely and breached the guarantees that protected its investment in TGN. Argentina argued that CMS was a minority and non-controlling shareholder and was therefore not entitled to recourse to investor-State arbitration under the relevant BIT. In its Decision on Objections to Jurisdiction, the Tribunal determined that CMS could pursue a claim for damages for its investment in TGN, because this was a cause of action that was separate from TGN's rights as an Argentinian party. Nevertheless, the Tribunal noted:

29. (...) treaties cannot entirely isolate foreign investments from the general economic situation of a country. They do provide for standards of fair and equitable treatment, non-discrimination, guarantees in respect of exportation and other matters, but they cannot prevent a country from pursuing its own economic choices. These choices are not under the Centre's jurisdiction and ICSID tribunals cannot pass judgment on whether such policies are right or wrong. Judgment can only be made in respect of whether the rights of investors have been violated.

⁽²⁹⁾ Individual Concurring Opinion by Mr. SURATGAR, David, (2002) 17 ICSID Rev. 161 at 165; HORNICK, R.N., 'The *Mihaly* Arbitration Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction' 2003 20 J. Int. Arb. 189 at 191.

⁽³⁰⁾ *Ibidem* at 193.

⁽³¹⁾ *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, Decision on Objections to Jurisdiction of 17 July 2003, ICSID Case ARB/01/8, (2004) 22 ASA Bulletin 72.

(...)

33. (...) the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts⁽³²⁾.

This Tribunal's finding is reasonable. It respects the sovereign right of States independently to conduct national policy as well as the right of investors to protection under existing multilateral and bilateral instruments.

Much has been written about the extraordinary story of the privatised Czech television broadcasting industry, which resulted in several arbitrations initiated by the business interests of a US investor. The full, and complex, story is not repeated here. But the 'twin' arbitrations *Lauder v. Czech Republic* and *CME v. Czech*

Republic⁽³³⁾ deserve mention because strikingly different results emerged from claims arising from a single set of broadly uncontested facts.

Central European Television 21 (CET 21) was a Czech company that in 1993 obtained a broadcasting licence for a period of twelve years from the relevant Czech authority. During the process of obtaining the license, CET 21 worked closely with a German corporation, Central European Development Corporation GmbH (CEDC), which was substantially owned by the interests of a US citizen, Mr Lauder. CET 21 rapidly became a popular TV channel in the Czech Republic and gained more than 50 per cent of the local TV market.

The Czech Media Council originally approved CEDC's direct investment in CET 21, but later in 1993 it required the companies to establish a joint venture in order to operate the licence. Thus, CNTS was founded. CEDC was to contribute 75 per cent of the share capital of CNTS. In return CEDC received a 66 per cent ownership interest. CET 21 contributed 'the right to use the Licence "unconditionally, unequivocally and on an exclusive basis"'⁽³⁴⁾ in return for 12 per cent. Under the terms of CET 21's licence, the Memorandum of Association of CNTS and the Investment Agreement between

⁽³²⁾ *Ibidem*

⁽³³⁾ *Lauder v. Czech Republic*, award of 3 September 2001 <<http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>>; *CME v. Czech Republic*, partial award of 13 September 2001 <<http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>>; 'Lauder v. Czech Republic; CME v. Czech Republic; Panels in London and Stockholm reach Opposite Results in Treaty Arbitration on Media Investment – Summary by Bianca Bezdek' (2002) 20 *ASA Bulletin* 249; C.N. Brower, C.H. Brower, II & J.K. Sharpe, 'The Coming Crisis in the Global Adjudication System' (2003) 19 *Arbitration International* 415.

⁽³⁴⁾ *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Partial Award of 13 September 2001, para. 12, <ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>.

CET 21 and CEDC became an integral part of the licence.

In January 1996, the Czech Broadcasting Act was amended. It entitled licence holders to request a waiver of all licence conditions that were unrelated to programming. CET 21 asked for a waiver of Condition 17. Later the same year, the Czech Media Council started administrative proceedings against CNTS in order to determine whether it was broadcasting without appropriate authorisation. As a result, the shareholders of CNTS agreed to replace CET 21's contribution of the exclusive use of the licence with the exclusive use of the *know-how* of the licence. CET 21 and CNTS then concluded a service agreement which defined CET 21 as the licence holder and operator of TV NOVA. According to that agreement, the licence was neither transferable nor required a contribution from CET 21 to CNTS. These changes satisfied the Czech Media Council and the administrative proceedings were abandoned. In 1997, CME, a Dutch company in which Mr Lauder was the principal shareholder, acquired 99 per cent of CNTS. About a year later CET 21 began to purchase programming from sources other than CNTS without CME's consent.

As a result, in 1999, Mr Lauder initiated arbitral proceedings in London against the Czech Republic pursuant to the 1991 Czech-US BIT. He claimed that the Czech Republic had an obligation to provide fair and equitable treatment to foreign investors, as well as the obligation to provide full protection and security to foreign investments. Six months later, in

2000, CME started an arbitration against the Czech Republic in Stockholm under the 1991 Czech-Netherlands BIT, claiming that the Czech Media Council was responsible for the fall in the value of the CNTS shares. Mr Lauder sought compensation of US\$ 500 million.

The London Tribunal rejected Mr Lauder's claim that the Czech Republic had violated its obligations under the Czech-US BIT⁽³⁵⁾. It recognized that the Czech Republic could be held responsible for the discriminatory and arbitrary measures imposed by the Czech Media Council in requiring CNTS to be established when it had already approved CEDC's direct investment in CET 21. However, the Tribunal rejected the claim that the Czech Media Council's actions constituted an expropriation or any other breach of international law. It noted that the Czech Government was not obliged to protect foreign investments from possible loss of value. In order to obtain compensation, Mr Lauder had the burden of proving that the discriminatory conduct for which the Czech Republic was responsible was in fact the proximate cause of the drop in the value of the CNTS shares. The tribunal determined that Mr Lauder had not discharged this burden of proof.

By contrast, the Stockholm Tribunal in *CME v. Czech Republic* held, by a majority, that the Czech Republic had violated its treaty obligations in all respects, as claimed by CME. It found that the Czech Republic was responsible for the harm caused to CME even if this was not the sole cause of the damage sustained

⁽³⁵⁾ See *supra* note 21.

by the investor. The fact that the nefarious actions of CET 21 were the primary cause of the damage to CNTS did not absolve the Czech Republic from responsibility for action that was apparently politically motivated. A substantial award was made against the Czech Republic.

Commentators have expressed widely divergent opinions on the relative merits of the two awards, and the present authors do wish to not add to that debate. The interesting aspect in the present context is whether 'forum shopping' of the kind employed in this saga is an abuse of process, or an abuse of right. It is a difficult question to answer. At one level it may be stated that where potential claims are created by a number of different BITs and/or contractual obligations, a claimant has an inherent right to pursue all of them, at least up to a point that has been described as the 'fork in the road'. At another, broader level this can hardly be considered to be in the medium-to-long term interest of foreign investment in the world's poorest countries. A new, and more restrictive, approach to the definition of an 'investment' might solve the problem; but, equally, it might deter commercial investors from entering 'risky' countries.

The extraordinary *Himpurna v. PLN* case can hardly be ignored in the context of the abuse of rights even if it was not strictly an 'investment dispute' in the sense of being founded on a BIT or other international treaty.⁽³⁶⁾ In this case, a US

claimant had entered into contracts, including an Energy Sales Contract (the ESC), with the Indonesian State electricity corporation PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara (PLN) to explore and develop geothermal resources in Indonesia. These contracts provided for the construction of a power plant by the US corporation and the sale of the electricity produced to PLN. In 1997 an economic crisis struck South East Asia and PLN failed to purchase the electricity produced by the plant.

Himpurna started an arbitration under the dispute resolution provisions in the ESC, seeking an award of US\$ 2.3 billion. The Tribunal found that PLN had breached the contract in a number of respects, including wrongful purported termination of the ESC, failure to issue standby letters of credit and/or pay invoices, and preventing Himpurna from finishing the construction of some additional units.

The tribunal awarded damages for wasted costs and lost profits, but only to the extent of about 10 per cent of the sums claimed, stating as follows:

318. (...) it strikes the Arbitral Tribunal as unacceptable to assess lost profits as though the claimant had an unfettered right to create ever-increasing losses for the State of Indonesia (and its people) by generating energy without any regard to whether or not PLN had any use

⁽³⁶⁾ *Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara*, Final Award of 4 May 1999, (1999) 14:12 *Mealey's International Arbitration Report* A-1-A-58. The case became famous for the alleged 'kidnapping' of a member of the tribunal. This remarkable story is recounted in the *Himpurna California Energy Ltd. v. Republic of Indonesia*, interim award of 26 September 1999 and final award of 16 October 1999, respectively (2000) 15:1 *Mealey's International Arbitration Report* B-1-B-38 and (2000) 15:2 *Mealey's International Arbitration Report* A-1-A-20.

for it. Even if such a right may be said to derive from explicit contractual terms, the Arbitral Tribunal cannot fail to be struck by the fact that the claimant is seeking to turn the ESC into an astonishing bargain in circumstances when performance of the Contract would be ruinous to the respondent. (A US\$ 2.3 billion return including the unpaid invoices would represent a 630% profit on a US\$ 315 million investment.) What troubles the arbitral tribunal is less the level of profitability in and of itself than its contrast with the losses facing PLN. To extract the full benefit of the hard terms of the ESC with respect to investments not yet made, in a situation where that benefit will clearly exacerbate the already great losses of the cocontractant, strikes the Arbitral Tribunal as likely to constitute an abuse of right inconsistent with the duty of good faith which is fundamental to the Indonesian law of obligations.

(...)

343. To seek to apply the ESC so as to permit the claimant to reap pure profit by reference to hypothetical future initiatives in pursuit of an agreement which has become an instrument of oppression would be like stepping on the shoulders of a drowning man. The arbitral tribunal finds

that it would be insufferable, and therefore an abuse of right⁽³⁷⁾.

The Himpurna tribunal had limited room for manoeuvre because of the classic ‘take-or-pay’ provision in the contract. The object of such a provision is to ensure that a concessionaire— or, to use modern terminology, exclusive licensee —is given a reasonable opportunity to recover a fair return on his or her initial and continuing capital investments. But it may be assumed that the drafters of such contracts did not foresee that an investment return would be conferred in respect of an investment that would never be made. As the Himpurna tribunal recognised, this is an entirely different proposition from compensating an expropriated investor for non-recovery of an investment that has actually been made, including an appropriate return.

4. CONCLUSIONS

It is not easy to draw definitive conclusions from published arbitral awards, other than that many of the complaints concerning the apparent inconsistencies between the decisions of different arbitral tribunals are oversimplistic. Much depends on the specific provisions of the relevant international treaty⁽³⁸⁾ that provides the cause of action. Furthermore, most of the cases reviewed are notably fact-specific, which makes it difficult to draw general conclusions of


⁽³⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽³⁸⁾ e.g. Article 25(1) of the Washington Convention; Article 1139 of the NAFTA; Article 1 of the Agreement among the Government of Brunei Darussalam, Republic of Indonesia, Malaysia, Republic of the Philippines, Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, signed 15 December 1987 (‘ASEAN Investment Agreement’); Article 1 of the US Model BIT, and the provisions mentioned *supra* notes 20 and 21.

principle. Nevertheless, in general it seems unfair to criticise the system of international arbitration, or the decisions of individual arbitral tribunals in fact-specific cases, where the cause of action was based on the provisions of a specific BIT or contract.

It does appear that some expropriated or disrupted investors have obtained awards of monetary damages, based on a denial of expected future profits over long periods, that seem to be disproportionate in relation to the money or effort expended by the investor concerned. Whether or not the innovative solution adopted by the Himpurna tribunal provides a model that will be followed by future tribunals remains to be seen. However, few impartial observers are likely to favour the present scenario, in which the application of BIT investment definitions and contractual 'take-or-pay' provisions can lead to obvious examples of unjust enrichment or windfalls that fall outside

the legitimate expectations of both parties at the time the transaction was made.

At the time of writing it seems that some governments, disillusioned by arbitral awards against them under the investor protection provisions of international treaties, have been considering the option of eliminating provisions conferring direct rights of action on private investors. If implemented, this would presumably involve reverting to the traditional government-to-government processes, under which the private investor must first take the complaint to his or her own government, which will pursue it through diplomatic channels. It would be unfortunate if this were to happen, because it would certainly discourage private investment into the world's poorest countries. Indeed, it might even destroy the best source of hope that the world may find ways to feed its population adequately in the second half of the twenty-first century. 

LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y SU INTERPRETACIÓN

Por: FERNANDO AGUILAR (*)

¿Qué pasa cuando insertamos una cláusula de arbitraje en un contrato?, ¿cómo ha de interpretarse la cláusula o convenio arbitral?

Trataremos de dar respuesta a ambos interrogantes aunque es claro que la jurisprudencia en materia de arbitraje internacional tiene todavía muchos temas que no se han asentado en fallos uniformes, y son objeto de polémica.

Para comenzar propongo partir, como ejemplo, de la cláusula tipo del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que en castellano dice:

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno

o más [tres] árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

Sabemos que es una cláusula arbitral porque tiene los elementos esenciales que podemos enumerar: (i) una clara descripción de cuáles son los conflictos sometidos a arbitraje, (ii) el acatamiento a la decisión del árbitro que deriva de ese adverbio ‘definitivamente’ y por ello resulta esencial, (iii) la designación correcta de la institución (confieso que alguna vez me han hecho reír los abogados con designaciones insólitas de instituciones inexistentes, que dejan el pacto de arbitraje pendiente de un hilo que se corta en cualquier momento), (iv) el número de árbitros, pero allí agrego que debemos expresar si será uno o serán tres, y finalmente (v) el procedimiento de elección de dichos árbitros establecido en forma muy clara.

Con estos cinco elementos tenemos un arbitraje factible, pero podemos agregar

(*) Socio de Marval, O'Farrell & Mairal. Director de Procedimientos del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC). Director del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT).

algunos elementos más si lo consideramos necesario, tales como: (vi) el idioma, (vii) la sede, (viii) la nacionalidad de los árbitros, (ix) alguna regla sobre el modo de soportar las costas, y (x) si es un contrato internacional, la elección del derecho aplicable al fondo del asunto.

Insertado un texto similar en un contrato podemos detectar varios efectos. Vamos a pasar revista someramente a los principales y luego referiremos a las tendencias en cuanto a las posibles directivas de interpretación en el caso de cláusulas oscuras o incompletas o cuya vigencia, validez, o alcance se encuentra controvertida por una de las partes. Veremos que la cláusula o convenio de arbitraje tiene *notas tipificantes* que la hace distinta a cualquier otra cláusula contractual.

En el presente trabajo analizaremos una cláusula arbitral válida, es decir, partimos de un supuesto en el que las cuestiones de capacidad, forma, consentimiento, y validez legal del pacto que delega la jurisdicción de los tribunales competentes a favor de un tribunal arbitral se encuentran resueltas a favor de la validez de la cláusula o convenio de arbitraje, o no han sido cuestionadas por una de las partes.

1. El acuerdo de arbitraje es una convención de contenido procesal y por ello despierta tanta confusión. Las partes que pactan un acuerdo arbitral delegan válidamente la jurisdicción que la ley establece para un juez a favor de un juez privado e independiente llamado árbitro.

Normalmente los contratos y las cláusulas contractuales generan derechos y obligaciones de contenido patrimonial, al punto que algún autor consideraba hace unos años que si el acuerdo carecía de contenido patrimonial no pertenecía a la

categoría de los contratos y debía considerárselo un acto jurídico distinto. En este caso, el objeto de la cláusula es una acción, en el sentido procesal, que culmina en una sentencia llamada laudo, con efectos iguales a cualquier sentencia judicial, básicamente constituye “*cosa juzgada*” respecto de la controversia sometida a arbitraje.

Es decir, el objeto de todo contrato es crear derechos y obligaciones de contenido patrimonial, generalmente recíprocos, que alcanzan a las partes que manifestaron su consentimiento de alguno de los modos que el derecho acepta. En cambio, y aquí va la primer particularidad, la cláusula arbitral, si bien es una convención privada (en el arbitraje comercial, se entiende) tiene por objeto una delegación de jurisdicción a favor de un juez privado, que dictará un laudo. Este laudo tiene para el derecho el efecto de ser sentencia final para las partes, pero también, para los jueces que deben ordenar su ejecución como lo harían con una sentencia emanada de un juez, o de sí mismos. Es decir, el objeto de la cláusula arbitral es de contenido procesal, y no genera ni extingue obligaciones de contenido patrimonial *per se*. El acuerdo sobre la distribución de los costos del procedimiento arbitral y la obligación implícita de pagar honorarios al árbitro son meramente incidentales, y no hacen a la esencia de lo pactado.

El Código Civil de Argentina (artículo 850) reconoce a una transacción el efecto de cosa juzgada válida exclusivamente para las partes, pero si es alcanzado fuera de la órbita de un tribunal no tendrá el efecto de ser ejecutable tal como una sentencia. En cambio, los códigos procesales reconocen al laudo su calidad de ser ejecutable como una verdadera

sentencia, y sin necesidad de homologación por un tribunal. Por ello se considera que el árbitro es un juez, y hay quien exagera el parecido y lo considera un funcionario en ejercicio, provisorio o temporal, pero un funcionario público, con las responsabilidades que se derivan de esta función. Pero creo que dos partes privadas no pueden ungir un funcionario público. Este sí que sería un efecto rarísimo para un acuerdo entre partes privadas.

2. En cuanto a los efectos en el tiempo, salta a la vista que la cláusula arbitral se extiende más allá de la rescisión del contrato que la contiene. Este es un efecto sorprendente. Terminado el contrato, se extinguen todos los derechos emanados del mismo salvo el derecho a solucionar ante un árbitro las diferencias surgidas entre las partes con motivo de dicha terminación, incluyendo los perjuicios sufridos luego de la rescisión pero que guardan relación con el contrato. Esta sobrevivencia inercial ha sido y es cuestionada cada tanto, y los tribunales han sostenido su vigencia. Se argumenta que lo accesorio sigue la suerte del principal, y que extinguido el contrato ninguna de sus partes mantiene fuerza vinculante, sin embargo la cláusula sobrevive y conserva su fuerza vinculante aún extinguido el contrato.

Pero la rareza de la cláusula es aún más notable si se considera que la cláusula arbitral será aplicada a los hechos ocurridos antes de la firma del contrato que la contiene. Es decir, claramente, efectos retroactivos. También en este caso, naturalmente, se trata de la solución de discrepancias surgidas durante la negociación del contrato y que guarden estrecha relación con él.

Vemos entonces que existe una separación o una independencia de la

cláusula respecto de la existencia del contrato que la contiene, ya que su poder vinculante se extiende, es decir obliga a las partes aún cuando su discrepancia se origine en hechos anteriores a su existencia o posteriores a su rescisión, siempre que se trate de litigios que guarden relación o que emerjan del contrato que lleva inserta la cláusula arbitral.

3. En cuanto a las personas sujetas a la obligación de comparecer al arbitraje, el principio tan severo y estricto en cuanto a que los terceros son inmunes al contrato, conocido como *res inter alios acta*, respecto del arbitraje sufre severas excepciones, ya que puede ingresar al arbitraje una persona, en especial una sociedad, que no es la firmante de la cláusula si se dan ciertas condiciones, como la de pertenecer al mismo grupo que la controlante firmante, o si se trata de relaciones que supusieron la existencia del arbitraje entre personas estrechamente relacionadas entre sí.

Ahora, si nuestro asombro admite aún otra sorpresa, debemos mencionar que la cláusula ha sido aplicada a otro contrato distinto del contrato que la contiene. Caso típico es el de los subcontratistas en grandes obras, que pueden demandar al dueño de la obra directamente, o el caso de contratos entramados con el contrato que la contiene, o cuando el contrato envía a las partes mediante una referencia, a la cláusula contenida en otro contrato.

Es decir, tenemos el caso de un contrato que no contiene la cláusula pero que incluye por referencia a otro contrato que sí la contiene, y entonces también aplica al primero. Por lo demás, es frecuente en el tráfico internacional que no exista un único omnicompreensivo contrato sino que un proyecto se estructura dentro de una

constelación de contratos que valen únicamente por su relación con los restantes contratos. En tal caso es posible que la cláusula no se encuentre pactada en todos ellos y sin embargo los árbitros aceptarán su jurisdicción.

Recapitulando, los efectos de la cláusula se extienden en el tiempo, antes y después del contrato, se extienden a las personas relacionadas con el contrato que no lo han firmado, se extienden a otros contratos relacionados con el contrato que la contiene, y allí no se detiene esta cláusula tan curiosa.

4. El pacto de arbitraje también regirá las relaciones jurídicas no originadas en el contrato sino en la ley, con tal que la responsabilidad nacida de la ley o extracontractual sobre la que se basa el conflicto guarde suficiente relación con las prestaciones y las conductas de las partes debidas bajo el contrato. En tal sentido, la indemnización de daños y perjuicios nacida de una responsabilidad legal puede reclamarse mediante arbitraje, si el hecho causante del daño guarda relación con las prestaciones cumplidas o prometidas por las partes bajo el contrato.

5. En cuanto a la ley aplicable a la cláusula, se acepta que podría ser distinta que la ley aplicable al contrato. Supongamos un contrato internacional, en el que las partes han elegido el derecho aplicable a las obligaciones y derechos recíprocos emergentes del contrato, es decir al fondo. Digamos un peruano y un venezolano que convienen que su contrato será regido conforme a la Ley de Nueva York y firman su contrato en Punta del Este, Uruguay. Si una de las partes cuestiona la validez de su cláusula arbitral, diciendo por ejemplo, que no es admisible el arbitraje para solucionar la controversia bajo

la ley elegida por las partes para juzgar sus prestaciones bajo el contrato (Convención de Nueva York, artículo V), los árbitros pueden entender que la cláusula debe regirse por la ley del lugar en el que las partes celebraron su acuerdo, es decir, por la ley uruguaya. E incluso por los principios generales del derecho internacional o *lex mercatoria*. Pero también la arbitralidad se juzga conforme la ley del lugar de ejecución (Convención de Nueva York). Allí nos encontramos con otra manifestación de la independencia o separación de la cláusula de arbitraje, en tanto la ley elegida por las partes para regir sus obligaciones bajo el contrato puede no ser la misma que rige la validez o ejecutabilidad de la cláusula arbitral.

Se discute si cuando es demandada la nulidad de todo el contrato, ello implica que son los jueces que deben juzgarla en tanto, si el contrato es nulo, no existe acuerdo de arbitraje, y si un árbitro declara la nulidad del contrato, estaría automáticamente despojando su propio laudo de todo efecto jurídico. Sin embargo, por extraño que parezca, se ha resuelto, e inclusive el último Código Procesal de nuestra provincia de Río Negro así lo tiene incorporado, que es el árbitro quién debe declarar la nulidad del contrato. Los franceses, cuyo espíritu racionalista no se puede negar, solucionaron este dilema lógico afirmando que la cláusula vive y tiene efectos aún cuando proviene de un contrato nulo. El límite, sin embargo será la existencia del consentimiento. Si existe claramente un vicio de consentimiento, y ello podemos dar fe, es un supuesto más que excepcional, casi puramente hipotético, porque normalmente los directores que firman un contrato saben lo que hacen, recién entonces se rendiría el árbitro a la necesidad de que un juez intervenga

en el asunto. Así lo dice, por ejemplo el Reglamento de la CCI, si la Corte rechaza el caso a sus comienzos.

Y ello porque, si existe un límite férreo al arbitraje, que no se puede quebrar, es el que las partes deben prestar su consentimiento para optar por esta vía procesal privada con preferencia sobre los jueces estatales. Sin embargo, ese consentimiento podría ser tácito si la parte actora afirma la existencia de la cláusula y la parte demandada contesta demanda sin decir nada al respecto. Ahora, no debemos ser ingenuos, la posibilidad de que un tribunal arbitral o que la Corte de la CCI resuelva que no tiene jurisdicción, no digo que sea imposible, pero es bastante rara si el contrato contiene algún texto que se asemeje a una cláusula arbitral.

6. En la materia puramente procesal, la cláusula habilita la excepción de incompetencia que podría oponerse ante un juez. En realidad, el juez no bien reconoce la existencia de una cláusula arbitral en el contrato que origina la discrepancia sometida a juicio debe *sua sponte* declararse incompetente y mandar las partes al arbitraje porque ello es lo establecido en la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, muchos jueces prefieren conceder el traslado de la demanda, y es recién al contestar la misma que el demandado puede aceptar la jurisdicción del juez u oponer mediante excepción la vigencia de la cláusula arbitral. Solamente en caso de afirmación de la cláusula es que el juez remitirá a las partes al arbitraje. Dicho esto es del caso señalar que, con frecuencia, la parte actora inicia el arbitraje y es la demandada la que se opone al progreso del mismo en sede arbitral o corre a iniciar algún tipo de acción ante el juez estatal para tratar de contrarrestar el progreso del arbitraje. Frecuentemente nos encontra-

mos con el caso inverso, la demandante inicia demanda en sede judicial y es la demandada la que opone la excepción de cláusula arbitral.

La coexistencia de juicio arbitral con el juicio estatal no sería grave si fuera breve, pero sucede que los códigos de procedimientos cuentan con un mecanismo bastante complejo cuando se trata de decidir la radicación de un pleito ante un juez, en especial si son dos jueces los que reclaman competencia, y como las apelaciones son procedentes, el asunto de la dilucidación de la competencia puede llevar bastante tiempo y hasta llegar en tercera instancia hasta la Corte Suprema. Es pues un tema muy grave para el arbitraje éste de si debe permanecer suspendido hasta que el largo camino de la determinación del juez competente llega a su fin. Por ello es que en algunos países se establece específicamente que el procedimiento de arbitraje puede continuar mientras se llega a un resultado final en sede judicial. Pero también se establece la regla de suspensión del proceso arbitral, y en mi experiencia los árbitros no se encuentran inclinados llegado el caso, a continuar con un arbitraje que puede resultar inútil y costoso para las partes y sin efecto alguno. Por otro lado, sería muy fácil destruir el arbitraje iniciando una demanda ante tribunales con el mero objeto de bloquear el progreso del mismo hasta que la cuestión de la competencia quede definitivamente resuelta en sede judicial.

Estamos pues en la zona de frontera de deslinde entre árbitros y jueces, y hoy podemos decir que, al menos en Latinoamérica, es una frontera caliente y repleta de decisiones contradictorias.

Por ejemplo, habrán notado que la Ley Modelo UNCITRAL autoriza a llevar

ante el juez la decisión del tribunal arbitral en cuanto a su competencia en el caso que el Tribunal arbitral afirme su competencia. A la inversa, el Reglamento CCI autoriza el requerimiento ante el juez estatal cuando la Corte se declara incompetente. En realidad, creo que es mejor el sistema de la CCI, porque no permite la coexistencia de dos procedimientos que, en cambio, resulta posible bajo la Ley Modelo.

7. Y llegado a este punto pasamos a comentar la interpretación de la cláusula arbitral. ¿Quién debe ser el intérprete? En principio pueden serlo el árbitro o el juez, ya que la impugnación de la existencia, validez, vigencia, o alcance de la cláusula puede ser reclamada, por una de las partes ante el tribunal que hubiera sido competente de no mediar cláusula arbitral, o puede ser opuesta por la demandada dentro del arbitraje. Ante los tribunales existen tres oportunidades típicas en las que un juez puede ser llamado a interpretar la cláusula. En primer lugar si una parte inicia demanda ante el tribunal argumentando la nulidad de la cláusula arbitral, y; en segundo lugar, la demandada en sede judicial puede oponer la excepción de incompetencia cuando recibe el traslado de la demanda. En tercer lugar, al final, cuando el laudo pretende ser ejecutado judicialmente, y la parte condenada hace esos planteos ante el juez de la ejecución. Finalmente existe una cuarta oportunidad, que podría combinarse con las restantes tres si una parte comparece ante un tribunal judicial solicitando una medida cautelar y la otra parte impugna la cláusula de arbitraje.

Existe una polémica internacional entre los partidarios de la interpretación restrictiva y los fanáticos de la interpretación amplia o extensiva.

En Argentina, existe una enorme cantidad de jurisprudencia judicial que afirma dos cosas, en primer lugar, que la cláusula de arbitraje es *una renuncia* al derecho de acudir ante los tribunales, y por consiguiente, observando el principio general de interpretación restricta de la renuncia de derechos, debe ser interpretada restrictivamente. La segunda apoyatura lógica es aquella que establece que *la excepción a una regla general* debe ser interpretada restrictivamente, y siendo la regla general el derecho que todos los ciudadanos tienen de acudir a la justicia, la cláusula arbitral por ser excepcional debe ser interpretada restrictivamente.

Estos dos argumentos, el de la excepción a la regla general, y el de la renuncia de derechos, son sencillamente falsos, dogmáticos y desprovistos de sustancia lógica. Veremos por qué decimos esto, y nos situamos en pugna con reiterada y numerosos fallos que desde hace muchos años sentencian exactamente lo contrario.

En primer lugar, la cláusula arbitral no implica renuncia a derecho alguno. Esto debe quedar claro. No implica renuncia a un derecho sustancial o creditorio porque su objeto es estructurar un procedimiento de solución de diferencias patrimoniales pero, en sí no es una transacción, ni es renuncia a crédito alguno. Ahora, los jueces se refieren al principio general de acceso a la justicia. Esto es un despropósito, porque nadie puede renunciar a acudir a la justicia en abstracto y en general, porque si lo hace, sería una convención violatoria de la Constitución Nacional, del orden público y de defensa en juicio. Estaríamos fuera del ámbito de los derechos que pueden ser sometidos a arbitraje.

Todos los sistemas jurídicos nacionales, sin excepciones, admiten que exista

algún control de los jueces sobre la obra de los árbitros. Ello se hace generalmente por lo menos en dos oportunidades, según vimos, ante los jueces de la sede del arbitraje, si se trata de la acción de nulidad, y ante el juez de la ejecución del laudo, en caso que resulte impugne la validez del laudo o la arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje. De modo que el efecto de cláusula arbitral, si bien consiste en la delegación de la jurisdicción a favor de un juez privado, no restringe a los magistrados las atribuciones que por ley le corresponden cuando media una cláusula arbitral.

Ahora los jueces también concluyen que por ser el arbitraje excepcional, en el sentido de que son numéricamente menos que las demandas presentadas cada año en tribunales, debe la cláusula ser interpretada en forma estricta. Esta premisa tampoco tiene lógica, o al menos su lógica es débil. En primer lugar en materia de contratos internacionales el arbitraje es la regla y de manera alguna puede considerarse una excepción. Ello se repite en múltiples campos contractuales, por ejemplo en todos aquellos contratos concertados dentro del ámbito de bolsas y mercados regulados.

En segundo lugar, el hecho de que los arbitrajes sean menos que las demandas comunes no justifica en manera alguna atarle las manos a los árbitros e impedirles decidir en materias accesorias no comprendidas expresamente en la discrepancia sometida a arbitraje pero que deben ser resueltas necesariamente para que el laudo sea eficaz.

Encuentro que aún cuando pueda afirmarse que el arbitraje continúa siendo excepcional, ello no autorizaría a prescindir de otros principios a mi juicio más

esenciales como el de la necesidad de honrar los contratos, el principio de ausencia de contradicción con los actos propios, y el principio de buena fe que debe regir la interpretación de las convenciones.

En definitiva los sistemas jurídicos contemporáneos hoy ofrecen a las partes una opción con dos términos para exigir el cumplimiento forzado de un contrato. Ya sea la vía arbitral o la vía judicial. Sin embargo, los procedimientos judiciales normales frecuentemente ofrecen opciones de distintas vías procesales a las partes, y el hecho de que una parte opte por una de las vías posibles en manera alguna significa que verá sus derechos recortados o interpretados restrictivamente. Entonces no se ve por qué ello se sostiene respecto del arbitraje.

Decimos que el arbitraje no es una renuncia de derechos, sino que es el ejercicio del derecho a una opción ofrecida por las leyes procesales. Tampoco es excepcional en grandes campos del derecho de los contratos, pero aún si se considerase que son pocos, esta estadística no debería servir para justificar que se restrinjan los derechos de las partes al arbitraje y menos aún las facultades de los árbitros.


8. Para finalizar cabe hacer una observación, los tratadistas clásicos que analizaron con lupa hasta los mínimos detalles de los contratos, en sus grandes obras no incluyeron al contrato de arbitraje. Tal vez guiados por la doctrina francesa como Ripert y Boulanger eludieron el tema diciendo que el pacto de compromiso (como se lo llamaba antiguamente) pertenece al derecho procesal. Pero si vamos a los procesalistas más encumbrados, aquellos que escribieron varios tomos, nos encontramos que tampoco analizan la cláusula arbitral. Existe una

razón metodológica. Los procesalistas comentan los códigos de procedimientos. Y resulta que no existen reglas en los códigos procesales referidas a la cláusula arbitral. Los códigos parten como lo hice yo hoy, del supuesto de la existencia de una cláusula arbitral válida y vinculante, y entonces establecen reglas para el procedimiento de arbitraje.

Sin embargo, existen algunas obras aisladas que estudian la cláusula arbitral o la convención de arbitraje como una unidad, y recientemente bajo la dirección de Eduardo Silva Romero ha salido un libro “*El contrato de arbitraje*”, que por fin enfoca el acuerdo como otro contrato típico.

Ello autoriza a utilizar las directivas propias a los contratos para interpretar el acuerdo arbitral. En particular las reglas referidas a la verdadera voluntad de las partes, a la buena fe, a la interpretación *contra proferentem*, a la interpretación a favor de la validez, a la ausencia de contradicción con los actos propios, son todas aplicables.

Pero existe una directiva que no resulta aplicable, y es el famoso *favor debitoris*. La regla que favorece la liberación del deudor es inaplicable porque ambas partes tienen simultáneamente el derecho y la obligación de dirimir sus controversias bajo arbitraje. Ambas son deudoras y acreedoras al arbitraje.

Finalmente, existe un principio de congruencia intranormativa que debe ser respetado. Si los estados han adherido a la Convención de N York de 1958, pertenecen a las Naciones Unidas cuya comisión UNCITRAL ha recomendado la conveniencia del arbitraje, son parte en convenios multilaterales o bilaterales que incluyen el arbitraje, no cabe sostener que las personas tienen más y mejores derechos cuando son partes en una relación jurídica internacional, que cuando son partes en una relación puramente doméstica. En ambos casos el derecho al arbitraje tiene categoría de garantía constitucional. 

LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL: OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO

Por: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La forma. 2.1. Antecedentes. 2.2. La *ratio legis*. 3. La forma del acuerdo arbitral. 3.1. La Convención de Nueva York. 3.2. La Ley Modelo de la UNCITRAL. 4. Problemas derivados de los requisitos de forma del acuerdo arbitral. 5. Pasos que se han tomado. 5.1. Pasos internacionales. 5.2. Pasos nacionales. 6. El nuevo paradigma. 6.1. Nuevo concepto de "por escrito". 6.2. Firma. a. Consentimiento expreso. b. Consentimiento tácito. c. Convalidación. d. Formación. 6.3. Las implicaciones jurídicas. 7. Efectos en la ejecución del laudo arbitral. 7.1. Los requisitos de forma aplican a la ejecución del acuerdo, no del laudo, arbitral. 7.2. La validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecución del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable. 7.3. La disposición de derecho más favorable. 8. Conclusión y recomendación.

1. INTRODUCCIÓN

Los dos instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional (la Convención de Nueva York⁽¹⁾ y la Ley Modelo de la UNCITRAL

sobre arbitraje comercial internacional⁽²⁾) establecen como requisito de validez del acuerdo arbitral que conste por escrito y que esté firmado por las partes. Lo mismo ocurre con derecho arbitral mexicano⁽³⁾.

(*) Socio de González de Cossío Abogados, S.C., México. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Mercantil y Competencia Económica) Universidad Iberoamericana.

(1) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958. Ratificada por México el 14 abril de 1971 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971 (la Convención de Nueva York).

(2) Elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law* ¼ "UNCITRAL") adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985 y adoptada por México el 22 de julio de 1993 (la "Ley Modelo").

(3) Artículo 1423 del Código de Comercio.

Es decir, hoy por hoy, el acuerdo arbitral es un acto formal. Todo parece indicar que dejará de serlo.

En fechas recientes la UNCITRAL elaboró un texto que modifica el requisito formal del acuerdo arbitral. En este estudio se comentará dicho desarrollo y se sugerirá una respuesta al legislador mexicano. Para ello, se realizará una pequeña digresión teórica e histórica sobre la forma (II), para luego analizar la forma del acuerdo arbitral (III), poniendo en relieve los problemas que la misma ha generado (IV), analizando las soluciones que se han considerado (V), para comentar el nuevo régimen (VI), sus efectos en la ejecución del laudo arbitral (VII), para finalizar con un comentario conclusivo y una recomendación (VIII).

2. LA FORMA

2.1. Antecedentes

La “forma” es la manera en que la voluntad debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados. Todo negocio jurídico está basado en la voluntad de su autor. Para que dicha voluntad tenga efectos legales debe ser manifestada de alguna manera específica, misma que depende del acto jurídico deseado. Es decir, no basta con que el sujeto quiera internamente alcanzar un fin para que pueda jurídicamente obtenerse; debe de externar su voluntad de cierta manera para que sea conocida objetivamente. Entendido lo anterior, la forma es el aspecto objetivo o externo de la voluntad del autor del negocio jurídico, lo cual lo

distingue de la fase subjetiva e interna del acto volitivo.

Desde una perspectiva filosófica, la *forma* es el *continente* y la voluntad el *contenido*.

En la historia de la institución de la forma puede observarse una (gradual) transición del formalismo al consensualismo. En sus orígenes romanos los actos jurídicos tendían a ser formalistas. Dichos formalismos han, paulatina pero asiduamente, tendido hacia su reducción. Como resultado, hoy por hoy nuestros códigos adoptan como regla general la del consensualismo⁽⁴⁾.

El paradigma actual es que la forma es un elemento *accidental* del negocio jurídico, lo cual lo distingue del paradigma antiguo: en derecho romano la forma era un elemento *esencial* en tanto que se identificaba con el negocio jurídico mismo.

Como el lector recordará, en derecho romano, para la validez de la mayoría de los actos jurídicos, tenía que seguirse un ritual, en ausencia del cual el acto era inexistente. Los únicos actos exceptuados de este régimen, y para cuya validez el consentimiento sin ritual era suficiente, eran los “contratos de buena fe”, bajo cuya categoría caían la compraventa, el arrendamiento, el mandato y la sociedad (y que eran *numerus clausus*). Fuera de ellos, la regla general era contraria: la voluntad tenía que ser manifestada de una manera determinada. La forma no se consideraba un accidente del acto; *era* el acto mismo. El negocio se identificaba con su rito.

⁽⁴⁾ Artículo 1832 del Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 78 del Código de Comercio.

El caso típico era la *stipulatio*, pues era el negocio más utilizado para crear obligaciones entre las partes.

Aunque la aproximación se relajó en el medioevo, se estableció una distinción entre “pactos desnudos” (*nuda pacta*) y “pactos vestidos” (*pacta vestita*). Los primeros creaban obligaciones naturales⁽⁵⁾, mientras que los segundos obligaciones jurídicamente exigibles⁽⁶⁾.

Es cierto que la práctica comercial⁽⁷⁾ y canónica⁽⁸⁾ era diversa, pero no contradice la regla general anteriormente descrita del *ius commune*.

2.2. La *ratio legis*

La forma es una norma protectora: dependiendo de la naturaleza e importancia del acto jurídico en cuestión se exigirá más forma. Y el motivo es evidente: procurar que la trascendencia del acto jurídico que está en vías de celebrarse sea correctamente evaluada. Ello con miras a evitar que una persona se vea sorprendida al haber accidentalmente celebrado un acto jurídico que en verdad escapaba su voluntad.

Como anuncia el título de esta monografía, la corriente expansionista del consensualismo ha ganado terreno nuevo: el acuerdo arbitral.

3. LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

Hoy en día, la forma del acuerdo arbitral involucra, como regla general, un doble requisito: (i) que sea por escrito; y (ii) firmado por las partes. Dicho requisito proviene tanto de derecho arbitral nacional⁽⁹⁾ como internacional⁽¹⁰⁾. Vale la pena comentar el antecedente de cada uno.

3.1. La Convención de Nueva York

El primer origen del derecho actual constituye el artículo II(2) de la Convención de Nueva York. Los redactores de dicho instrumento analizaron la posibilidad de que el acuerdo arbitral fuera consensual. Sin embargo, se optó por incluir un ingrediente de formalidad.

Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York revelan que existieron dos motivos detrás de dicha decisión⁽¹¹⁾: (a) asegurarse que las partes estén conscientes de estar consintiendo al arbitraje; y (b) definir qué constituye un acuerdo por escrito.

Si bien no existe mucho análisis o comentario sobre porqué se optó por darle cierta formalidad al acuerdo arbitral (pues el foco de atención fue reemplazar las divergencias legislativas estatales sobre dicho requisito por una regla de

⁽⁵⁾ La regla era *nuda pactio obligationem non parit*.

⁽⁶⁾ Título 14, libro segundo del Digesto.

⁽⁷⁾ La práctica mercantil medieval (la *lex mercatoria*) consideraba válidos y eficaces todos los pactos, aunque carecieran de forma.

⁽⁸⁾ El derecho canónico consideró como pecado cualquier falta a la palabra dada. El declarante no podía excusar su cumplimiento arguyendo que no estaba realizada solemnemente.

⁽⁹⁾ Artículo 1423 del Código de Comercio.

⁽¹⁰⁾ Par 1 y 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. Artículo 7 de la Ley Modelo.

⁽¹¹⁾ UN DOC E/CONF.26/SR.22.

derecho uniforme⁽¹²⁾) me atrevo a concluir que el (poco debatido) motivo fue cerciorarse que la consecuencia no fuera inadvertidamente impuesta a una de las partes contratantes: la renuncia al derecho de acudir a tribunales estatales para ventilar la controversia⁽¹³⁾.

3.2. La Ley Modelo de la UNCITRAL

La Ley Modelo recoge los mismos requisitos. El motivo fue asegurar congruencia con la Convención de Nueva York ya que la mayoría de las legislaciones arbitrales estatales exigían dicho nivel de formalidad⁽¹⁴⁾. A su vez, y al igual que la Convención de Nueva York, se buscó establecer como derecho uniforme los requisitos de forma del acuerdo arbitral entre los diversos países, eliminando requisitos más formales⁽¹⁵⁾. El artículo 7 de la Ley Modelo se convirtió en el artículo 1423 del Código de Comercio.

4. PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS REQUISITOS DE FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

En un principio, la necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito buscaba lograr un objetivo que es *per*

se intachable: que la renuncia a la justicia estatal que del mismo resulta tenga un elemento de formalidad. Ello para lograr dos fines: que la parte que la realiza esté consciente del paso jurídico que está tomando, y evitar que se determine la existencia de dicha renuncia en casos en los que no es la intención de las partes realizarla.

Dicha *ratio legis*, si bien no ha perdido validez, ha perdido actualidad. Hoy en día existen prácticas que, dada la forma con la que se realizan, no dejan una constancia que reúne los requisitos en cuestión, no obstante que la intención de las partes sí es contar con el arbitraje como el mecanismo de solución de controversias aplicable.

Dicho de otra manera, la realidad ha rebasado el derecho. Por consiguiente, era hora de actualizarlo.

Como ejemplos de las circunstancias a las que se alude pueden citarse los siguientes:

- Los acuerdos celebrados por medios electrónicos⁽¹⁶⁾;
- Los intercambios de cartas y telegramas;

(12) VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 173.

(13) Lo que la doctrina francesa conoce como una de las consecuencias negativas del acuerdo arbitral.

(14) HOLTZMANN, Howard M. / NEUHAUS, Joseph E., *A Guide To The Uncitral Model Law On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Instituut, p. 260.

(15) Como podían ser requerir que el acuerdo arbitral constará en escritura pública o que debiera registrarse.

(16) Aunque en tiempos recientes esta problemática se ha abordado mediante la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre firmas electrónicas. Las legislaciones que hayan adoptado dichos instrumentos habrán resuelto la problemática apuntada mediante el principio de equivalencia funcional entre los documentos por escrito y los documentos incluidos en Mensajes de Datos (es decir, comunicaciones por medios electrónicos). México adoptó porciones de estas leyes modelo (publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2003) por lo que, de conformidad con los artículos 89bis, 93 y 96 del Código de Comercio, la incógnita ha sido solucionada para México.

- Las prácticas en las que, habiendo un acuerdo, no consta por escrito y firmado.

Dichos ejemplos *genéricos* pueden detallarse mediante hipótesis *específicas*. Por ejemplo, cuando la oferta para contratar es realizada mediante un contrato que contiene una cláusula arbitral y, si bien no es firmada por el destinatario, el contrato es cumplido. Otro ejemplo frecuente es el caso en el que una operación es documentada en una serie de contratos que, conteniendo acuerdos arbitrales, son firmados por las partes, pero uno de ellos

no se firma (sea por causas contemporáneas o porque surge de eventos posteriores) y es el que contempla la obligación cuyo incumplimiento motiva la reclamación que se desea someter al arbitraje. Aún otro ejemplo es el del certificado de embarque emitido por un porteador, que no es firmado por el cargador, y que el mismo contiene un acuerdo arbitral.

Como puede observarse, dichas situaciones no cumplirían *ad littera* la prueba de ácido de validez del acuerdo arbitral⁽¹⁷⁾. Pero no son las únicas. La UNCTRAL ha detectado aún más⁽¹⁸⁾.

(17) Estos escenarios ponen en relieve lo que se conoce doctrinalmente como el "otro lado de la moneda del principio de separabilidad del acuerdo arbitral": es porque el acuerdo arbitral es independiente del contrato principal que, de no reunir los requisitos de forma, será inválido –aún si el contrato principal sí es válido bajo los requisitos de forma de su derecho aplicable–.

(18) Las siguientes:

- A contract containing an arbitration clause is formed by one party sending written terms to the other, which performs its bargain under the contract without returning or making any other "exchange" in writing in relation to the terms of the contract;
- A contract containing an arbitration clause is formed on the basis of the contract text proposed by one party, which is not explicitly accepted in writing by the other party, but the other party refers in writing to that contract in subsequent correspondence, invoice or letter of credit by mentioning, for example, its date or contract number;
- A contract is concluded through a broker who issues the text evidencing what the parties have agreed upon, including the arbitration clause, without there being any direct written communications between the parties;
- Reference in an oral agreement to a written set of terms, which may be in standard form, that contain an arbitration agreement;
- Bills of lading which incorporate the terms of the underlying charterparty by reference;
- A series of contracts entered into between the same parties in a course of dealing, where previous contracts have included valid arbitration agreements but the contract in question has not been evidenced by a signed writing or there has been no exchange of writings for the contract;
- The original contract contains a validly concluded arbitration clause, but there is no arbitration clause in an addendum to the contract, an extension of the contract, a contract novation or a settlement agreement relating to the contract (such a "further" contract may have been concluded orally or in writing);
- A bill of lading containing an arbitration clause that is not signed by the shipper or the subsequent holder;
- Third party rights and obligations under arbitration agreements in contracts which bestow benefits on third party beneficiaries or stipulation in favour of a third party (*stipulation pour autrui*);
- Third party rights and obligations under arbitration agreements following the assignment or novation of the underlying contract to the third party;
- Third party rights and obligations under arbitration agreements where the third party exercises subrogated rights;

Y la preocupación no es nueva. Ya desde 1981 el Dr. Albert Jan Van Den Berg se preguntaba si dichos requisitos de forma eran congruentes con las prácticas más actuales del comercio internacional⁽¹⁹⁾.

La jurisprudencia ha ido salvando problemas que lo anterior ha presentado mediante interpretaciones flexibles; sin embargo, no siempre en forma favorable. El resultado de ello es incertidumbre.

Y aunque pudiera ponerse en tela de juicio la seriedad de la preocupación dada la proporción de ocasiones en que las prácticas anteriormente aludidas generan el resultado indeseado, existe una circunstancia que pone en manifiesto lo anacrónico del requisito: se exigen más requisitos de forma para la determinación de existencia del acuerdo arbitral que para los aspectos medulares de la mayoría de los actos jurídicos que la contienen. Por ejemplo, es jurídicamente posible realizar un contrato por millones de dólares, pero si se desea que cualquier problema que surja del mismo se arbitre, tendrán que seguirse formalidades adicionales.

Esto no podía ser buen derecho.

5. PASOS QUE SE HAN TOMADO

5.1. Pasos internacionales

La UNCITRAL encomendó la solución del problema a un grupo de trabajo.

Entre las alternativas que se analizaron figuraron las siguientes:

- *Modificación de la Ley Modelo:* Modificar el artículo 7 de la Ley Modelo para, *inter alia*, contemplar la posibilidad de que el acuerdo arbitral se materialice tanto por medios electrónicos, como verbalmente.
- *Declaración interpretativa de la Convención de Nueva York:* Realizar un instrumento interpretativo del artículo II de la Convención de Nueva York que abarque las hipótesis deseadas.
- *Protocolo a la Convención de Nueva York:* Elaborar un protocolo a la Convención de Nueva York que amplíe el radio de aplicación de la Convención de Nueva York a las situaciones deseadas.

Las propuestas mencionadas generaron críticas que pueden resumirse en:

- *Modificación de la Ley Modelo:* el texto actual ha sido objeto de debate, y es dudoso que pueda introducirse un cambio tan fundamental sin revisar por completo el artículo 35 de la Ley Modelo.
- *Declaración interpretativa de la Convención de Nueva York:* genera dos problemas: (i) dado que la

(l) Rights and obligations under arbitration agreements where interests in contracts are asserted by successors to parties, following the merger or demerger of companies, so that the corporate entity is no longer the same;

(m) Where a claimant seeks to initiate an arbitration against an entity not originally party to the arbitration agreement, or where an entity not originally party to the arbitration agreement seeks to rely on it to initiate an arbitration, for example, by relying on the "group of companies" theory."

⁽¹⁹⁾ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 229.

interpretación no es vinculatoria, es dudoso que tuviera algún efecto práctico; y (ii) dicha “interpretación” era más una “modificación” ya que rebasa el texto en el que se fundamenta.

- *Protocolo de la Convención de Nueva York*: Una preocupación consiste en el impacto que la realización de un protocolo puede tener en un instrumento que lleva más de 40 años de éxito. Además, podría generar discordancia interpretativa al invitarse un escenario en que existieran dos grupos de Estados: los que han aceptado únicamente la Convención de Nueva York y los que se han adherido al protocolo.

5.2. Pasos nacionales

Ante la problemática descrita, algunos Estados han optado por modificar su derecho interno para reducir los requisitos de forma del acuerdo arbitral⁽²⁰⁾, o interpretar relajadamente los mismos⁽²¹⁾. Dado que se trata de jurisdicciones importantes en materia de arbitraje, era conveniente aprender la lección que el derecho comparado arroja: era hora de reevaluar lo apropiado del *statu quo* legal.

6. EL NUEVO PARADIGMA

El paradigma descrito ha cambiado. Al 19 de julio de 2005 la UNCITRAL contemplaba el siguiente como el nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL (el “Nuevo Texto”)⁽²²⁾:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

- 1) *El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.*
- 2) *El acuerdo de arbitraje deberá constar en un escrito. Por “escrito” se entenderá cualquier forma de texto, que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos, que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro*

⁽²⁰⁾ Por ejemplo, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de “por escrito” al no establecer ninguna exigencia formal del acuerdo arbitral.

⁽²¹⁾ Por ejemplo, en Inglaterra, “por escrito” abarca acuerdos orales, (ver, *Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal, 1986, 2 Lloyd’s Rep. 225, seguido por *Abdullah M. Fahem v. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen’s Bench Reports [1997] 2 Lloyd’s Rep, 738, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1998, p. 789.

⁽²²⁾ Documento A/CN.9/WG.II/WP.136. El texto anterior es el resultado de tres años de debates en la UNCITRAL. Desde 2000, la UNCITRAL creó un grupo de trabajo con la finalidad de examinar tres temas que se consideró que tenían que revisarse en cuanto a su regulación en la Ley Modelo, uno de los cuales fue los requisitos de forma del acuerdo arbitral. Las posturas que en respuesta a ello se generaron fueron múltiples; y oscilaron desde consensualistas hasta formalistas. En forma interesante, el 15 de febrero de 2005 México propuso que, en lugar de reglamentar en forma adicional los registros formales del acuerdo arbitral, simplemente se liberara el registro de forma. Es cierto que el texto aquí contemplado no es el final. La versión final será aprobada en 2006.

modo sea accesible para su ulterior consulta.

- 3) *Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser; entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.*
- 4) *Además, un acuerdo de arbitraje figurará por escrito cuando conste en él un intercambio de escritos de demanda y de contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.*
- 5) *A fin de disipar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria*

constituirá un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la referencia implique que la cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han celebrado verbalmente, de forma deducible de los actos o por medios que no sean escritos. En tal caso, el escrito que contenga la cláusula compromisoria constituirá el acuerdo del arbitraje a los efectos del artículo 35”⁽²³⁾.

Si bien cada párrafo de la definición es rico en cuanto a su contenido jurídico, es el segundo el relevante para efectos de este comentario.

Como primera aproximación, podría pensarse que se continúa con el requisito de forma pues establece que el acuerdo arbitral debe ser por escrito. Sin embargo,

⁽²³⁾ La versión en inglés es:

“Article 7. Definition and form of the arbitration agreement

- (1) ‘Arbitration agreement’ is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.
- (2) The arbitration agreement shall be in writing. ‘Writing’ means any form, including, without limitation, a data message, that provides a record of the arbitration agreement or is otherwise accessible so as to be useable for subsequent reference.
- (3) ‘Data message’ means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.
- (4) Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.
- (5) For the avoidance of doubt, the reference in a contract or a separate arbitration agreement to a writing containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract or the separate arbitration agreement, notwithstanding that the contract or the separate arbitration agreement has been concluded orally, by conduct or by other means not in writing. In such a case, the writing containing the arbitration clause constitutes the arbitration agreement for the purposes of article 35.”

la sutileza radica en la definición de “por escrito”: cualquier forma que establezca un registro del acuerdo arbitral o que sea accesible para ser utilizado como futura referencia.

El resultado de la nueva definición de “por escrito” es claro: el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento ni tiene que estar firmado por las partes. La abolición de dichos requisitos tiene implicaciones que vale la pena abordar en forma separada.

6.1. Nuevo concepto de “por escrito”

La definición no puede ser más amplia. Abarca todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el derecho civil)⁽²⁴⁾. Es decir, para efectos de la forma del acuerdo arbitral, existe una regla especial de obligaciones que se aparta de su contenido bajo el *ius commune*.

6.2. Firma

El nuevo texto modifica expresamente una regla sobre firma del derecho de las obligaciones.

La regla general del derecho civil es que cuando se exija la forma escrita en un contrato, los documentos correspondientes deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa

obligación⁽²⁵⁾. El nuevo texto establece que ello no tiene que tener lugar. Tan sólo tiene que existir un registro del acuerdo arbitral.

La abolición del requisito de firma tiene implicaciones importantes. Quiere decir que, en lo sucesivo, la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rubrica⁽²⁶⁾, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades. Dicho giro implica que la atención ya no se concentrará en *existencia*, sino en *esencia*⁽²⁷⁾. No se trata de un juego semántico, la diferencia es real. El contrato *es* consentimiento. El consentimiento no es *un* requisito, sino *el* requisito esencial. Luego entonces, es más apropiado basar el análisis sobre la existencia de consentimiento que sobre la existencia de una forma. Es cierto que tradicionalmente es el segundo la forma de constatar la existencia del primero. Sin embargo, el requerimiento de un paso externo verificable es una manera de determinar si existe el prerequisite interno e importante (la voluntad). Pero ceñirse a que conste en papel y cuente con un rasgo escrito en tinta por el puño y letra del (posible) obligado es innecesariamente restrictivo. Después de todo, el derecho de las obligaciones cuenta con otras formas de cerciorarse que exista el deseo de quedar jurídicamente vinculado. A continuación se tratarán algunas.

⁽²⁴⁾ Artículo 1834 del Código Civil Federal.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶⁾ Se recordará que no existe una definición de “firma”, aunque el Código Civil la mencione (artículo 1834). La Ley del Notariado del Distrito Federal hace alusión a la firma y a la rúbrica, mas no las define ni diferencia. No obstante ello, puede entenderse por “firma” algún rasgo escrito en puño y letra del autor del negocio jurídico, y por “rúbrica” media firma.

⁽²⁷⁾ Requerir el consentimiento como elemento de existencia de un acto jurídico (artículos 1794 y 2224 del Código Civil) equivale a equiparar la esencia con la existencia.

a. Consentimiento expreso

El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos⁽²⁸⁾.

En relación con la manifestación verbal, no obstante que diversos actos jurídicos podrían ser existentes y válidos como resultado de una manifestación verbal de consentimiento, si incluían un acuerdo arbitral, éste carecería de validez aunque fuera realizada ante diversos testigos (¡inclusive fedatarios!)(²⁹).

También puede ser manifestado el consentimiento por signos inequívocos. No sería difícil pensar en operaciones diversas cuya anuencia es expresada, sea por razones prácticas, o simplemente por que así tuvo lugar, mediante un signo o conducta que resulta claro a la contraparte. De nuevo, bajo el régimen anterior, si el acto jurídico contenía un acuerdo arbitral, éste carecería de validez. Gracias al nuevo régimen, desaparece esta incongruencia.

b. Consentimiento tácito

El consentimiento tácito es aquél que resulta de hechos o actos que presupongan o que autoricen a presumirlo⁽³⁰⁾. Exis-

ten diversas operaciones que, ya sea por razones prácticas o lógicas, se viven y cumplen sin que las partes celebren formalmente un contrato por escrito y con sus firmas. De contener un acuerdo arbitral, el mismo sería inexistente. El nuevo texto le dará vida al mismo.

c. Convalidación

Un acto jurídico viciado de nulidad relativa como sería el caso de una falta de existencia de requisitos de forma - puede ser convalidado mediante el cumplimiento voluntario del mismo, novación "o por cualquier otro modo"⁽³¹⁾. Lo mismo sucede con el acuerdo arbitral. Si las partes –sin firmar un contrato que contenga un acuerdo arbitral– se avocan a cumplirlo, ello haría las veces de una convalidación del mismo, incluyendo la cláusula arbitral. Y argumentar, surgida la controversia, que las partes cumplieron selectivamente las obligaciones de dicho contrato sin desear verse vinculados por el acuerdo arbitral no sólo sería un argumento débil, sino contrario al deber de cumplir las obligaciones de buena fe⁽³²⁾, y el deber a no actuar inconsistentemente en detrimento de una contraparte⁽³³⁾.

(28) Artículo 1803 del Código Civil.

(29) De nuevo, como resultado del "otro lado de la moneda del principio de separabilidad del acuerdo arbitral".

(30) Artículo 1803 del Código Civil.

(31) Artículo 2234 del Código Civil, que establece "El cumplimiento voluntario por medio de pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad." (énfasis añadido)

(32) Artículo 1796 del Código Civil.

(33) Lo que en otras jurisdicciones se conoce como "estoppel" (también conocido como la teoría de la congruencia). Dicha teoría sostiene, en esencia, que una parte no puede beneficiarse de sus propias contradicciones y en detrimento de su contraparte. Tomando prestadas las palabras de un caso antiguo y famoso (*Cave v. Mills* (1862) (7H&N 913, p. 927): las exigencias de la buena fe prohíben a una parte "soplar frío por un lado y caliente por otro"; afirmar por un lado y negar por otro. Podría argumentarse que dicha teoría no tiene cabida en nuestro sistema jurídico. Contestaría que casos importantes han cimentado la existencia de dicho deber en el precepto que establece que los contratos deben cumplirse de buena fe (equivalente a nuestro artículo 1796 del Código Civil). El caso que tengo en mente es *Amco v. Indonesia* (*Amco Asia*

Es cierto que ésta hipótesis parte de la premisa que existe un acto pero que está viciado de *nulidad*, no de falta de *consentimiento*, lo cual conllevaría a una inexistencia. Aun así considero aplicable el razonamiento anterior. ¿Qué mejor consentimiento que cumplir con las obligaciones, o ejercer los derechos, del acto que se arguye inválido? ¿Acaso no dice más un hecho que mil palabras? Y por si se considerara insuficiente, podría argumentarse que se trata de un caso de consentimiento tácito mediante actos que lo presuponen⁽³⁴⁾.

d. Formación

Forma no es formación. Mientras que la primera se refiere a los requisitos que debe cumplir la voluntad para generar un acto jurídico existente y válido, la segunda se refiere al régimen jurídico sobre el momento en que existe un acuerdo de voluntades⁽³⁵⁾.

Puede suceder que una oferta sea seguida de una aceptación⁽³⁶⁾, o puede suceder que no se acepte lisa y llanamente⁽³⁷⁾, o que se ejerza el derecho de retracto⁽³⁸⁾, por medios electrónicos⁽³⁹⁾, o que tratándose de un contrato entre ausentes tenga que determinarse si el consentimiento se perfeccionó⁽⁴⁰⁾.

6.3. Las implicaciones jurídicas

Como puede verse, en su esencia, la modificación implica transformar un requisito *in validitatis* en un requisito *ad probationem*.

La determinación de la existencia de un acuerdo arbitral será el resultado de analizar lo que al respecto establece el cuerpo legal idóneo para realizar dicha determinación: el derecho de las obligaciones⁽⁴¹⁾ que sea aplicable⁽⁴²⁾; y no sólo una determinación formalista consistente

Corporation, Pan American Development Limited and P.T. Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, (ICSID ARB/81/01). Laudo sobre competencia del 25 de Septiembre de 1983.

(34) Conforme al artículo 1803 del Código Civil.

(35) Sea que se trate de un contrato entre presentes, entre ausentes, la concordancia o discordancia entre la oferta y la aceptación, el ejercicio del derecho de retractación, el consentimiento expreso o tácito, la existencia de vicios del consentimiento y sus (variantes) consecuencias.

(36) Artículo 1810 del Código Civil.

(37) En cuyo caso habrá contraoferta.

(38) Es decir, una forma de frustración del consentimiento consistente en que quien lleve a cabo la oferta la retire, siempre que no esté obligado a sostenerla. Ello es más factible entre ausentes pues entre presentes se requiere que la aceptación sea inmediata (artículo 1805 del Código Civil) a menos que se haya fijado plazo (artículo 1804 del Código Civil). Al no existir un concepto de "inmediato", existe cierto margen de discreción judicial o arbitral.

(39) Artículo 1811 del Código Civil, según reforma del 25 de mayo de 2000.

(40) Es decir, si el oferente se informó de la aceptación (artículo 1807 del Código Civil y 80 del Código de Comercio).

(41) O el derecho contractual, dependiendo de la tradición jurídica de la jurisdicción en cuestión.

(42) El tema del derecho aplicable al acuerdo arbitral es un tema relativamente complejo que no será abordado en este contexto. Sólo se resumirá la regla conflictual aplicable; misma que es doble: (i) la autonomía de la voluntad; y (ii) el derecho de la sede del procedimiento arbitral (artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(I)(a) y 1462(I)(a) del Código de Comercio). En caso de desear abundar al respecto, puede acudir a GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, D.F., 2004, Capítulo III.

en verificar si existe un documento firmado. El fin prevalecerá sobre el método: saber si existe consentimiento.

Manejar la exigencia formal como un elemento de convicción (de prueba) en vez de un elemento de existencia o validez⁽⁴³⁾ del mismo, no sólo parece más técnicamente adecuado, sino más acorde con la realidad. Y el efecto se verá de inmediato: se abarcarán prácticas comerciales nacionales e internacionales que de otra manera se verían desplazadas por un requisito legal que no es acorde con las mismas.

7. EFECTOS EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El impacto que el nuevo texto tiene sobre la ejecución del laudo merece especial atención.

Es posible interpretar que la modificación implique que el laudo basado en un acuerdo arbitral que no consta por escrito no es ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que dicho instrumento requiere que el acuerdo conste por escrito para ser ejecutable⁽⁴⁴⁾.

Dicha postura sería equivocada por tres motivos: (a) los requisitos de forma

contemplados en la Convención de Nueva York aplican al deber de la judicatura de remitir a las partes al arbitraje, no a la validez o ejecutabilidad del laudo; (b) la determinación de validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecutabilidad del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable; y (c) en caso de duda sobre la validez, la disposición de derecho más favorable de la Convención de Nueva York salvaría la ejecutabilidad del laudo.

A continuación se explicarán.

7.1. Los requisitos de forma aplican a la ejecución del acuerdo, no del laudo, arbitral

El artículo II de la Convención de Nueva York establece:

“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 hayan 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.

⁽⁴³⁾ Existe margen de discusión para considerarlo como un requisito de existencia, puesto que el resultado jurídico, en la forma en que está contemplado en la Ley Modelo, parece ser la inexistencia, no sólo invalidez, del acuerdo arbitral. Considero que, si se tuviera que encajonar en la teoría de las nulidades en la forma en que están contempladas en el Código Civil (algo en sí cuestionable pues se trata de normas generales que pueden ser modificadas por una *lex specialis*, como el derecho arbitral) se trataría de una nulidad *relativa* (o, más propiamente, anulabilidad, pues coincide con la categorización de PLANIOL) puesto que: (a) produce efectos mientras no sea declarada; (b) es convalidable (algo imposible en la inexistencia y la nulidad absoluta); y (c) en mi opinión, no obstante la falta de claridad provocada por el artículo 2227 del Código Civil, la única nulidad absoluta es aquella que se presenta cuando se está en presencia de una ilicitud en el objeto motivo o fin del acto (artículos 1794 III y 2225 del Código Civil). La discusión parece más teórica que práctica, y así parece ser la tendencia de nuestros tribunales (ver tesis de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Nulidad e Inexistencia. Sus diferencias son meramente teóricas.” (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985, Cuarta Parte, 3ª Sala, tesis 197, p. 590) aunque confiere “Actos Inexistentes” (Amparo Civil Directo 3466/31, 27 de mayo de 1933) en donde la Corte describe (y acepta) la inexistencia.

⁽⁴⁴⁾ Artículo II(1) de la Convención de Nueva York.

2. *La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*
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”.*

El artículo II de la Convención de Nueva York regula la ejecución del *acuerdo*, no del *laudo*, arbitral. Para ello, se ha establecido, como requisito de derecho uniforme, que los jueces estatales ante los cuales se someta una controversia amparada por un acuerdo arbitral *remitan* a las partes al arbitraje.

No se abordará la forma en que dicho deber es implementado⁽⁴⁵⁾. Lo relevante para este análisis es entender que el propósito del artículo II no es establecer el régimen *general* de validez del acuerdo arbitral sino enunciar los requisitos que deben cumplirse para que se detone la obligación de un juez nacional de dejar de conocer de un caso que está amparado por un acuerdo arbitral.

Ello no quiere decir que los requisitos bajo el artículo II sean *ipso iure* aplicables a la causal de no ejecución contemplada en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, como a continuación se explicará.

7.2. La validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecución del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable

En su artículo V la Convención de Nueva York regula un tema distinto al artículo II. Mientras que el artículo II regula la ejecución del *acuerdo* arbitral, el artículo V regula la ejecución de un *laudo* arbitral. Son dos universos distintos, que buscan objetivos diferentes, mediante mecánicas legales diversas.

Es cierto que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York establece que la carencia de un acuerdo arbitral válido es una causal de no reconocimiento/ejecución. Sin embargo, la validez del acuerdo arbitral bajo el artículo V(1)(a) no está determinada por los requisitos del artículo II(2) de la Convención de Nueva York, sino por el derecho arbitral aplicable. Ello se deriva del diseño de la causal misma, que establece:

“1. (...) a. Que (...) el acuerdo [arbitral] ...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; (...)”.

El cuerpo legal aplicable para determinar la validez del acuerdo arbitral a efecto de analizar la causal de no reconocimiento no es la Convención misma, sino la *lex arbitri* aplicable al acuerdo arbitral. Y dicho derecho se determina en base a una norma conflictual doble: la que las partes hayan designado (autonomía de la

(45) Para ello, véase GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, cit., pp. 145-152.

voluntad), o, en ausencia de pacto expreso, la sede del arbitraje⁽⁴⁶⁾.

Por consiguiente, si el derecho arbitral aplicable ha adoptado el nuevo texto, la validez del acuerdo arbitral no dependerá de que haya sido manifestado por escrito y firmado, sino que exista registro. Como puede verse, el nuevo texto engranaría bien en el diseño de la Convención de Nueva York.

Y el escéptico encontrará aun otro pilar argumentativo en la disposición de derecho más favorable, que a continuación se tratará.

7.3. La disposición de derecho más favorable

El artículo VII de la Convención de Nueva York establece:

“1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiere tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

La porción resaltada, que la jerga arbitral internacional ha bautizado como “la disposición de derecho más favorable” (“*most favorable right provision*”), busca

que la Convención de Nueva York sea, en cuanto al régimen de ejecución del laudo se refiere, una “ley de mínimos”; es decir, un piso que sirva de cimiento sobre el cual las legislaciones estatales puedan construir legislación arbitral más liberal, con la finalidad de que el laudo siga siendo ejecutable y bajo el régimen de la Convención de Nueva York.

En la medida en que una legislación arbitral nacional recoja el nuevo texto, el laudo que como resultado de ello se emita seguiría siendo ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que (utilizando las palabras de la Convención de Nueva York) es una ‘*sentencia arbitral que hace valer forma y medidas admitidas por la legislación que se invoca*’. (Sería un laudo que se basa en derecho local que da efectos a un acuerdo arbitral que no consta por escrito.)

La disposición de derecho más favorable busca fomentar la ejecución de los laudos arbitrales en el mayor número de casos posible, y en la forma más amplia posible. En su esencia, implica que, en la interrelación entre la Convención de Nueva York y derecho local, se dará prioridad al derecho que sea más favorable al régimen de ejecución del laudo.

Entendido lo anterior, el verdadero impacto de aplicar la disposición de derecho más favorable a un laudo originado en un acuerdo arbitral válido bajo el Nuevo Texto no es dispositivo, sino que sirve como argumento *a minori ad majus*: servirá para persuadir a quien no ha completamente comprendido la —es de admitirse, no fácil— mecánica de la Convención de Nueva York.

⁽⁴⁶⁾ Pues el laudo se tiene por dictado en la sede (artículo 1448 del Código de Comercio).

8. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN


En el desarrollo de las ciencias lo único constante es el cambio. Esta aseveración, que podría calificarse de axioma, es también aplicable a la ciencia jurídica. De lo contrario, se convierte en instrumento de anacronismo.

La relajación de los requisitos de forma del acuerdo arbitral actualizará dicho régimen a las prácticas comerciales modernas y, lo que es más, hará que las consecuencias legales de un acto sean más congruentes con la auténtica intención de las partes, dándole más eficacia al arbitraje.

Como corolario de lo mencionado, de adoptarse la reforma de la UNCITRAL como derecho nacional se hará aplicable a la materia arbitral el viejo principio jurídico contractual: *pacta quantuncunque nuda servanda sunt* (cualquier pacto, incluso los que carecen de forma, deben ser cumplidos), más comúnmente conocido como *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse).

Es recomendable que México adopte como derecho nacional el nuevo texto. Al realizarlo, es aconsejable que solo se modifique el artículo 1423 y se resista la tentación de “retocar” otros preceptos. El motivo de lo anterior es que el derecho

arbitral mexicano es bueno y funciona. Y como dice el viejo adagio: *if it is not broke, do not fix it*.

Una digresión parece procedente. Al conocimiento de este autor, es la primera vez en la historia que un instrumento internacional de esta naturaleza es modificado a nivel internacional con la expectativa de que las jurisdicciones que lo adoptaron originalmente adopten dicha modificación⁽⁴⁷⁾. Es de esperarse que tanto México como el resto de los países que adoptaron al Ley Modelo como *lex arbitri* copien (sí, ¡copien!) el texto sugerido, sin cambio alguno, como el nuevo texto relevante nacional. Sería una victoria de los internacionalistas y todos aquellos quienes ven al derecho internacional (o trasnacional, según la nomenclatura preferida) como una estrella polar que debe guiar el derecho nacional. Y la confianza en el organismo es procedente. Después de todo, el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL está conformado por reconocidos especialistas en la materia que dicho sea de paso han invertido innumerables horas en el texto aprobado. La comunidad internacional está en deuda con ellos. Lo mínimo que puede hacer es adoptar el texto en el que, tan desinteresadamente, tanto sacrificaron, con el sólo afán del progreso del derecho. 

(47) Podría argumentarse que no es la primera vez, que las revisiones a la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 son un antecedente (las revisiones que han tenido lugar son las de Bruselas en 1900, Washington en 1911, La Haya en 1925, Londres en 1934, Lisboa en 1958, Estocolmo en 1967 y la última de 1979). A su vez, los protocolos a los tratados para evitar la doble tributación e impedir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta son otro. Disentiría. Considero que no son esfuerzos comparables. Estos últimos son el resultado de negociaciones entre los Estados Parte. En cambio, la modificación de la UNCITRAL proviene de un órgano totalmente independiente. Tiene más semejanza con un órgano legislativo internacional (mas descentralizado).

LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ARBITRABILIDAD

Por: SANTIAGO TALERO RUEDA (*)

SUMARIO: 1. Marco introductorio. 2. Caracteres de la arbitrabilidad objetiva de controversias. 3. Desarrollo histórico de la noción de la arbitrabilidad objetiva. 3.1. Fase 1: Una materia es arbitrable, si no recae en asuntos o consideraciones de orden público. 3.2. Fase 2: Una materia relativa al orden público es arbitrable, salvo que se haya violado una norma de orden público en el caso concreto. 3.3. Fase 3: Una materia es arbitrable, aunque se haya violado una disposición de orden público en el caso concreto, pero las cortes judiciales pueden revisar esta situación posteriormente. 4. La arbitrabilidad objetiva en la jurisprudencia de los Estados Unidos. 4.1. El fallo del caso de Scherck v. Alberto Culver (1974). 4.2. El fallo del caso de Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth (1985). 4.2.1. La ampliación de la arbitrabilidad. 4.2.2. La doctrina de la segunda revisión: El precio impuesto a la arbitrabilidad. 4.3. El fallo del caso de Shearson/American Express v. McMahon (1987). 4.4. El fallo del caso de Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express. 4.5. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en los Estados Unidos. 5. La arbitrabilidad objetiva en la jurisprudencia europea: Visión general. 5.1. Arbitrabilidad de materias de libre competencia en el ámbito comunitario. 5.2. Arbitrabilidad de materias de propiedad intelectual. 5.3. Arbitrabilidad de controversias de derecho laboral. 5.4. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en Europa. 6. Conclusiones y perspectivas.

(*) Consultor privado y colaborador de la red latinoamericana de LexPraxis Abogados.

1. MARCO INTRODUCTORIO

En la contratación internacional, el arbitraje es el mecanismo por excelencia para la solución de controversias⁽¹⁾. Cuando las partes acuden al arbitraje, renuncian a ventilar los méritos de sus diferencias ante la justicia ordinaria del Estado. Se considera que el arbitraje es un mecanismo para la solución de controversias, en el cual las partes pueden esperar una decisión más rápida y especializada que aquella proveniente de la justicia ordinaria. Los laudos arbitrales tienen un carácter final y obligatorio. Ello constituye una de las principales características del mecanismo, al posibilitar la resolución pronta y definitiva de las diferencias, originadas generalmente en una relación contractual.

Además, existen diferentes aspectos del arbitraje internacional, tales como la

elección de un derecho aplicable a los méritos de la controversia⁽²⁾, los cuales obedecen al principio de la autonomía privada. Ello le imprime un razonable grado de flexibilidad al mecanismo arbitral con respecto a la solución de controversias ante la justicia ordinaria.

Con todo, el arbitraje no es un mecanismo completamente autónomo o autosuficiente, pues su validez y eficacia dependen, en buena medida, de la asistencia provista por las cortes estatales a los tribunales arbitrales, así como de la observancia de algunas normas imperativas o de orden público⁽³⁾.

De este modo, el arbitraje, como tal, no se desarrolla independientemente de la jurisdicción estatal. De ahí que existan algunas figuras o instituciones del derecho arbitral, tales como la arbitrabilidad objetiva de controversias⁽⁴⁾, donde

(1) CARBONNEAU, Thomas, "Arbitral adjudication: a comparative assessment of its remedial and substantive status in transnational commerce", in: *19 Texas International Law Journal*, 1984, p. 34.

(2) Artículo 2 de la Ley 315 de 1996 de Colombia; artículo 28(1) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL); artículo 1700 del Código Judicial de Bélgica; sección 46(1) del *English Arbitration Act*; artículo 1496 del Código de Procedimiento Civil francés; artículo 117 de la Ley General de Arbitraje de Perú; artículo 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA); entre otros.

(3) Por ejemplo, la normatividad aplicable al procedimiento arbitral se debe ceñir a las normas procesales imperativas del lugar o sede del arbitraje: FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 633 y 645; REDFERN, Alan & HUNTER, Martín, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 3ª ed., London, 1999, p. 84; GOODE, Roy, "The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration", in: *17 Arbitration International* 1, 2001, p. 30; BOND, Stephen, "How to draft an arbitration clause", in: *6 Journal of International Arbitration* (1989), p. 72. ORDWAY, Eric, "The Importance of the Seat of Arbitration", in: *25 The Advocate-State Bar Litigation Section Report-Texas*, 2004, p. 17.

(4) Esta ponencia se refiere a la institución de la arbitrabilidad objetiva de controversias, la cual se distingue de la institución conocida como arbitrabilidad subjetiva. Esta última hace referencia a uno de los elementos de validez de un pacto arbitral, cual es la capacidad para concluir este tipo de pactos. Y, en aras de una mayor precisión, es necesario afirmar que la noción de arbitrabilidad subjetiva hace referencia principalmente a la aptitud de las entidades estatales para pactar el arbitraje. Esta aseveración no constituye un simple giro gramatical. Se ha dicho, por ejemplo, que la aptitud de una entidad pública para pactar el arbitraje, al ser catalogada como un problema de arbitrabilidad, implicaría que la ley aplicable para determinar si el Estado se ha comprometido válidamente, es la ley aplicable al pacto arbitral, mas no la ley del propio Estado, que sería la ley aplicable en el evento en que la referida aptitud fuese tipificada como una

emerge claramente la coexistencia y, en ocasiones, la tensión, entre la autonomía razonable del mecanismo arbitral y la sujeción de múltiples aspectos de dicho mecanismo a las legislaciones estatales.

La arbitrabilidad objetiva de una controversia es una institución jurídica que responde a las convicciones fundamentales de cada jurisdicción. Esta noción supone ponderar la importancia de reservar ciertos asuntos a la competencia exclusiva de la justicia ordinaria, con la promoción del intercambio comercial en el tráfico mercantil internacional, incluyendo la solución de conflictos mediante el arbitraje⁽⁵⁾.

El punto de discusión, radica en determinar si los árbitros, en su condición de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, pueden o no conocer y resolver diferencias o asuntos de interés público o social, tradicionalmente sujetos a la decisión de los jueces estatales.

Tal como se verá, la experiencia internacional nos indica, sin lugar a dudas, que la arbitrabilidad objetiva de controversias, en el plano internacional, tiene un espectro cada vez más amplio, ya que la promoción misma del arbitraje internacional se ha convertido en un postulado de orden público en muchos Estados.

Por lo pronto, abordaremos brevemente los caracteres de la arbitrabilidad objetiva de controversias, para luego revisar la evolución de esta institución fundamental del derecho arbitral.

2. CARACTERES DE LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA DE CONTROVERSIAS

Actualmente, la naturaleza de los asuntos que se someten al conocimiento de los árbitros, es el punto de referencia principal para distinguir las materias arbitrables de las que no lo son. El asunto ya no depende entonces de la confluencia, asimilación o coincidencia entre un determinado asunto y las consideraciones de orden público vigentes en un Estado.

Con todo, no es clara la línea divisoria entre los asuntos arbitrables y los que son del resorte exclusivo de los jueces estatales. Se ha sostenido, por ejemplo, que la arbitrabilidad se predica de derechos o intereses de contenido económico o patrimonial⁽⁶⁾. A *contrario sensu*, no serían arbitrables los asuntos que no versan sobre derechos o intereses de esta naturaleza. No obstante, una materia puede ser excluida del arbitraje por razones de interés público o social, pese a tener un carácter económico o patrimonial.

cuestión de capacidad legal: SILVA ROMERO, Eduardo, *El Contrato de Arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario. Bogotá, 2005. Introducción. También se ha sostenido que la capacidad es una institución concebida para la protección de determinados individuos, situación que no sería aplicable a los Estados, los cuales deben administrar los asuntos públicos con responsabilidad y eficiencia: CÁRDENAS, Juan Pablo, "Las causales para negar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio", Bogotá, abril de 2005, Congreso Internacional de Arbitraje.

(5) REDFERN & HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., p. 148.

(6) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 339-341. El Código de Procedimiento Civil alemán, por ejemplo, consagra en su artículo 1030(1) que el arbitraje puede versar sobre cualesquiera reclamaciones que involucren un interés económico ("*vermögensrechtlicher Anspruch*").

También se ha sostenido que las materias arbitrables se refieren a los derechos de libre disposición de las personas⁽⁷⁾, mientras que las no arbitrables recaen sobre los derechos inalienables y no transigibles. Los caracteres de disponibilidad, de inalienabilidad o de transigibilidad de un derecho son, por supuesto, ambiguos y de difícil calificación, máxime cuando el análisis de estos caracteres no se circunscribe a una sola jurisdicción en el arbitraje internacional.

Las legislaciones nacionales suelen seguir los criterios o caracteres anteriores. Algunas de ellas, por ejemplo, señalan materias o eventos específicos que excluyen la arbitrabilidad⁽⁸⁾. Este tratamiento legislativo resultaría más razonable que aquel donde únicamente se expone un criterio general y ambiguo de arbitrabilidad sin citar eventos concretos de materias no arbitrables.

En últimas, las restricciones a la arbitrabilidad deben obedecer a decisiones de política legislativa de los Estados. De este modo, es el legislador quien debería determinar la frontera entre lo arbitrable y lo que no lo es, con fundamento en razones suficientes y debidamente motivadas, de interés público o social, que le asignen a la justicia ordinaria el conocimiento exclusivo de ciertas materias precisas. Las cortes estatales, a su turno, a la hora de analizar si una materia es o no ar-

bitrable, simplemente deben aplicar el principio general del derecho, según el cual, las disposiciones prohibitivas o limitativas son de interpretación restrictiva.

Hechas las anteriores precisiones sobre los caracteres de la arbitrabilidad objetiva, es importante señalar la manera como se ha producido la evolución de dicha figura. Ello se puede ilustrar históricamente a partir de la jurisprudencia de las cortes estatales, tal como pasamos a exponerlo a continuación, partiendo de la experiencia francesa.

3. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA NOCIÓN DE LA ARBITRALIDAD OBJETIVA

El derecho francés ha experimentado tres fases para abordar la arbitrabilidad objetiva. Esta experiencia, de una u otra manera, se ha presentado en otras jurisdicciones distintas. El orden cronológico de las referidas fases, se puede ilustrar brevemente así⁽⁹⁾:

3.1. Fase 1: Una materia es arbitrable, si no recae en asuntos o consideraciones de orden público

Esta posición prevaleció en Francia y, en general, en el plano internacional, hasta mediados del siglo XX. La transitoriedad de la función arbitral, así como la

(7) SUESCÚN, Jorge, "De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público", en: *El Contrato de Arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 256-257.

(8) Por ejemplo, la Ley General de Arbitraje de Perú, en su artículo 1(1), señala que pueden "(...) someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tengan libre disposición (...)". A renglón seguido, la misma ley establece materias específicas donde no cabe la posibilidad del arbitraje. De manera similar, el Código de Procedimiento Civil alemán, en su artículo 1030(2)(3), señala asuntos específicamente excluidos del arbitraje.

(9) Un excelente análisis histórico de estas aproximaciones, se encuentra en FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 331-344.

preocupación de que los árbitros fallasen sin tener en cuenta el interés público o social inherente a los asuntos debatidos, implicaban sustraer del conocimiento arbitral las materias de orden público.

Ello limitaba significativamente la labor arbitral, pues la misión de los árbitros sólo se podía traducir en decisiones que, en últimas, no entrañasen la aplicación de normas imperativas. En consecuencia, se denegaba justicia, con claro desmedro de las expectativas legítimas de las partes, consistentes en solucionar sus diferencias mediante el arbitraje, de manera expedita y definitiva.

Con la promulgación de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁽¹⁰⁾, esta primera fase quedó en desuso en el plano internacional. En efecto, este instrumento contiene causales que le permiten a las cortes estatales denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Dichas causales, que son de carácter taxativo, están previstas en el artículo V de la Convención. El numeral segundo de esta disposición refleja la distinción existente entre la arbitrabilidad objetiva y el orden público, pues los literales a) y b) de dicho numeral, hacen referencia a dos causales distintas e independientes, cuales son (i)

la imposibilidad de someter la respectiva diferencia al arbitraje según la ley del Estado donde se tramita el reconocimiento y ejecución del laudo, y (ii) la violación del orden público de dicho Estado. Es evidente entonces que la arbitrabilidad objetiva de una controversia se considera como un asunto distinto del orden público, amén de la relación existente entre uno y otro aspecto en determinadas circunstancias.

3.2. Fase 2: Una materia relativa al orden público es arbitrable, salvo que se haya violado una norma de orden público en el caso concreto

En esta segunda fase, se aceptaba que los árbitros podían aplicar normas de orden público. Sin embargo, la arbitrabilidad objetiva de la respectiva controversia quedaba sin efecto, dado el caso de que el tribunal de arbitramento considerara que se había violado el orden público en el caso concreto⁽¹¹⁾. Se buscaba prevenir que los tribunales arbitrales ignorasen la incidencia o relevancia de las normas de orden público violadas.

Esta segunda fase resultó quizás más perjudicial que la anterior. Por una parte, esta aproximación confundía el análisis de arbitrabilidad con el análisis del fondo del

(10) Ver Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nueva York, 20 de mayo - 10 de junio de 1958, Doc. E/CONF.26/8. Este instrumento internacional, propende a la eficacia del arbitraje comercial internacional, al contener disposiciones normativas llamadas a proteger, dentro de límites razonables, la fuerza obligatoria y ejecutoria de los laudos arbitrales y también la de los pactos arbitrales. Como lógica consecuencia de su acogida en el plano internacional, se ha sostenido que la Convención es el instrumento más eficaz de la legislación internacional en la historia entera del derecho comercial: LORD MUSTILL, "Arbitration: History and Background", in: *6 Journal of International Arbitration* 43 (1989).

(11) Corte de Casación francesa. Sentencia del 29 de noviembre de 1950, *Tissot v. Neff*. En dos fallos del famoso caso de *Impex v. P.A.Z Produzione Lavorazione*, proferidos el 18 de mayo de 1971, la misma corporación sostuvo que los árbitros podían declarar el incumplimiento de contratos, sin poder establecer su nulidad. La Corte de Apelaciones de París se pronunció en sentido similar en diferentes fallos.

asunto debatido ante el tribunal. Dicho en otros términos, si los árbitros debían analizar la violación del orden público en un caso concreto para saber si había o no arbitrabilidad, entonces dichos árbitros necesariamente debían abordar el fondo del asunto debatido *prima facie* –que es precisamente materia del laudo arbitral final-. Ello, por supuesto, implicaba confundir el análisis de la arbitrabilidad con las deliberaciones correspondientes al sentido del laudo arbitral definitivo.

Aquí también se denegaba justicia, pues los tribunales arbitrales no podían establecer la violación de disposiciones de orden público.

De otro lado, el principio de la separación o autonomía del pacto arbitral,⁽¹²⁾ refrendado por la jurisprudencia internacional durante esta segunda etapa, quedaría sin una verdadera aplicabilidad. En efecto, la nulidad es una institución jurídica en la que está interesado el orden público. Si un tribunal arbitral decretase la nulidad de un contrato, vale decir, una vulneración del orden público, entonces el tribunal perdería automáticamente su competencia, dado que este aspecto, en el marco de la segunda etapa estudiada,

no sería arbitrable. La conclusión de una situación de esta naturaleza, no sería otra diferente a la inaplicación de la doctrina de la separación del pacto arbitral.

Finalmente, esta segunda fase de la evolución histórica de la arbitrabilidad, también denotaba el desconocimiento de la Convención de Nueva York de 1958. En efecto, allí se prevé la eventualidad de que los laudos no surtan efectos en una jurisdicción, bien sea por el carácter no arbitrable de la diferencia en dicha jurisdicción o por la violación, por parte del laudo, del orden público de dicha jurisdicción. Por ende, al asociar el carácter no arbitrable de una controversia con la violación del orden público, se confunden las dos causales en una sola, lo cual no es admisible.

3.3. Fase 3: Una materia es arbitrable, aunque se haya violado una disposición de orden público en el caso concreto, pero las cortes judiciales pueden revisar esta situación posteriormente

Uno de los precedentes más importantes de esta tercera fase, fue el fallo proferido por la Corte de Apelaciones de París en el caso Ganz⁽¹³⁾. En ese caso,

(12) Conforme a la doctrina de la separación del pacto arbitral, este último constituye un contrato diferente del contrato principal del cual forma parte o al cual se refiere. En últimas, la doctrina de la separación es una ficción jurídica, que busca deslindar los problemas de validez del contrato principal frente a la suerte que corra el pacto arbitral. El resultado lógico de lo anterior es que la doctrina le permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto, independientemente de que el laudo determine la nulidad e incluso la inexistencia del contrato principal entre las partes. Este postulado cardinal del derecho arbitral, se encuentra previsto en la inmensa mayoría de las legislaciones y reglamentos arbitrales: Ver, por ejemplo, artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL; artículo 7 del *English Arbitration Act*; artículo 178(3) del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza; artículo 1697(2) del Código Judicial de Bélgica; artículo 1040(1) del del Código de Procedimiento Civil alemán; artículo 1053 del Código de Procedimiento Civil de Holanda; artículo 106 de la Ley General de Arbitraje de Perú; artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 de Colombia; Artículo 6(2) y 6(4) de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y artículo 23(1) de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), entre otros.

(13) Corte de Apelaciones de París. Sentencia del 29 de marzo de 1991, Ganz v. SNCFT. Otros casos, fallados por la misma corporación, tuvieron similares lineamientos. Ver, por ejemplo, la sentencia del 19 de marzo de 1993, del caso de Labinal v. Mors, donde se señaló que los tribunales arbitrales podían

una de las partes alegó la comisión de un fraude en la realización de una operación de escisión de una compañía. La Corte de Apelaciones determinó que los tribunales arbitrales podían establecer la legalidad de los contratos internacionales y de su ejecución, aún ante alegaciones de fraude, sin perjuicio de la revisión que las cortes judiciales competentes efectuaren a la hora de evacuar una acción de nulidad frente al laudo arbitral correspondiente.

Aquí queda a salvo la competencia de los tribunales de arbitramento para establecer nulidades, sin perjuicio de la intervención posterior de las cortes judiciales, bien sea al evacuar una acción de nulidad respecto del laudo o al tramitar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero.

De esta manera, se ha visto cómo la evolución histórica de la institución de la arbitrabilidad objetiva, ha dejado de lado la confusión entre esta última y la noción de orden público. La arbitrabilidad es un asunto de política legislativa. En el plano internacional, la arbitrabilidad objetiva es la regla general, tal como a continuación

lo ilustraremos al abordar la jurisprudencia de los Estados Unidos y de Europa.

4. LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

La legislación federal arbitral de los Estados Unidos confiere a los pactos arbitrales los mismos efectos de otros contratos⁽¹⁴⁾. Este reconocimiento es fruto de un proceso gradual de aceptación judicial, el cual partió del reconocimiento de los efectos vinculantes del pacto arbitral⁽¹⁵⁾.

En particular, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha sido el eje fundamental de la evolución de la arbitrabilidad objetiva de controversias en dicho país. A continuación, se sintetizan cronológicamente los fallos cruciales en la materia.

4.1. El fallo del caso de Scherck v. Alberto Culver (1974)⁽¹⁶⁾

En este caso, se debatió la arbitrabilidad de una controversia internacional sujeta a las normas de orden público, contenidas en los *Securities Acts* de 1933 y de 1934⁽¹⁷⁾.

decretar violaciones a las normas de libre competencia de la unión europea –que son de orden público económico–, pese a no poder ejercer algunas prerrogativas que, sobre esta materia, estaban radicadas exclusivamente en otras autoridades administrativas y judiciales. Este caso también se conoce en el plano internacional, como el caso de Westland Aerospace.

(14) Sección 2 del Federal Arbitration Act. Allí se señala que los pactos arbitrales son válidos, irrevocables y ejecutables, salvo que se presente alguna causal que genere la revocación de dicho acuerdo de voluntades.

(15) En el fallo del caso *American Sugar Refining Co. v. The Anaconda*, 138 F.2d 765 (5th Cir. 1943), una corte de circuito sostuvo que *antes* de la puesta en vigencia de la legislación arbitral federal, no era factible reconocer al pacto arbitral un efecto vinculante, pues se consideraba que este acuerdo privado entre las partes no debía derogar la competencia de los jueces estatales. En este fallo, se reconoció que la promulgación del *Federal Arbitration Act* permitió dar cabida a los pactos arbitrales, sin que ello implicara derogar íntegramente la jurisdicción de los jueces estatales.

(16) 417 US 506, 1974.

(17) Esta normatividad se promulgó con ocasión de la depresión de los años 30 en los Estados Unidos, pues se quiso establecer un marco jurídico adecuado que le confiriera a los inversionistas unas garantías de

Esta normatividad tenía disposiciones que establecían la imposibilidad de renunciar a la aplicabilidad de la referida legislación, lo cual cobijaba el derecho de acceso exclusivo a las cortes de la justicia ordinaria. En otras palabras, el acceso exclusivo a la justicia ordinaria era una cuestión irrenunciable. De ahí que, en apariencia, no fuera viable ventilar las controversias sujetas a los *Securities Acts* en el arbitraje.

La emisión de unas declaraciones de causalidad falsas, en el marco de un contrato internacional de compraventa de unas fábricas en Europa, llevó a un inversionista estadounidense a invocar, ante la justicia ordinaria, la aplicación de las normas del *Securities Exchange Act* de 1934. El contrato tenía una cláusula arbitral, que sometía las diferencias entre las partes a la decisión de un tribunal arbitral, con sede en París, sujeto al Reglamento Arbitral entonces vigente de la CCI.

Después de los fallos de instancia, el expediente llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Estados Unidos. Esta corporación, a diferencia de las cortes de instancia, decidió la suspensión del proceso judicial adelantado en una corte del Estado de Illinois, dado el carácter “puramente internacional” del contrato entre las partes, lo cual obligaba a mantener la efectividad de la cláusula de arbitraje. En criterio de la corte, las compañías adquiridas estaban ubicadas en otros estados y la actividad comercial del empresario estadounidense estaba dirigida principalmente a los mercados internacionales. De ahí que

el pacto arbitral, en un contrato de esta naturaleza, contribuyese a la certeza jurídica requerida para la solución de las controversias emanadas de la contratación internacional.

Esta decisión expresamente elevó la promoción del arbitraje internacional, por parte de los Estados Unidos, a un asunto de orden público de los Estados Unidos. Se hizo prevalecer esta posición favorable al arbitraje, frente a una cuestión de orden público local, como lo era la protección a los inversionistas mediante la potestad irrenunciable de acudir ante la justicia ordinaria. Desde otra perspectiva, se puede afirmar que la Corte Suprema privilegió las políticas legislativas del *Federal Arbitration Act* sobre las de los *Securities Acts* (18), al menos en el marco de los contratos internacionales.

4.2. El fallo del caso de *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth (1985)*(19)

Este fallo de 1985, dio un nuevo y decisivo paso en favor de la arbitrabilidad en los Estados Unidos, particularmente en materia de libre competencia económica. Sin embargo, impuso un precio por dicha situación. Ambos aspectos se abordan brevemente a continuación.

4.2.1. *La ampliación de la arbitrabilidad*

En este caso se discutió la posibilidad de ventilar ante una institución

protección suficientes, las cuales servirían como mecanismos preventivos frente a una nueva crisis económica: KERR, JOHN J., “Arbitrability of Securities Claims in Common Law Nations”, in: *12 Arbitration International* 2, 1995, p. 172.

(18) MCLAUGHLIN, “Arbitrability: current trends in the United States”, in: *12 Arbitration International* 2, 1996, p. 114.

(19) 473 US 614, 1985.

arbitral japonesa, una controversia en materia de libre competencia económica, emanada de un contrato internacional de distribución de vehículos, ejecutado entre una empresa proveedora japonesa y una compañía distribuidora puertorriqueña. Se discutía acerca de la pertinencia del arbitraje para evacuar controversias complejas, de orden público económico, como lo eran y lo son las atinentes a la libre competencia económica.

Cuando el expediente llegó a la Corte Suprema, ésta nuevamente se refirió a la promoción del arbitraje como una cuestión de orden público, retomando el contenido de la legislación arbitral federal. Su decisión estuvo marcada (i) por el carácter internacional de la transacción, (ii) por las consideraciones de respeto y deferencia internacional⁽²⁰⁾ frente a las decisiones de otros tribunales judiciales o arbitrales y (iii) por la necesidad de darle certeza jurídica al mecanismo de resolución de conflictos escogido por las partes.

En particular, la Corte Suprema consideró al arbitraje como un mecanismo idóneo y razonable para la solución de este tipo de diferencias. En ese sentido, consideró que los árbitros, dada su experiencia profesional, poseen la especialidad y la destreza necesarias para resolver esta clase de casos.

El fallo, como tal, complementó los lineamientos del fallo de *Scherck v. Alberto Culver*. Además, estableció expresamente la idoneidad del arbitraje para la resolución de materias altamente complejas

y antepuso las consideraciones de respeto y deferencia internacionales por las decisiones de otros tribunales judiciales o arbitrales, sobre consideraciones de orden público económico local.

4.2.2. *La doctrina de la segunda revisión: El precio impuesto a la arbitrabilidad*

El fallo de *Mitsubishi* amplió el rango de la arbitrabilidad para hacerla extensiva a las materias sobre libre competencia económica. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la posición favorable a la arbitrabilidad de esta clase de materias, no sería óbice para que las cortes de los Estados Unidos, al tramitar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York, revisaran los laudos arbitrales sobre aspectos de libre competencia, con el fin de establecer si los árbitros habían cumplido con las normas de orden público de los Estados Unidos.

Este “precio” impuesto a la favorabilidad en materia de arbitrabilidad, se conoce en el plano internacional como la “*Second Look Doctrine*”⁽²¹⁾. El siguiente es el aparte pertinente de esta doctrina polémica:

“(...) las cortes de los Estados Unidos tendrán la oportunidad en la fase de ejecución del laudo arbitral para asegurar que el legítimo interés en la aplicación de las normas sobre libre competencia haya sido tenido en cuenta. La Convención de Nueva

⁽²⁰⁾ Este es el principio de “comity”.

⁽²¹⁾ *ROGERS QC.*, cit., p. 266; *PARK*, William, “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, in: 63 *Tulane Law Review* (1989), p. 669, citado por *ROGERS*, cit., p. 267.

York confiere a cada país signatario la potestad para negar la ejecución de un laudo arbitral cuando ‘el reconocimiento y ejecución del laudo sea contrario al orden público de dicho país’. Aun cuando la efectividad del proceso arbitral requiere que una revisión sustancial en la fase de ejecución del laudo resulte mínima, no se requiere una indagación intrusiva para establecer que el tribunal tuvo en consideración los aspectos de libre competencia y efectivamente los decidió.” (la traducción es del autor)

Como se puede advertir, el punto polémico de la Second Look Doctrine radica en su falta de claridad frente al tipo de examen que las cortes de los Estados Unidos deben hacer con respecto al cumplimiento, por parte de los tribunales de arbitramento internacionales, de las normas de orden público de los Estados Unidos en materia de libre competencia económica. En otras palabras, el aparte del fallo no determina si el análisis judicial en un trámite para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, ha de ser exhaustivo o mecánico. Como bien lo señala el profesor

William Park, “(...) resulta incierto saber si la segunda revisión encierra un examen extensivo sobre si el árbitro aplicó adecuadamente la ley, o si meramente establece un examen mecánico sobre si el árbitro en efecto tuvo en cuenta la normatividad americana(...)”⁽²²⁾.

Una revisión extensiva, implicaría una indebida intromisión judicial en el arbitraje, pues las cortes realizarían una segunda revisión de fondo de los laudos. La revisión, como tal, ha de ser formal y no sustancial. De lo contrario, se haría nugatoria la arbitrabilidad de la controversia mediante una nueva decisión judicial sobre el tema.

Hasta la fecha, no hay suficiente precisión jurisprudencial en torno a los alcances del *Second Look Doctrine*. Quizás uno de los precedentes pertinentes sobre la materia, es el del fallo proferido por una corte de circuito de los Estados Unidos en el caso de *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker*⁽²³⁾. En este fallo se sostuvo que el examen sobre la violación de las normas de orden público de los Estados Unidos, se debe hacer mediante la aplicación de una causal para dejar sin efectos un laudo, de alcances restrictivos, conocida como “*manifest disregard of law*”⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ PARK, William, “National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration”, in: 63 *Tulane Law Review* (1989), p. 669, citado por ROGERS, cit., p. 267. La traducción de la cita al español, es del autor.

⁽²³⁾ Second Circuit Court, 808 F.2d. 930, 1986.

⁽²⁴⁾ En el referido fallo, también se dijo que la causal procedería si el caso versare sobre una “ley bien definida, explícita y claramente aplicable al caso”. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el reciente fallo de septiembre de 2006, en el caso de *John Hancock Life Insurance Co. v. Patten*, (publicado en <http://www.citizen.org/documents/pattenopp.pdf>) aclaró que el elemento común de esta causal, es la deliberada renuencia de un árbitro para aplicar la ley, teniendo un claro conocimiento de la misma. Desde un punto de vista de técnica procesal, también se ha dicho que la causal de “*manifest disregard of law*” es una importante modalidad de extralimitación de funciones por parte de los tribunales de arbitramento: *Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Servs.* 341 F. 3d. 987, 1002-03 (9th. Circ. 2003).

En todo caso, la práctica indica que la *Second Look Doctrine* encierra un dilema para los árbitros, en aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de que el laudo arbitral sea sometido a un trámite de reconocimiento y ejecución en los Estados Unidos. En efecto, si las partes han escogido un derecho aplicable a su contrato principal que no sea el de los Estados Unidos, así como una sede arbitral en otro país, el dilema para el tribunal radicará en establecer si debe aplicar la normatividad escogida por las partes para regular su relación comercial o si debe “temer” la eventual posibilidad de que una corte de los Estados Unidos deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral cuando una de las partes decida iniciar dicho trámite en los Estados Unidos.

Si el tribunal de arbitramento hace caso omiso de la voluntad de las partes, entonces el laudo afronta un riesgo de anulación en la sede del arbitraje o de denegación de su reconocimiento y ejecución en jurisdicciones distintas a los Estados Unidos. Pero si el tribunal acata la voluntad de las partes y decide el fondo del asunto según el derecho aplicable escogido por las partes, se abrirá la posibilidad de la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en los Estados Unidos, de conformidad con el artículo V.2.b. de la Convención de Nueva York, dada la aplicación de la *Second Look Doctrine*.

En principio, los tribunales arbitrales deben propender a contar con un laudo cuya validez no sea cuestionada ante la justicia ordinaria de la sede del arbitraje. Por el contrario, el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero es un asunto que se puede realizar en diferentes jurisdicciones, mas no necesariamente en los Estados Unidos. Por ende, los árbitros no deberían partir de la premisa de la ejecución del laudo en los Estados Unidos, pues no les es dable “adivinar” cuáles serán las jurisdicciones dentro de las cuales se tramite el reconocimiento y ejecución de sus laudos arbitrales⁽²⁵⁾. Adicionalmente, un sector de la doctrina también ha dicho que el árbitro no actúa como un juez del Estado en el ámbito del arbitraje internacional, razón por la cual, su misión principal es la de darle primacía, en lo posible, a la autonomía de las partes⁽²⁶⁾. Al no actuar como jueces de un Estado, los árbitros, a diferencia de las autoridades judiciales, no tienen el deber de aplicar las normas de orden público de un Estado vinculado con las partes o el negocio, cuando la ley de ese Estado no se ha establecido como aplicable al contrato⁽²⁷⁾. Se afirma, en consecuencia, que los árbitros, como jueces del comercio internacional, sólo deben aplicar la norma de orden público de ese Estado (i.e. Estados Unidos), si esa norma se considera como una norma de “orden público internacional”⁽²⁸⁾.

(25) KIRRY, “Arbitrability in Europe”, in: *12 Arbitration International* 4, 1996, p. 381; BLESSING, Marc, “Arbitrability of Intellectual Property Disputes”, in: *12 Arbitration International* 2, 1996, p. 206.

(26) HANOTIAU, Bernard, “What law governs the issue of arbitrability?”, in: *12 Arbitration International* 4, 1996, p. 397.

(27) FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, cit., citando al profesor MAYER, Pierre.

(28) El orden público internacional ha sido definido de diferentes maneras por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la práctica, el concepto tiene un alcance restrictivo, lo que favorece el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que se analice conforme al orden público de los Estados. Por ejemplo, se

Lo anterior apuntaría hacia la prevalencia del derecho aplicable escogido por las partes frente a la posible aplicación arbitral de las normas de orden público de una jurisdicción donde eventualmente se realice el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, esta no es una respuesta concluyente ni exenta de riesgos. En la medida en que el asunto objeto del arbitraje incida en el orden público de los Estados Unidos y en la medida en que dicha jurisdicción aparezca como razonablemente opcionada para un trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, los tribunales arbitrales deberán buscar la manera de articular las disposiciones de la normatividad escogida por las partes con las normas de orden público de cuya posible violación se trate⁽²⁹⁾.

En cuanto al examen que deben hacer las cortes de los Estados Unidos bajo la doctrina de la segunda revisión, resul-

taría pertinente la aplicación de la causal de *manifest disregard of law*, de conformidad con el alcance restrictivo que tiene dicha causal al momento de tramitarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero en materia de libre competencia. Del mismo modo, resulta pertinente que las cortes denieguen el reconocimiento y ejecución de un laudo de esta naturaleza, dado el caso de que este último violase el orden público internacional de los Estados Unidos.

Así pues, se impone una interpretación armónica de las normas de la Convención de Nueva York. Ello implica que se confiera un efecto útil a las disposiciones que aparentemente se contradicen, de tal manera que unas y otras puedan coexistir. Mediante un acuerdo de voluntades de carácter privado, las partes confieren a los árbitros la competencia para dirimir sus conflictos actuales o potenciales. Los árbitros, a su turno, se deben

ha sostenido que el "(...) orden público internacional de cada Estado incluye: (i) principios fundamentales, relativos a la justicia o moralidad, que el Estado desee proteger aun cuando no lo atañan directamente; (ii) normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, siendo estas conocidas como 'lois de police' o 'normas de orden público' y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales": MAYER, Pierre / SHEPPARD, Audley, "Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales", en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Vol I, Legis y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2004, p. 220. También se ha sostenido que el concepto de orden público internacional responde a los "(...) estándares fundamentales de la comunidad internacional, incluyendo los principios del intercambio comercial y otros criterios de carácter humanitario, los cuales se desarrollan a partir de los estándares comunes de las políticas nacionales y de los conceptos fundamentales contenidos en las convenciones internacionales y en otros instrumentos internacionales." LEW, Julian, *Contemporary Problems in International Arbitration*. Capítulo 7. "Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction". CCLS, London, 1986, p. 83. Un tribunal de los Estados Unidos, definió el orden público internacional como "(...) los conceptos más básicos de moralidad y justicia del Estado." *Parson & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societé Générale de l'Industrie du Papier Rakta and Bank of America* 508 F.2d 969 (2 Cir., 1974). La jurisprudencia suiza, a su turno, ha señalado que la noción de orden público internacional se configura, en la medida en que se violen principios jurídicos fundamentales, de tal manera que la violación no sea conciliable con el orden jurídico y con el sistema de valores imperante. CÁRDENAS, Juan Pablo, "Las causales para negar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio", Bogotá, abril de 2005, Congreso Internacional de Arbitraje, citando un fallo proferido el 30 de diciembre de 1994.

(29) No en vano, disposiciones como el artículo 35 y el artículo 32(2) de las Reglas de Arbitraje de la CCI y de LCIA respectivamente, establecen el deber en cabeza del tribunal, consistente en hacer todo lo posible para proferir un laudo arbitral ejecutable.

ceñir razonablemente a las pautas estipuladas por las partes. Por esa razón, el artículo V.1.c. de la Convención de Nueva York contempla la omisión o la extralimitación de la competencia de los árbitros como una causal para impedir la ejecución de un laudo arbitral. Por otra parte, la Convención de Nueva York reconoce el principio jurisdiccional de la territorialidad, lo cual se ve reflejado en el artículo V.2.b., el cual le permite a las cortes dejar sin efecto un laudo arbitral que contradiga las normas de orden público del Estado dentro del cual se busque la ejecución de dicho laudo arbitral.

Si el fallo de Mitsubishi ratificó la promoción del arbitraje internacional como una norma de orden público de los Estados Unidos y si aquél se refirió a los principios de respeto y deferencia internacionales respecto de las decisiones de los tribunales de arbitramento, es evidente que el propio fallo decidió limitar la aplicabilidad de una visión estricta de la territorialidad en beneficio de la autonomía de la voluntad de las partes, de la autonomía del arbitraje y de la finalidad de los laudos. Esto significa que las cortes de los Estados Unidos no han renunciado a ejercer su autoridad dentro de los límites de su jurisdicción, pero han optado por no indagar a fondo en el razonamiento de los árbitros, ya que eso desconocería los principios que el propio fallo de Mitsubishi dijo proteger.

Resulta fundamental determinar si los alcances restrictivos que se le pueden atribuir a la *Second Look Doctrine*, constituyen o no la última palabra en la

jurisprudencia de los Estados Unidos. De lo contrario, los intervinientes en el arbitraje internacional estarían sujetos a una justicia selectiva e impredecible en el marco de un trámite para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en dicho país.

4.3. El fallo del caso de *Shearson/American Express v. McMahon* (1987) ⁽³⁰⁾

El fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia en el caso de *Shearson v. McMahon*, constituyó un avance crucial en materia de arbitrabilidad.

En este caso, los clientes de una firma de corretaje registrada ante la *Securities Exchange Commission*, acudieron a una corte de los Estados Unidos, alegando la comisión de conductas fraudulentas y contrarias a la buena fe, por parte de dicha firma de corretaje. En particular, alegaron la violación de normas del *Securities Exchange Act* de 1934 y del *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. El contrato tenía una cláusula arbitral. Los clientes hicieron caso omiso del pacto arbitral, dado que el contrato tenía un carácter adhesivo y era un negocio típicamente local, lo que contrastaba con los precedentes de *Scherck v. Alberto Culver* y de *Mitsubishi v. Soler-Chrysler Plymouth*.

Cuando el expediente llegó a la Corte Suprema de Justicia, dicha corporación respaldó la arbitrabilidad de los asuntos sujetos al *Securities Act*. Se aplicó la doctrina conocida como el "*congressional intent test*"⁽³¹⁾. De acuerdo con esta

⁽³⁰⁾ 482 US 220, 1987.

⁽³¹⁾ Esta doctrina había sido esbozada en el fallo de Mitsubishi, pero fue efectivamente implementada en *Shearson/American Express v. McMahon*.

doctrina, las cortes deben establecer si el legislador de los Estados Unidos pretendió prohibir la renuncia de las partes a acudir ante la justicia ordinaria para ventilar las materias correspondientes a la ley de la que se trate. Si no se evidencia un conflicto inherente entre el arbitraje y el propósito de la legislación, el asunto se considera arbitrable⁽³²⁾.

En *Shearson v. McMahon*, la Corte Suprema consideró que no existía conflicto alguno entre el *Securities Exchange Act* y el arbitraje, o entre el *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* y el arbitraje. En particular, señaló que no había razón para desconfiar de los árbitros cuando éstos tuvieran que aplicar normas de orden público. También sostuvo que uno de los móviles principales del *Securities Exchange Act*, era precisamente el de impedir la renuncia de las partes a sus garantías sustanciales. De ahí que, en criterio de la corte, el *Securities Exchange Act* no pretendiese impedir la renuncia de las partes a ejercer una garantía procedimental, como lo era la de acudir exclusivamente ante la justicia ordinaria.

4.4. El fallo del caso de Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express⁽³³⁾

La posibilidad de someter al arbitraje las materias sujetas al régimen de *Securities* en los Estados Unidos, quedó consolidada en el fallo de la Corte Suprema en el caso de Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express. De manera

parecida a lo ocurrido en el caso de *Shearson/American Express v. McMahon*, unos clientes de una firma de corretaje alegaron la comisión de maniobras fraudulentas, por parte de la respectiva firma de corretaje. Los inversionistas acudieron ante la justicia ordinaria con el fin de obtener protección judicial bajo las reglas de los *Securities Acts* de 1933 y 1934. El contrato tenía una cláusula arbitral.

Cuando el expediente llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta corporación refrendó que el *Federal Arbitration Act* había creado un compromiso inequívoco a favor del arbitraje en los Estados Unidos. Así mismo, dicha corporación, en consonancia con el fallo del caso de *Shearson/American Express v. McMahon*, señaló que la parte que controvierte la arbitrabilidad, tiene la difícil carga de probar que la intención del legislador resulta contraria al arbitraje en el caso concreto.

4.5. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en los Estados Unidos

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha respaldado ampliamente la arbitrabilidad objetiva de controversias, con fundamento, entre otros aspectos, en (i) el carácter internacional de los contratos donde se pacta el arbitraje, (ii) en la falta de una intención legislativa contraria al arbitraje respecto de distintas materias y (iii) en la existencia de una política federal, plasmada en el *Federal Arbitration Act*, la cual prevé que los pactos arbitra-

(32) Como bien lo anota el juez ROGERS, cit., p. 264, en la práctica es raro encontrar una legislación o una exposición de motivos donde se desestime el arbitraje, razón por la cual, la doctrina del *congressional intent* constituye una herramienta efectiva para ampliar la noción de la arbitrabilidad.

(33) 490 U.S. 477, 1989.

les son válidos y eficaces, y se encuentran en pie de igualdad con respecto a otros contratos.

Con todo, la institución de la arbitralidad afronta algunos retos u obstáculos en dicho país.

Por ejemplo, no existe certeza suficiente en relación con la posibilidad de arbitrar conflictos relativos a la libre competencia económica en el ámbito doméstico, pues la Corte Suprema de Justicia aún no se ha pronunciado sobre este particular. De hecho, existen precedentes disímiles frente a este aspecto⁽³⁴⁾. Aunque se requeriría una unificación de jurisprudencia por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, consideramos que los antecedentes apuntan hacia la extensión, al ámbito local, de la arbitralidad de materias sujetas al régimen de libre competencia económica. En ese sentido, es probable que se le asigne relevancia a la política federal de promoción del arbitraje y que no se encuentre una intención legislativa contraria al arbitraje en la normatividad local aplicable a la promoción

de la libre competencia. Por lo demás y, en consonancia con las tendencias internacionales en la materia, probablemente se sostendrá que los tribunales arbitrales pueden y deben aplicar postulados de orden público, esta vez, en el ámbito local.

En cuanto al régimen de *Securities*, es indudable que la arbitralidad se predica tanto de los contratos domésticos como de los contratos internacionales. Sin embargo, existen situaciones donde la posibilidad de acudir al arbitraje está sujeta a ciertos filtros⁽³⁵⁾.

De otra parte, las diferencias emanadas de los contratos con consumidores, por regla general, se consideran arbitrales en los Estados Unidos, a pesar de la tradicional disparidad en el poder de negociación que se atribuye a la relación entre los consumidores y las empresas proveedoras de bienes o servicios⁽³⁶⁾.

La tendencia universal es la de reconocer validez a los pactos arbitrales entre dichas empresas y los consumidores, pese al carácter adhesivo de muchos pactos

⁽³⁴⁾ En el fallo del caso de *Kotam Electronics v. JBL Consumer Products*, una corte determinó la imposibilidad de arbitrar conflictos sobre libre competencia en el plano doméstico. [11th Circuit Court, 59 F.3d. 1155 (1995)]. Sin embargo, los fallos de dos cortes en los casos de *Coors Brewing v. Molson Breweries* [10th Circuit, 51 F.3d. 1511 (1995)] y de *Nghiem v. NEC* [25 F.3d. 1437 (1993)], establecen lo contrario. Casos citados por McLAUGHLIN, "Arbitrability: current trends in the United States", cit., p. 133.

⁽³⁵⁾ Por ejemplo, en algunas asociaciones comerciales, como el *Commodities Futures Trading Association*, existe la obligación de aceptar el ingreso de clientes aún si éstos se rehúsan a suscribir el pacto arbitral standard que traen consigo los contratos de dichas organizaciones. Ver VAN HOUTTE, HANS. "Arbitration involving Securities Transactions" in: *12 Arbitration International 4* (1996), pp. 408-409.

⁽³⁶⁾ Quizás, el precedente jurisprudencial más importante sobre esta materia en Estados Unidos, es el fallo de la Corte Suprema en el caso de *Allied-Bruce Terminix Companies v. Dobson*, 115 S.Ct. 834 (1995). En ese caso, el problema jurídico radicaba en determinar si la legislación federal arbitral era aplicable o no a un contrato que, en criterio de una de las partes, no afectaría el comercio inter-estatal, requisito éste necesario para la aplicabilidad de la referida normatividad. Al resolver el problema jurídico, la Corte Suprema sostuvo que el contrato, en el caso concreto, afectaba el comercio inter-estatal. Pero lo verdaderamente relevante respecto a la arbitralidad de controversias entre consumidores y empresas proveedoras, es que la corte, retomando los alcances de la sección 2 del *Federal Arbitration Act*, sostuvo que los pactos arbitrales, en estos contratos, son válidos, ejecutables e irrevocables, como lo son otro tipo de contratos. Por lo tanto, según la corte, si un estado considera como válidos los contratos comerciales con los consumidores, también debe considerar como válidos los pactos arbitrales relacionados con estos contratos.

arbitrales. En otras palabras, los pactos arbitrales, en su calidad de contratos independientes, se entienden celebrados de manera libre y voluntaria por las partes, independientemente de que exista o no la oportunidad para discutir su inclusión en los negocios o para negociar los términos de dichos pactos, generalmente redactados, de manera unilateral, por parte de las empresas proveedoras de bienes o servicios.

En realidad, la mayoría de los estados, amparados en algunas leyes⁽³⁷⁾, han intentado limitar la presunción de arbitrabilidad que impera en los Estados Unidos. El arbitraje es visto por algunos estados como un mecanismo para evadir las garantías procedimentales de las que gozan los consumidores cuando acuden a la justicia ordinaria⁽³⁸⁾. Por ejemplo, el arbitraje impide la posibilidad de un jurado de conciencia, el cual, como es natural, tiende a simpatizar con la posición de la parte tradicionalmente débil, que es el consumidor. En particular, se ha considerado que las obstrucciones a las garantías de los consumidores, se suelen presentar cuando el arbitraje trae consigo alguna de las siguientes hipótesis: (i) lugar del arbitraje distante de la residencia del consumidor; (ii) tribunal de arbitramento par-

cializado o carente de independencia frente a las empresas proveedoras; y (iii) honorarios arbitrales excesivos⁽³⁹⁾.

Se ha dicho que las últimas dos hipótesis, vale decir, la presencia de un tribunal de arbitramento parcializado o carente de independencia frente a las empresas proveedoras y el pago de honorarios arbitrales excesivos, constituyen motivaciones razonables para que los Estados impidan la arbitrabilidad de conflictos con consumidores en atención a la necesidad de corregir las inequidades correspondientes⁽⁴⁰⁾. Ello impediría la aplicación de la presunción de arbitrabilidad contenida en la jurisprudencia vigente.

En conclusión, en Estados Unidos es viable la arbitrabilidad de controversias originadas en contratos con consumidores, especialmente por la presunción de arbitrabilidad contenida en el fallo de *Allied-Bruce Terminix v. Dobson*. Sin embargo, los estados tienen una potestad residual para restringir la arbitrabilidad en aquellos casos en los cuales se busque evitar la configuración de violaciones a las garantías sustanciales de los consumidores. No existe claridad jurisprudencial en torno a las hipótesis que permiten a los

(37) Por ejemplo, la Ley McCarran-Fergusson faculta a los estados para establecer limitaciones y restricciones a la arbitrabilidad de los contratos de seguros.

(38) McLAUGHLIN, "Arbitrability: current trends in the United States", cit., p. 123.

(39) *Ibidem*, pp. 126-127.

(40) *Ibidem* Por ejemplo, la división de apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York, en el fallo del caso de *Broker v. Gateway 2000*, proferido el día 13 de agosto de 1998, sostuvo que los costos excesivos de un arbitraje en Chicago, sujeto al reglamento arbitral de la CCI, harían ineficaz el pacto arbitral existente entre la empresa y el respectivo consumidor. En dicho caso, los costos del arbitraje excedían el monto de la mercancía comprada por el usuario, situación ésta que fue considerada por la corte como un motivo razonable para no reconocerle efectos al pacto arbitral entre la empresa y el consumidor. Fallo tomado de http://www.kentlaw.edu/classes/rwarner/legalaspects/tony_brower.htm. En lo que respecta a la escogencia de una sede arbitral distante del consumidor, existen países, como Colombia, donde se considera como cláusula abusiva, por ejemplo, aquella que confiera a una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios la facultad de elegir el lugar o sede del arbitraje con un usuario del servicio: Ley 142 de 1994, artículo 133, numeral 11.

estados limitar la arbitrabilidad. Sin embargo, es evidente que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos refrendó, de manera decidida, la política federal de promoción del arbitraje, contenida en el *Federal Arbitration Act*.

En materia laboral, por su parte, se considera que las diferencias entre empleadores y trabajadores son arbitrables. El fallo relevante en esta materia fue el proferido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Gilmer v. Interstate/Jonson*⁽⁴¹⁾. Dicha corporación determinó que las reclamaciones de un trabajador, por concepto de la violación de una normatividad que sancionaba las discriminaciones en el plano laboral, eran arbitrables, salvo que se estableciera una intención legislativa en contrario. Teniendo en cuenta que la corte no encontró conflicto alguno entre la legislación invocada por el trabajador y el arbitraje, se llegó a la conclusión según la cual, el arbitraje era idóneo y apropiado para la resolución de este tipo de disputas y, en consecuencia, no había lugar a sospechar que el arbitraje menoscababa la protección de las garantías fundamentales del trabajador.

Finalmente, en materia de propiedad intelectual, se puede afirmar que los conflictos sobre patentes son arbitrables en los Estados Unidos. En cuanto a las controversias en materia de marcas, existe legislación sobre este particular que no establece su arbitrabilidad, pese a lo cual, una corte de Illinois aplicó el *congressional intent test* para luego concluir que no había intención de impedir el arbitraje de

estas materias⁽⁴²⁾. Los derechos de autor son arbitrables.

5. LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: VISIÓN GENERAL

En Europa existe un desarrollo parecido al de los Estados Unidos en materia de arbitrabilidad. Por ejemplo, en la jurisprudencia francesa se ha observado cómo la arbitrabilidad de controversias ha evolucionado desde un estadio de desconfianza y reticencia judicial frente al arbitraje, hasta una situación de cooperación y complementación entre cortes estatales y tribunales de arbitramento, tal como ha sucedido en los Estados Unidos. De hecho, en ambas jurisdicciones se considera, hoy por hoy, que los árbitros, al igual que los jueces estatales, se pueden pronunciar sobre normas de orden público y decretar nulidades.

Tanto en Europa como en los Estados Unidos y en muchos otros países del mundo, se aplica el principio de la separación del pacto arbitral, lo que le permite a los tribunales arbitrales establecer la nulidad del contrato entre las partes, sin destruir, de este modo, el origen de su propia competencia, que es el pacto arbitral, contenido en dicho contrato o referido a aquél.

La jurisprudencia europea también ha evidenciado un tratamiento amplio respecto de la arbitrabilidad de cierto tipo de materias, tal como se aborda brevemente a continuación.

(41) 500 US 20, 1991.

(42) MCLAUGHLIN, "Arbitrability: current trends in the United States", cit., p. 135.

5.1. Arbitrabilidad de materias de libre competencia en el ámbito comunitario

Las alegaciones sobre la violación de las normas de protección a la libre competencia económica, contenidas en el Tratado de Roma, se consideran arbitrables⁽⁴³⁾, pese a que estas normas interesen a la Unión Europea como colectividad y sean de orden público económico en el ámbito comunitario⁽⁴⁴⁾.

En todo caso, los tribunales arbitrales, al conocer de controversias relativas a la aplicación de la normatividad comunitaria en materia de libre competencia, han estado sujetos a una serie de limitaciones emanadas del propio régimen comunitario aplicable a la materia. Es así como, por ejemplo, no le es dable a los tribunales arbitrales imponer sanciones o multas que son del resorte exclusivo de un ente administrativo, como lo es la Comisión de la Unión Europea⁽⁴⁵⁾. Los árbitros, a diferencia de los jueces estatales, tampoco podrían acudir directamente ante

la Corte Europea de Justicia para obtener una interpretación de esta última con respecto a alguna materia sujeta al Tratado de Roma⁽⁴⁶⁾. Del mismo modo, es pertinente anotar que, dado el carácter privado del pacto arbitral y la consideración de la libre competencia como un asunto de orden público económico comunitario, es evidente que las decisiones arbitrales no pueden tener efectos *erga omnes*, pues solamente las partes han habilitado a los árbitros para dirimir un conflicto entre ellas de manera definitiva.

Uno de los temas que fue objeto de preocupación en la Unión Europea, tenía que ver con una práctica recurrente, según la cual, las partes de un contrato decidían suscribir un pacto arbitral, el cual señalaba que los conflictos que se presentaran entre dichas partes serían dirimidos por un tribunal de arbitramento en Suiza y bajo las leyes de Suiza como normatividad aplicable al contrato principal. La razón por la cual esto representaba un motivo de preocupación, radicaba en la neutralidad tradicionalmente asumida por

(43) En Inglaterra, por ejemplo, la jurisprudencia ha llegado a esta conclusión: *English High Court. Commercial Division. ET Plus SA v. Welters*, sentencia del 7 de noviembre de 2005.

(44) Ver, por ejemplo, el fallo de la Corte Europea de Justicia, en el caso 126-97 de *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*. La doctrina internacional tiene numerosos escritos al respecto: KIRRY, "Arbitrability in Europe", cit., p. 386; DALHUISSEN, "The Arbitrability of Competition Issues", in: *11 Arbitration International 151* (1995), pp. 151-162; BEECHEY, "Arbitrability of Antitrust/Competition Issues", in: *12 Arbitration International 2*, 1996, p. 181; LEW, Julian, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana, London, 1978, pp. 425-427; LEW, Julian, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Capítulo 7. "Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction", CCLS, Londres, 1986, p. 79; BLESSING, MARC, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1999, pp. 182-183. Para una crítica sobre la arbitrabilidad de asuntos sobre libre competencia: WERNER, "Application of Competition Law by Arbitrators - the step too far", in: *Journal of International Arbitration 21*, 1995.

(45) BLESSING, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, cit., p. 182.

(46) Así lo determinó la Corte Europea de Justicia en el Caso *Nordsee Deutsche v. Reederei Mond 102/81 ECR 1095* (1982). El Tratado de Roma confiere a las cortes de los países miembros la posibilidad de dirigirse a la Corte Europea de Justicia con el fin de obtener una interpretación que garantice un cierto margen de uniformidad en los países miembros respecto de la aplicación de algunas disposiciones sobre libre competencia. Los árbitros no pueden acudir a este mecanismo, ya que no son equiparados a las cortes de dichos países en este aspecto. Con todo, sí pueden solicitar a una corte estatal que eleve la respectiva solicitud ante la Corte Europea de Justicia.

Suiza en el plano internacional, lo cual implicaba que en dicho país se inaplicasen las normas sobre libre competencia, contenidas en el Tratado de Roma.

En consecuencia, la preocupación se centraba en la posibilidad de que las partes, al acudir a un arbitraje en Suiza y al estipular una normatividad aplicable que es ajena a las normas comunitarias, evadieran la aplicación de las normas comunitarias.

Las preocupaciones fueron significativamente disipadas en los últimos años, pues la jurisprudencia suiza estableció que los tribunales arbitrales tenían el deber de aplicar las normas comunitarias sobre libre competencia económica, aunque el tribunal arbitral tuviese su sede en Suiza y el derecho aplicable a los méritos de la controversia fuese las leyes de este o de otro país⁽⁴⁷⁾. Por supuesto, esta conclusión se fortalece en la medida en que el caso tenga una conexión cercana con las normas comunitarias en materia de libre competencia, tal como se desprende del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza (PIL), el cual, en su artículo 19, señala que una ley diferente a aquella que haya sido escogida por las partes y cuyas disposiciones sean susceptibles de ser aplicadas en forma imperativa, podrá ser aplicada si, de acuerdo con los postulados de Suiza, los intereses de una de las partes en cuanto a la aplicación de dicha ley son legítimos y prevalentes, y el caso concreto tiene una conexión cercana con dicha ley. Ello puede ocurrir

porque la práctica restrictiva surta sus efectos en el territorio de la Unión Europea⁽⁴⁸⁾ o porque el trámite para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral sea susceptible de ocurrir en uno de los países de la Unión Europea⁽⁴⁹⁾.

La experiencia suiza también sirve para distinguir la institución de la arbitrabilidad objetiva de la de orden público. La arbitrabilidad de una controversia no depende de la eventualidad de que el tribunal arbitral aplique o no una norma de orden público, independientemente de que ésta tenga o no una conexión cercana con las partes o la transacción. Cuestión diferente es que dicho tribunal arbitral deba o no tener en cuenta la referida norma de orden público en el caso concreto.

Así las cosas, es evidente la posibilidad de someter al arbitraje las controversias sobre libre competencia económica en la Unión Europea. Dicha posibilidad está condicionada a la observancia, por parte de los árbitros, de algunas facultades y limitaciones, las cuales tienen que ver principalmente con las potestades exclusivas de la Comisión Europea en relación con esta materia.

5.2. Arbitrabilidad de materias de propiedad intelectual

En general, los aspectos sobre propiedad intelectual también son susceptibles de ventilarse en un proceso arbitral⁽⁵⁰⁾. En este sentido, resulta pertinente

(47) Corte Suprema Federal de Suiza, Sentencia del 28 de abril de 1992, Citada por BLESSING, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, cit., p. 247.

(48) HOCHSTRASSER, Daniel, "Choice of Law and 'foreign' mandatory rules in International Arbitration", in: *11 Journal of International Arbitration*, 1994, pp. 73-75; DALHUISSEN, "The Arbitrability of Competition Issues", cit., p. 161.

(49) *Loc. cit.*

(50) BLESSING, Marc, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", in: *12 Arbitration Internacional*.

la distinción entre aquellas materias de propiedad intelectual sujetas a registro y las que no están sujetas a dicho requisito⁽⁵¹⁾.

En la Unión Europea se acepta la arbitrabilidad de controversias sobre marcas y patentes, especialmente en países como Suiza, ya que en este último la declaratoria, por parte de los árbitros, de la nulidad de una patente, constituye una causal para la revocación de dicha patente por parte de la autoridad competente⁽⁵²⁾. Por el contrario, la arbitrabilidad sobre una materia relativa a una patente en países como Alemania, Inglaterra, Holanda y Francia no permite que la declaratoria de nulidad de una patente dé lugar a la revocatoria de la misma por parte de la autoridad competente. En consecuencia, las decisiones arbitrales en este aspecto tienen apenas un efecto *inter partes*⁽⁵³⁾.

En cuanto a los derechos de propiedad intelectual no sujetos a registro, se ha establecido su plena arbitrabilidad. La única posible excepción se encuentra en el tema de los derechos de autor, ya que la arbitrabilidad de esta materia, al menos en países como Francia, se encuentra condicionada a que no se afecten los derechos fundamentales del titular del derecho⁽⁵⁴⁾.

En conclusión, la Unión Europea también acepta la arbitrabilidad de controversias sobre derechos de propiedad

intelectual. Sin embargo, cuando el derecho correspondiente está sujeto a registro, la decisión arbitral reviste, por lo general, un efecto *inter partes*, pues se le confiere primacía a las autoridades competentes para decidir si hay lugar o no a la revocación del derecho de propiedad intelectual del que se trate. Si el derecho respectivo no se encuentra sujeto a registro, entonces no hay lugar, por regla general, a limitar la arbitrabilidad de la materia. En últimas, los asuntos de propiedad intelectual resultan arbitrables, pero existen diferencias respecto del alcance de los laudos arbitrales, dependiendo del tipo de materia involucrada en el caso concreto.

5.3. Arbitrabilidad de controversias de derecho laboral

En Europa, en contraste con los Estados Unidos, no se puede decir que se acepta plenamente la arbitrabilidad de las controversias relativas al derecho laboral⁽⁵⁵⁾. Con todo, la Corte de Apelaciones de Grenoble, Francia, ha proferido fallos en los cuales ha refrendado la arbitrabilidad de controversias en materia laboral. En un primer pronunciamiento, dicha corporación refrendó la arbitrabilidad en materia laboral, basándose en el retiro, por parte de Francia, de la reserva de comercialidad contenida en el artículo 1(3) de

(51) Dentro de las primeras, se pueden mencionar, entre otras, a las patentes y a las marcas, mientras que en la segunda categoría se pueden mencionar los derechos de autor, el know-how y los secretos industriales, entre otras.

(52) BLESSING, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", pp. 200-202.

(53) *Loc. cit.*

(54) BLESSING, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", cit., p. 207.

(55) Por ejemplo, el artículo 1678(2) del Código Judicial de Bélgica establece que todo pacto arbitral que sea suscrito con antelación al surgimiento de un conflicto entre las partes, es nulo *ipso jure* si la controversia respectiva cae bajo el espectro de la competencia del Tribunal Laboral. Por su parte, el artículo 806 del Código de Procedimiento Civil de Holanda, consagra una solución similar.

la Convención de Nueva York⁽⁵⁶⁾. En otros términos, con el retiro de la reserva, Francia decidió que aplicaría este instrumento para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, sobre la base de que las controversias entre las partes emanasen de una relación legal, sin que ésta necesariamente debiese ser de carácter comercial. Por lo tanto, una diferencia de tipo laboral cabría dentro de un trámite de reconocimiento y ejecución del respectivo laudo en Francia, conforme a la Convención de Nueva York. También se señaló que los asuntos laborales son arbitrables, si la controversia surge en desarrollo de un contrato internacional⁽⁵⁷⁾.

5.4. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en Europa

En Europa, también existe un tratamiento favorable frente a la arbitrabilidad objetiva de una controversia. Aun cuando no se advierte el mismo grado de elaboración jurisprudencial que existe sobre la materia en los Estados Unidos, es evidente que hay una presunción de arbitrabilidad en muchas materias que se consideraban del resorte exclusivo de las cortes.

No en vano, se ha reconocido la arbitrabilidad de materias sujetas al Tratado de Roma, que es el instrumento internacional que regula la libre competencia en el ámbito comunitario. Las diferencias existentes entre el régimen de libre competencia de los Estados Unidos y de la Unión Europea, reflejan las diferencias en torno a la amplitud con la cual los árbitros pueden abordar las respectivas mate-

rias en uno u otro escenario. En este sentido, la presencia de la Comisión Europea, con sus consiguientes facultades para supervisar el cumplimiento de las normas comunitarias sobre libre competencia económica, genera una limitación en cabeza de los árbitros, pues éstos no pueden tomar ciertas decisiones que competen exclusivamente a la Comisión.

6. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El propósito fundamental de este trabajo, ha sido el de ilustrar la evolución de la arbitrabilidad objetiva de controversias, con base en la jurisprudencia proferida por las cortes de los Estados Unidos y Europa. En últimas, esta aproximación a la materia nos permite evidenciar la ampliación o extensión paulatina de dicha institución jurídica en el plano internacional. Ello, a su turno, posibilita abordar la prospectiva jurídica del derecho arbitral en el ámbito latinoamericano, particularmente en lo que respecta al estado actual y al futuro de la arbitrabilidad objetiva de controversias.

No hemos pretendido abordar, en consecuencia, otros aspectos de sustancial relevancia en materia de arbitrabilidad, como lo son, por ejemplo, la determinación de una ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva de controversias o la correcta tipificación o caracterización legal que debe recibir esta institución jurídica, bien sea que se le catalogue como un elemento del pacto arbitral o que simplemente se le considere o tipifique como una cuestión de política legislativa de cada Estado.

⁽⁵⁶⁾ Corte de Apelaciones de Grenoble. *Compagnie Francaise Technique d'Etanchéité v. Dechavanne*, 13 de septiembre de 1993, citada por FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 342.

⁽⁵⁷⁾ Corte de Apelaciones de Grenoble, sentencia del 7 de diciembre de 1994, citada por KIRRY, "Arbitrability in Europe", cit., p. 388.

Las siguientes son algunas de las conclusiones y perspectivas que emergen de la evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad objetiva de controversias en el arbitraje internacional:

- La arbitrabilidad objetiva de controversias es la regla general y no la excepción en el comercio internacional;
- La arbitrabilidad objetiva de controversias supone un proceso de ponderación de competencias entre los tribunales de arbitramento y las cortes judiciales. En desarrollo de este proceso, resulta crucial la credibilidad y confianza que genere el arbitraje en los respectivos Estados;
- La arbitrabilidad objetiva de controversias es un asunto de política legislativa. Es el legislador quien debe determinar la frontera entre las materias arbitrables y las que no lo son;
- Quizás la técnica legislativa más razonable consista en establecer una presunción general de arbitrabilidad, para luego señalar expresamente un bloque de materias no arbitrables. A nuestro juicio, esta técnica legal ofrece varias ventajas significativas: (i) aporta seguridad jurídica, pues la arbitrabilidad es el principio general y las materias excluidas se consagran taxativamente como excepción; (ii) difiere la determinación primaria de la arbitrabilidad al legislador, lo que previene, de alguna manera, los conflictos de competencias entre las cortes judiciales y los tribunales de arbitramento; y (iii) como consecuencia de lo anterior, se le da un tratamiento a la arbitrabilidad como un asunto de política legislativa de cada Estado, lo que consulta, en últimas, la verdadera filosofía o razón de ser de esta institución jurídica.
- Si una de las partes hace caso omiso del pacto arbitral y decide ventilar los méritos de la controversia ante las cortes de la justicia ordinaria, estas últimas, con base en el artículo II. 3 de la Convención de Nueva York, deben remitir a las partes al arbitraje, salvo que encuentren, al cabo de un examen sumario, que la controversia es manifiestamente no arbitrable. Bajo el principio de kompetenz-kompetenz son los árbitros los jueces iniciales y provisionales de su propia competencia, lo que incluye el análisis de la arbitrabilidad;
- En el ámbito latinoamericano, es preciso alertar sobre el riesgo de una indebida interpretación judicial de aquellas normas arbitrales que niegan la arbitrabilidad de materias que interesan al orden público⁽⁵⁸⁾. La correcta interpretación de estas normas, radica en impedir la arbitrabilidad de este tipo de materias, en el entendido de que el legislador, por razones de interés público o social, las haya asignado a la competencia exclusiva de los jueces estatales. De lo contrario, los tribunales arbitrales denegarían justicia y quedarían sin efecto otras normas y principios básicos de

⁽⁵⁸⁾ Por ejemplo, la Ley General de Arbitraje de Perú, en su artículo 1(3), señala como no arbitrables las materias que interesan al orden público.

las legislaciones arbitrales⁽⁵⁹⁾, lo que desconoce los más elementales principios de interpretación de la Ley;

- Como corolario de lo anterior, los árbitros pueden y deben aplicar normas de orden público, sin que el asunto comprometa la arbitrabilidad de la respectiva controversia. Los árbitros pueden decretar la nulidad absoluta de un contrato privado o estatal.
- No es extraño asumir que los propios Estados, al negar la arbitrabilidad de determinadas materias en sus legislaciones y jurisprudencias aplicables al arbitraje, terminen reconociendo la arbitrabilidad de las mismas materias al someterse al arbitraje internacional. Piénsese, por ejemplo, en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión, en los cuales los Estados se comprometen a observar unos estándares mínimos de protección a las inversiones cobijadas por dichos tratados en sus territorios. Si el Estado respectivo, por ejemplo, decidiese aplicar una potestad o prerrogativa contractual vigente en su régimen de contratación estatal (i.e. un acto de caducidad del contrato), es posible que el inversionista afectado, con fundamento en el mismo tratado, acuda directamente al arbitraje internacional de inversión ale-

gando la violación de un estándar de protección previsto en el tratado (i.e. el trato justo y equitativo o el principio de protección a las inversiones, por ejemplo), con ocasión de la referida actuación del Estado receptor. En ese evento, el tribunal arbitral podrá referirse a la viabilidad jurídica de la actuación del Estado, pese a que esta situación sea considerada como no arbitrable en la legislación o jurisprudencia de dicho Estado. En otras palabras, los Estados, al suscribir instrumentos del derecho internacional que estimulan el flujo de inversiones hacia y desde sus países, también están abriendo el campo para la arbitrabilidad de controversias otrora consideradas como no arbitrables al interior de sus fronteras. No podría el Estado, en consecuencia, ir en contra de sus propios actos –non concedit venire contra factum proprium–, al desconocer, a posteriori, sus compromisos internacionales⁽⁶⁰⁾.


- Si un Estado acepta la arbitrabilidad de cierto tipo de materias sometidas a un arbitraje internacional, sus cortes no deberán hacer una revisión de fondo sobre los méritos del laudo al momento de tramitar el reconocimiento y ejecución

⁽⁵⁹⁾ En particular, si no se permitiese el arbitraje de materias que interesan al orden público, entonces no podrían los árbitros decretar la nulidad absoluta de un contrato, pues la nulidad es un asunto que interesa al orden público. Si esta interpretación fuese correcta, se eliminaría el principio fundamental de la separación del pacto arbitral, el cual es reconocido por la inmensa mayoría de legislaciones y reglamentos arbitrales. Para citar nuevamente el ejemplo peruano, tendríamos que afirmar que una interpretación errónea del artículo 1(3) de la Ley General de Arbitraje, entrañaría una inexplicable inaplicación del artículo 106 de dicha normatividad, el cual consagra la doctrina o principio de la separación del pacto arbitral.

⁽⁶⁰⁾ En este punto, resultan ilustrativos los artículos 177(2) del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza y 2(2) de la Ley 60 de 2003 de Arbitraje de España. En ambas disposiciones se consagra la prohibición de que el Estado, al acudir a un arbitraje internacional, alegue su incapacidad o el carácter no arbitrable de la controversia, a la luz de su propio derecho.

de un laudo arbitral, a la luz del artículo V.2.b de la Convención de Nueva York, relativo a la causal de orden público; y

- Los tribunales de arbitramento no son simples guardianes de la voluntad de las partes, ni beneficiarios incondicionales de un estado de cosas que favorece la arbitrabilidad de diferentes tipos de controversias.

Los tribunales arbitrales deben aplicar los postulados de orden público, pues administran justicia, así sea transitoriamente. De este equilibrio entre el respeto hacia la voluntad de las partes y el respeto hacia disposiciones vigentes en el derecho de los Estados, dependerá en últimas la credibilidad del arbitraje y su difusión exitosa. 

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO

Por: JULIO CÉSAR RIVERA (*)

SUMARIO: I. Introducción. Principios generales. 1. Explicación de la problemática. II. Elección de la ley por las partes del contrato. 2. El principio básico: Autonomía de las partes para elegir la ley aplicable. 2.1. Reconocimiento del principio. 2.2. Fuentes internacionales. 2.3. Derechos locales sobre arbitraje. 2.4. La elección de la ley aplicable en los reglamentos arbitrales. 3. Extensión de la facultad de las partes de elegir la ley aplicable. 4. Efectos de la elección del derecho aplicable. 5. Límites a la elección del derecho aplicable. Remisión. 6. La elección de la ley aplicable al contrato en el derecho argentino. 6.1. Principio general. 6.2. Contrato internacional. 7. La elección de la ley aplicable al contrato en los países miembros del Mercosur. 8. Alternativas en la elección del derecho aplicable. 8.1. Elección de un derecho neutral. 8.2. Elección de más de una ley (*depeçage*). 8.3. Elección parcialmente negativa. III. Elección totalmente negativa: El contrato sin ley. 9. La importancia del tema. 10. Distinciones previas. 11. Contrato autorregulado. 12. Elección de reglas de derecho no estatales. 13. Fuentes que autorizan la elección de reglas no estatales. 13.1. Fuentes internacionales. 13.2. Leyes nacionales. IV. Elección de la ley aplicable por jueces y árbitros. 14. Introducción. 15. Elección por los jueces. 16. Elección por los árbitros. 16.1. La solución en algunas leyes nacionales. 16.2. Ley modelo. 16.3. Reglamentos arbitrales. 16.4. Aplicaciones concretas. 16.4.1. Casos en que los árbitros pueden resolver bajo reglas de derecho no estatales. 16.4.2. Casos resueltos por aplicación de reglas de derecho no estatales. 16.4.3. El caso de la elección de la *natural justice* y la resolución por los Principios

(*) Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Socio fundador de Julio César Rivera Abogados.

Unidroit. 16.4.4. Otros casos de aplicación de los principios Unidroit. 17. Derecho argentino. 17.1. Proyecto de Reformas al Código Civil de la comisión designada por Decreto 468/92. V. Límites a la elección de la ley. 18. Planteo del tema. 19. Distintos supuestos. 19.1. Insuficiencia de la ley elegida. 19.2. Interpretación extensiva de los usos del comercio internacional. 19.3. Orden público, normas imperativas y normas de policía. 19.3.1. Algunas "imprecisiones" terminológicas. 19.3.2. Aplicación por los jueces de reglas imperativas. 19.3.3. Los árbitros y las leyes imperativas. 19.3.4. Aplicación de normas de policía de sistema legal distinto a la *lex contractus*. 19.3.5. Conclusiones sobre las normas de policía de un sistema legal ajeno a la *lex contractus*. VI. Otras cuestiones. 20. Las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. 21. Actuación del Tribunal como amigable componedor.

I. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

1. Explicación de la problemática

La cuestión del derecho de fondo aplicable al litigio no es materia propia del derecho del procedimiento de arbitraje, sino más bien un capítulo relevante del derecho de los contratos y del derecho internacional privado.

Sin embargo, los reglamentos arbitrales suelen contener algunas directivas sobre el punto; y más allá de ello, la materia tiene una relevancia crucial al tiempo de decidir si se incluye o no una cláusula arbitral, si se somete o no una cuestión a la resolución de árbitros, y por supuesto en el desarrollo de un arbitraje ya comenzado.

Por ello, la individualización del derecho de fondo aplicable al litigio y conforme al cual han de laudarse los árbitros, constituye un punto esencial del procedimiento arbitral. Esto es lo que justifica que los reglamentos arbitrales contemplan la cuestión dentro de las reglas de

procedimiento y es lo que nos impone darle un espacio importante a esta altura del discurso.

II. ELECCIÓN DE LA LEY POR LAS PARTES DEL CONTRATO

2. El principio básico: Autonomía de las partes para elegir la ley aplicable

Un principio esencial en el derecho del comercio internacional es el de autonomía de las partes para elegir la ley por la cual se ha de regir el contrato internacional.

2.1. Reconocimiento del principio

Se apunta por los autores especializados en el derecho internacional privado que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos –comprendiendo en ello a las fuentes nacionales e internacionales– acepta expresamente el principio de autonomía de voluntad, normando en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección del derecho aplicable⁽¹⁾.

(1) WEINBERG, Inés M., *Derecho Internacional Privado*, 3ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 255.

Aclaremos que por ahora estamos hablando de la atribución o facultad de las partes de elegir una ley estatal. Más adelante nos referiremos a otras opciones que pueden ejercer las partes y su eficacia.

2.2. Fuentes internacionales

Entre las convenciones internacionales tiene especial relevancia la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convención de Roma de 1980), cuyo artículo 3 consagra el principio de autonomía aludido⁽²⁾.

Este principio inspira también las soluciones de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y de la Convención de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías de 1986. Ellas establecen el principio de autonomía, lo mismo que la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada por la conferencia de derecho internacional privado llevada a cabo en México (1994)⁽³⁾, la cual prevé expresamente en su art. 7 conforme al cual “El contrato se rige por la ley elegida por las partes”, complementado por el art. 9 que dispone “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. Tam-

bién tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales”. Como veremos más adelante, del art. 9 transcrito resulta que el contrato puede no estar enmarcado en un ordenamiento jurídico determinado, sino en la costumbre comercial internacional; el artículo 10 de la misma convención dispone consecuentemente que “se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”⁽⁴⁾.

En el ámbito propio del arbitraje, consagran el principio la Convención Europea de 1961 (art. VII), la resolución adoptada por el internacional Law Institute el 12.9.89 en Santiago de Compostela⁽⁵⁾ y la ley modelo UNCITRAL se expresa en su artículo 28, Normas aplicables al fondo del litigio, en el que –en lo pertinente– dispone:

El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado de-

(2) Artículo 3.1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias; aunque la elección no es libérrima, pues conforme al 3.3. “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’”.

(3) Esta Convención no ha sido ratificada por la República Argentina.

(4) WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 256.

(5) Artículo 6: “Las partes tienen completa autonomía para determinar las reglas procesales y sustantivas y los principios aplicables en el arbitraje”.

terminado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

En una orientación semejante está el acuerdo Mercosur que bajo el acápite “derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral”, en su art. 10 dispone que “las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieron en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

2.3. *Derechos locales sobre arbitraje*

Las leyes nacionales sobre arbitraje también reconocen este principio; así, el art. 1496 del nuevo código de procedimiento civil francés establece que “el árbitro debe resolver la disputa de acuerdo a las reglas de derecho elegidas por las partes”; se dice por los autores que esta norma permite a los árbitros omitir toda consideración acerca de la eficacia de este pacto bajo la ley que lo gobierna⁽⁶⁾. También reconocen este principio de autonomía en la elección de la ley el código de procedimientos holandés (art. 1054); la English Arbitration Act (art. 46); la ley alemana (art. 1051)⁽⁷⁾ y naturalmente las leyes que han seguido a la Ley Modelo UNCITRAL.

2.4. *La elección de la ley aplicable en los reglamentos arbitrales*

En este punto parece existir una absoluta coincidencia de los reglamentos arbitrales, aunque como veremos cada uno de ellos tiene matices para el caso en que las partes hayan omitido elegir el derecho aplicable.

Por ahora nos limitamos a exponer que el reglamento UNCITRAL establece en su art. 33.1:

El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

En idéntico sentido se expresa el art. 33.1 del reglamento CIAC:

Y el reglamento ICC, en su artículo 17 bajo el acápite Normas jurídicas aplicables al fondo, dice:

1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. En todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.

⁽⁶⁾ En cambio algunos autores creen que ese escrutinio sería necesario de acuerdo a la ley suiza de derecho internacional privado (artículo 187).

⁽⁷⁾ FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, Kluwer, the Netherlands, 1999, N° 1422, p. 785.

3. Extensión de la facultad de las partes de elegir la ley aplicable

Los reglamentos y fuentes internacionales que hemos transcrito en el número precedente parecen establecer el mismo principio, esto es, el que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden elegir el derecho aplicable al litigio.

Sin embargo, a poco que se preste atención a la letra de cada una de esas disposiciones se advierten diferencias que –como veremos– no son menores a la hora de interpretar la extensión de la libertad de las partes para la elección del derecho aplicable.

Así, el reglamento ICC dice que las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que han de aplicarse al caso⁽⁸⁾; mientras que el reglamento UNCITRAL dice que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan elegido (ídem el reglamento CIAC); y el acuerdo Mercosur autoriza a elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional.

La diferencia es enorme, pues el reglamento ICC está autorizando la elección de un cuerpo no estatal de normas; por ello este punto lo tratamos más abajo, al referirnos a la posibilidad de elegir un derecho no estatal.

Por lo demás, las partes pueden elegir más de una ley nacional para regir distintos aspectos del contrato, lo que se conoce como *depeçage*; así, pueden haber optado por una ley estatal para regir la celebración e interpretación del contrato, pero haber omitido hacerlo para la validez, el cumplimiento y la extinción del mismo⁽⁹⁾ (sobre el *depeçage* v. infra n° 8 B)

4. Efectos de la elección del derecho aplicable

Mediante la elección del derecho aplicable al contrato, las partes excluyen la aplicación del derecho que las normas de conflicto del juez –o las que eventualmente pudieran constreñir a un árbitro– indican como aplicable al contrato.

De allí deriva que el contrato queda excluido de la aplicación de las normas coactivas del derecho que resultaría aplicable según las reglas de conflicto del juez y la pertinente sumisión del contrato a las reglas coactivas y dispositivas del derecho elegido⁽¹⁰⁾.

5. Límites a la elección del derecho aplicable. Remisión

Los efectos de esa elección son más complejos que lo que resulta de la

(8) Usan esa expresión también los reglamentos AAA, LCIA y OMPI: v. DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, trad. De MARTÍNEZ VALDÉS, Fernando, Oxford, México, 2001, p. 267. También la Ley Modelo UNCITRAL que hemos transcrito antes.

(9) Tal fue el caso que se planteó en el arbitraje ICC identificado como *Westinghouse vs. Republic of Philippines*; en el que los árbitros decidieron conforme a la ley suiza de derecho internacional privado cuál era la ley aplicable: v. CRAIG, Lawrence W. / PARK, William W. / PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana – ICC, 2000, N° 17.02, pp. 324-325.

(10) BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, 2004, LexisNexis, p. 658 y ss.

formulación que venimos de exponer, pues restaría por lo menos determinar:

- si en ejercicio de su autonomía, las partes podrían excluir también las reglas coactivas del derecho seleccionado, mediante la incorporación al contrato de estipulaciones contrarias a ese derecho elegido como aplicable⁽¹¹⁾;
- cuál es el rol de las normas de policía del juez;
- cuál es el rol de las normas de policía de un ordenamiento no elegido por las partes pero que guarda una estrecha conexión objetiva con el contrato.

En definitiva podríamos simplificar la cuestión circunscribiéndola a la determinación de cuáles son los límites a la elección de la ley por las partes, o por quienes lo hagan ante su omisión, lo que tratamos más abajo.

6. La elección de la ley aplicable al contrato en el derecho argentino

6.1. Principio general

En el derecho argentino las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato internacional⁽¹²⁾, lo que tiene fundamento

en el artículo 1197 del Código Civil argentino que dispone que los contratos obligan a las partes como la ley misma, consagrando así la libertad contractual que comprende incluye la libertad de configurar el contrato, dentro de lo cual se inserta la determinación de la ley aplicable.

Sobre el punto enseña Goldsmichdt que la aceptación de la autonomía interna lleva implícita la aceptación de la autonomía conflictual⁽¹³⁾. El proyecto de reformas al código civil elaborado por la comisión designada por decreto 468/92 preveía expresamente que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (art. 947)⁽¹⁴⁾.

Ello impone determinar qué se entiende por contrato internacional para lo cual hay que discernir las fuentes internas de las fuentes convencionales.

6.2. Contrato internacional

Para el código civil, contrato internacional es aquél en el cual el lugar de celebración y el lugar de ejecución están en distintos Estados⁽¹⁵⁾. Por ello, en defecto de elección el contrato celebrado en el extranjero se sujeta a la ley del lugar de celebración, y el celebrado en la república –para ser cumplido dentro o fuera de ella– a la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210 cód. civil).

⁽¹¹⁾ Opinión que sostiene BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, cit., a partir de p. 664.

⁽¹²⁾ Conf. CN Com., sala E, 20.10.81, Banco de Río Negro y Neuquén c/ Independencia Transportes Internacionales, ED 97-604; MALBRÁN, Manuel E., “Autonomía contractual y ley subsidiaria en el derecho argentino”, ED 98-865; no hay posibilidad de elegir una ley extranjera en el caso del contrato absolutamente interno: BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 658 y ss.

⁽¹³⁾ GOLDSCHMIDT, cit., Nº 179 a), p. 191.

⁽¹⁴⁾ Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.

⁽¹⁵⁾ WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 252.

Pero Argentina ha ratificado numerosas convenciones internacionales, entre ellas la Convención de La Haya sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías de 1986 (ley 23916) y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (ley 22765). Para ambas el contrato es internacional cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Como consecuencia de la ratificación de estas convenciones se dice en la doctrina argentina que coexisten dos calificaciones de contrato internacional, la que emana de las fuentes internas que toma en consideración exclusivamente el lugar de celebración y ejecución, y la que emana de las convenciones que considera internacional al contrato cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

De todos modos estas calificaciones son hoy insuficientes. Desde nuestro punto de vista la calificación de contrato internacional debería extenderse a contratos en los que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes aunque no sean contratos de compraventa de mercaderías; y en general a todos aquéllos contratos en los cuales están comprometidos los intereses del comercio internacional, traspasa los límites de la economía interna o, en definitiva, está vinculado a distintos ordenamientos jurídicos relevantes⁽¹⁶⁾.

Y si el contrato es internacional las partes pueden elegir tanto un derecho que tenga una relación objetiva con el contrato como un derecho neutral.

Más adelante veremos si en derecho argentino sería válida la elección de un derecho no estatal.

7. La elección de la ley aplicable al contrato en los países miembros del Mercosur

Ya hemos visto que el acuerdo Mercosur dispone que “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes” (art. 10).

Sin embargo el principio de autonomía en la elección del derecho aplicable al contrato no es uniformemente aceptado en los Estados miembros.

El profesor oriental Siegbert Rippe ha estudiado el tema⁽¹⁷⁾ e informa –coincidiendo con lo que hemos dicho– que en Argentina no hay inconveniente en que las partes elijan el derecho aplicable; ello enraiza en el principio de la autonomía de la voluntad; en los usos prácticos y costumbres consagrados por su habitual aceptación en la vida real; y en la ratificación de las convenciones internacionales que aceptan este principio (Viena y La Haya, citadas).

En cambio en Uruguay la tendencia es francamente opuesta. Los tribunales uruguayos en particular rechazan la autonomía de la voluntad en esta materia

(16) WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 253-254.

(17) RIPPE, Siegbert, “Problemas de derecho internacional privado en materia de contratos comerciales internacionales con especial referencia a la aplicabilidad imperativa de los Principios del Proyecto Unidroit en los Estados partes del Mercosur”, en: *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di JOACHIM BONELLI, M. / SCHIPANI, Sandro, Padova, 1996, p. 51.

y declaran la competencia prácticamente irrestricta de la ley del lugar de ejecución del contrato; sin perjuicio de algunas acciones personales que pueden ser ejercidas ante el juez del domicilio del demandado.

Brasil seguía una tendencia semejante a la uruguaya, pero la actual ley de arbitraje establece en su artículo 2 que las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas al arbitraje, siempre que no violen las buenas costumbres y el orden público (inc. 1); admitiendo también expresamente que las partes pueden convenir que el arbitraje se realice con base en los principios generales de derecho, los usos y costumbres y las reglas internacionales del comercio (inc. 2).

De tal norma ha derivado la interpretación de que las partes pueden elegir la ley aplicable al mérito de la disputa⁽¹⁸⁾, pues el dispositivo comprende tanto la posibilidad de elegir leyes de fondo como normas procesales⁽¹⁹⁾. En este sentido se pronunció el 1er tribunal de Alçada Civil de San Pablo, reconociendo la posibilidad de las partes de elegir una ley diversa a la brasileña para dirimir la controversia. Este precedente es de mucha importancia pues supera la duda que aquejó a la doctrina brasilera por más de seis décadas acerca de si las partes de contratos internacionales podían elegir libremente la ley aplicable o si en función de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley de introducción al código civil (que establece que la

ley aplicable al contrato sería la del lugar en que este ha sido firmado), era de observancia obligatoria. En este sentido esclarece el tribunal que:

“(...) no ha de invocarse la ley introductoria al código civil, que sólo tiene aplicación cuando hubiere omisión o controversia respecto del derecho aplicable. Como la Lei (de arbitraje), en su artículo 2º, permite que las partes puedan libremente escoger las reglas de derecho que serán aplicables al arbitraje, no se verifica el impedimento argüido”⁽²⁰⁾.

Mientras que la legislación paraguaya se inclina en general por la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, a la vez que en este caso es competente la justicia del lugar del país; también lo es cuando el demandado se domicilia en él.

8. Alternativas en la elección del derecho aplicable

La elección del derecho aplicable al contrato presenta diversas alternativas que es preciso examinar.

8.1. Elección de un derecho neutral

Tradicionalmente se exigió que la elección de las partes recayera en una

⁽¹⁸⁾ WALD, Arnoldo y GARCÍA DE FONSECA, “Arbitration in 24 jurisdictions worldwide”, in: *Global Arbitration Review*, 2006, Nº 6, p. 35.

⁽¹⁹⁾ CRETILLA NETO, José, *Comentários á lei de arbitragem brasileira*, Editora Forense, Rio do Janeiro, 2004, Nº 9, pp. 42-43.

⁽²⁰⁾ FERREIRA LEMES, Selma, “A Arbitragem no Brasil”, conferencia dictada en el I Seminario UADE sobre Arbitraje Comercial Internacional, Buenos Aires, septiembre 2005.

ley (estatal) que tuviera una conexión objetiva con la sustancia del contrato; en otras palabras, las partes no podían elegir una ley que no tuviera conexión con la disputa⁽²¹⁾.

Este enfoque del tema está virtualmente abandonado hoy en día –al menos en el ámbito del arbitraje– siendo reconocida la atribución de las partes de elegir un derecho neutral, esto es que no tenga una relación ni con las partes ni con los lugares de celebración o ejecución del contrato.

Tal elección de un derecho neutral puede deberse a muy diversas causas, pero generalmente se vincula a la posibilidad de que la ley elegida sea un punto de equilibrio entre contratantes de muy diversa cultura jurídica; así, Fouchard, Gaillard y Goldman dicen que el derecho sueco y el derecho suizo son elegidos frecuentemente para regir contratos entre empresas privadas occidentales y empresas estatales rusas o chinas⁽²²⁾.

La elección de un derecho neutral es reconocido en muchos sistemas legales y en la jurisprudencia arbitral⁽²³⁾.

8.2. Elección de más de una ley (*depeçage*)

Una práctica que viene siendo aceptada es la elección de distintas leyes para gobernar distintas partes del contrato. Un caso que ya hemos visto es la determinación de una ley para el convenio arbitral distinta de la que rige al contrato principal. Esta práctica, identificada generalmente con la expresión francesa *depeçage* está autorizada por el art. 3 de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En la misma orientación se pronuncian varios reglamentos arbitrales⁽²⁴⁾ y el proyecto de reformas al código civil elaborado por la comisión designada por decreto 468/92⁽²⁵⁾.

8.3. Elección parcialmente negativa

Es válida la cláusula por la que se estipula que un determinado derecho o ley nacional no será aplicable al contrato y a la resolución de la disputa, previsión convencional que normalmente está destinada a asegurar la neutralidad de la elección de la ley por los árbitros (o los jueces) en casos en que no han podido ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable⁽²⁶⁾.

(21) En esta orientación aun hoy están los Estados Unidos; v. Restatement (Second) of Conflicts of Laws, # 187 (1971), citado por FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1435, p. 793.

(22) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit.

(23) *Ibidem*, informan que el laudo arbitral ICC N° 1598 (1971) aceptó la elección del derecho suizo en un caso entre una parte danesa contra partes búlgara y etíope.

(24) El segundo párrafo del artículo 3.1 de la Convención de Roma dice: "Para esta elección las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato". V. también las Reglas AAA, artículo 28.1; Reglas LCIA, artículo 22.3; Reglas SCC, artículo 24.1.

(25) El artículo 947 de ese Proyecto preveía: "Las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte separable del contrato" reconociendo en la nota que tal atribución está reconocida en el derecho internacional privado de los Estados Unidos.

(26) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1442, p. 801.

III. ELECCIÓN TOTALMENTE NEGATIVA: EL CONTRATO SIN LEY

9. La importancia del tema

Una de las posibilidades que –al menos teóricamente– existe, es que las partes opten por celebrar lo que se denomina contrato sin ley, lo cual como se verá admite por lo menos dos variantes: el contrato totalmente desvinculado de cualquier ordenamiento y el contrato sin ley estatal, o en otros términos, el contrato sujeto a un cuerpo normativo no estatal (la *lex mercatoria*, los Principios Unidroit, etc).

Este fenómeno es objeto de estudios recientes; entre ellos merece destacarse que el XVII congreso de la academia internacional de derecho comparado, llevado a cabo en Utrecht en 2006, dedicó una de sus sesiones a esta temática.

Pero además es preciso puntualizar que el tema tiene especial interés cuando se lo vincula al arbitraje pues, como veremos en su momento, las leyes estatales suelen dar una mayor amplitud de elección a las partes cuando se trata de una disputa que ha de ser resuelta por arbitraje; algunos de los reglamentos arbitrales autorizan a los árbitros a elegir normas no estatales; en muchos arbitrajes concretos ello ha sucedido y por ende los árbitros han resuelto por la aplicación de la *lex mercatoria* o los Principios Unidroit. Y, finalmente, el arbitraje y la *lex mercatoria* tienen una estrecha relación, en tanto en el arbitraje se suele invocar la *lex mercatoria* y a su vez los laudos arbitrales son una fuente que permite conocer la *lex mercatoria* en sus aplicaciones prácticas.

De allí que esta temática merece un examen cuidadoso, que intentaremos hacer en los párrafos que siguen.

10. Distinciones previas

Hemos anticipado que dentro de los matices que puede tener la selección de una ley aplicable al contrato, hay dos modalidades que pueden ser identificadas bajo la expresión “contrato sin ley”.

Una de esas modalidades es la del contrato autorregulado, en que las partes excluyen toda ley y/o regla de derecho, de modo que el contrato se constituya en la única fuente de los derechos y obligaciones de las partes.

Otra es la del contrato en que las partes han seleccionado un ordenamiento jurídico no estatal, como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comercial internacional, los usos y costumbres del comercio internacional, los Principios Unidroit o una convención internacional que de por sí no sería aplicable a ese contrato.

Como ambos casos son sustancialmente distintos, serán examinados separadamente.

11. Contrato autorregulado

Con la expresión contrato autorregulado se identifica el pacto por el cual las partes excluyen la aplicación al contrato de toda legislación estatal o no estatal, determinando que sólo el contrato habrá de constituir la fuente de derechos y obligaciones de las partes.

Esta es una cláusula rara en la práctica, pero se conocen algunas convenciones

que en definitiva persiguen el mismo resultado, al establecer que el derecho estatal tendrá un rol meramente subsidiario o que en caso de conflicto entre la ley y el contrato prevalecerá este último⁽²⁷⁾.

Cabe comenzar señalando que en la materia ha regido durante mucho tiempo el criterio sentado por la corte internacional de justicia, según el cual “todo contrato que no es un contrato entre Estados en tanto que sujetos del derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional”⁽²⁸⁾; conclusión reproducida por la casación francesa muchos años después en otra célebre sentencia⁽²⁹⁾. De lo cual resulta que el contrato no puede existir sin el socorro de un sistema jurídico que, de una parte, preside el establecimiento de la relación obligatoria y que, por otro lado, confiere a cada contratante el poder de constreñir a la otra parte a cumplir sus obligaciones⁽³⁰⁾.

Sin embargo la cuestión no es tan clara en el momento actual, pues alguna parte de la doctrina acepta que la au-

tonomía comprende la exclusión de todo ordenamiento nacional⁽³¹⁾, con el único límite del orden público internacional del tribunal⁽³²⁾.

¿Pero acaso ello significa que puede pactarse que la disputa se resolverá solo con el contrato, excluyendo el mismo de cualquier ley o norma jurídica (rules of law)?.

Algunos argumentos a favor de este criterio han sido vertidos por la doctrina.

El primero, que el contrato en sí mismo es un conjunto de reglas de derecho.

El segundo se funda en la naturaleza del arbitraje internacional. Se dice que el arbitraje es de origen convencional y que por lo tanto los árbitros no necesitan de una *lex fori* para justificar el carácter obligatorio del contrato.

Sin embargo en el XVII congreso de la academia de derecho comparado que trató este tema del “contrato sin ley”, la tesis no encontró eco. Por el contrario, los informes nacionales coincidieron

(27) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1440, p. 799 y nota 68 en p. 798, informan sobre casos resueltos sobre las siguientes cláusulas: (i) la que establecía que el contrato se regía por “el derecho francés, sujeto a las explícitas excepciones contenidas en este contrato”; (ii) o aquella en que se elegía un derecho estatal “en la medida en que no sea contrario a las estipulaciones de este contrato” (casos ICC 6257 y 6136).

(28) Corte Internacional de Justicia, 12.7.29, *Emprunts serbes et brésiliens*, citado por Gannagé, Léna, *Le contrat sans loi en droit international privé étatique*, Rapport général, 17ème congrés de l'Académie internationale de droit comparé.

(29) Cour de Cassation, 21.6.50, *Messageries Maritimes*, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4eme ed., Paris, Dalloz, 2001, N° 22, p. 199.

(30) GANNAGÉ, cit.; Ancel-Lequette, comentario a *Messageries Maritimes*, lug. cit.

(31) En su Segunda Versión el Párrafo Cuarto del Preámbulo de los Principios Unidroit, a los que nos referiremos con mayor extensión más adelante, disponen que “*Estos principios pueden ser aplicados cuando las partes no han elegido ninguna ley para gobernar su contrato*”; y la doctrina suele reconocer la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos comerciales internacionales en caso de exclusión por las partes de cualquier derecho nacional (*negative choice*); pero como veremos la posibilidad de que el contrato esté regido por reglas de derecho no estatales es una hipótesis distinta y diferenciada del contrato que no está regido más que por sí mismo.

(32) GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8va. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1992, N° 179, p. 195.

en señalar la imposibilidad de que el contrato no esté en manera alguna ligado a una ley nacional; así, el informe estadounidense retoma la vieja idea de la corte internacional en el sentido de que lo que hace ejecutable el contrato no es la sola fuerza de la voluntad de las partes sino la legislación de un Estado, desde que la coerción es monopolio del Estado; y el informe noruego llega a apuntar que aun los contratos sujetos a la *lex mercatoria* o los principios UNIDROIT están en definitiva ligados a un ordenamiento nacional⁽³³⁾.

Y aun autores de enorme prestigio en el mundo del arbitraje como Fouchard-Gaillard-Goldman rechazan la posibilidad del contrato sin ley. Según su juicio, frente a una cláusula contractual que invite a los árbitros a no aplicar ninguna ley nacional, los árbitros tienen sin embargo la libertad de aplicar las normas jurídicas que ellos consideren apropiadas, como si las partes no hubieran hecho ninguna elección. En esos casos, una vía para dar efecto a la voluntad de las partes, sin ir tan lejos como aceptar que el contrato no se rige por ninguna regla de derecho, sería aplicar los

principios generales de derecho antes que las reglas de una ley nacional. Un análisis cuidadoso de laudos que han aceptado los contratos sin ley que los gobierne muestra que en los hechos los árbitros han considerado necesario aplicar los principios generales de derecho⁽³⁴⁾.

12. Elección de reglas de derecho no estatales

Un caso distinto del anterior, y que es propiamente lo que hoy se conoce como contrato sin ley, o con más precisión contrato sin ley estatal, es la estipulación convencional conforme a la cual el contrato será regido por reglas de derecho no estatales, como la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho comercial internacional, los usos y costumbres del comercio internacional, los principios para los contratos comerciales internacionales UNIDROIT o una convención internacional que –de no mediar el acuerdo de las partes– no sería aplicable al caso⁽³⁵⁾.

Este caso es distinto al anterior pues estas fuentes constituyen reglas de derecho

(33) SYMEONIDES, informe de los Estados Unidos; Moss, informe noruego, ambos al XVII congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

(34) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1440, pp. 800/801. En esta orientación puede mencionarse un laudo rendido en el año 2001 en el cual el contrato no hacía referencia a ninguna ley nacional, las partes no habían podido acordar en la aplicación de ninguna ley nacional e indicaban que el texto del contrato destacaba su *naturaleza comercial* y que estaría gobernado “por sus propias cláusulas”. Además, en sus escritos las partes se habían referido a los “usos comerciales”, “costumbres en los mercados internacionales”, “usos del comercio internacional”, “costumbres del comercio internacional”, “costumbres básicas del comercio” y la *lex mercatoria* internacional. En ese caso el tribunal arbitral resolvió aplicar las estipulaciones estrictas del contrato, y cuando fuera necesario los usos del comercio aplicables a los contratos internacionales con el mismo alcance que el contrato y los principios generales del derecho de los contratos expresados en lo que es conocido como *lex mercatoria* y aplicados como tales por tribunales arbitrales en casos comerciales internacionales (caso ICC N° 10076), citado por GRIGERA NAÓN, Horacio, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, in: *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Vol. 289, 2001, nota 257, pp. 242-243.

(35) Por ejemplo: las partes eligen la Convención Internacional de Mercaderías de Viena de 1980 que no sería aplicable por ejemplo porque una de las partes tiene establecimiento en un país no signatario.

(o normas jurídicas) que como tales encajan en las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales que exigen que los árbitros motiven su decisión en *rules of law* (traducidas en algún caso como normas jurídicas: art. 17.1 del Reglamento ICC).

13. Fuentes que autorizan la elección de reglas no estatales

En este punto expondremos las soluciones propuestas por algunas fuentes internacionales, que autorizan a las partes y en ciertos casos aun a los tribunales estatales y arbitrales a recurrir a reglas de derecho no estatales para regir los contratos internacionales o las disputas causadas en ellos.

13.1. Fuentes internacionales

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado llevada a cabo en México (1994),⁽³⁶⁾ prevé expresamente en su art. 9 que “El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales”. De ello resulta que el contrato puede no estar enmarcado en un ordenamiento jurídico determinado,

sino en la costumbre comercial internacional; el artículo 10 de la misma Convención dispone consecuentemente que “se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”⁽³⁷⁾.

Sobre esta convención se argumenta que si ella misma remite, para cierto casos, a las costumbres y principios del derecho comercial internacional, no puede sino concluirse que las partes han de tener la libertad de elegir esos principios para regir su contrato, pues sería absurdo que estos principios pudieran regir el contrato en caso de ausencia de elección y no cuando las partes los hubiesen individualizado específicamente para regir su relación jurídica⁽³⁸⁾.

Por su lado la Comisión Europea ha publicado la proposición del reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que abre incontestablemente la puerta a la admisibilidad del contrato sin ley estatal (aun delante de los tribunales estatales), en tanto propone modificar la versión actual del artículo 3 de la Convención de Roma de 1980 autorizando a las partes a “elegir como ley aplicable los principios y reglas de derecho material de los contratos, reconocidos a nivel internacional o comunitario”.

⁽³⁶⁾ Esta Convención no ha sido ratificada por la República Argentina.

⁽³⁷⁾ WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 256.

⁽³⁸⁾ HERNÁNDEZ-BRETÓN, informe venezolano al XVII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Finalmente es importante destacar que la ley Modelo UNCITRAL sigue el criterio más amplio en cuanto se trata de la elección de la ley por las partes, pues emplea la expresión “rules of law” que ha sido traducida en la versión española por normas de derecho. Así, el artículo 28, bajo el acápite Normas aplicables al fondo del litigio prevé:

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Cabe apuntar que algunos autores han interpretado que tal expresión “normas de derecho” en la Ley Modelo se referiría a las convenciones internacionales pero no autorizaría la elección de normas tales como la *lex mercatoria* o los usos del co-

mercio internacional, tesis que es rechazada por otros⁽³⁹⁾. La cuestión no es baladí porque muchos ordenamientos estatales – entre ellos los de varios países latinoamericanos– han adoptado la Ley Modelo.

13.2. Leyes nacionales

Las leyes nacionales suelen hacer un distingo importante, pues se presenta una clara tendencia a autorizar la selección de reglas de derecho no estatales cuando el posible conflicto haya de ser dirimido por vía de arbitraje. Pero, como veremos, no se aprecia la misma liberalidad cuando las disputas hayan de ser resueltas por los jueces estatales.

- a) Elección por las partes cuando los conflictos hayan de ser resueltos por árbitros.

Un grupo importante de leyes autoriza la elección *por las partes* de reglas de derecho no estatales cuando se trata de una cuestión que ha de someterse a arbitraje. Según el informe Gannagé, se orientan en este sentido Alemania, Québec, las provincias anglosajonas de Canadá, Croacia, Francia⁽⁴⁰⁾, Italia, Japón, Serbia y Suiza⁽⁴¹⁾, a las que cabe agregar Inglaterra⁽⁴²⁾ Egipto y

(39) Entre los que postulan que la expresión de la Ley Modelo autoriza la elección de reglas de derecho transnacionales como la *lex mercatoria* o los usos del comercio internacional: FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., Nº 1444, pp. 802/803.

(40) La fuente es el artículo 1496 del NCP, incorporado en 1981, que alude a “reglas de derecho” y que unánimemente interpretado en el sentido de que autoriza a las partes y a los árbitros en defecto de elección por aquéllas, a seleccionar reglas transnacionales: FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., Nº 1444, p. 802; en el mismo sentido Cour d’Appel Paris, 25.6.93, *Revue d’Arbitrage* 1993-685.

(41) La ley suiza de derecho internacional privado dispone en el artículo 187 que las partes pueden elegir reglas de derecho, lo que se interpreta como que pueden determinar la aplicación de la *lex mercatoria*.

(42) Según la doctrina la Arbitration Act (1996) autoriza la elección de la *lex mercatoria* en el artículo 46.1.b), que dice que si las partes lo acuerdan *el tribunal arbitral decidirá la disputa “in accordance with such other*

México⁽⁴³⁾; mientras que sólo Hungría y República Checa limitan la elección a una ley estatal;

- b) Elección por las partes cuando los conflictos hayan de ser resueltos por jueces pero la cuestión es distinta cuando se trata de: (i) elección por las partes de un ordenamiento no estatal cuando la cuestión ha de ser resuelta por jueces estatales; y (ii) determinación de si el juez estatal puede elegir un derecho no estatal para regir un contrato en el que las partes no han hecho ninguna elección.

Con respecto a la primera cuestión, las leyes estatales suelen respetar la elección de un ordenamiento no estatal, pero con una diferencia fundamental. Para ellas, el ordenamiento no estatal (los usos y costumbres del comercio internacional, la *lex mercatoria*), se incorpora al contrato en función del principio de autonomía de voluntad, y por ello queda sujeto a los límites impuestos por la ley estatal aplicable al contrato.

En otras palabras, esta situación de elección de un derecho no estatal, se equipara a la situación de no elección de ley aplicable al contrato; con lo cual las normas imperativas de la ley objetivamente aplicable al contrato desplazan al derecho no estatal elegido por las partes⁽⁴⁴⁾.

De lo cual deriva que mientras para los casos que han de resolverse ante tribunales arbitrales la elección de reglas de derecho no estatales importa una verdadera elección de derecho, para las leyes estatales y las jurisdicciones estatales cuando las cuestiones a que da lugar ese mismo contrato deben resolverse ante una jurisdicción estatal, la elección tiene el mero valor de una estipulación convencional sujeta a los límites de la ley estatal objetivamente aplicable al contrato.

Pueden presentarse como excepciones los derechos de Venezuela y los Estados de Oregon y Lousiana en Estados Unidos que reconocen expresamente la posibilidad de que las partes elijan reglas no estatales que rigen el contrato, sin recurrir a la doctrina de la incorporación. Venezuela ha ratificado la Cidip II y de allí se deduce la facultad de elegir los principios del comercio internacional⁽⁴⁵⁾. La codificación del Estado de Oregon al referirse a la puesta en ejercicio de la facultad de elección ha usado la palabra “derecho” en vez de la palabra “ley” y el comentario oficial que acompaña a la codificación alude expresamente a que las partes pueden designar un modelo de reglas o de principios citando expresamente a los Principios Unidroit⁽⁴⁶⁾.

considerations as are agreed by them or determined by the tribunal”. V.: REYMOND, Claude, “L’Arbitration Act 1996. Convergence et originalité, Revue de l’Arbitrage 1997-45.

(43) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1444, p. 802.

(44) BONELL, Joachim, “The Unidroit Principles and Transnational Law”, in: *Revue de Droit Uniforme*, 2000-2-199, en particular N° II.1, p. 201.

(45) La Convención Interamericana también ha sido ratificada por México.

(46) V. el informe del profesor SYMEONIDES al XVII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

La segunda incógnita es –como decíamos– si el juez estatal puede elegir un derecho no estatal para que rija un contrato en el que hay ausencia de elección de ley o derecho.

En tal hipótesis las leyes estatales exigen del juez la elección de una ley estatal, entre otras razones porque el propio método del derecho internacional privado impone la individualización de una ley aplicable al contrato⁽⁴⁷⁾.

Como excepción a ello podríamos indicar exclusivamente la solución de la Cidip II, aplicable en los países que la han ratificado, como Venezuela, pues ese texto expresamente autoriza a tener en consideración reglas de derecho no estatales.

IV. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE POR JUECES Y ÁRBITROS

14. Introducción

Si las partes no han elegido la ley aplicable, porque simplemente lo han omitido o porque no se pusieron de acuerdo sobre el punto, los ordenamientos jurídicos suplen tal omisión determinando mecanismos para hacerlo a través de las normas de conflicto.

Ahora bien; el funcionamiento de tales mecanismos no es el mismo según que la disputa deba ser resuelta por jueces o por árbitros; lo cual en alguna medida reproduce la dicotomía a que hemos aludido cuando se trata de autorizar a las partes a elegir un ordenamiento jurídico no estatal.

Por ello, hemos de estudiar el tema según la determinación de la ley aplicable quede en manos de los jueces o de los árbitros.

15. Elección por los jueces

El tema no genera dificultades. Los jueces, ante la ausencia de elección de ley aplicable por las partes, deben aplicar las normas de conflicto que los lleven a la individualización del derecho estatal bajo el cual el caso se resolverá.

Enfatizamos estatal porque como ya lo hemos visto, la norma de conflicto necesariamente conduce a individualizar una ley estatal, excluyendo así la posibilidad de que el juez pueda terminar resolviendo en función de la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho comercial internacional; estos a lo sumo le servirán como elementos útiles para interpretar el derecho estatal de fondo que debe aplicar.

16. Elección por los árbitros

16.1. La solución en algunas leyes nacionales

De acuerdo al material presentado en el XVII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, cuando se trata de suplir la omisión de las partes por los árbitros, los derechos alemán, checo, italiano, húngaro y serbio, se inclinan por limitar la elección a una ley estatal. En cambio autorizan a los árbitros a resolver conforme a *reglas de derecho* las legislaciones suiza, croata, quebequense y francesa.

16.2. Ley modelo

La ley modelo UNCITRAL dispone en el art. 28.2:

Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley

⁽⁴⁷⁾ BONELL, *The Unidroit Principles and Transnational Law*, y lug., cit.

que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Es decir que, como algunos reglamentos que veremos seguidamente, la elección de los árbitros no es libérrima, sino que debe resultar de las normas de conflicto. Pero como el tribunal arbitral no tiene foro, no está constreñido a aplicar las normas de conflicto del país sede, sino las que “estime aplicables”.

Este sistema restringe la elección de los árbitros en tanto las normas de conflicto deberían remitirlo necesariamente a un derecho estatal.

16.3. Reglamentos arbitrales

Los reglamentos UNCITRAL y CIAC siguen a la Ley Modelo.

En cambio el reglamento ICC dice que

“Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”⁽⁴⁸⁾.

Como ya se ha visto la expresión normas jurídicas o normas de derecho re-

sulta más amplia que ley, pues mientras esta última restringe la elección a normas sancionadas por un Estado, la primera admite que las partes desvinculen la elección de las normas estatales, pudiendo por ello sujetar la decisión del caso a los principios generales del derecho comercial, a la *lex mercatoria* o a los Principios UNIDROIT⁽⁴⁹⁾.

De modo pues que atribuye al tribunal arbitral la elección sin ligarlo con ninguna norma de conflicto⁽⁵⁰⁾, como en cambio hacía el reglamento en una versión anterior. Es decir que los árbitros tienen el poder de decidir directamente cuáles normas de derecho se aplican al caso sin estar constreñidos a justificar y explicar su elección en la aplicación de normas de conflicto⁽⁵¹⁾.

Sin embargo la práctica arbitral bajo las reglas ICC muestra que los árbitros no resuelven esta cuestión arbitrariamente, sino que siguen algunos criterios identificables. Así, se dice que los árbitros suelen tener en cuenta: (i) la norma de conflicto de la sede del arbitraje; (ii) acumulativamente las normas de conflicto de los países que tengan una relación con la disputa; (iii) los principios generales de derecho internacional privado; y (iv) una norma de conflicto elegida directamente por los árbitros⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ Usan esa expresión también los reglamentos AAA, LCIA y OMPI: v. DERAIS-SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, cit., p. 267. También la ley modelo UNCITRAL que hemos transcrita antes.

⁽⁴⁹⁾ CRAIG, PARK y PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., N° 17.01, p. 319; DERAIS y SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, cit., p. 268.

⁽⁵⁰⁾ CRAIG, PARK y PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., N° 17.02, p. 323.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 329.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, a partir de N° 1540, p. 867.

16.4. Aplicaciones concretas

En la práctica los tribunales arbitrales han hecho aplicación de reglas de derecho no estatales en distintas situaciones, tales como contratos pretendidamente autorregulados, elección negativa o contratos tan internacionalmente expandidos que es imposible elegir una ley estatal.

Joachim Bonel –quien ha tenido participación decisiva en la elaboración de la primera y segunda versión de los Principios UNIDROIT– señala que ellos son frecuentemente invocados por los árbitros en sus decisiones. Pero una cosa es que sean invocados como apoyo de la argumentación, para interpretar el derecho estatal aplicable o para complementarlo, y otra situación absolutamente distinta es que los árbitros resuelvan conforme a tales Principios o a la *lex mercatoria*, los usos del comercio internacional o a cualesquiera otras reglas de derecho no estatales.

16.4.1. Casos en que los árbitros pueden resolver bajo reglas de derecho no estatales

Por empezar hay que definir en qué casos concretamente los árbitros pueden prescindir de todo derecho estatal para encontrar la solución exclusivamente en reglas de derecho no estatales, lo cual no es sencillo y da lugar a numerosas cuestiones.

En principio parece claro que la *lex mercatoria* puede aplicarse cuando las partes la han elegido como sistema para resolver su conflicto, sea al tiempo de la celebración del contrato o en etapas posteriores, sea explícita⁽⁵³⁾ o implícitamente a partir de la exclusión de toda ley nacional, aunque ciertos ordenamientos nacionales lo autorizan también cuando ello es requerido por las necesidades del comercio internacional⁽⁵⁴⁾.

Ruiz Abou-Nigm sistematiza las posibles hipótesis diciendo que los árbitros pueden resolver por reglas de derecho no estatales:

- a. cuando las partes rechazan la aplicación de una ley nacional (negative choice);
- b. cuando la elección de las partes equivale a la ausencia de toda elección de una ley nacional;
- c. cuando la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional;
- d. Cuando las partes, expresa o implícitamente pretenden que su contrato sea gobernado por reglas y principios “neutrales” no derivados de ninguna ley nacional;
- e. cuando el contrato es gobernado por una ley nacional pero es imposible encontrar una regla aplicable al conflicto específico⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Se reconocen diversas fórmulas que implican elegir la *lex mercatoria*; por ejemplo: “principios generales del derecho comercial internacional”, principios transnacionales de derecho”, “principios de derecho internacional”, “reglas o usos del comercio internacional”, etc.

⁽⁵⁴⁾ Ruiz, Abou-Nigm, cit., cita artículo 1496 del Código de Procedimiento Civil de Francia; artículo 1054 del Código de Procedimiento de los Países Bajos; y artículo 834 del Código de Procedimientos de Italia; nota 52 en página 107.

⁽⁵⁵⁾ Ruiz, Abou-Nigm, cit., N° IX, pp. 109/110; muchos de estos casos han sido tomados de la jurisprudencia arbitral; v. también GRIGERA NAÓN, cit.

De todos modos la misma autora señala que por regla general la *lex mercatoria* constituye un complemento del derecho nacional aplicable al caso y un valioso instrumento de adaptación de ese derecho nacional a las necesidades del comercio internacional.

Y con extrema prudencia Grigera Naón apunta que aun ante un texto tan permisivo como el artículo 17.1 del Reglamento ICC, los árbitros deben actuar con suma cautela antes de concluir que el contrato está regido por la *lex mercatoria* en ausencia de una estipulación explícita o implícita de las partes en este sentido; y en realidad deberían adoptar esta conclusión solo excepcionalmente pues no mediando una estipulación en tal sentido las partes podrían ser sorprendidas por el hecho de que su contrato aparezca regido por reglas o principios que no estaban claramente establecidos y que fueron elegidas por los árbitros lo que podría no haber sido anticipado por las partes cuando acordaron el arbitraje⁽⁵⁶⁾.

Por ello los casos en que los tribunales arbitrales han hecho aplicación de reglas de derecho no estatales parten en primer lugar de la elección de las partes.

16.4.2. Casos resueltos por aplicación de reglas de derecho no estatales

Siguiendo la exposición de Grigera Naón⁽⁵⁷⁾ encontramos:

- un laudo de 1989 (caso ICC n° 5926), en el cual las partes habían determinado que el contrato se regiría por los principios generales del

derecho comercial internacional, y el tribunal consideró que no debía apartarse de tal elección común de las partes en tanto ella era justificada por las circunstancias del caso, en que las partes y el contrato tenían diferentes y múltiples contactos con diferentes sistemas legales nacionales;

- En la misma orientación se pronunció un laudo de 1993 en el caso ICC 7032; el tribunal arbitral con sede en Ginebra ponderó que tanto en el contrato como en el acta de misión las partes habían establecido que todos los puntos litigiosos serían resueltos por aplicación de los usos y los principios del comercio internacional, a los que el tribunal definió como:

“las reglas que no son extraídas de un solo orden jurídico estatal, sino que son desenvueltas sea de la comparación de los derechos nacionales, sea directamente de fuentes internacionales tales como las convenciones internacionales en vigor o no, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales”.

Agregando el tribunal arbitral que las partes, en sus escritos, se refirieron “a las reglas establecidas por la jurisprudencia arbitral internacional y que ellas entendieron no someterse a un derecho nacional. Ninguna disposición impide a las partes hacer tal elección, por lo que el tribunal arbitral hará entonces aplicación de estos principios generales tal como han sido definidos”.

⁽⁵⁶⁾ GRIGERA NAÓN, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, cit., p. 242.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, nota 256 en pp. 241-242.

- Un tribunal arbitral con sede en Copenhage se enfrentó a un caso en el cual las partes habían acordado que la ley aplicable debería ser los principios generales de derecho aplicables en Europa Occidental dejando al tribunal arbitral decidir cuáles son sus contenidos (caso ICC 6778, 1991)⁽⁵⁸⁾;
- En otro caso las partes –una francesa, la otra inglesa– habían establecido en el Acta de Misión que “el derecho aplicable al fondo del litigio está constituido por los principios comunes al derecho inglés y francés y en ausencia de tales principios comunes, a los principios generales del derecho del comercio internacional tal como son aplicados por los tribunales nacionales e internacionales” (caso ICC 7547, 1993).
- En 1996, en el laudo dictado en el caso ICC 8331, el tribunal ponderó que las partes habían acordado que los árbitros deberían aplicar los acuerdos relevantes entre las partes y, en la extensión en que el tribunal arbitral lo encuentre necesario y apropiado, los Principios UNIDROIT.

El mismo autor señala que algunos tribunales han considerado estar autorizados a ponderar la *lex mercatoria* o los principios generales del comercio internacional cuando han estado investidos del poder de resolver como amigables componedores o *ex aequo et bono*⁽⁵⁹⁾.

16.4.3. El caso de la elección de la *natural justice* y la resolución por los Principios Unidroit

Un caso muy interesante, y que requiere una explicación detallada, es el que se planteó entre dos partes estatales⁽⁶⁰⁾ con motivo de una serie de nueve contratos en los que las partes nunca eligieron ningún derecho nacional para regirlos y por el contrario usaron expresiones como que “las disputas serían resueltas”:

- por arbitraje ICC en La Haya (contrato 1);
- por amigable resolución entre las partes (contrato 2);
- finalmente resueltas “according to natural justice” por arbitraje ICC en París (contratos 3, 4 y 5);

⁽⁵⁸⁾ Publicado en *Journal du droit international* 1018 (1993).

⁽⁵⁹⁾ En un caso el tribunal arbitral después de advertir que en muchos precedentes bajo las reglas ICC actuando como amigables componedores los árbitros habían hecho aplicación de la *lex mercatoria*, estableció: “Que si este principio no implica que los árbitros actuando como amigables componedores tienen la obligación de referirse a reglas transnacionales (...) ello es particularmente adaptado en caso de dispersión de los elementos de vinculación de suerte que el contrato es plenamente internacional (...)” por lo que el tribunal decidirá en cuanto al fondo de acuerdo a los “principios generales del derecho internacional” (1996, París, caso ICC 8655); En 1998, caso ICC 9669 el tribunal arbitral que actuaba como amigable componedor, lisa y llanamente resolvió que “el árbitro aplicará los términos del contrato entre las partes y los principios generales del derecho comercial internacional a la luz de las específicas circunstancias del caso” (ambos citados por Grigera Naón, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, y *lug. cit.*

⁽⁶⁰⁾ Eran una compañía inglesa y una agencia gubernamental del Oriente Medio; el laudo parcial se identifica por el caso ICC N° 7110.

- las que no fueran amigablemente resueltas lo serían “according to the laws of natural justice”, por arbitraje (sin indicar lugar ni reglas) (contrato 6);
- las que no fueran amigablemente resueltas lo serían “according to natural justice”, por arbitraje (sin indicar lugar ni reglas) (contrato 7);
- las que no fueran amigablemente resueltas deberán serlo por arbitraje en uno de los Estados de los contratantes (contrato 8);
- las que no fueran amigablemente resueltas deberán serlo por arbitraje en uno de los Estados de los contratantes; en este caso el contrato disponía también que (i) cuando las reglas que gobiernen los procedimientos omitan la solución (“are silent”) los procedimientos serán gobernados por cualesquiera reglas que las partes o en su defecto las partes puedan determinar “in accordance with the rules o natural justice”; y (ii) en todas las materias no expresamente contempladas en las reglas establecidas en el anexo (...)” los árbitros deberán actuar en el espíritu de esas reglas y la “natural justice” y deberán hacer todos los esfuerzos para asegurar que el laudo será ejecutable en derecho.

Las partes decidieron someter el conflicto a un arbitraje ICC en La Haya. Obviamente plantearon posiciones sustancialmente diferentes respecto del derecho aplicable al caso.

La demandante sostuvo que no habiendo elección de la ley ni explícita ni implícita, pretendía la aplicación de lugar

de la firma del contrato por ser la *lex loci contractus* una regla generalizada en la compraventa internacional. Argumentó que la expresión “natural justice” es demasiado vaga y que no existe consenso entre los juristas acerca de su contenido y no ofrece al tribunal arbitral reglas precisas para decidir las disputas.

La demandada pretendía también la aplicación de una ley nacional o, alternativamente, los principios generales del derecho. Argumentó que las expresiones “natural justice”, “the laws of natural justice” y “the rules of natural justice” tienen el mismo significado y se refieren a la buena fe procesal y no a la ley aplicable al fondo o al mérito de la cuestión. Y también señaló que a lo sumo esas expresiones referían a principios de equidad o moralidad, aunque recordando que el tribunal debía fallar de acuerdo a derecho y no en equidad; y que tales principios estaban desprovistos de identidad, no estaban suficientemente precisados como para permitir la resolución de una disputa comercial circunstancias que podrían afectar la ejecutabilidad del laudo.

El tribunal arbitral sentó varias reglas interesantes en materia de interpretación de los contratos internacionales.

La primera es que, de acuerdo a lo previsto en el reglamento ICC, la elección por las partes de un derecho aplicable al contrato puede ser expresa o implícita, por lo que en ausencia de la primera el tribunal puede indagar si en el contrato las partes han hecho una elección implícita.

La segunda es que los contratos no debían ser interpretados aisladamente, sino como expresiones interrelacionadas de una relación de largo término expandida por más de diez años.

Tercera: el hecho de que el contrato esté redactado en inglés no quiere decir que deba ser interpretado conforme a un derecho nacional en el que el inglés sea el lenguaje; es que el inglés es una herramienta de los contratos internacionales aun cuando las partes no provengan de un país anglófono; y con relación a la expresión “natural justice” no tiene significado en todos los países del common law, por ejemplo es desconocida en los Estados Unidos; y mucho menos la tiene en el caso cuando el contrato no está regido por el derecho inglés y cuando al menos una de las partes no proviene de un país del common law.

Cuarta: es un principio de interpretación aceptado por los sistemas legales y por la jurisprudencia arbitral, incluso bajo reglas ICC, que los contratos se interpretan contra proferentem en caso de duda o ambigüedad.

Quinta: las expresiones contenidas en contratos internacionales en los cuales la resolución de disputas se sujeta a arbitraje, deben ser entendidas de manera consistente con la naturaleza del método de resolución de conflictos elegido por las partes y su concomitante efecto no sólo sobre el procedimiento sino también sobre la ley que gobierna el fondo de la cuestión.

Sexta: que razones de coherencia y racionalidad, hacen que a una expresión que se repite en diversos documentos deba asignársele siempre el mismo sentido.

Séptima: la expresión “justice” usada en casi todos los contratos constituye el elemento esencial cuyo significado y alcance debe ser determinado. En este sentido es generalmente entendido como haciendo referencia no sólo al procedimien-

to arbitral sino también al tipo de solución sobre el fondo. Apunta el tribunal que analizando la expresión “justice” con el método del derecho internacional privado también llega a la conclusión de que conforme al derecho inglés ella alude al fondo y no sólo a los aspectos de procedimiento.

Y el tribunal arbitral concluye que:

- en el contrato no hay una elección expresa de una ley aplicable, ni de los países de las partes ni de un tercer país;
- la neutralidad con relación a la ley aplicable ha sido preocupación de importancia capital para las partes, evidenciada en el rechazo a la aplicación de la ley del país del otro así como por la ausencia de cualquier explícita o implícita referencia a las de un tercer país;
- las partes han fortalecido esa neutralidad conviniendo que las disputas serían resueltas por arbitraje comercial internacional, aunque sin otorgar al tribunal la posibilidad de resolver ex aequo et bono o como amigable componedor;
- de lo que solo puede ser concluido que ninguna ley nacional fue juzgada como adecuada o adaptada para gobernar tales transacciones sin el riesgo de perturbar el balance de neutralidad entre las partes;
- en consecuencia, cuando las partes negociaron y finalmente celebraron los contratos, sólo dejaron lugar a la aplicación de reglas legales generales y principios suficientes y adecuados para gobernar los contratos pero no originados en un es-

pecífico sistema legal nacional. Tal balance o neutralidad de la aplicación de la ley de fondo es una parte esencial de la justicia sustantiva esperada por las partes con relación a los contratos.

Y, agrega el tribunal arbitral, que tal elección negativa por las partes exige el mismo respeto que una elección expresa (el enfatizado nos pertenece); en consecuencia, para no afectar o romper el entendimiento común de las partes, el tribunal debe abstenerse de elegir una ley nacional para resolver la disputa.

Por lo demás el tribunal desestima, con variados y extensos argumentos, la posibilidad de encontrar la ley aplicable por vía de los métodos propios del derecho internacional privado, en cuanto llevarían a seleccionar una ley nacional cuya neutralidad no está garantizada

Y ponderando que en el contrato hay en alguna medida involucradas partes estatales por ambos lados, y que ellas han querido deslocalizar el contrato, la elección de la ley aplicable y la resolución de las disputas, llega a concluir que es menester preservar íntegramente la neutralidad del derecho aplicable.

En tales condiciones, el tribunal arbitral concluyó que el contrato debe estar regido por reglas legales sustantivas y principios adecuados a los contratos y a los hechos y circunstancias que los rodean los cuales, no correspondiendo a ningún ordenamiento nacional, satisfagan las preocupaciones de las partes acerca de la neutralidad del derecho aplicable. Las reglas sustantivas y principios que satisfacen estos requerimientos pueden

ser solamente reglas legales generales y principios relativos a las obligaciones comerciales internacionales y que gocen de un amplio consenso internacional, los cuales aun cuando no encerrados necesariamente en un específico sistema legal nacional, estén especialmente adaptados a las necesidades de transacciones internacionales como los contratos del caso y gocen de ese extenso consenso internacional.

Ahora bien; el tribunal arbitral se hizo cargo también de que ambas partes habían expresado su preocupación por la vaguedad de los principios generales y que de ello derivada la imposibilidad de ejecutar el laudo aunque más no fuera en Inglaterra.

Por lo cual el tribunal dijo que tomando estas circunstancias, encontraba que las reglas legales generales y los principios con amplio consenso internacional, aplicables a las obligaciones contractuales internacionales, están primeramente reflejados en los Principios Unidroit. Por lo que sin perjuicio de considerar las estipulaciones de los contratos del caso y los usos comerciales relevantes, el tribunal decide que los contratos del caso están gobernados y deben ser interpretados de acuerdo con esos Principios Unidroit en lo que esté dentro de su ámbito y en los que no por tales otras reglas legales generales, entre ellas los principios aplicables a las obligaciones contractuales que gocen de consenso internacional que pudieran ser considerados relevantes para la solución del caso.

La individualización de los Principios Unidroit fue justificada por el tribunal arbitral en distintas razones:

- ellos son el resultado de la labor de distinguidos juristas sin in-

tervención estatal, lo que garantiza alta calidad y neutralidad del producto;

- están inspirados en la Convención de Viena de 1980 que tiene un importante reconocimiento internacional;
- los contratos que causan la disputa son de venta de mercaderías y provisión de servicios con lo cual los Principios son especialmente adecuados para ser aplicados al caso;
- el Preámbulo de los Principios están específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos en que las partes han acordado que ellos estén regidos por reglas y principios generales; y
- superando la vaguedad de los principios generales, los Principios Unidroit están constituidos por enunciados claros y reglas específicas coherentemente organizados en una forma sistemática.

En el párrafo siguiente, veremos como los tribunales arbitrales han decidido en varios casos aplicar los Principios UNIDROIT a la resolución de los conflictos.

16.4.4. Otros casos de aplicación de los Principios Unidroit

Jolivet comenta varios casos en que los tribunales arbitrales han hecho mención o aplicación de los Principios Unidroit⁽⁶¹⁾.

Así en un laudo parcial dictado en 2001 en el caso ICC 11295, las partes habían acordado la aplicación de un derecho nacional pero el Acta de Misión estaba redactada de tal modo que autorizaba recurrir a otras reglas de derecho; si bien el árbitro único encontró que los Principios no proveían una solución específica al tema de la disputa, invocó algunos criterios generales emanados de los mismos que justificaban la solución legal aplicada al caso.

En un laudo final dictado en una causa en que las partes pretendían la aplicación de un derecho neutral, el árbitro dispuso resolver conforme a “las reglas y principios generales de los contratos internacionales o *lex mercatoria*” y declaró explícitamente que los Principios forman parte de la *lex mercatoria*⁽⁶²⁾, en tanto ellos constituyen una fiel transcripción de las reglas que los hombres de negocio reconocen como aplicables a los contratos internacionales, pero ello de todos modos no le impidió excluir algunas reglas del ámbito de la *lex mercatoria*, en particular el *hardship*⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ JOLIVET, Emmanuel, “The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration”, en: *UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, 2005 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC, Paris, 2005, p. 64, N° 2, p. 66.

⁽⁶²⁾ Se afirma en doctrina que las reglas establecidas en los Principios UNIDROIT gozan de la presunción de hacer parte de la *lex mercatoria*: SERAGLINI, Christophe, “Du bon usage des Principes Unidroit dans l’arbitrage international”, in: *Revue de l’Arbitrage 2003-1101*, N° 19, p. 1120; pero es una presunción relativa y admite prueba en contrario.

⁽⁶³⁾ JOLIVET, “The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration”, en: *UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, 2005 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC, cit., otros casos pueden verse en el mismo trabajo y en: Marrella, Fabrizio, Gélinas y Fabien, *Les Principes d’Unidroit*

17. Derecho argentino

Ninguna norma legal argentina autoriza –al menos de manera explícita– la elección de un derecho no estatal, tanto nos refiramos a la elección por las partes, por los jueces o por los árbitros.

Según la opinión de Boggiano, la referencia de las partes a la *lex mercatoria* ha de indicar reglas precisas y constantes, lo que equivale a su incorporación por vía de la autonomía material; agregando el autor citado que “La referencia a la *lex mercatoria* sin más parece no autorizar a los jueces a la aplicación de principios generales de gran latitud, prescindiendo de las normas de conflicto que le indican un derecho estatal del cual desprender una regulación precisa”... Por lo que “No cabe la referencia a la *lex mercatoria* como a un ordenamiento jurídico autónomo mediante una elección de las partes”⁽⁶⁴⁾.

Del mismo modo Boggiano opina que tanto los Principios UNIDROIT como los Principios de Derecho Contractual Europeo no son derecho, su autoridad proviene del prestigio científico de sus autores pero carecen del valor político de los gobiernos, por lo que las partes pueden incorporarlos como integradores o modificatorios de la *lex contractus*, pero no son un ordenamiento jurídico susceptible de una elección por las partes como un todo sistemático⁽⁶⁵⁾.

17.1. Proyecto de Reformas al Código Civil de la comisión designada por Decreto 468/92

Este proyecto propuso soluciones que rechazan la posibilidad del contrato sin ley. Así, el artículo 949 decía:

“Las partes pueden convenir el contenido normativo de su contrato, elaborando o incorporando normas sustanciales adaptadas al negocio de que se trate. También podrán desplazar las normas imperativas del derecho privado aplicable al contrato mediante cláusulas de contenido distinto, siempre que éstas no afecten el orden público internacional ni las disposiciones internacionales imperativas de la República”

y en su nota se aclaraba:

*“La elaboración por las partes de reglas materiales autónomas –que pueden incorporar modalidades de contratación de origen consuetudinario, como las cláusulas CIF, FOB, etc., o reglas de la llamada *lex mercatoria*, o instituciones conocidas en distintos órdenes jurídicos– no puede llegar al extremo de producir la destrucción total del estatuto contractual, de modo de*

relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage CCI, Vol. 10/2, ICC, Paris, 1999, p. 26; Marrella, Fabrizio, Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI, 1999-2001, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage CCI, Vol. 12/2, ICC, Paris, 2001, p. 52.

(64) BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 698-699.

(65) *Ibidem*, pp. 699-700.

configurar una suerte de contrato sin ley (enfaticado en el original). Para resguardar la coherencia del marco jurídico, las partes quedan sometidas en el ejercicio de su libertad de elección al límite del orden público internacional”.

gen tres casos en que se ha sustituido o limitado la elección de la ley que habían hecho las partes o los árbitros: el de la insuficiencia de la ley elegida; el de la interpretación extensiva de los usos del comercio internacional; y el de las denominadas lois de police.

V. LÍMITES A LA ELECCIÓN DE LA LEY

18. Planteo del tema

Se ha dicho que la libertad de las partes para elegir una ley aplicable al contrato constituye un principio universalmente reconocido. Pero la efectiva aplicación de la ley al contrato halla límites, y así los jueces y árbitros pueden –en ciertos casos– omitir la aplicación de la ley elegida sustituyéndola por otra.

Ello puede acaecer en distintas hipótesis que la doctrina ha sistematizado y que vamos a analizar inmediatamente

19. Distintos supuestos

De la práctica arbitral y de las legislaciones estatales o supranacionales, sur-

19.1. Insuficiencia de la ley elegida

En algunos laudos los tribunales arbitrales encontraron que la ley elegida no era suficientemente desarrollada o sofisticada como para regular en todo o en parte al contrato que daba lugar al conflicto y por ello la sustituyeron por otras leyes⁽⁶⁶⁾.

Esta concepción es notoriamente insatisfactoria, pues en realidad es una excusa para excluir la ley aplicable según la elección de las partes por otra a satisfacción de los árbitros. Es cierto que la ley elegida puede presentar lagunas, lo cual puede suceder en leyes no sofisticadas cuanto en la más desarrollada, pero en ese caso las lagunas se completan por la aplicación de la analogía o los principios extraídos de la ley o de las reglas de derecho que las partes han elegido⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Los casos paradigmáticos son: *Petroleum Development c/ The Sheikh of Abu Dhabi*, en el cual el árbitro único consideró que la ley de Abu Dhabi, elegida por las partes para regir el contrato no era suficientemente sofisticada para regir el contrato y la sustituyó por la ley inglesa en cuanto reflejo de principios universales de derecho; *Aramco*, en el cual se dijo que los vacíos de la ley de Arabia Saudita serían completados con los principios resultantes de la costumbre universal y práctica en la industria del petróleo y de ser necesario por insuficiencia de estos principios el tribunal tomaría en cuenta las soluciones reconocidas por la jurisprudencia y doctrina; y *SPP* donde también se alegó que la ley egipcia no era suficientemente desarrollada como para regir la cuestión por lo que la sustituyeron por principios del derecho internacional público. Citados y comentados por FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1512, a partir de p. 842.

⁽⁶⁷⁾ Los sistemas legales tienen un sistema de fuentes que permite superar las lagunas de las regulaciones concretas; en otras palabras el ordenamiento persigue su integridad; puede haber lagunas de la ley pero no del ordenamiento. En el derecho argentino se expresa diciendo que los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley (artículo 15, Código civil). De donde la solución que da el mismo Código es que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (artículo 16, Código civil).

Desde nuestro punto de vista un laudo que sustituyera la ley elegida por las partes por otra ley sería nulo y no debería obtener reconocimiento y ejecución bajo la Convención de New York, pues no es concebible un laudo ni una sentencia en el cual el árbitro o juez haya encontrado la solución fuera del sistema de fuentes del ordenamiento aplicable⁽⁶⁸⁾.

19.2. Interpretación extensiva de los usos del comercio internacional

Muchos ordenamientos imponen a los árbitros tener en cuenta los usos del comercio internacional, y según algunos criterios ello no se limita a los usos del tráfico del caso concreto (por ejemplo, los usos de la industria del petróleo) sino que se extiende a los principios generales del derecho comercial internacional extraídos del derecho comparado u otras fuentes internacionales.

Más allá de cual sea el contenido que se asigne a la expresión, lo cierto es que en ningún caso los árbitros están autorizados a sustituir o modificar la ley elegida bajo el pretexto de estar aplicando los usos del comercio internacional o los principios generales del comercio internacional⁽⁶⁹⁾. Aunque tales usos y principios pueden servir para interpretar o colmar las lagunas de la ley nacional, como lo prevén expresamente los Principios UNIDROIT en su preámbulo.

19.3. Orden público, normas imperativas y normas de policía

19.3.1. Algunas “imprecisiones” terminológicas

La aplicación por los jueces y árbitros de las normas imperativas y de las denominadas normas de policía es un tema sumamente complejo; complejidad a lo que de manera decisiva contribuyen las confusiones terminológicas.

⁽⁶⁸⁾ Hemos dicho antes que, siguiendo al profesor español BELTRÁN, Miguel, que:

- la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes;
- el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes, incurre en terrorismo judicial; no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado –en términos de justicia o injusticia– de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de Derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*: V., RIVERA, Julio César, “Límites de las facultades judiciales (en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho privado argentino)”, en: *LL 1999-D.-1299*; publicado también en: *Revista Crítica de Derecho Privado* (Montevideo – Uruguay) Nº 1, año 2004, p. 167; BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.

⁽⁶⁹⁾ FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., Nº 1514, p. 846. En la misma orientación y refiriéndonos a las facultades de los jueces hemos dicho antes de ahora que los principios generales no autorizan a sustituir la ley aplicable al caso pues no configuran una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado (GUASTAVINO, Elías, *Los principios generales del derecho*, Anales de la Academia de Córdoba, T. XVII y XVIII, p. 135-146). Por lo que su aplicación como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa legal o emanada de la costumbre aplicable al caso: Rivera, Potestades (...), citado.

En primer lugar porque deberían distinguirse adecuadamente las normas imperativas de las normas de policía, también llamadas de aplicación inmediata, normas rígidas, normas perentorias, etc.⁽⁷⁰⁾.

El criterio de distinción propiciado por Boggiano es que la expresión norma de policía se aplica a casos internacionales típicos; norma coactiva o imperativa se aplica a casos internos.

En esta orientación, la norma de policía presenta la estructura de una norma de conflicto unilateral inderogable, que remite al derecho propio exclusiva e inflexiblemente, no habiendo lugar para el derecho extranjero ni para la autonomía de las partes⁽⁷¹⁾. Sus ámbitos son la protección de la competencia, la tutela de la parte más débil del contrato, ciertas normas de policía económica como las reglas aduaneras o de control de cambios.

19.3.2. Aplicación por los jueces de reglas imperativas

Es en general aceptado que los jueces deben aplicar las reglas imperativas del

foro, las normas imperativas de la ley elegida por las partes en tanto no sean contrarias al orden público internacional; y —en principio— también deberían tener en cuenta las normas imperativas de otros derechos que un contacto próximo con la disputa.

Así quedó plasmado en el art. 7 de la Convención de Roma de 1980 en tanto establece que: 1. “Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato⁽⁷²⁾.”

⁽⁷⁰⁾ BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 277 y 278, hace una larga enumeración de denominaciones que se utilizan para identificar esta categoría de normas.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 278.

⁽⁷²⁾ Debe tenerse en cuenta que Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido han hecho reserva excluyendo la aplicación de las reglas imperativas extranjeras. Entre nosotros el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 proponía en el artículo 8: “El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas locales internacionalmente imperativas. Las disposiciones internacionalmente imperativas pertenecientes a un derecho extranjero pueden ser tomadas en consideración si la relación presenta una relación estrecha con aquel derecho. A tales efectos se tendrá en cuenta la finalidad de tal disposición, las consecuencias que se derivarían de su aplicación, su compatibilidad con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes”. La nota a ese artículo cita como fuentes al artículo 7 de la Convención de Roma de 1980, a la ley suiza de derecho internacional privado (artículo 18 y 19) y al Código Civil de Québec. Y explicaba: “La propuesta (...) distingue —tal como es generalmente aceptado en doctrina, en las legislaciones extranjeras y convenciones de la última década— las normas internacionalmente imperativas locales (llamadas también normas de policía, normas de aplicación inmediata, etc.), que en razón de su objetivo particular deben ser aplicadas por voluntad del legislador cualquiera sea el derecho que normalmente rija la relación de que se trate, y cuya presencia excluye a priori toda otra solución, de las normas

19.3.3. Los árbitros y las leyes imperativas

La cuestión tiene matices cuando los que deben resolver son árbitros.

Por empezar ellos no tienen foro, con lo cual para ellos todas las leyes imperativas, aun las del país sede, son “foreign mandatory rules”, pero los árbitros deben aplicar las normas imperativas de la ley que las partes han elegido (la *lex contractus*), con la sola exigencia de que ellas no contraríen el orden público internacional; así, ejemplifica la doctrina, los árbitros no estarían obligados a aplicar una norma del país cuya ley rige el contrato que estableciera un boycott contra otro país fundado en razones de animosidad religiosa o racial⁽⁷³⁾; en otras palabras, el árbitro estaría obligado a aplicar las reglas de orden público estatal⁽⁷⁴⁾ además de las que pueden calificarse de orden público transnacional.

19.3.4. Aplicación de normas de policía de sistema legal distinto a la *lex contractus*

El problema que provoca un profundo debate académico es si deben o no aplicar las normas de policía de un sistema legal⁽⁷⁵⁾ distinto del elegido por las partes

pero que tiene una conexión objetiva y próxima con el caso y en concreto como determinar cuáles son esas normas y el método con el cual decidir si corresponde o no aplicarlas.

La cuestión tiene relevancia porque se vincula –entre otras cuestiones– con la arbitrabilidad de conflictos causados en contratos que pueden instrumentar actos de corrupción y que pueden ser válidos conforme a la *lex contractus* pero ilícitos conforme a otra ley que tiene una conexión próxima con el contrato o a principios universalmente aceptados como la condena del tráfico de drogas, del apartheid o de las conductas monopólicas.

Así se han gestado dos posiciones que recíprocamente se califican de minimalista y maximalista.

Conforme a la visión maximalista, los tribunales arbitrales deberían aplicar las reglas imperativas provenientes de un sistema legal aunque sea extraño a la *lex contractus*. Se ejemplifica con las reglas europeas sobre competencia⁽⁷⁶⁾.

Sin embargo ello no parece ser la tesis que goza de general aceptación y por ello se distingue entre las reglas imperativas de un sistema legal y aquellas que

internacionalmente imperativas pertenecientes a un derecho extranjero, estrechamente conectado con el caso, cuya aplicación se considera facultativa para el juez”.

(73) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit., Nº 1517, p. 848.

(74) RACINE, Jean Baptiste, “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international”, en: *Revue de l'arbitrage 2005-305*, a partir del Nº 24, p. 323 y conclusiones en el Nº 27, p. 326.

(75) Se usa sistema legal y no ley, porque las normas de policía pueden provenir de un Estado o de tratados o convenciones supranacionales. Así, los casos que más frecuentemente se han planteado en la realidad son relativos a la aplicación de reglas europeas *anti-trust*; y podría darse con las convenciones internacionales sobre tráfico de drogas, corrupción, etc.

(76) RACINE, “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international”, cit., a partir del Nº 24, p. 323 y conclusiones en el Nº 27, p. 326.

reflejan una internacional public policy (orden público internacional)⁽⁷⁷⁾.

Podría entonces concluirse que los árbitros están obligados a aplicar las normas que reflejan una internacional public policy, aunque sean ajenas a la *lex contractus*, pues de otro modo podría frustrarse el reconocimiento y ejecución del laudo⁽⁷⁸⁾. En esta orientación el International Law Institute en la Resolución de Santiago de Compostela estableció: “en ningún caso el árbitro debe violar principios de orden público (international public policy) que tengan un amplio consenso en la comunidad internacional”.

En cambio no tiene mayor respaldo la idea de que los árbitros tienen que aplicar simplemente una ley imperativa de otro país distinto al de la *lex contractus*, aunque tenga una conexión próxima con el contrato.

Así, la jurisprudencia arbitral muestra muchos casos en los cuales los árbitros han rechazado la aplicación de normas aduaneras o que prohíben la actuación de intermediarios aunque fueran imperativas en los países en los cuales el contrato se cumplía⁽⁷⁹⁾.

Esta distinción también se advierte en la saga del caso Hilmarton. Se trataba

de un arbitraje localizado en Suiza que versaba sobre un contrato sujeto a la ley suiza que prometía el pago de cierta remuneración por actividades de intermediación para conseguir contratos de obra pública en Argelia. El árbitro único consideró que el contrato violaba la prohibición de la intermediación dispuesta por la ley argelina y que ello también era contrario a la regla moral prevista en el artículo 20.1 del código suizo de las obligaciones; pero el tribunal judicial suizo anuló el laudo por arbitrario por considerar que el código civil helvético no prohibía la intermediación. Se apunta que si el laudo hubiese rechazado la demanda en razón de que él instrumentaba un acto de corrupción probablemente no hubiera sido anulado ya que su condena es virtualmente universal y por ello corresponde a una internacional public policy⁽⁸⁰⁾.

19.3.5. Conclusiones sobre las normas de policía de un sistema legal ajeno a la *lex contractus*

Una adecuada apreciación del tema conduce a concluir que el debate no gira tanto en si el árbitro debe o no aplicar las normas imperativas de un sistema extraño o las normas que reflejan una

⁽⁷⁷⁾ Como en muchos otros casos las confusiones son más terminológicas que de otra naturaleza; FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, señalan que corrupción, contrabando, violación de embargos y afectación de leyes antitrust son mostrados como casos de reglas imperativas y de orden público internacional, *On International Commercial Arbitration*, cit., N° 1521 y N° 1522, p. 851.

⁽⁷⁸⁾ FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, cit, N° 1533, p. 861; argumentan los autores sobre la base del artículo V 2.b) de la Convención de New York que autoriza a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando ello sea contrario al orden público del país en que se pretende tal reconocimiento o ejecución.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, N° 1526 y 1527, a partir de p. 856, aunque también señalan algunos casos en que los tribunales arbitrales aplicaron normas imperativas provenientes de un sistema legal extraño a la *lex contractus*.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, N° 1523, p. 854.

international public policy, sino en cuál es el alcance del control que el juez estatal tendrá sobre cómo esas normas han sido aplicadas, control que se ejerce por el juez que entiende en un recurso de anulación y por el juez que entiende en el exequatur.

En este punto, la denominada tesis minimalista, que aparece consagrada en el caso *Tales*⁽⁸¹⁾, considera que los árbitros deben tener conciencia de la existencia de las normas de orden público y aplicarlas al caso⁽⁸²⁾.

Pero el juez estatal de control debe comprobar estos extremos, sin entrar a juzgar –como si fuera el juez de una apelación– cómo se aplicó, esto es, si la norma de policía o de orden público fue correctamente interpretada y aplicada al caso por el tribunal arbitral⁽⁸³⁾.

Por lo que la anulación o el rechazo del exequatur fundado en la excepción de orden público que la Convención de Nueva York autoriza a invocar de oficio, sólo procederían cuando el razonamiento de los árbitros sobre la aplicabilidad de la ley

o a su aplicación concreta es manifiesta y gravemente errada y de ello deviene un resultado evidentemente inaceptable desde el punto de vista de las concepciones fundamentales del foro⁽⁸⁴⁾.

Este enfoque se considera más apropiado a la creciente extensión de la frontera de la arbitrabilidad objetiva, y parece tener una mayor aceptación en la jurisprudencia judicial, mientras que la tesis maximalista que sostienen Racine y algunos otros ha quedado limitada al ámbito doctrinal, y las pocas aplicaciones judiciales que ha tenido se justifican en circunstancias particulares del caso⁽⁸⁵⁾.

VI. OTRAS CUESTIONES

20. Las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes

El reglamento ICC dispone en el art. 17.2 que “En todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”

⁽⁸¹⁾ Cour d'Appel Paris, 18.11.04, *Société Thalès Defence c/ GIE Euromissile et EADS*, JCP 2005-II-10038, note Chabot.

⁽⁸²⁾ La expresión proviene de RADICATI DI BROZOLO, Luca, “L'illicéité “qui crève les yeux”: Critère de contrôle au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel de Paris)”, en: *Revue de l'arbitrage 2005-529*, N° 17, p. 545, quien la toma de la sentencia de la Corte de los Estados Unidos en la causa Mitsubishi, en la cual el máximo tribunal estadounidense dijo que era suficiente que el juez de control compruebe que el tribunal arbitral tomó conocimiento de los reclamos basados en la ley de policía y decidió efectivamente sobre ellos, lo que no requeriría una *intrusive inquiry* contraria al principio de que la revisión sustancial sobre el laudo es mínima.

⁽⁸³⁾ RADICATI DI BROZOLO, “L'illicéité “qui crève les yeux”: Critère de contrôle au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel de Paris)”, cit.; justamente este autor cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Haya, 24.3.05, inédita, en la que el tribunal judicial se comportó como si estuviera analizando una apelación, pues nunca se detuvo en la cuestión del alcance de su control, limitándose a una referencia a la sentencia del caso *Eco Swiss* a sostener que las reglas de derecho de la competencia son de orden público; N° 6, p. 536.

⁽⁸⁴⁾ RADICATI DI BROZOLO, “L'illicéité “qui crève les yeux”: Critère de contrôle au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel de Paris)”, cit., N° 18, pp. 546-547.


⁽⁸⁵⁾ DERAIS, Yves, *Revue de l'arbitrage 2001-805*.

Se apunta por los comentaristas que esta disposición tiende a tranquilizar a las partes en el sentido de que su relación no ha de quedar sometida a los oscuros meandros de los tecnicismos legales, sino que se ha de tomar en consideración el contrato que han celebrado⁽⁸⁶⁾, cuyos términos tienen precedencia sobre el derecho aplicable⁽⁸⁷⁾.

En cuanto a los usos, se dice que no han de confundirse con la *lex mercatoria*; sino que se hace referencia a los usos convencionales, o usos de los negocios o usos del tráfico, o sea aquellos que de modo corriente y uniforme se observan en la práctica de los negocios jurídicos y especialmente en la de los contratos. Tales usos son los que más propiamente pueden recibir la clasificación de usos jurídicos. Y aunque no tengan la consideración y fuerza de la costumbre, por faltarles el elemento interno y jurídico de ésta, les corresponde empero una importante función interpretativa y supletoria de la voluntad de las partes⁽⁸⁸⁾.

21. Actuación del Tribunal como amigable componedor

Según hemos visto en el capítulo I todos los reglamentos prevén que los tribunales arbitrales podrán actuar como amigables componedores, sólo si ambas partes consienten en ello⁽⁸⁹⁾. De modo pues que salvo esta situación excepcional, los tribunales arbitrales que actúen bajo esos reglamentos, lo hacen como árbitros de derecho y deben por ello fundar el laudo en el derecho aplicable. De allí que se dé tanta importancia a la determinación de ese derecho aplicable, como lo acabamos de ver.

Al respecto cabe consignar que se ha resuelto que el árbitro de derecho no cumple con su misión si descarta voluntariamente la aplicación de la regla de derecho para juzgar en equidad⁽⁹⁰⁾, pues ello significa usurpar los poderes del amigable componedor y traicionar la voluntad de las partes del convenio arbitral⁽⁹¹⁾. 

(86) DERAIS-SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, cit., p. 275.

(87) CRAIG, PARK y PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., Nº 17.03, p. 330/1 aclaran que la precedencia de los términos del contrato es sobre los "principles of statutory or case law".

(88) RIVERA, Julio César, *Instituciones*, cit., T. I, Nº 105. La noción que brindamos aparece en el derecho privado argentino, pues el artículo 218 del Código de Comercio dice: "Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 6º) 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". Y el artículo 219 del mismo Código de Comercio remite a los usos del tráfico para la integración del contrato, cuanto las partes hubieren omitido alguna previsión para su ejecución. Se advierte entonces, que nuestro Código de Comercio distingue lo que es la costumbre de lo que es el uso convencional o del tráfico.

(89) Salvo en el derecho argentino en el cual si nada se dice se presume que el arbitraje es de equidad

(90) Cour d'Appel Paris, 4.2.96, *Revue d'arbitrage* 1966-27, 1966 o 1996; *ibidem*, 28.2.80, *Revue d'arbitrage* 1980-538; *ibidem*, 11.12.97, *Revue d'arbitrage* 1997-380.

(91) LOQUIN, E., nota en *Revue d'arbitrage* 2001-135, en particular Nº I, en p. 143.

EL PLAZO EN EL ARBITRAJE

Por: HÉCTOR ALEGRÍA (*)

SUMARIO: 1. Función del plazo en el arbitraje. 2. Los plazos en el arbitraje. 2.1. Diferentes tipos de plazos. a. Plazo para el reclamo de formación de un tribunal arbitral. b. Distintos plazos procesales de tramitación. c. Plazo de perención o caducidad de instancia. d. Plazos y trámites para los recursos y la ejecución forzosa del laudo. e. La suspensión o interrupción de los plazos en el procedimiento arbitral. 2.2. Plazo global para el trámite hasta el dictado del laudo. a. La voluntad de las partes en la determinación del plazo. b. Las normas supletorias en la determinación del plazo. c. El cómputo del plazo. d. Suspensión del plazo. e. La prórroga del plazo. 2.3. Plazo para emitir el laudo a partir de la conclusión del procedimiento anterior. a. Aspectos generales. b. Valoración medio termine. 2.4. Reglamentos que no exigen plazos determinados. 3. Consecuencias de la falta de emisión del laudo o de su dictado fuera de plazo. 4. Reflexiones finales.

1. FUNCIÓN DEL PLAZO EN EL ARBITRAJE

La conveniencia de resaltar la función del plazo en el arbitraje me fue sugerida por la lectura de un reciente fallo

francés⁽¹⁾, en cuyo comentario se destaca la estrictez de la interpretación jurisprudencial en ese país, respecto de la posibilidad de conferir a un tribunal arbitral la facultad de extender el plazo para dictar

(*) Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Socio fundador del estudio Alegría, Buey Fernandez, Fissore & Montamerlo.

(1) Corte de París, 29 de junio 2006, "Caburot c/Moyrand", y su antecedente del 7 de noviembre de 2002, de la 2ª Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa; ver Loquin, Eric, "Note: Tribunaux de commerce et arbitrage", en: *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, en adelante citada como *RTD com*, Nº 4, octubre-diciembre 2006, Dalloz, París, 2006, pp. 760-774; y también del mismo autor: "Note. Cour de cassation (2e Ch. Civile)", 7 noviembre 2002, en: *Revue de l'arbitrage*, 2003.

el laudo⁽²⁾. Incluso se llegó a declarar la nulidad del laudo dictado después de haber usado el tribunal la cláusula indicada, lo que hizo sostener a parte de la doctrina que esa decisión carecía de fundamento de derecho, era contraria al interés del arbitraje y arrojaba fragilidad sobre la institución⁽³⁾. También se cuestionó en el derecho francés como “dudosa” una cláusula previendo el dictado de la sentencia arbitral en un plazo de tres meses después de la clausura de la instrucción del proceso, si con ello se llegaba más allá de los seis meses establecidos por el Nuevo Código Procesal Civil⁽⁴⁾ para la duración del trámite y el dictado del fallo.

Naturalmente que en el derecho francés se discute tanto la redacción de

la norma como su interpretación, tal como veremos en el desarrollo de esta ponencia. También analizaremos algunas de las disposiciones de otros cuerpos normativos, ya sean internos, internacionales o de instituciones de arbitraje sobre esta materia⁽⁵⁾. Lo dicho hasta aquí nos permite, de inicio, reflexionar sobre el carácter que debe atribuirse al plazo en el arbitraje.

Se ha afirmado la “*función esencial*” del plazo en materia de arbitraje. Esta concepción, de por sí estrecha y restrictiva, parte de la base –suponemos– de la afirmada excepcionalidad del arbitraje como forma de resolver litigios en materia de derecho privado⁽⁶⁾, de manera que los árbitros o

(2) En el caso de la Corte de Apelación de París del 29 de junio de 2006, citado en nota 1, se trataba de un supuesto en el que se había conferido al tribunal arbitral la facultad de prorrogar el plazo por un tiempo determinado, pues el acta de misión preveía, como es frecuente, que “por derogación de la cláusula compromisoria, las partes dan a los árbitros la posibilidad de prorrogar su misión por un plazo de seis meses suplementarios, renovable por una vez, y que usarán, en su caso, después de haber informado a las partes”.

(3) LOQUIN, “Note: Tribunal de commerce et arbitrage”, en: *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, cit. en nota 1, p. 671. En favor de la decisión de la Corte de Casación citada en nota 1: MOREAU, Bertrand, “A propos de la prorogation de la durée de l’arbitrage par le tribunal arbitral”, en: *Les Cahiers de l’arbitrage*, Vol. II, p. 92.

(4) Ver comentario de DUBARRY, Jean-Claude / LOQUIN, Eric, del fallo de la Corte de Dijón, del 17 de enero de 1994, en “Sté Cobra / Sté Saga et autres”, inédito, en: *RTD com* N° 2, 1996, p. 246, y las citas de antecedentes allí referenciadas. El artículo 1456 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (en adelante NCPC) dice: “Si la convención de arbitraje no fija el plazo, la misión de los árbitros sólo dura seis meses a contar del día en que el último de ellos ha aceptado. El plazo legal o convencional puede ser prorrogado sea por acuerdo de partes, sea a petición de una de ellas o del tribunal arbitral, por el presidente del tribunal de gran instancia o en el caso del artículo 1444, segunda parte, por el presidente del tribunal de Comercio”.

(5) Que en adelante llamaremos, indistintamente, “Reglamento”, “Reglamento Arbitral” o “Reglamentos Arbitrales”. Una visión muy completa de las legislaciones y reglamentos de los diferentes países puede consultarse en International Council For Commercial Arbitration, “*International Handbook on commercial arbitration*”, editores generales VAN DER BERG, Albert Jan / SANDERS, Pieter, Kluwer, Deventer- Boston, en tres tomos con actualizaciones periódicas.

(6) El disfavor respecto del arbitraje se notó claramente hacia mitad del siglo anterior y posteriormente en América Latina: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional de América Latina”, en: *Laudo*, Centro de Arbitraje, Amcham, Perú, mayo de 2004, que puede leerse en <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/PUBLICACIONES/LAUDO/2004/numero3.htm>; PIAGGI, Ana I., “Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, en: *Revista de Derecho del MERCOSUR*, N° 6, diciembre de 2000, p. 148 y también en PIAGGI, Ana Isabel y ESTOUP, Luis Alejandro, *Derecho Mercantil Contemporáneo*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 81 y ss.; GRIGERA NAÓN, Horacio, “Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility”, en: *Arbitration Internacional*, Vol. 5, N° 2, 1989. Compárese MORELLO, Augusto Mario, *El arbitraje. Sus desafíos*. Lajouane, Buenos Aires, 2005, especialmente su Cap. 1, llamado “Ideologías, dificultades, realidades”, pp. 21 y ss. CHILLÓN MEDINA, José

el tribunal sólo desempeñarían una “*función precaria*” sujeta a un término estricto fuera del cual desaparece su *jurisdicción*⁽⁷⁾.

Anticipamos que, en una portada general respecto de la institución del arbitraje, si bien el plazo para el desarrollo del proceso o para el dictado del laudo tiene influencia, ésta no es sustancialmente diversa de la que pueda ocurrir ante otras instancias jurisdiccionales y que, además, la inexistencia de alguno de estos plazos (para el trámite del proceso incluyendo el

laudo o para el dictado de éste) no importa la inexistencia del arbitraje, ni tampoco la invalidez tanto del proceso como de la sentencia arbitral.

Veremos en el desarrollo posterior que puede faltar uno o ambos sin afectar la eficacia del proceso. Además, la determinación de estos plazos, tiene caracteres particulares según el cuerpo legal que regule el caso concreto. En muchos de ellos se identifica al plazo como un requisito contingente del compromiso o de la cláusula arbitral⁽⁸⁾.

María / MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Civitas, Madrid, 1978, p. 58, enuncian razones por las cuales España marchaba hace unas décadas a la zaga en esa materia “lo cual, a su vez, se manifestaba por la escasa aportación doctrinal, casi de penuria, que ofrecía esta figura”. Véase también la 3ªed. de la misma obra, con su nuevo título *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 60 y pp. 131 y ss. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Ediciones Jurídicas Catena S.A., Asunción, 2006, p. 299 donde dice “(...) son pocos los casos de arbitrajes registrados en tiempos recientes en el país, y existe la percepción, por parte de los principales referentes locales en la materia, que ello se debe a que estos procesos son llevados con una celeridad no muy distinta a la de los casos judiciales (...)”; BUENO, Silvia / DE ALMEIDA, Lise, “La evolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el poder judicial”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 3, Grijley, Lima, 2006, pp. 289 y ss., AGUILAR, Fernando, “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral”, en: *Jurisprudencia Argentina* (en adelante JA), número especial 2007-I, del 28 de marzo de 2007, pp. 3 y ss., donde destaca la estrictez de la interpretación judicial de la cláusula arbitral, con citas de numerosos precedentes; ANAYA, Jaime L., *Recursos contra los laudos arbitrales*, El Derecho (ED), T. 61, pp. 515 y ss., relata en el Cap. 7 que incluso un antiguo maestro del derecho comercial, SEGOVIA, Lisandro, reputaba inconstitucional el arbitraje.

(7) DE BOISSÉSON, Matthieu, *Le Droit Français de l'arbitrage*, con la colaboración de DE JUGLART, Michel y prefacio de PIERRE BELLET, Gide, Loyrette, Nouel Éditeurs, París, 1983, pp. 121 y ss., quien afirma “la temporalidad del arbitraje pertenece a su esencia”; véase DANOVI, Filippo, “*Termine per emettere il lodo*”, Comentario al artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en: *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale*. Comentario; colección dirigida por BRIGUGLIO, Antonio / SALVANESCHI, Laura, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 452 y ss., quien atribuye la temporalidad de la función arbitral a la conceptualización de que los árbitros actúan en virtud de un mandato de las partes; RODRÍGUEZ MENDOZA, Fernando, *Procedimiento Arbitral*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, p. 107, “La temporalidad de la jurisdicción que tienen los árbitros en el proceso arbitral, es la consecuencia directa de que exista un plazo de cumplimiento desde el inicio del procedimiento arbitral hasta la dictación del laudo, además, las partes tienen la seguridad de obtener un pronunciamiento en el plazo por ellas establecido o en el de 180 días, constituyendo la garantía de obtenerse la solución de un conflicto sin dilaciones indebidas, con economía y eficacia”. La Corte de Apelación de Santiago (Chile) el 1 de octubre de 1989, en el caso “Rojas, Patricio / Borquez, Héctor”, resolvió que los árbitros son jueces temporales que sólo tienen jurisdicción para resolver y juzgar los asuntos que se le han encomendado dentro del plazo (...) de modo que si pretenden fallar fuera de dicho plazo actúan no como jueces, sino como simples particulares (...) por lo que el laudo es nulo de pleno derecho. Vide “El arbitraje en la jurisprudencia chilena”, que se lee en <http://www.camsantiago.com.html/jurisprudencia>. AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, 4ªed., editorial Fallos del mes, Santiago (Chile), 1982, pp. 473 y ss., cita la doctrina más rigurosa que considera que los actos de los árbitros una vez vencido el plazo no tienen la calidad de resoluciones judiciales (con remisión a las opiniones de GLASSON, TISSIER, MOREL y MATTIROLLO, en nota 132), aun cuando el autor cita otros en sentido contrario, junto con fallos de tribunales chilenos, adhiriendo a esta última posición.

(8) Que, en consecuencia, puede existir o no existir. Ver infra, Cap. II, numeral 2.4.

En otros se identifica sólo el plazo para el dictado del laudo después de concluida la instrucción del proceso.

Además, en la mayoría de los casos se admite la prórroga de los plazos para uno u otro cometido y esa prórroga, a su vez, se defiere a los propios árbitros o un tribunal de justicia o a una institución que administra el arbitraje⁽⁹⁾.

Como también veremos, si las partes han consentido el trámite posterior al vencimiento de los plazos, no podrán impugnar el laudo por haber sido dictado fuera del plazo, admitiéndose, incluso, un consentimiento tácito⁽¹⁰⁾.

Finalmente, tanto en algún ordenamiento como en doctrina interpretativa, se sostiene que la invocación de invalidez del laudo dictado fuera de plazo debe advertirse por las partes, aún vencido el plazo, antes del dictado del laudo; sin esa advertencia no podría posteriormente rescatarse como causal de invalidez⁽¹¹⁾.

Todas estas peculiaridades que hemos de analizar en lo que sigue del trabajo, nos llevan a señalar que no puede construirse una teoría general sobre la *esencialidad* del plazo. Agreguemos ahora que aún en actuaciones jurisdiccionales públicas (del Poder Judicial o de las adminis-

traciones en función jurisdiccional), pueden ocurrir supuestos en los que el vencimiento de plazos determine la pérdida de jurisdicción del órgano encomendado para su resolución. Así, por ejemplo, en ciertos códigos procesales o en reglas de procedimiento administrativo se determina la caducidad del trámite o de la potestad de juzgar por el vencimiento de ciertos plazos, ya sea automáticamente o previa solicitud de parte interesada o por decisión de un órgano superior. Lo mismo ocurre si quien se desempeña en el órgano jurisdiccional público ha dejado de ejercer válidamente su función (por renuncia, remoción, recusación o, incluso, por vencimiento del término de su gestión⁽¹²⁾).

Como consecuencia de lo expuesto, la *precariedad* de la función arbitral no está ligada a las consideraciones generales sobre el plazo en el arbitraje, tanto que en los tribunales *permanentes* de arbitraje no se puede hablar de precariedad ni de especificidad para un caso. Incluso, en los tribunales arbitrales institucionales, es decir, los que se desarrollan dentro de los reglamentos de una institución nominadora o administradora del arbitraje, se ha afirmado que la ausencia de plazos o la facultad concedida a la institución respectiva para su prórroga, no está sometida a las limitaciones y eventuales tachas de

(9) Ver infra, Cap. II, numeral 2.2., literal e.

(10) Ver infra, Cap. II, numeral 2.2., literal e, punto (v).

(11) Ver infra, Cap. II, numeral 2.2., literal e, punto (vi).

(12) En el derecho comparado la temporalidad de la facultad de resolver controversias no es una característica exclusiva de los árbitros, pues, incluso, puede serlo en algunos sistemas institucionales, de los propios jueces y naturalmente de los funcionarios públicos. Una reflexión interesante puede leerse en la sentencia del Tribunal constitucional de Bolivia, del 30 de junio de 2003 (exp. 2003-06292-12-RDN), que entendió que no era aplicable la "pérdida de la competencia" del Tribunal Arbitral (en el caso laboral), por el solo vencimiento del plazo, pues esta sanción solo estaba contemplada para actuaciones judiciales (la sentencia se lee en www.tribunalconstitucional.gov.bo/tcopen.html?name).

invalidez que podrían ser naturales si se aplicara la ley del lugar del arbitraje u otra determinada ley procesal⁽¹³⁾.

2. LOS PLAZOS EN EL ARBITRAJE

2.1. Diferentes tipos de plazos

El centro de nuestra preocupación actual se refiere al plazo para la duración total del arbitraje hasta el laudo. También, subsidiariamente, al plazo para dictar el laudo aunque no esté supeditado a la duración total del proceso⁽¹⁴⁾.

Sin perjuicio de ello, cuando se habla de *plazos* en el arbitraje, se pueden considerar otras situaciones, que indicaremos de una manera meramente enunciativa:

a. Plazo para el reclamo de formación de un tribunal arbitral

Se trata de cláusulas o normas que determinan que producida una circunstancia contractual, las partes tienen cierto plazo para reclamar la formación del tribunal. La cuestión presenta varias aristas:

- (i) La consideración de ese plazo como caducidad de posibles reclamaciones⁽¹⁵⁾.

En este supuesto, en las legislaciones latinas la limitación convencional para deducir un trámite arbitral no puede importar un pacto de reducción de la *prescripción*, según algunas legislaciones⁽¹⁶⁾. Por lo tanto, resultaría también impropio calificarlo como un supuesto de *caducidad* del derecho a reclamar⁽¹⁷⁾.

- (ii) Aún pactándose un plazo para deducir la demanda arbitral, vencido tal plazo podría admitírsela si, deducida, la otra parte no resiste el procedimiento.
- (iii) De todas maneras, podría acudir a la jurisdicción ordinaria, dentro del plazo de prescripción.

Finalmente, es claro que en general la posibilidad de recurrir al arbitraje está sometida a los plazos de *prescripción* que corresponda a la naturaleza del derecho invocado (y a las causales de suspensión e interrupción de prescripción que corresponda según el *derecho de fondo*).

b. Distintos plazos procesales de tramitación

Los reglamentos que rigen el funcionamiento de los tribunales arbitrales, ya

⁽¹³⁾ Ver fallo de la Corte de París, del 29 de junio de 2006, cit. en la nota 1, "*Caburot c/ Moyrand*", donde el autor de la mencionada nota (LOQUIN) explica que la jurisprudencia nunca ha dudado en considerar validamente indeterminada la duración de los arbitrajes institucionales, citando el fallo de la Cámara de Apelaciones de París del 17 de Mayo de 1983, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 309.

⁽¹⁴⁾ Obviamente son dos posiciones bien diferenciables, cuyo punto de contacto está ligado a la consideración de los efectos del dictado del laudo fuera del plazo considerado.

⁽¹⁵⁾ Ver en el derecho inglés MUSTILL, Sir Michael / BOYD, Stew *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, Londres, 1989, Cap. 16, "*Lapse of times*", con su referencia a la *Limitation Act*, 1980, pp. 193 y ss.

⁽¹⁶⁾ BUERES, Alberto J. / HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, T. 6B, pp. 573 y ss. En relación, fallo "*Alaniz, Juan c/ Cia. Aseguradora Argentina*", CCom., en pleno, 27.11.59, LL, 96-174.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, cit. en nota anterior, pp. 576-577.

sean de origen legislativo, institucional o convencional⁽¹⁸⁾, suelen fijar plazos para los distintos trámites a desarrollarse durante el proceso (plazo para el nombramiento de los árbitros, para su recusación y aceptación, para la demanda y su contestación, para eventuales nuevas demandas o reconveniones, para la producción de la prueba, etc.).

Esas mismas fuentes pueden deferir al tribunal arbitral la determinación del procedimiento a seguir y la fijación de los plazos, siquiera estimativos, en los que deberán ocurrir los diferentes estadios procesales⁽¹⁹⁾.

c. Plazo de perención o caducidad de instancia

Un aspecto muy interesante consiste en establecer si en los procesos arbitrales existe el instituto de la perención o caducidad de la instancia⁽²⁰⁾.

Pocos reglamentos o leyes específicas sobre arbitraje se refieren al tema y podemos imaginar distintas situaciones:

- (i) Textos específicos que mencionan el caso del abandono temporario de procedimiento como causal de su caducidad⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Véase *supra* nota 5.

⁽¹⁹⁾ Como novedad la reforma del "Reglamento de arbitraje" de la Cámara de Comercio Internacional, (París) (en adelante Reglamento CCI), vigente a partir del 1º de enero de 1998, introdujo en el artículo 18.4 la redacción de un documento separado del Acta de Misión, por el cual se establezca un "calendario provisional que pretenda seguir en la conducción del proceso arbitral, y lo comunicará tanto a la Corte como a las partes. Cualquier modificación posterior de dicho calendario deberá ser comunicada a la Corte y a las partes". Recordamos que el mismo Reglamento establece en el artículo 15 "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". Véase DERAIS, Yves / SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Kluwer, La Haya – Londres – Boston, 1998, pp. 235 y ss. y 246 y ss.; en la traducción española de MARTÍNEZ VALDÉS, Fernando, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, Oxford University Press, México, 2001, pp. 255 y 301.

⁽²⁰⁾ Como es sabido, se trata de supuestos en los que el proceso se detiene no registrando actividad impulsoria durante cierto tiempo, lo que produce la pérdida de la *instancia* (no del *derecho* ejercido, que eventualmente puede hacerse valer en otro proceso). PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IX, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 71, estima que lo dispuesto en el artículo 748, inciso 3) del CPCCN, que establece que "si durante tres meses las partes o los árbitros no hubiesen realizado ningún acto tendiente a impulsar el procedimiento", éste se extingue, importa el mismo fundamento que el de la caducidad de instancia y sus principios son analógicamente aplicables. Además cita un fallo publicado en La Ley, T. 153, p. 155.

⁽²¹⁾ Un caso interesante surge de la interpretación, bajo el Reglamento CCI, que si las partes manifiestan no tener interés en el arbitraje, la Corte no prorroga el plazo a su vencimiento: DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit., en nota 19, p. 284, lo que tiene efectos de caducidad del procedimiento; sobre las diferencias entre plazo límite fijado por la CCI, el fijado por reglas procesales locales y la perención de instancia, estos autores remiten, en la nota 644 de la p. 283, al laudo en el Caso 2730 de la CCI de 1982 (JARVIN, Sigvard y DERAIS, Yves, *Collection of ICC Arbitral Awards- Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC y Kluwer, Paris y ot., 1990, pp. 490 y ss., en la que el Tribunal resolvió que, aunque se aplicara supletoriamente el Código procesal francés y éste admitiera la perención de instancia, era doctrina reiterada que la institución no se aplicaba a los arbitrajes. Sobre la caducidad de instancia en el procedimiento judicial y su pertinencia en el arbitraje: BETTO, Jean-Georges, nota a las decisiones de la Corte de Casación francesa (Cámara Civil), de 8 de marzo de 2001, 18 de octubre de 2001 y 4 de abril de 2002 y de la Corte de Paris del 17 de enero de 2002, en *Revue de l'arbitrage*, 2002, p. 909, quien entiende inútil echar mano a ese remedio, recordando que el plazo "fatal" puede ser visto como uno de los últimos actos de desconfianza contra el árbitro y que, en su caso, la caducidad de la instancia arbitral sólo provocará la iniciación de un nuevo arbitraje, alargando el período en el cual el litigio será resuelto.

- (ii) Reglas arbitrales que remiten a un determinado orden o régimen procesal, dentro del cual existen reglas generales sobre caducidad de instancia. En ese caso podrían aplicarse tales reglas al supuesto de abandono de la instancia arbitral.
- (iii) Casos en los cuales el régimen aplicable encomienda a los árbitros el impulso del procedimiento, sin prever su eventual caducidad o extinción por transcurso del tiempo⁽²²⁾, situación ante la cual no cabrá aplicar el instituto de la perención de instancia, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros.

d. Plazos y trámites para los recursos y la ejecución forzosa del laudo

Sobre el tema nos remitimos al punto b precedente. Solamente indicaremos

que en ciertos casos, el Reglamento Arbitral (de fuente legislativa, institucional o convencional) puede no prever los plazos y tramitación de los recursos o de la ejecución de los laudos, los que entonces son regidos por la legislación procesal aplicable⁽²³⁾.

e. La suspensión o interrupción de los plazos en el procedimiento arbitral

Los plazos en el procedimiento arbitral son susceptibles de suspensión o interrupción. Los distintos ordenamientos regulatorios, en general, establecen algunos supuestos en que ocurren tales fenómenos. Así por ejemplo, es frecuente referirse a la *suspensión* en hipótesis de reemplazo de uno o más árbitros (por cualquier causa⁽²⁴⁾), por la actuación de órganos de la justicia que lleven a interrupción del

⁽²²⁾ Artículo 31 de la ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia N° 1770, que al referirse a las facultades de los árbitros dice: "Son facultades de los árbitros: 1- impulsar el procedimiento, disponiendo de oficio las medidas que sean necesarias a tal efecto (...); artículo 54 de la sección Código de Ética de los Árbitros del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, el que reza: "Los árbitros desarrollarán sus poderes de impulso del procedimiento para asegurar plenamente el principio pro arbitratu, cumpliendo y haciendo cumplir lo pactado por las partes (...)". Véase en relación las reglas de la *Federation of oil, seed and fats Ltd.* (Fosfa), las que disponen que si un árbitro retarda indebidamente el desarrollo del proceso, podrá ser convocado para explicar las razones de dicho comportamiento. El Reglamento CCI establece que "El tribunal instruirá la causa en el plazo más breve posible por todos los medios apropiados" (Artículo 20.1): véase su comentario en DERAÏNS, Yves y SCWARTZ, Eric, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit., en nota 19, pp. 252 y ss. PINSOLLE, Philippe, KREINDLER, Richard H., "Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale", en: *Revue de l'arbitrage*, N° 1, 2003, p. 45, donde mencionan el debate sobre el poder de disposición de las partes y el deber del árbitro de continuar hasta finalizar el procedimiento aún contra la voluntad de las partes, recordando el tratamiento del problema en la reunión ICCA (Internacional Council for Commercial Arbitration Congress) organizada en Londres, en el año 2002, en la que se escucharon ponencias en uno y otro sentido y también propiciando un equilibrio en ambas concepciones. Los autores señalan que el tema de debate en tal Congreso estaba enunciado como "*The parties, not the arbitrators, control the arbitration*" (nota 6). En el texto recuerdan también la frase de René David, quien en 1932 afirmó que el árbitro "no es un valet de las partes".

⁽²³⁾ En general, para los recursos se aplicará el régimen procesal del lugar de emisión del laudo y para la ejecución el del lugar en que la ejecución deba ser llevada a cabo (que puede ser distinta a la jurisdicción de emisión del laudo).

⁽²⁴⁾ Como ejemplo véase el artículo 42 de la Ley General de Arbitraje de Perú N° 26.572 (1996), y en relación, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, UPC, Lima, 2007, p. 126 y sus notas respectivas. Asimismo, el Reglamento de la OMPI, en su artículo 33, lo admite salvo acuerdo en contrario de las partes; artículo 747 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) y el artículo 137 del Decreto 1818/98 de Colombia. Véase AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, cit. en nota 7, pp. 464 y ss., sobre suspensión y prórroga de plazos.

trámite⁽²⁵⁾, del fallecimiento de la parte o de su asesor letrado⁽²⁶⁾, etc.

Es interesante señalar que en algunos casos también se prevé la suspensión del trámite por la necesidad de realización o reiteración de audiencias de prueba⁽²⁷⁾, del informe de expertos o peritos u otras contingencias del trámite. Como se advierte enseguida, estas últimas circunstancias pueden contrastar con la intención de fijar un plazo global para la conclusión de los procedimientos, pues trámites que se

suponen ordinarios de esos mismos procesos (audiencias de prueba e informes de peritos) importan, según algunos reglamentos, la suspensión del plazo. Se llega así a límites de incongruencia, que más adelante hemos de analizar.

Por último, se admite, en general, que las partes puedan disponer de común acuerdo la suspensión del procedimiento⁽²⁸⁾, el que también puede ser influenciado en el sentido de su suspensión o interrupción por la situación concursal de alguna de las partes⁽²⁹⁾

(25) Artículo 752 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina); artículo 819 bis del Código de Procedimiento Civil Italiano.

(26) Código de Procedimiento Civil italiano, artículo 816, que termina expresando que si después del vencimiento "ninguna de las partes activa la actuación de los árbitros para proseguir el juicio, los árbitros pueden renunciar al encargo"; Véase RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, 5ªed., CEDAM, Padua, 2006, p. 454. En ciertos arbitrajes institucionales, y en especial en los de la CCI, la falta de depósito de la suma para gastos del arbitraje puede causar la suspensión del procedimiento (artículo 30.4); véase RAINER, Andreas, "Le règlement d'arbitrage de la CCI, versión 1998", en: *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 44 y ss., especialmente puntos 6, parte final y 8 (pp. 44-52).

(27) Decreto Legislativo italiano del 2 de febrero de 2006, que modificó el artículo 820 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "(...)si las partes no dispusieran de otra forma, el término es prorrogado por 180 días en los casos siguientes y no más de una vez en el ámbito de cada uno de ellos: a) si deben ser sustanciados medios de prueba; b) si se ha dispuesto una pericia técnica de oficio; c) si se ha pronunciado un laudo no definitivo o un laudo parcial; d) si se ha modificado la composición del colegio arbitral o ha sido sustituido el árbitro único. El término para el pronunciamiento del laudo se suspende durante la suspensión del procedimiento. En todo caso, después de la reanudación del procedimiento el término residual no será inferior a 90 días".

(28) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IX, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 117, expresa que las partes no podrían suspender el procedimiento sin conformidad de los árbitros, solución con la que no concordamos. Ver también artículo 496.1 del Código General de Procedimientos de Uruguay y artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia N° 1770 (1997), entre otros.

(29) Así se decidió por aplicación del artículo L. 621-40 del Código de Comercio francés, anulando el procedimiento y declarándolo extinguido: Corte de Casación, Cámara Comercial, Arret N° 873 del 2 de Junio de 2004, Caso "Gaussin SA et autres c/ Alstom Power Turbomachines SA". La incidencia de los procesos concursales, ya sean preventivos o liquidatorios, han motivado distintas soluciones en los regímenes jurídicos. Ver: BONSIGNORI, Angelo, *Arbitrati e Fallimento*, CEDAM, Padua, 1995; VINCRE, Simonetta, *Arbitrato rituale e fallimento*, CEDAM, Padua, 1996. En Italia, el artículo 69 del Decreto Legislativo del 9 de enero de 2006, N° 5, "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali", incorporó el artículo 83 bis al Real Decreto del 16 de marzo de 1942 N° 267, que ahora dice: "Cláusula Arbitral. Si el contrato que contiene una cláusula compromisoria se resuelve por una disposición de la presente sección, el procedimiento arbitral no puede ser proseguido". CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2ªed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 117-118 y sus remisiones a casos jurisprudenciales y al trabajo del autor junto con TRUFFAT, Edgardo Daniel, "El arbitraje pericial y los procesos concursales", en: *El Derecho*, en adelante ED, 183-247. En la ley española se toma como vía de impugnación del convenio arbitral o del mismo laudo, el caso que quien sea demandado caiga en concurso. Véase al respecto MERINO MERCHÁN, José F. / CHILLÓN MEDINA, José Ma., *Tratado de arbitraje interno e internacional*, cit. en nota 6, p. 743. El tema ha sido planteado reiteradamente en la doctrina y la jurisprudencia argentina con motivo del artículo 134 de la Ley de Concursos y Quiebras: véase SEGAL, Rubén, *El arbitraje con relación a los procesos concursales*, La Ley, 1980-D-140; RIVERA, Julio / ROITMAN, Horacio / VITOLLO, Daniel Roque, *Ley de concursos y quiebras*, 3ªed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Sta. Fe, 2005, T. II, pp. 134 y ss. La Corte Suprema

o por su fallecimiento y apertura del sucesorio⁽³⁰⁾. En su momento analizaremos la prórroga o extensión de plazos con específica referencia al relativo a la conclusión del procedimiento y laudo final (ver *infra* numeral 22. literal e).

2.2. Plazo global para el trámite hasta el dictado del laudo

Una gran parte de las leyes y reglamentos de arbitraje prevén la determinación de un plazo para todo el procedimiento ante el tribunal arbitral, incluyendo el dictado del laudo respectivo⁽³¹⁾.

Esta manera de afrontar el tema motiva, a su vez, algunos puntos específicos de aplicación que es necesario indicar ahora, aunque con un desarrollo no necesariamente exhaustivo, atento al objeto de estas líneas.

a. La voluntad de las partes en la determinación del plazo

Siempre dentro del tipo de plazo que estamos analizando, en general se admite

que las partes determinen concretamente el que se aplique al caso, ya sea en la cláusula arbitral, o en el Acta de Misión o compromiso, o en un acto posterior. En ese supuesto se aplicará lo convenido, sin perjuicio de hacerle extensivos los criterios generales y supletorios del reglamento arbitral de que se trate, en tanto no sea derogado por el mismo acuerdo de partes (por ejemplo, cómputo de los plazos –días hábiles o inhábiles, comienzo y fin–, facultades para la prórroga de los plazos, suspensiones, etc.).

Un interesante precepto surge del actual artículo 32.1 del Reglamento CCI, refiriéndose al llamado *fast track*: admite que las partes puedan acordar *reducir* los diferentes plazos previstos en el reglamento pero que si ello ocurre después de la constitución del tribunal arbitral, debe requerirse la previa aprobación de éste⁽³²⁾. La norma es lógica por cuanto los árbitros pueden haber aceptado bajo ciertas pautas temporales que, al ser reducidas, alteran la óptica bajo la cual aceptaron,

de Justicia de la Nación (Argentina) resolvió un caso interesante en "Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A. de C. V.", el 5 de abril de 2005, admitiendo la perduración de la cláusula arbitral aún después de la resolución del contrato y señalando que no correspondía aplicar el fuero de atracción en el concurso preventivo de la parte actora, y la nota de RIVERA, Julio César, "Dos cuestiones sobre arbitraje en una sentencia de la Corte Suprema Argentina", disponible en www.rivera.com.ar.

(30) Véase CAIVANO, R., *Arbitraje*, cit. en nota anterior, pp. 118 a 123, y del mismo autor "El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio", en: ED, 16/6/99.

(31) A modo de ejemplo: artículo 24 del Reglamento CCI; artículo 81 del Reglamento de Arbitraje del MERCOSUR; artículo 22 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela; artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de Panamá, entre otros.

(32) CRAIG, W. Laurence / PARK, William W. / PAULSSON, Jan, *Internacional Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana, EE.UU., 1997, pp. 146 y ss.; REDFERN, Alan / HUNTER, Martín / BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, punto 6-43, Cap. 6; primera disposición complementaria del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; artículo 36 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, cit. en nota 26, pp. 791 y ss., quien trata no sólo el "fast track" de EE.UU., sino la diferenciación entre arbitraje "acelerado", arbitraje "veloz" y arbitraje "super-veloz". Véase como otro ejemplo de esta modalidad de arbitrajes expeditivos o abreviados, el regulado en las "Commercial Rules" de la American Arbitration Association, tratado en los apartados E-1 a E-10. DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit. en nota 19, p. 345, indican que el artículo 32 del Reglamento ICC permite a la Corte "salvar el procedimiento de fast track".

ya sea porque a su juicio se hace imposible la tramitación razonable del procedimiento o porque les resulte incompatible por sus otras ocupaciones⁽³³⁾.

b. Las normas supletorias en la determinación del plazo

El Reglamento Arbitral aplicable al proceso suele traer, en caso de requerir la fijación de un plazo para el entero procedimiento, las pautas que se aplicarán para su determinación en la hipótesis de no haberlo establecido las partes de otra manera⁽³⁴⁾. Se critica que la fijación de tales pautas opere como un cartabón único, que pueda resultar estrecho para buena parte de los casos y en algunos, por el contrario, ser excesivo⁽³⁵⁾.

c. El cómputo del plazo

A este respecto se pueden presentar distintas cuestiones que resumiremos así:

(i) Días hábiles o días corridos

En general cuando se trata de términos expresados en meses, el cómputo se realiza desde el día del comienzo del plazo hasta el mismo día del mes de vencimiento⁽³⁶⁾.

No existe una regla genérica sobre si el cómputo de días se efectúa sólo de días hábiles o también contando los inhábiles⁽³⁷⁾. De todas formas, y salvo la facultad del tribunal de habilitar días inhábiles a los fines de actos del procedimiento, éstos deben efectuarse en días hábiles del

⁽³³⁾ BLESSING, Marc, "La procédure d'arbitrage selon le nouveau règlement de la CCI – Analyse des changements", in: *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 8, Nº 2, Diciembre 1997, p. 35. Véase también REINER, cit., en nota 26, pp. 68/9 quien relata que ordinariamente es difícil encontrar árbitros dispuestos a tomar el encargo, cuando las partes han reducido excesivamente el plazo del procedimiento.

⁽³⁴⁾ Son ejemplos salientes donde se establece un plazo supletorio para el dictado del laudo: Artículo 126 del Decreto 1818 (1998) de Colombia, donde se dispone el plazo supletorio de 6 meses; artículo 25 del Decreto-Ley Nº 5 (1999) de Panamá, donde se dispone un plazo de 6 meses desde la aceptación del último árbitro. Con igual criterio, el artículo 58 del Decreto 161 (2000) de Honduras y el artículo 49 del Decreto 914 (2002) de El Salvador. El artículo 23 de la Ley 9307 (1996) de Brasil establece un plazo de 6 meses desde la instalación del arbitraje; el artículo 22 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 de Venezuela (Gaceta Oficial 36.430) también 6 meses a partir de la constitución del Tribunal Arbitral y el artículo 48 de la Ley 26.572 (1996) de Perú, en relación a los arbitrajes nacionales, 20 días de vencida la etapa de prueba. En el caso de España, el artículo 37 (2) de la Ley 60 (2003) establece un plazo de 6 meses desde el vencimiento del plazo para contestar demanda.

⁽³⁵⁾ El tema se debatió con motivo de la reforma del Reglamento CCI, optándose por mantener el plazo de seis meses y aceptar la reducción por convenio de partes (artículo 32, punto 1) o su prórroga (artículo 32, punto 2) BRUNA, Sierk, "Le controle des délais par la cour internationale d'arbitrage", en: *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 7, Nº 2, diciembre 1996, pp. 74 y ss.; BLESSING, Marc, "La procédure d'arbitrage selon le nouveau règlement de la CCI – Analyse des changements", en: *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, Vol. 8, Nº 2, diciembre 1997, p. 32; DERAIS, Yves, en "La révision du règlement d'arbitrage de la CCI. Méthodes et objectives", en: *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 8, Nº 2, diciembre 1997, pp. 10 y ss.

⁽³⁶⁾ A tal efecto carece de relevancia que los meses tengan distinta cantidad de días. En general dentro de ese cómputo se tienen en cuenta también meses en los cuales existan días feriados o, incluso, épocas de feriados judiciales o administrativos prolongados (incluso períodos de vacaciones). Las partes pueden pactar otra fórmula de cómputo de los plazos en meses. De todas formas si el día de vencimiento ocurre en un día inhábil en el lugar del arbitraje, se computa hasta el día siguiente hábil.

⁽³⁷⁾ Incluyen los días inhábiles el Reglamento CCI (artículo 3.4); el Reglamento de la LCIA (artículo 4.6); el Reglamento de la OMPI (artículo 4e), entre otros. Consideran los días hábiles el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (artículo 9); el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (artículo 9b), salvo que se indiquen días calendarios.

lugar en el que se efectúe el arbitraje. Es común en algunos Reglamentos, sobre todo los de bolsas de comercio, cámaras o asociaciones que vinculen a personas de ramas específicos, establecer que los días hábiles serán los que correspondan al ámbito concreto de que se trate (hábiles bursátiles, hábiles bancarios, etc.).

(ii) Comienzo del cómputo

Existe una variedad significativa en los Reglamentos con relación al día del inicio del cómputo en el tipo de plazo que estamos comentando. También es diversa la contemplación de este tema en las cláusulas arbitrales o compromisos. Por lo general se trata del día siguiente en que acepta el último de los árbitros o al que se recibe el *dossier* por los árbitros, o se comunica a éstos la notificación de la demanda, según los casos⁽³⁸⁾.

(iii) El día de la finalización del cómputo

Para establecer si el acto procesal ha sido realizado o no dentro del término deberá establecerse a qué acto nos estamos refiriendo para relacionarlo con el cómputo final del plazo.

No cabe duda que en este tipo de plazos se tiene en mira el día en que se pronuncia el laudo⁽³⁹⁾. Sin embargo, deben contemplarse algunas situaciones particulares:

- El Reglamento CCI establece que el proyecto de laudo deberá ser remitido a la Corte a los fines de su consideración (artículo 27), bien que la Corte “podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia”, agregando de inmediato que “ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma por la Corte”. Por lo tanto, dentro del citado Reglamento CCI el día final del plazo está referido al laudo que se dicte *después* de haber sido aprobado el proyecto por la Corte⁽⁴⁰⁾.
- La fecha del laudo será la que se inserte en su texto⁽⁴¹⁾. Consideración especial merecerá la posibilidad de que la fecha no resulte sincera, lo que podría llevar a la anulación del

(38) Ver nota 34. En un caso en que actuamos como árbitros, bajo el Reglamento CCI, se había establecido en la cláusula arbitral que el laudo se dictaría dentro de los 60 días de la demanda. Ese plazo estaba prácticamente consumido para el procedimiento previo cuando se entregó el expediente al Tribunal (artículo 13 del Reglamento CCI). Los árbitros hicieron saber la cuestión a la Corte, invocando la posibilidad de la utilización del artículo 32, pero ésta señaló que el Tribunal debía interpretar el compromiso con relación a ese plazo, lo que motivó, a su vez, que el Tribunal indicara que en ese caso particular, el plazo debía aplicarse solamente a partir desde que se cerrara la instrucción de la causa (artículo 22 del Reglamento). En definitiva la tesis subyacente consistía en conceptuar que los plazos del arbitraje deben tener relación útil con el objeto del proceso y con la tutela de los derechos de las partes a exponer y probar su caso con amplitud.

(39) Artículo 63 del reglamento de la OMPI; artículo 26 del Reglamento de la LCIA.

(40) DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit. en nota 19, p. 282.

(41) El artículo 25.3 del Reglamento CCI dice: “El laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha que en él se mencione”. Parece, por lo tanto, cerrar toda discusión sobre la sinceridad de lugar y fecha.

laudo si el objeto perseguido al colocar una fecha distinta a la de la real fuera el de obviar el efecto del vencimiento del plazo sobre la validez del laudo.

- Sin embargo, no será necesario que el laudo haya sido notificado a las partes con anterioridad a la fecha de vencimiento, salvo que así se hubiera dispuesto en el acta de misión por acuerdo de partes.
- Está previsto especialmente en algunos Reglamentos Arbitrales, que se puede dictar un *laudo parcial*, a ser integrado posteriormente por el laudo final⁽⁴²⁾. Según el caso, se opina que si el plazo no ha sido prorrogado, el laudo final debería ser dictado, también, dentro del plazo fijado (por tanto, si fuera emitido después, podría ser cuestionado como extemporáneo).
- En general, se admite en los Reglamentos que las partes requieran *aclaratoria*, dentro de un plazo posterior a la notificación del laudo y se interpreta que esa aclaratoria puede ser válidamente dictada aun vencido el plazo originario fijado para emitir la sentencia arbitral⁽⁴³⁾.

d. Suspensión del plazo

Nos remitimos a lo expresado en el literal e del numeral 2.1 *supra*.

e. La prórroga del plazo

Este tema es motivado en largos debates en la doctrina y en la jurisprudencia, en parte por las distintas normas contenidas en cada Reglamento Arbitral.

Como portada general podemos recordar que las vicisitudes del proceso arbitral pueden ser de muy variado origen y valoración, así será indicada la necesidad de sustituir un árbitro por cualquiera de las causales en que hubiera cesado el anterior (muerte, incapacidad, causa justificada de renuncia, remoción, etc); dilación provocada por una de las partes al cuestionar permanentemente la imparcialidad o corrección en el desempeño de los árbitros, demoras procesales al provocar incidencias que lleven a la postergación de audiencias y pruebas, deliberadas o accidentales, intervenciones de los órganos judiciales en el juicio de arbitraje, como también la necesidad de utilizar tiempos adicionales para la debida sustanciación de la causa⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Artículo 31 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio, si lo permite el estado de la causa y hay consentimiento de las partes. Otros ejemplos en DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit., en nota 19, pp. 36-38.

⁽⁴³⁾ Véase PALACIO, Lino Enrique, "*Derecho Procesal Civil*", T. IX, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 156-157. Naturalmente la aclaratoria podrá corregir errores materiales o completar aspectos derivados de la decisión, pero no podrá variarla en su esencia. Véase, por ejemplo: Reglamento CCI, artículo 29; RIVERA, Julio César, "Recursos contra laudos arbitrales", en: *JA*, número especial, 2007-I, pp. 71 y 76.

⁽⁴⁴⁾ LOQUIN, Eric, "Tribunaux de commerce et arbitrage", nota sobre el caso Corte de París, 29 de junio de 2006 "*Caburot c/Moyrand*". *RTDcom*, N° 4, Octubre-Diciembre 2006, Dalloz, París, 2006, pp. 763-764, quien dice: "Es frecuente que la necesidad de prorrogar el plazo del arbitraje encuentre sus causas en el comportamiento de las partes y más frecuentemente en una sola de ellas, que por razones dilatorias se ingenia para de todas formas causar que la sentencia se dicte más allá del plazo. Los medios utilizados son numerosos y ameritan ser descritos más completamente en un sombrío catálogo: ausencia de actuación de un abogado, no respuesta a las convocatorias de los árbitros, contestaciones sistemáticas a la independencia de los árbitros para justificar una política de 'silla vacía' sin por ello recurrir al procedimiento

(i) Prórroga convenida por las partes

Los Reglamentos Arbitrales contemplan expresamente o son interpretados generalmente (en caso de silencio) como admitiendo la prórroga del plazo a que nos estamos refiriendo por acuerdo de todas las partes intervinientes⁽⁴⁵⁾.

(ii) Prórroga sometida a la decisión del propio tribunal arbitral

Como analizamos al comienzo es este un tema arduo en orden a la interpretación de los Reglamentos Arbitrales. Podemos encontrar varias opciones:

- Imposibilidad de otorgar a los propios árbitros la facultad de

prorrogar el plazo para la tramitación y laudo. Como también hemos señalado, cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesa se inclinan por esta solución ante la redacción del artículo 1456 del CMPC⁽⁴⁶⁾.

- Posibilidad de otorgar a los árbitros la facultad de prorrogar el plazo, por un nuevo tiempo determinado. Esta opción está admitida por distintas leyes y reglamentos y ha sido la interpretación, en algunos casos, de los tribunales de justicia⁽⁴⁷⁾.
- Facultad a los tribunales arbitrales de prorrogar el plazo sin determinación de un límite temporal o de

de recusación, retardo en acompañar documentos, agregación en abundancia de nuevos elementos a último momento, repetición de pedidos de prórroga de las audiencias por razones diversas, cambios repetidos de abogados en el curso del procedimiento, falta de mantenimiento de una promesa de aceptar una prórroga". Frente a tales hechos el autor estima necesaria la presencia de un "árbitro aguerrido" para evitar que esos hechos "dañen la serenidad de los debates".

(45) Singularmente la ley de Brasil Nº 9307 de 1996, establece en su artículo 23, parágrafo único, que: "las partes y los árbitros, por mutuo consentimiento, pueden extender el período estipulado". La Ley boliviana Nº 1770 de 1997, prevé en su artículo 55, inciso I, párrafo final, que: "durante la vigencia del plazo originalmente pactado, dicho plazo podrá ser prorrogado por un máximo de sesenta (60) días". RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando, *Procedimiento Arbitral*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2004, pp. 107 y ss., vincula ese precepto con el del artículo 41 y concluye que la prórroga puede ser, en primer lugar, solicitada convencionalmente por ambas partes y sólo en su defecto, decidida por los árbitros por sesenta días más. En el mismo sentido se enrojan las legislaciones de Panamá, Honduras y El Salvador.

(46) Ver trabajos y jurisprudencia citados en nota 1; id: GRANDJEAN, Philippe, "La durée de la mission des arbitres", en: *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 45-6.b, "Quid d'une prorogation décidée par les arbitres?", donde hace referencia a los casos "Brynzeel", "Degrémont" y "AAA c/Editions Mondiales" en el sentido de la impropiedad de delegar a los árbitros la prórroga del plazo y "Alexander Films" del 12 de noviembre de 1993 de la Corte de Apelaciones de París, en la que el autor señala que el Tribunal parece admitir sin reservas la validez de una delegación otorgada a los árbitros sin límite de tiempo, lo que no es mayoritario en el derecho francés. LOQUIN, en nota en *Revue de l'arbitrage*, 2003, citada en nota 1, dice que "el derecho francés, a diferencia de ciertas legislaciones extranjeras, prohíbe de manera cierta a los árbitros decidir la prórroga del plazo del arbitraje", en igual sentido, BETTO, Jean-Georges, nota a las decisiones de la Corte de Casación francesa (Cámara Civil), de 8 de marzo de 2001, 18 de octubre de 2001 y 4 de abril de 2002 y de la Corte de París del 17 de enero de 2002, en *Revue de l'arbitrage*, 2002, p. 908, con examen de diversas legislaciones. También Corte de Casación, Cámara Civil II, con la presidencia de Marc ANCEL, sentencia del 7 de Noviembre de 2002 (caso 01-10351), donde se expresa, anulando la sentencia de la Corte de Bourdeaux, que no está en el poder de los árbitros prorrogar el plazo en el cual deben dictar su decisión.

(47) Ver citas de la nota anterior y Ley peruana Nº 26172 de 1996, artículo 48, que permite que los árbitros establezcan un plazo adicional de 15 días para dictar el laudo; ley española Nº 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, artículo 37, inc. 2, que contempla un plazo máximo de prórroga por los árbitros de dos meses; ley de Bolivia Nº 1770/97, del 10 de marzo de 1997, que en el artículo 41, otorga la posibilidad a los árbitros de prorrogar el plazo de 180 días en que debe ser dictado el laudo, por 60 días más.

oportunidades en que pueden disponer la prórroga⁽⁴⁸⁾.

(iii) Prórroga decidida por la institución arbitral administradora

En los casos de arbitrajes llamados *institucionales*, es decir, los que se ubican en la esfera de actuación de una institución permanente dedicada al arbitraje⁽⁴⁹⁾, es frecuente que los Reglamentos de Arbitraje prevean la facultad de la ins-

titución o Corte respectiva de prorrogar los plazos, en mayor o menor medida y disponiéndolo en una o varias veces⁽⁵⁰⁾.

Con relación al Reglamento CCI y, en especial, a lo dispuesto por el artículo 24, tanto la propia Corte de Arbitraje de la CCI como tribunales arbitrales, admitieron que la prórroga del plazo dispuesta por esa Corte, no requiere de la notificación a las partes sino que basta la efectuada a los árbitros para que tenga vigencia⁽⁵¹⁾.

(48) El Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), vigente desde el 1º de enero de 1998, establece en su artículo 4.7 que “el Tribunal Arbitral puede en cualquier momento prorrogar (incluso en el supuesto de que el plazo haya vencido) o abreviar cualquier plazo previsto en el Reglamento o en el Convenio Arbitral para la instrucción del arbitraje, incluyendo cualquier notificación, citación o comunicación que deba notificarse por una parte a cualquier otra parte”. Debe recordarse que el artículo 22.1 (d) permite al Tribunal Arbitral “prorrogar o acortar cualquier plazo conferido por el convenio arbitral, por este Reglamento o por las diligencias de ordenación del Tribunal Arbitral para la instrucción del arbitraje”. La ley venezolana del 25 de marzo de 1998, establece en su artículo 22: “Si en el acuerdo de arbitraje no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del tribunal arbitral. Este lapso podrá ser prorrogado por dicho tribunal una o varias veces, de oficio o a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al término antes señalado se sumarán los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

(49) RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration Law*, Kluwer, Deventer–Boston, 1990, p. 34. (Hay una edición posterior de este libro). CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit. en nota 30, p. 67; BERLINGUER, Aldo, en BRIGUGLIO, Antonio y SALVANESCHI, Laura, *Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 5 y ss.; RELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 15, UZAL, María Elsa, *Solución de controversias en el Comercio Internacional*, Ad-Hoc SRL, Buenos Aires, 1992, p. 57, BORTOLOTTI, Fabio *Diritto dei contratti internazionali. Manuale di diritto commerciale internazionale*, Cedam, Padua, 1977, pp. 499 y ss., punto 9.3 “Los arbitrajes institucionales o administrados”.

(50) RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, cit. en la nota anterior, pp. 419 y ss. en la que menciona diferentes reglas de instituciones de arbitraje y legislaciones de distintos países. A modo de ejemplo: Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Commercial Rules of the American Arbitration Association, Rules of the Italian Society for Arbitration. La doctrina y la jurisprudencia son conformes en que las instituciones arbitrales no son cortes jurisdiccionales y que en consecuencia no deben fundar expresamente las decisiones concediendo prórrogas: véase Corte de Apelaciones de París, 1ª. Cámara, 17 de Mayo de 1983, “*Techni Import Professionnel c/ Electro Scientific Industries*”, y nota de GRANDJEAN, Philippe, *La durée de la mission des arbitres*, cit., en nota 46.

(51) Corte de Apelaciones de París (Primera Cámara Civil), 6 de marzo de 2003, en “*AIC-El Amiouny International Contracting et Trading c/ Skanska*”, publicado en *RTDC* 2003, p. 479, afirmó que al prorrogar el plazo la Corte habría procedido “por cuenta de las partes y en consecuencia las notificaciones del plazo deben ser remitidas al Tribunal Arbitral”. Advuértase que se trataba de una prórroga emanada de un organismo de carácter institucional y no de un caso decidido por el propio Tribunal Arbitral. Esta es también la costumbre de la Corte de la CCI: véase DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit. en nota 19, p. 283, en idéntico sentido, BORTOLOTTI, Fabio, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale di diritto commerciale internazionale*, cit. en nota 49, p. 499 y nota 54, en la que cita un fallo de la Corte de París (“*Bin Saud Bin Abdel Aziz c. Crédit Industriel et commerciale de Paris*”, del 24 de marzo de 1955) y otro de la Corte Federal Alemana (“*S.p.a. Ghezzi c. Jacob Boss Söhne*” del 14 de abril de 1988). En este último esa Corte definió que no viola el derecho de defensa que una parte no haya intervenido en la decisión de prórroga. BRUNA, Sierk, “*Le contrôle, de délais par la Cour International d'arbitrage*”, en: *Bulletin de la Cour*

Asimismo, una importante doctrina ha admitido que el criterio de la Corte CCI sobre si están cumplidos los recaudos del artículo 24.2⁽⁵²⁾, es de su propio arbitrio y no requiere fundamentación especial ni es susceptible de recurso⁽⁵³⁾.

(iv) Prórroga decidida por autoridad judicial

No dándose los supuestos de los párrafos (i) a (iii) anteriores, las legislaciones prevén en la mayoría de los casos (y en otros la interpretación lo ha admitido) que la autoridad judicial prorrogue los plazos para la tramitación y conclusión del arbitraje, ya sea por pedido del propio tribunal arbitral o bien por pedido de las partes o alguna de ellas⁽⁵⁴⁾.

(v) Consentimiento expreso o tácito a la continuación de la labor de los árbitros

En algún Reglamento Arbitral y en la generalidad de la doctrina y jurisprudencia (aun la más estricta) se admite que ante actos de las partes que visiblemente consienten la continuación de la actuación del tribunal arbitral⁽⁵⁵⁾ el laudo dictado en esas condiciones y aun vencido el plazo que hubiera sido fijado, es un laudo válido pues, en ese caso, debe entenderse expresa o tácitamente prorrogado ese plazo.

(vi) Manifestación previa al laudo, una vez vencido el término

En un interesante antecedente, la Ley italiana, modificada en 2006, establece en

Internationale d'arbitrage de la CCI, Vol. 7, Nº 2, diciembre de 1996, p. 76, también se refiere a una decisión de la Corte de la CCI de 1989.

Nos parece que, aun cuando la prórroga no requiera notificación para su eficacia, de todas maneras resultaría conveniente tal notificación para que las partes puedan conocer la evolución del proceso.

(52) El artículo dice: "La Corte puede, en virtud de solicitud motivada del Tribunal Arbitral, o si lo estima necesario, de oficio, prorrogar dicho plazo". Este precepto coordina con lo dispuesto por el artículo 32.2 del mismo Reglamento.

(53) DANOVI, Filippo, "Termine per emettere il lodo", Comentario al artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI en: *Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, dirigido por BRIGUGLIO, Antonio y SALVANESCHI, Laura, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 452 y ss., especialmente p. 456, donde cita en ese sentido un fallo de las tres instancias en Francia en el caso "Sté Appareils Dragon c. Costruimort", también mencionado por PRUJINER, Alain, "La gestion des arbitrages commerciaux internationaux: l'exemple de la Cour d'arbitrage de la CCI", en: *Journal du Droit International*, 1988, pp. 704 y ss. DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *A guide to the new ICC rules of arbitration*, cit., en nota 19, p. 283. Ver nota 50, parte final.

(54) En Francia el artículo 1456, ya citado en la nota 4; en Italia, la reforma al Código Procesal Civil de 2006, artículo 820, admite la prórroga dispuesta por el Presidente del Tribunal Judicial, por pedido motivado de una de las partes o de los árbitros, propuesto antes del vencimiento del plazo. La Ley uruguaya Nº 15982, de 1989, establece un plazo de 90 días hábiles, salvo que las partes acordaren la suspensión del procedimiento (artículo 9496.1), sin prever la circunstancia de una prórroga.

(55) En relación, artículo 821 del Código Procesal Civil Italiano y artículo 95 de la Ley 26572 de Perú. Véase RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, cit. en nota 26, p. 835; Jean-Georges, Betto, nota a las decisiones de la Corte de Casación francesa (Cámara Civil), de 8 de marzo de 2001, 18 de octubre de 2001 y 4 de abril de 2002 y de la Corte de París del 17 de enero de 2002, cit., nota 46, pp. 911 y ss., donde trata la "prórroga tácita", con remisión a casos jurisprudenciales y doctrina. Este último trabajo también estudia el caso de renuncia de las partes a prevalerse de impugnar el laudo por haber sido dictado fuera de término, punto II, a, pp. 915 y ss. En igual sentido, por ejemplo, la jurisprudencia chilena: Corte Suprema "Famae c/ Surimex", del 28 de septiembre de 1982 y Corte de Apelaciones de Santiago "Romero Almedo, Eduardo y Otro c/ Arbitro arbitrador Rojas Habed, Nayo", del 1 de diciembre de 1999, que se leen en www.camsantiago.com/html/jurisprudencia. AYLWIN AZOCAR, Patricio, en: *El juicio arbitral*, 4ª ed., Santiago, Chile, 1982, pp. 471 y ss., señala la doctrina chilena y de otros países en la misma dirección.

el artículo 821 un procedimiento particular: que la eventual nulidad del laudo por vencimiento del plazo no puede invocarse si la parte no ha notificado a la otra parte y a los árbitros que hará valer el vencimiento del plazo⁽⁵⁶⁾.

La doctrina también ha entendido aplicable este principio, aun ante la inexistencia de un precepto similar, en otros ordenamientos legales extendiendo el concepto de consentimiento o prórroga tácita⁽⁵⁷⁾.

(vii) Consentimiento del laudo dictado fuera de término

Puede ocurrir que las partes no recurran contra el laudo arbitral o bien que, recurriendo, no invoquen el vencimiento del plazo como agravio contra el laudo. En esas condiciones el laudo dictado fuera de término no es inválido por esa circunstancia.

Surge claramente de lo que llevamos dicho, entonces, que el eventual vicio de extemporaneidad del laudo no constituye

una causal de *nulidad*, tal como lo entiende la doctrina continental (es decir, inconfirmable y atentatoria del orden público) sino, y en algunos casos, podría considerarse que se trata de una situación de anulabilidad⁽⁵⁸⁾ (y, por tanto, confirmable).

2.3. Plazo para emitir el laudo a partir de la conclusión del procedimiento anterior

a. Aspectos generales

Se trata de un supuesto que tiene en común con el anterior que ambos se refieren a un plazo con relación al dictado del laudo. Sin embargo, tiene efectos bien distintos, que trataremos de especificar y valorar ahora.

Una serie de reglamentos de arbitraje no contiene plazos para el entero procedimiento, pero sí prevén un plazo para que el tribunal arbitral dicte el laudo, a partir de ciertos eventos de la causa que hacen expedita esta posibilidad⁽⁵⁹⁾.

(56) Artículo 821 del Código Procesal Civil Italiano, que dice: "(Relevancia del transcurso del término). El transcurso del término indicado en el artículo anterior no puede ser hecho valer como causa de nulidad del laudo si la parte, antes de la deliberación del laudo resultante del acto suscripto por la mayoría de los árbitros, no había notificado a las otras partes y a los árbitros que entiende hacer valer la decadencia. Si la parte hace valer la decadencia de los árbitros, éstos, verificado el decurso del término declaran extinto el procedimiento". Véase RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, cit. en nota 26, pp. 995-997, quien recuerda autores (Vecchione y Satta) que estiman necesaria que esa notificación tenga la forma de un acto de oficial judicial, mientras que Andrioli estima suficientes medios menos formales; también analiza si el mecanismo puede ser activado solo por la parte o también por su letrado, indicando fallos que se inclinan por la primera solución. El artículo 63 de la Ley 1170 (1997) de Bolivia dice, en la parte pertinente: "La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación". Ver: CAIVANO, Roque, "Bolivia sancionó una nueva ley de Arbitraje", en: *LL 1998-A*, pp. 909 y ss.; RODRÍGUEZ MENDOZA, Fernando, *Procedimiento Arbitral*, cit., en nota 7, p. 211.

(57) CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., en nota 30, pp. 292-293 con interesantes argumentos; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Breve descripción de la situación del arbitraje internacional de América Latina", en: *Laudo*, cit., en nota 24, pp. 522 y sus notas.

(58) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Breve descripción de la situación del arbitraje internacional de América Latina", en: *Laudo*, cit., en nota 24, pp. 398 y ss., con sus notas. El autor sostiene que la causal por extemporaneidad no reviste características de orden público, por lo que las partes deberán deducirla expresamente en un procedimiento de anulación del laudo.

(59) En este sentido es destacable el artículo R41 de Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures (Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes) de la American Arbitration Association,

Son aplicables *mutatis mutandis* las reflexiones que hemos realizado respecto de la forma de cómputo del plazo y sobre la suspensión y prórroga, que muchos reglamentos defieren al propio tribunal arbitral⁽⁶⁰⁾, fijándole o no plazos determinados o dejándolo al criterio del tribunal, incluso, en cuanto a su utilización sucesiva o reiterada.

En los tribunales institucionales es frecuente que los reglamentos autoricen al tribunal –permanente o no– a decidir una prórroga, mientras que en la mayoría de ellos esas postergaciones deben ser decididas o contar con la conformidad de la institución administradora del arbitraje. En algunos casos un tribunal judicial es el que puede ampliar el plazo para dictar el laudo.

Se aplicarán, en este supuesto, los principios que hemos sugerido en cuanto al consentimiento de las partes en la continuación de la labor de los árbitros; el requisito de la reclamación previa que se estima en algunos reglamentos y por algunos autores; y el consentimiento eventual del laudo extemporáneo por ausencia de reclamo o recurso de las partes.

b. Valoración medio termine

La fijación de un plazo para el entero procedimiento arbitral (numeral 2.2. precedente) tiene larga tradición legislativa, doctrinaria y jurisprudencial. Por lo tanto, de momento parece excesiva una crítica que pretenda eliminar esa arraigada tradición. También es cierto que la celeridad del procedimiento es uno de los caracteres del arbitraje que se exhibe como una ventaja frente a otras alternativas de solución de conflictos y que, como conducta deseable para las partes y los tribunales arbitrales (y significativamente para la sociedad en su conjunto), es claro que es un desiderátum que no puede abandonarse.

Pero sin perjuicio de que ese mismo horizonte se espera para la justicia del Estado, no es ponderable que el sistema descrito lleve necesariamente a un andamiaje cerrado, oclusivo y hasta tiránico de plazos que parece más militar en contra del arbitraje que en favor de él. La tradicional manera anglosajona, recurriendo a términos generales y prudenciales⁽⁶¹⁾ se muestra de mayor razonabilidad frente al fenómeno que estamos analizando.

que dice: "Plazo para el laudo. El laudo (award) debe ser realizado prontamente por el arbitrador y salvo que otra cosa haya sido convenida por las partes o especificada por la ley no más tarde de los treinta días de la fecha de cierre de la audiencia, o si las audiencias orales fueron omitidas, desde el día de la transmisión por la AAA de los alegatos finales y la prueba al arbitrador".

(60) Artículo 24.2 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional; artículo 8.2 del Reglamento del MERCOSUR; artículo 60 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto Dell'Arbitrato*, cit., en nota 49, pp. 420-421, menciona los siguientes reglamentos: artículo 18 ICC Rules of Conciliation and Arbitration; artículo 33 Rules of Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce; artículo 23.10 Rules of Conciliation, Arbitration and Expertise of the Euro-Arab Chambers of Commerce; artículo 24 Rules of the Italian Society for Arbitration, entre otros.

(61) Ob. cit., en nota 32; véase BRUNA, Sierk, "Le contrôle, de délais par la Cour Internationale d'arbitrage", en: *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 7, N° 2, diciembre de 1996, p. 74 donde dice: "Por otra parte la rapidez no debe considerarse como un fin en sí. Un buen punto de partida, y después de mi experiencia es lo que entiendo que es considerado como primordial por la Corte, es un justo equilibrio entre, de una parte, una buena solución y, por otra, una buena calidad del procedimiento". En ese trabajo analiza el Reglamento en su redacción anterior y afirma reiteradamente que en la mayoría de los casos el plazo de seis meses no puede ser respetado y, en consecuencia, debe ser prorrogado más de una vez y concluye diciendo "A mi entender una aproximación (approche) pragmática es una buena aproximación. Una aproximación más formal y de principio no respetará suficientemente el hecho que las partes han

Si se optara por continuar fijando plazos finales para el procedimiento, incluso el laudo, no sólo resultará conveniente otorgar amplias facultades para su extensión, incluso en más de una oportunidad, de acuerdo con las circunstancias. En definitiva, considerar esos plazos como deseables o aconsejables pero limitar su carácter mandatorio y su efecto nulificador sólo a situaciones extremas comprensibles en las figuras de abuso del derecho o, eventualmente, en caso extremo, en el fraude, cuyos remedios no se encuentran en los plazos ni se agotan, en todo caso, en los laudos arbitrales dictados fuera de plazo.

En consecuencia, y en esta valoración en el curso de este trabajo, nos parece que la forma de definir plazos a que nos estamos refiriendo en este punto, debe ser abordada de una manera más flexible y razonable en orden a la mejor satisfacción de los fines propuestos para la institución del arbitraje.

2.4. Reglamentos que no exigen plazos determinados

Finalmente, podemos mencionar casos de reglamentos de arbitraje en los

cuales no se exige que se incluyan plazos en los documentos (compromiso, Acta de Misión o similares) y que tampoco los establecen en forma subsidiaria a la voluntad de las partes⁽⁶²⁾.

Es frecuente que, en tales casos, las partes o el tribunal arbitral al establecer las reglas procesales puedan identificar plazos estimativos, determinados o vinculados a criterios generales (razonabilidad, rapidez, intermediación, etc).

Una situación peculiar ocurre en el Derecho argentino, en el que la cláusula sobre el plazo aparece, en su artículo 741, inciso 2), del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), como una *cláusula facultativa*. Por otra parte, el artículo 748, establece la extinción del procedimiento “*por el transcurso del plazo señalado en el compromiso o del legal en su defecto, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros (...)*”, agregando el artículo 754 que el pronunciamiento debe efectuarse “*dentro del plazo fijado en el compromiso, con las prórrogas convenidas por los interesados, en su caso (...)*”, a lo que se suma el artículo 755 que determina que “*si las partes no hubieren establecido el plazo dentro del cual debe*

elegido el arbitraje y que su voluntad debe ser prioritaria. Los arbitrajes sufrirán sensiblemente si se adopta una posición más rigorista” (p. 76). MANTILLA SERRANO, Fernando, “Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional”, en: *Iustel*, Madrid, 2005, p. 203, expresa “Es cierto que puede haber un riesgo en dar total libertad al árbitro para decidir sobre el plazo para laudar o su prórroga, sin embargo, la forma correcta de remediar a dicho abuso –que, en todo caso, sería excepcional– no está en limitar o eliminar esa facultad, sino en exigir la responsabilidad contractual del árbitro”

(62) El Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres no establece plazo para laudar, como así tampoco la Ley Modelo de UNCITRAL. En el mismo sentido, las legislaciones de Chile, Costa Rica, Perú, Guatemala y Paraguay. Tampoco lo contiene el “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur”, suscripto en Buenos Aires, el 23 de Julio de 1998 (idéntico al que los países del Mercosur firmaron con Bolivia y Chile en la misma fecha): NOODT TAQUELA, María Blanca, *Arbitraje Internacional en el Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 131, aún cuando la autora hace suya las críticas de ZAPIOLA PÉREZ, Horacio, “Arbitraje en el Mercosur”, en: *Revista de Derecho del Mercosur*, año 2, Nº 1, pp. 40-49, en el que se recomienda adoptar un plazo que no exceda de 9 meses desde que quede conformado el Tribunal, computándose sólo los días corridos (pp. 110-112).

pronunciarse el laudo, lo fijará el juez atendiendo las circunstancias del caso". Todo ello hizo concluir a la doctrina que la determinación del plazo resultaba *esencial* para el proceso de arbitraje⁽⁶³⁾.

Podemos construir, sin embargo, una conclusión diferente. Recurrir al juez para que constituya el tribunal arbitral y determine las cuestiones sometidas (compromiso) es *contingente* (artículo 742 del CPCCN). En efecto, la doctrina aclara que esa recurrencia al juez es sólo para el caso en que una parte se resista a formar el tribunal arbitral y a otorgar el compromiso⁽⁶⁴⁾, y, en la práctica, existe una cantidad importante de arbitrajes *ad-hoc* que se han iniciado y desarrollado sin intervención de la justicia.

Por lo tanto, sacralizar la fijación de plazos cuando las partes no lo han creído conveniente o, eventualmente, estimar incompleta la relación por la falta de plazo *que es una cláusula meramente facultativa*, importa una desinterpretación de la ley. Otorgarle relevancia sustancial al plazo porque algunas normas se refieren a él de manera expresa, es exceder el marco de la misma ley y, de alguna manera, ceder ante la inercia de la tradición o, en todo caso, mostrar cierto disfavor al arbitraje. Resta decir que en el arbitraje de derecho, el CPCCN no establece un plazo

supletorio de la voluntad de las partes y, en la mayoría de los casos, no existen plazos fijados por otras normas legales.

3. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE EMISIÓN DEL LAUDO O DE SU DICTADO FUERA DE PLAZO

Después de haber considerado lo fundamental de la problemática del plazo en materia de arbitraje de derecho, resumiremos pocas ideas sobre los efectos del dictado del laudo fuera de término o, en última instancia, la omisión total de su pronunciamiento.

Partimos de la base del presupuesto que el laudo efectivamente pronunciado en un caso particular, no ha podido ver rescatada su validez por ninguna de las razones o procedimientos que hemos indicado anteriormente⁽⁶⁵⁾.

En estas condiciones, la mayoría de las leyes que sientan en el respeto del plazo la condición de validez del laudo, en general incorporan como causal de nulidad del pronunciamiento el habérselo dictado fuera de tal oportunidad.

Hemos señalado que se trata de un caso de anulabilidad y no de nulidad, desde que, como ya razonamos, las partes

(63) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, cit. en nota 43, p. 114, quien dice: "Los mencionados plazos, revisten como regla, carácter perentorio, de manera que en el caso de no mediar su suspensión, interrupción o prórroga, los árbitros pierden potestad jurisdiccional y, en consecuencia, la posibilidad de laudar válidamente".

(64) COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado*, T. VI, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 704; en igual sentido, PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, cit., en nota 43, p. 72.

(65) En la doctrina se suele aludir a las decisiones judiciales tendientes a "salvar" la validez de los laudos arbitrales. En definitiva se trataría de una aplicación más de la teoría de la conservación del negocio jurídico. PELLERIN, Jacques, L'instance au fond devant la Cour d'appel après annulation de la sentence, en: *Revue de l'arbitrage*, 1993, N° 2, p. 201 dice: "El tiempo de rivalidad entre el orden estatal y el orden arbitral ha pasado. El juez estatal ha devenido en "ambulancia del arbitraje", salvando arbitrajes en peligro y desbloqueando los procedimientos atascados".

podrían consentir la sentencia arbitral dictada fuera de término.

La anulación del laudo extemporáneo produce ciertos efectos que conviene sintetizar:

3.1. Extinción del procedimiento arbitral

La anulación del laudo por haberse pronunciado fuera de término produce, en la generalidad de los casos, la extinción del procedimiento arbitral⁽⁶⁶⁾. Esto significa que ese proceso no podrá continuarse ante los mismos árbitros.

Sin embargo, esto debe enmarcarse de la manera siguiente:

- Por así preverlo la legislación procesal aplicable, puede dictarse la sentencia que corresponda al proceso que se hubiere concluido, por un órgano judicial⁽⁶⁷⁾.
- Las pruebas y demás procedimientos arbitrales realizados pueden ser hechos valer en el laudo que dicte el juez o tribunal de justicia que entienda (supuesto que el proceso como tal no ha sido impugnado).

(66) El artículo 748 del CPCCN argentino expresa que la "extinción del compromiso", que importa la "cesación de sus efectos", se produce "por el transcurso del plazo señalado en el compromiso o del legal en su defecto", lo que parece conducir a dos posibles consecuencias: a) que se pueda afirmar que el plazo es perentorio y que el laudo fuera de plazo fuera inválido por nulidad absoluta (lo que ya hemos descartado); b) que la cláusula arbitral permanece vigente. Véase también SILVA ROMERO, Eduardo y DÍAZ RAMÍREZ, Enrique, "La extinción del contrato de arbitraje", dirigido por SILVA ROMERO, Eduardo y coordinado por MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Legis, Bogotá, 2005, pp. 755 y ss.

(67) NCPC francés, artículo 1485, que dice: "Después que la jurisdicción a consecuencia de un recurso de anulación anula la sentencia arbitral, ella misma se pronuncia sobre el fondo dentro de los límites de la misión del árbitro, salvo voluntad contraria de todas las partes". Esta atribución judicial para fallar la causa arbitral ha sido motivo de gran desarrollo en la doctrina y jurisprudencia francesa que denominan el fenómeno como la judicialización del arbitraje. Un interesante desarrollo de los temas que suscita esta norma puede verse en PELLERIN, "L'instance au fond devant la Cour d'appel après annulation de la sentence" en *Revue de l'arbitrage*, cit., en nota 65. En Italia, el Código Procesal, reformado en 2006, establece en el artículo 830, 2º parte: "Si el laudo es anulado por los motivos mencionados en el artículo 829, 1º párrafo, números 5, 6 (este inciso se refiere a la nulidad por haberse dictado el laudo fuera del término), 7, 8, 9, 11 ó 12 (...), la Corte de Apelación decide la controversia sobre el mérito salvo que las partes no hayan establecido otra cosa en la convención de arbitraje o por acuerdo sucesivo. Sin embargo, si una de las partes, a la fecha de la suscripción de la convención de arbitraje, reside o tiene su sede efectiva en el exterior, la Corte de Apelación decide la controversia sobre mérito sólo si las partes lo han establecido así en la convención de arbitraje o lo piden en conjunto. Cuando la Corte de Apelación no decide sobre el mérito, se aplica a la controversia la convención de arbitraje, salvo que la nulidad dependa de la invalidez o ineficacia de ésta". CASSANO, Giuseppe / NISATI, Maximiliano, *La riforma dell'arbitrato. Monografia ragionata sulla riforma del processo arbitrale*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 118 y ss.

Lo mismo ocurre, según el CPCCN de Argentina, cuyo artículo 761, tercer párrafo, dice: "Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de partes, el juez pronunciará sentencia, que será recurrible por aplicación de las normas comunes". La doctrina señala que esa remisión debe entenderse realizada al juez de Primera Instancia: RIVERA, Julio César, "Recursos contra laudos arbitrales", cit., en nota 43, pp. 67 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, cit. en nota 43, p. 172; especialmente pp. 77/8, quien dice que para que intervenga el juez estatal, es menester contar con la conformidad de ambas partes, pues de lo contrario debería formarse un nuevo tribunal arbitral. (Naturalmente existen circunstancias en las que no procederá recurrir a un nuevo tribunal arbitral, por ejemplo si se hubiere juzgado que la cuestión no era arbitrable o que la cláusula arbitral era nula o inaplicable, pero ambos supuestos son ajenos a la nulidad por vencimiento del plazo). ROJAS, Jorge, "Vías de impugnación del laudo arbitral", ED 20-836, se refiere en el Cap. IV a "La llamada judicialización del arbitraje", y cita supuestos en que ello puede ocurrir.

- La anulación de un laudo no importa la necesidad insustituible de recurrir a la justicia estatual. En ese sentido, el agotamiento del proceso arbitral *no extingue la cláusula arbitral*⁽⁶⁸⁾ según la cual las partes resolverían sus diferencias mediante arbitraje. En su caso, y no procediendo la directa decisión judicial de la que antes hemos hablado⁽⁶⁹⁾, las partes deberán recurrir a un nuevo arbitraje, salvo que renuncien a él de común acuerdo o tácitamente al deducir o consentir la actuación judicial.

4. REFLEXIONES FINALES

Hemos adelantado algunas conclusiones en el Capítulo II, numeral 2.4.

Sólo podemos agregar que nuestra intención ha sido abrir un camino de reflexión respecto del carácter que debe asignarse al plazo en los procesos arbitrales. Las reglas jurídicas, generalmente contenidas en códigos procesales, a

nuestro juicio deben flexibilizar su posición frente a la rigurosidad o sacralidad con que se trata la determinación, el cumplimiento, la prórroga y el eventual exceso del plazo de los árbitros.

Como antes también dijimos, compartimos plenamente el objetivo de rapidez y eficiencia de la justicia que se instala debajo de los plazos breves. Este objetivo no puede llevar a su propia destrucción: por un lado, no se puede sacrificar el ideal de justicia y equidad en un altar cartabónico de plazos imaginados genéricamente e inaplicables a casos concretos y, por otro, “solucionar” el problema anulando el proceso y obligando a reproducirlo, total o parcialmente, en otro proceso arbitral o judicial.

Podemos concluir nuestra exposición permitiéndonos reproducir un párrafo que entendemos casi canónico:

“En las últimas dos décadas del siglo veinte, el *retraso* y la *interrupción* comenzaron a tener importancia en

(68) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional de América Latina”, cit. en nota 24, pp. 397 y ss.; PELLERIN, Jacques, cit., en nota 65 y fallo de la Corte de Colmar, “Ch. de Morín c/ G. Morín”, del 2 de septiembre de 1993, en: *Revue de l'arbitrage*, 1994 -2, p. 349, con nota de Daniel Cohen; la nueva ley española modificó la posición que había tomado el artículo 30 (1) de la ley de 1988, según la cual transcurrido el plazo quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia, mientras que, la ley de 2003, en su artículo 37 (2) dice: “La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”. Véase VERDERA Y TUELLS, Evelio, “La ley de arbitraje española: entre la tradición y la innovación”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 5, Legis, Colombia, julio-diciembre, 2006, pp. 150 y ss.

(69) Por ejemplo, si el vencimiento del plazo se produjo antes de ciertos actos procesales y pruebas que también resultan impugnados, en cuyo caso no podrá dictarse una sentencia inmediata. PELLERIN, Jacques, “*L'instance au fond devant la cour d'appel apres annulation de la sentence*”, cit. en nota 65, p. 199, donde explica que en el caso de Francia si se trata de un arbitraje internacional la anulación de la sentencia no somete la cuestión al tribunal estatal, sino que las partes deberían deducir un nuevo arbitraje o decidir la manera de proceder en ese caso. La Corte de Casación francesa, en fallo del 18 de mayo de 1989, publicado en *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 913, revisando su jurisprudencia anterior, admite que en un arbitraje “caduco” por haberse laudado fuera de término, los actos de procedimiento (y por consiguiente, también las pruebas) realizados antes del vencimiento del término son válidos. GRANDJEAN, Philippe, *La durée de la mission des arbitres*, cit., en nota 46, p. 50, en la que remite a la sentencia referenciada.

el arbitraje comercial internacional, y fueron largamente debatidos en los Congresos de la ICCA durante los años '80 y '90.


El arbitraje depende de la rapidez y economía en sus costos para su supervivencia. Comúnmente, lo que es rápido, es costoso.

Sin embargo, lo importante es que el procedimiento que adopten los tribunales arbitrales sea justo. El balance debe darse entre la celeridad y lo justo.

Este balance variará según cada caso, por lo que ningún plazo podría prescribirse de antemano. Las partes tienen su propio rol activo en este contexto, debiendo tener en

cuenta las demoras que pueden presentarse en cada proceso.

Los procedimientos adoptados en cada arbitraje dependerán de la naturaleza de las disputas, y los tribunales arbitrales deberían ser libres para designar el procedimiento acorde a los requerimientos particulares del caso; los procedimientos acordados por las partes necesariamente limitan y restringen a los tribunales arbitrales.

Las demoras se eliminarían más eficazmente con elecciones más sabias en la composición de los tribunales arbitrales, en vez de fijar normas procesales detalladas en el compromiso arbitral⁽⁷⁰⁾. 

(70) REDFERN, Alan / HUNTER, Martín / BLACKABY, Nigel / PARTASIDES, Constantine, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., en nota 32, Cap. 6: *The conduct of the proceedings*, pto. 3 d).

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: COSTO Y DURACIÓN

Por: YVES DERAÏNS (*)

SUMARIO: 1. El origen de los plazos y costos del arbitraje internacional. 2. Los medios de reducir los plazos y costos del arbitraje internacional.

1. El arbitraje es el método usual de resolver los litigios en las relaciones económicas internacionales. Que se traten de contratos comerciales entre personas privadas y/o públicas o de relaciones entre un inversor y el Estado donde se hizo la inversión, la atribución de competencia a los tribunales estatales es la excepción. Eso es la consecuencia de la acción combinada de los Estados y de los círculos económicos privados que, desde más de 50 años, han fomentado el desarrollo del arbitraje y facilitado la circulación internacional de los laudos arbitrales: ratificación de la Convención de Nueva York por casi 150 Estados, modernización del derecho del arbitraje en casi todos los países del mundo durante los 25 últimos años, conclusión de más de 2200 Tratados de Protección de Inversiones incluyendo una cláusula de arbitraje, creación de institu-

ciones de arbitraje en todos los países del mundo, etc. Las dos ventajas principales del arbitraje internacional son bien conocidas: por una parte su neutralidad, por otra parte su eficacia. Tradicionalmente, también se invocan su celeridad y la modicidad de su costo.

2. Es cierto que los procedimientos de arbitraje internacional siguen siendo generalmente más rápidos y, por eso, menos costosos que los procedimientos judiciales. Es normal que la decisión de un juez estatal sea objeto de una apelación, sin hablar de recursos posteriores ante la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional. Al contrario, es usual que un laudo arbitral sea ejecutado de modo espontáneo por la parte condenada. La explicación se encuentra en el hecho de que las partes que firman una cláusula

(*) Abogado de la Barra de París. Socio SCP Derains & Associés - París. Vice Presidente del Instituto de Derecho Mercantil Mundial de la ICC. Ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

de arbitraje no solo se comprometen a someter sus disputas al arbitraje, sino también, en la gran mayoría de los casos, a cumplir con el futuro laudo. Por ejemplo, el artículo 28(6) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reza que “*Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia al arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte, y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.*” No se encuentran cláusulas de atribución de competencia a un tribunal estatal que contengan semejantes renunciaciones a recursos. La consecuencia es que la parte que recurre contra un laudo arbitral no cumple con una obligación contractual si lo hace sin motivos graves cuando la parte que recurre contra una decisión judicial solo ejerce un derecho procesal. Además, la circulación internacional de los laudos arbitrales es mucho más fluida que la circulación de los fallos de los tribunales estatales de un país a otro. En conclusión, a nivel internacional, si se considera el tiempo pasado entre el inicio del procedimiento y el cobro de una deuda en un país extranjero, el arbitraje conserva una ventaja significativa sobre el recurso a los tribunales del Estado en cuanto al tiempo y a los costos.

3. Sin embargo, los utilizadores del arbitraje se están quejando más y más de que los procedimientos arbitrales internacionales duran demasiado tiempo y son excesivamente caros. No lo hacen en relación con la duración y el costo de otros

tipos de procedimiento, sino al considerar lo que tendrían que ser una duración y costos objetivamente apropiados para un procedimiento arbitral internacional. Estas inquietudes justificaron un análisis de parte de un *Task Force* de la Comisión de Arbitraje la CCI cuyas conclusiones fueron adoptadas a finales de 2006⁽¹⁾. Aunque más modesta, lo que sigue constituye una reflexión personal sobre el origen de los plazos y costos del arbitraje internacional (I) y de los medios para reducirlos (II).

1. EL ORIGEN DE LOS PLAZOS Y COSTOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

4. Las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en base a los casos que resultaron en un laudo final en 2003 y 2004 revelan que un promedio de los costos de un procedimiento de arbitraje internacional se reparte así:

- Honorarios y gastos de los árbitros: 16%,
- gastos administrativos de la CCI: 2%,
- gastos de las partes: 82%⁽²⁾.

Los gastos de las partes, que incluyen los honorarios de abogados, absorben pues la gran mayoría de los costos. Una suma elevada de honorarios de abogados y de gastos relativos a la presentación de la prueba refleja a menudo un procedimiento largo y complicado. Es esta complicación creciente del procedimiento que está al origen de la duración y del costo excesivo de numerosos procesos de arbitraje internacional y no los

⁽¹⁾ Ver: el ICC Document “Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration”.

⁽²⁾ Esos gastos incluyen *inter alia*, los honorarios y gastos de los abogados, los gastos relativos a prueba testifical y pericial, gastos incurridos por las empresas para reunir la prueba documental, etc.

montos cobrados por los árbitros y las organizaciones de arbitraje.

5. Hay algo paradójico en esta constatación porque la organización de un procedimiento arbitral internacional suele ser el resultado de una colaboración entre los árbitros y las partes. En la práctica internacional, las partes raramente indican en sus cláusulas de arbitraje cuales serán las reglas aplicables al procedimiento, sea por referencia a una ley nacional de arbitraje o directamente. Generalmente, se aplica el reglamento de una organización permanente de arbitraje o, en caso de arbitraje *ad hoc*, las reglas de la CNUDMI de 1976. El Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 15, indica:

“1. 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.

2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”.

Los reglamentos de todas las instituciones de arbitraje que desempeñan un papel importante en el mundo del arbitraje internacional contienen soluciones más o menos idénticas. El arbitraje *ad hoc* no es excepción, como lo confirma el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que confiere en su artículo 15 a los árbitros los mismos poderes de organizar el

procedimiento como lo consideren apropiado en cooperación con las partes:

“1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de prueba por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a la otra parte”.

6. Dentro de este marco, el procedimiento se organiza libremente. Por consecuencia, tendría que corresponder a las preocupaciones de las partes en cuanto a su duración y costo. Hay que admitir que muchas veces no es así y preguntarse porque. Un principio de respuesta se encuentra en la siguiente observación de Mustill and Boyd:

“If the parties have agreed upon a procedure before or at the time when

the arbitrator is appointed, he is bound to follow it (...). Failure to comply with the agreement of the parties is misconduct, which may invalidate the award.

An agreement on procedure made by the parties after the arbitrator has agreed to act is on a rather different footing. Here, it cannot be said that compliance with the agreement is a condition of this appointment, and if the parties were to insist on a procedure which he found objectionable, he would be within his rights in declining to act. As a matter of prudence, as well as courtesy, the parties should seek the arbitrator's approval of the agreed procedure. The arbitrator may, and indeed should, make his views known if the parties propose a way of conducting the reference which he considers may lead to confusion, delay or expense.

Nevertheless, if the parties decline to take his advice, he should yield. He is, after all, no more than the agreed instrument of the parties. If there is a conflict between the parties, an arbitrator who tries to please them both is likely to fall into error. But if they are in agreement, he should in the end do what they wish, for it is their

money, and not his, which is being spent on the reference”(3).

Muchos árbitros consideran, no sin razón, que el arbitraje pertenece a las partes y que no pueden oponerse al desarrollo de un procedimiento cuyos rasgos principales hayan sido definidos por ellas, aunque su duración y costo fuera desproporcionado con las características del caso. Sin embargo, el tema queda controvertido(4). Lo que es cierto es que cuando empieza el arbitraje, la preocupación esencial común de las partes, o mejor dicho de sus abogados, deja de ser de limitar su duración y costos sino de ganar a cualquier precio. Es muy excepcional que su interés sea el de colaborar con los árbitros en la organización de un procedimiento que permitiría resolver ágilmente y con eficacia la desavenencia. Lo que quiere cada uno es disponer de todos los medios posibles para presentar su caso, sin límite alguno.

7. Es el principio de la paradoja de la cual se hizo mención más arriba. Las mismas partes que, en el abstracto, se quejan de la duración y del costo de los procedimientos de arbitraje internacional, no hacen nada para reducirlos cuando se encuentran en un procedimiento concreto, aunque lo podrían. Es muy frecuente que cuando los árbitros proponen a las partes

(3) MUSTILL and BOYD, *The law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2ª ed., 1989, CAAP. 4, nota 185, p. 282.

(4) Ver: MAYER, P., “Le Pouvoir des Arbitres de Régler la Procédure, Une Analyse Comparative des Systèmes de Civil Law et de Common Law”, en: *Revista Arbitraje*, 1995, p. 163; BÖCKSTIEGEL, K-H, “Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure”, en: *Boletín de la Corte de la CCI*, “Arbitration in the next decade”, en: *Special Supplement*, 1999, p. 49 atp. 50; KAUFMANN-KOHLER, “Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbiters et principe d'efficacité”, en: *Liber Amicorum Claude Reymond*, 2004, p. 152; JARROSSON, “Notas sobre Cour de cassation francesa (8 de diciembre de 1988)”, en: *Revista Arbitraje*, 1989, p. 482; sobre Cour d'appel de Paris (24 de abril de 1992), en: *Revista Arbitraje*, 1992, p. 601, donde se pretende que el tribunal arbitral goce de poderes inherentes en cuanto a la organización del procedimiento arbitral superiores al acuerdo de las partes.

plazos para la presentación de sus memorias, estas consideren esos plazos demasiado cortos y se acuerden para prolongarlos. Igualmente, en vez de concentrarse en los hechos esenciales, las partes no dudan en presentar todos los elementos fácticos que tengan una relación con el litigio, sin preguntarse si los árbitros necesitan conocerlos para resolver la disputa. Es usual también que presenten testigos, no para probar hechos negados por la parte contraria, sino para confirmar el contenido de documentos que cada uno puede leer o para repetir la historia de la relación entre las partes, sin distinción de lo controvertido y de lo aceptado. Las partes también suelen inundar a los árbitros de documentos sin que sean necesarios para probar su caso y que nunca serán utilizados durante el procedimiento ni referidos en el laudo. Argumentos jurídicos que no tienen la más remota posibilidad de ser aceptados son elaborados al lado de argumentos convincentes que hubieran sido suficientes. Sin hablar de aquellas audiencias que, a petición de las partes duran dos semanas cuando dos días bastarían. Este lujo procesal inútil tiene su precio, es causa de la duración excesiva de los procedimientos y contribuye a complicar la deliberación de los árbitros y la redacción de los laudos.

8. Sin embargo, la paradoja no resulta solo de la conducta de las partes. No sería posible sin la pasividad de muchos de los árbitros. No se trata de tomar parte en el debate teórico sobre quien de las partes o de los árbitros tiene la palabra final en cuanto al control de procedimiento. Es muy raro que se plantee en la práctica. Si las partes están generalmente de acuerdo para gozar de la más extensa latitud en presentación de su respectivo caso, no lo están en las modalidades de

ejercicio de esta misma libertad. Cada una de las partes tiene su propia agenda porque sus respectivos intereses son contradictorios. Además, es frecuente que las partes o sus abogados pertenezcan a tradiciones jurídicas diversas y que cada uno insista para implementar medios procesales típicos de su tradición jurídica. Es decir que, frente a esos desacuerdos, toca a los árbitros tomar la decisión final. Muy lamentablemente, muchos de ellos lo hacen en lo abstracto.

9. Es el efecto de lo que se puede llamar la “*standardización del procedimiento arbitral*”. Cuando los árbitros deciden de la organización del procedimiento en un arbitraje internacional, más allá del índole de las cuestiones en disputa, toman en cuenta antes de todo la pertenencia de los actores del procedimiento a tal o tal tradición jurídica. Más que las propias partes, estos actores son antes de todo sus abogados. Como son muchos los arbitrajes donde partes o abogados de Common Law y Derecho Civil se encuentran opuestos, la preocupación de los árbitros internacionales de demostrar su neutralidad cultural ha contribuido al desarrollo de un procedimiento “*Standard*” que tiene rasgos que, después de haber sido bastante edulcorados, provienen tanto de la tradición de los países de Derecho Civil como de los países de Common Law. Sin embargo, este sincretismo entre las prácticas de las dos más importantes familias de derechos resulta una yuxtaposición de las dos tradiciones, la una sobre todo escrita, la otra principalmente oral.

10. La pesadez de la mayoría de los procedimientos se explica porque, negándose a elegir, los árbitros internacionales adoptaron los puntos fuertes de cada una de las tradiciones procesales, a costa de

numerosas repeticiones. Un procedimiento estándar empieza por un intercambio de escritos y de documentos que consiste en una demanda, una respuesta, una réplica y una dúplica, según la tradición de Derecho Civil. Es usual que se combine con una “*disclosure of documents*”, según la tradición de Common Law. Eso puede durar cerca de un año. Después se organiza una audiencia de testigos de al menos una semana, y a menudo de dos o tres, cuya preparación es larga y costosa (tradición de Common law). Es excepcional que el papel de los testigos sometidos a interrogatorio, contra-interrogatorio, y re-interrogatorio sea el de probar hechos controvertidos. A través de las declaraciones de los testigos, los abogados procuran llamar la atención de los árbitros sobre el contenido de los documentos presentados y las contradicciones de la contraparte, lo que ya ha sido hecho en los escritos.

11. Otra causa de la duración excesiva de muchos arbitrajes es la falta de disponibilidad de algunos árbitros. Que sea el caso de un solo miembro de un tribunal de tres, y el procedimiento puede padecer retrasos injustificables. Es casi imposible encontrar una fecha para las audiencias y reuniones de deliberación. Además, la superocupación de algunos árbitros puede tener consecuencias que, a pesar de ser menos visibles son muy dañosas. Al árbitro que le falta el tiempo de estudiar el expediente antes de la fecha de la audiencia no podrá dirigirla con eficacia. Es posible también que demandas de prórroga de plazos sean otorgadas o denegadas no en base a consideraciones objetivas, sino a la luz de sus efectos posibles sobre el calendario personal del árbitro. Sin hablar de la dificultad para tal árbitro de encontrar tiempo para redactar el laudo.

12. Las consecuencias de la falta de disponibilidad de algunos árbitros está amplificada cuando uno o más abogados de las partes se encuentran en la misma situación. Las exigencias de otros casos tratados de modo simultáneo, mas que la complejidad de un arbitraje específico pueden tomar una importancia significativa en el momento de discutir plazos para la entrega de memorias. Igualmente, los compromisos de los abogados en otros casos deben considerarse cuando se fija la fecha de una audiencia.

2. LOS MEDIOS DE REDUCIR LOS PLAZOS Y COSTOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

13. El problema de la falta de disponibilidad no tiene soluciones de índole general. Es cierto que, antes de nombrar a un árbitro es preferible averiguar con él que tiene tiempo para cumplir con su misión. Sin embargo, no es una garantía suficiente porque pueden pasar 3 a 4 meses entre la fecha de aceptación de su misión por el árbitro y el comienzo efectivo del arbitraje. Además, la fecha de las audiencias depende de varios elementos como los plazos que van a pedir las partes para presentar sus memorias, la realización de un peritaje, el número de testigos etc., todas cosas que se descubrirán durante el arbitraje y que nadie puede anticipar con certidumbre. Más que su disponibilidad en un momento determinado, el árbitro tiene que demostrar que su actividad le permite organizar y reorganizar su tiempo con flexibilidad, que nunca se encuentra bloqueado por periodos superiores a un mes, que no tiene días regularmente consagrados a la semana u otros impedimentos que limitan su facultad de adaptación.

14. La plétora de costos que resulta de la estandarización del procedimiento es evitable. El remedio consiste en adaptar los instrumentos procesales a las características del litigio, habida cuenta no solo de las tradiciones jurídicas de las partes y de sus abogados sino también del fondo de cada caso. Esto supone un papel mucho más activo de los árbitros. Demasiado a menudo esperan la audiencia para estudiar seriamente los escritos de las partes y los documentos presentados. Es solo entonces cuando toman realmente conocimiento del expediente, descubren los hechos indiscutibles, los puntos fuertes y los puntos débiles de cada parte, y sobre todo, generalmente escasos, los puntos para los cuales la prueba testifical era indispensable.

15. Entre otros métodos, se gana mucho tiempo, energía, y por consiguiente dinero cuando un primer intercambio de escritos que expone la posición factual y jurídica de las partes, con todas las pruebas documentales de las que disponen o que ofrecen, es seguido por una reunión de gestión del caso entre los árbitros, las partes y sus abogados. Esta reunión, que no sabría exceder un día, puede tener lugar inmediatamente después de la recepción de la contestación de la demandada, o cuando se firma el acta de misión en los arbitrajes según el reglamento de la CCI, a la condición de que estas memorias contengan datos suficientes sobre el litigio y un ofrecimiento de prueba casi completo. Si no es así, como generalmente ocurre en los arbitrajes complejos, la reunión de gestión del caso debe ser postergada has-

ta que las partes hayan expuesto completamente, aunque de modo preliminar, su posición y ofrecido sus pruebas. En la reunión de gestión del caso interviene un primer debate sobre el fondo del asunto destinado a organizar la continuación del procedimiento. En esta ocasión, los árbitros ya pueden informar a las partes, con todas reservas, de los puntos que les parecen especialmente importantes y para los cuales consideran que la prueba, documentaria, testifical o pericial ya aportada o ofrecida no parece suficiente. Las partes pueden entonces, con total conocimiento de causa, valorar la necesidad de pedir una “disclosure” de documentos, definir la duración de la audiencia de testigos, con función más probatoria que narrativa, lo que luego permite a los árbitros establecer el calendario de las fases siguientes del procedimiento de un modo que corresponda objetivamente a las características del litigio.

16. La “disclosure” de documentos contribuye también mucho a la duración y a los costos del arbitraje. Sin embargo, es uno de los rasgos del procedimiento arbitral internacional que se ha desarrollado rápidamente durante los 10 últimos años, incluso cuando todas las partes pertenecen a países de tradición jurídica civilista⁽⁵⁾. Por consecuencia, se puede reducir la duración y los costos del arbitraje al limitar la “disclosure” de documentos a aquellos que una parte realmente necesita para probar su caso. Eso implica una gestión eficaz del procedimiento por los árbitros. Una vez más, no lo pueden conseguir si no estudian el fondo

⁽⁵⁾ SACHS, K., “Use of documents and documents discovery: Fishing expeditions versus transparency and burden of proof”, en: *Zeitschrift für Scheidungsverfahren*, Schieds VZ5/2003, p. 193, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “The Globalization of the arbitral procedure”, en: *The Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, Vol. 36, p. 1325.


del caso cuando reciben las primeras memorias de las partes.

17. Cuando los árbitros no tienen un conocimiento suficiente del fondo del litigio al momento de recibir una petición de “disclosure” de documentos, la decisión que toman al respecto es generalmente errónea. Algunos, a menudo civilistas tienen la tendencia de rechazar la petición, por que no entienden su significación en cuanto a la carga de la prueba que pesa sobre la parte que la presenta; otros, la aceptan en su totalidad por la misma razón. Para pronunciarse de modo apropiado sobre peticiones de “disclosure” de documentos, los árbitros no deben contentarse con la lectura de las memorias presentadas sino también hacer una valoración preliminar de la prueba aportada para saber si la parte que pide los documentos los necesita para probar lo que pretende. Para facilitar este ejercicio, es recomendable ordenar a las partes que indiquen precisa y sistemáticamente en sus memorias la prueba que justifica sus alegaciones. Eso permitirá limitar la producción de documentos que no tengan esa función. Se recomienda también prever que las peticiones de “disclosure” de documentos se presenten en lo que es conocido en el mundo del arbitraje internacional como un “Redfern Schedule”, un documento inventado por el gran árbitro inglés, Alan Redfern y dividido en las siguientes cuatro columnas:

- Primera columna: Identificación de los documentos o categorías de documentos pedidos;
- Segunda columna: Presentación sumaria de los motivos para la petición de cada documento o categoría de documentos;
- Tercera columna: Un resumen de las objeciones de la otra parte;
- Cuarta columna: Dejada vacía para la decisión de los árbitros.

Así, un tribunal arbitral podrá decidir rápidamente.

18. Estas reflexiones no tienen la pretensión de ser exhaustivas. La duración de un procedimiento de arbitraje internacional puede tener numerosas otras causas. Actitud dilatoria de una parte, difíciles problemas de competencia, largos peritajes, etc. Al contrario de las causas que acaban de ser descritas, dependen de las circunstancias particulares de cada procedimiento. Las soluciones aplicables en esos casos también son particulares y no pueden ser objetos de recomendaciones generales.

La estandarización del procedimiento de arbitraje a nivel internacional es un fenómeno general. Sus consecuencias, que conllevan un riesgo de fosilización también. Una gestión eficaz y a medida por los árbitros puede fácilmente evitarlas. 

EL TRATO IGUAL Y LA PLENA OPORTUNIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS: REGLA FUNDAMENTAL EN EL ARBITRAJE (*)

Por: CECILIA FLORES RUEDA (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Necesidad de tomar en consideración la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. 3. Análisis de la regla. 3.1. La flexibilidad del arbitraje. 3.2. La regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. 3.3. Los términos igualdad y plena oportunidad de hacer valer los derechos. 3.4. El ámbito de aplicación de la regla. 3.5. Derechos que se derivan de la regla. a. Derecho a que todos los escritos sean comunicados a cada una de las partes. b. Derecho a participar en la integración del tribunal arbitral. c. Derecho a que los árbitros designados sean imparciales e independientes. d. Derecho a ampliar o modificar la demanda. e. Derecho a la celebración de audiencias. f. Derecho a que el experto participe en la audiencia. 3.6. Violación de la regla. 3.7. Deber ético de los árbitros. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Debido a la flexibilidad con que se conduce el arbitraje, en ocasiones se ha cuestionado si se garantiza el derecho de debido proceso de las partes. Sin embargo,

la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos, prevista en el artículo 1434 del Código de Comercio, evita cualquier arbitrariedad durante el procedimiento y garantiza el derecho de debido proceso.

(*) Este trabajo fue presentado en el Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados celebrado en febrero de 2007. Véase FLORES RUEDA, Cecilia, "El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje", en: *Seguridad Jurídica: Diagnóstico y Propuestas*, Thémis, México, 2007, Colección Foro de la Barra Mexicana.

(**) Catedrática de Arbitraje y ADRs en la Especialidad de Derecho de Empresa de la Universidad La Salle. Abogada del Área de Arbitraje y ADRs del despacho Santamarina y Steta, México. Delegada por México ante el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).

En esta exposición se analizará por qué se considera que dicha regla es suficiente para garantizar los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento arbitral. Para ello se hará referencia a la necesidad de tomarla en consideración y posteriormente se hará un análisis de la misma.

2. NECESIDAD DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LA REGLA DE TRATO IGUAL Y PLENA OPORTUNIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS

Como se mencionó, el arbitraje ha llegado a ser cuestionado por considerar que las disposiciones que lo rigen son demasiado amplias y no contemplan todos los supuestos que pueden llegar a presentarse y porque las facultades de los árbitros para conducir el procedimiento pueden dar lugar a arbitrariedades en perjuicio del derecho de debido proceso de las partes⁽¹⁾. Incluso en México, hace algunos años se discutió la constitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio, que faculta al tribunal arbitral para conducir el arbitraje del modo que considere apropiado, argumentando que omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento, al otorgarle facultades omnímodas al tribunal arbitral⁽²⁾.

La flexibilidad del arbitraje permite que las partes libremente convengan el procedimiento al que se ha de ajustar el tribunal arbitral y que a falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral dirija el procedimiento del modo que considere apropiado⁽³⁾. Sin embargo, aún cuando el arbitraje puede conducirse con amplia flexibilidad, la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos constituye un límite a la autonomía de las partes y a la facultad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento. Así, debe tomarse en consideración que la finalidad de dicha regla es la de proteger los derechos fundamentales de las partes y garantizar la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales, otorgando la seguridad jurídica de que el tribunal arbitral no procederá arbitraria o caprichosamente.

3. ANÁLISIS DE LA REGLA

A continuación se hará un análisis de la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. Para ello, se desarrollarán los siguientes temas: (1) la flexibilidad del arbitraje; (2) la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos; (3) los términos igualdad y plena oportunidad de hacer valer los derechos; (4) el ámbito de aplicación de la regla; (5) los derechos que se

(1) Algunos doctrinarios que han cuestionado las facultades de los árbitros para conducir el procedimiento son: (i) PARK, William M. en el discurso titulado "The 2002 Freshfields Lecture - Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion", que pronunció el 4 de diciembre de 2002, en la sesión anual de Freshfields Bruckhaus Deringer, publicado en: *19 Arb. Int'l* 279, 2003; y (ii) UFF, John, "Predictability in International Arbitration", en: *International Commercial Arbitration: Practical Perspectives*, 2001, p. 151.

(2) Amparo en revisión 759/2003, quejoso Teléfonos de México, S.A. de C.V. El asunto fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sentencia fechada el 30 de junio de 2004.

(3) Artículo 1435 del Código de Comercio.

derivan de la regla; (6) la violación de la regla; y (7) el deber ético de los árbitros.

3.1. La flexibilidad del arbitraje

La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento les permite seleccionarlas y adaptarlas a sus necesidades concretas y a las particularidades del caso. Ello incluye la posibilidad de sujetarse al reglamento de arbitraje de alguna institución, a la legislación sobre arbitraje de algún sistema legal o convenir puntos específicos del procedimiento. Esto cobra especial importancia en los arbitrajes internacionales, ya que se evitan problemas derivados de los distintos sistemas jurídicos a los que las partes interesadas suelen pertenecer.

En el caso de que las partes no adopten un criterio común en cuanto a la manera en que el arbitraje debe proceder, entonces corresponde al tribunal arbitral tomar la decisión, después de haber escuchado la opinión de cada una de las partes. Ello es coherente con la naturaleza consensual del arbitraje, ya que se concede prioridad a cualquier acuerdo que alcancen las partes, en cuyo defecto, corresponde al tribunal arbitral determinar las normas que deben seguirse.

La facultad discrecional del tribunal arbitral para dirigir las actuaciones le permite tomar las decisiones que considere más convenientes en cada caso, sin las

limitaciones impuestas por las leyes locales⁽⁴⁾. Asimismo, proporciona un medio para solucionar cuestiones de carácter procesal no previstas en el acuerdo de arbitraje o en las reglas de arbitraje pactadas y permite al tribunal arbitral determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Así, cuando en un arbitraje llega a presentarse alguna cuestión no regulada, el tribunal arbitral escuchando a las partes, toma la decisión que considera más conveniente, sin recurrir a otras disposiciones⁽⁵⁾.

3.2. La regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos

La flexibilidad del arbitraje es amplia, pero no irrestricta, ya que se encuentra limitada por la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. De esta forma, el arbitraje puede conducirse de la forma que más convenga en cada caso, siempre que se respeten esos derechos de las partes.

La regla, garantiza los derechos elementales de las partes y proporciona el marco jurídico para la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales, por lo que se considera equivalente a la garantía de debido proceso, incorporada en la mayoría de los sistemas constitucionales respecto de la impartición de justicia. Incluso en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

(4) Las leyes locales resultan inadecuadas para la conducción del procedimiento arbitral, ya que están diseñadas para procedimientos judiciales que no tienen las características del arbitraje, entre ellas, la de la flexibilidad.

(5) Véase GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, Thémis, México, 2000, p. 175, nota al pie de página número 11. Véase también LEW, Julian D. M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLI, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003, pp. 523-524.

Internacional (Ley Modelo) se le llamó *La Carta Magna del Arbitraje*⁽⁶⁾.

Por las razones anteriores, junto con la facultad del tribunal arbitral para dirigir el procedimiento arbitral, esta regla se encuentra prevista en las leyes nacionales contemporáneas sobre arbitraje, así como en los reglamentos de arbitraje modernos. A continuación se transcriben algunos preceptos que la enuncian:

Ley Modelo:

“Artículo 18

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

“Artículo 19

- 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones.
- 2) A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad

conferida al Tribunal Arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”⁽⁷⁾.

Legislación suiza:

“Artículo 182

VI. Procedimiento

1. Principio

1. Las partes podrán, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, determinar el procedimiento arbitral; también podrán someter el procedimiento arbitral a la ley procesal de su elección.
2. Si las partes no han determinado el procedimiento, el Tribunal Arbitral lo determinará en la medida necesaria, ya sea directamente o por referencia a una disposición legal o a un reglamento de arbitraje.
3. Con independencia del procedimiento seleccionado, el tribunal arbitral deberá garantizar el trato igual de las partes y el derecho de ambas partes a ser oídas en procedimientos adversariales”⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ HOLTZMAN, Howard M. / NEUHAUS, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1989, p. 550.

⁽⁷⁾ La Ley Modelo tiene como principal objetivo ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre procedimiento arbitral. Regula desde el acuerdo de arbitraje, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo, basándose en los principios más importantes de la práctica del arbitraje, como el de la igualdad y el de la plena oportunidad de hacer valer los derechos. Fue aprobada por UNCITRAL el 21 de junio de 1985 y a partir de entonces ha sido adoptada como legislación vigente en numerosos Estados, ya que es considerada como un instrumento de armonización y perfeccionamiento legislativo. La lista de los Estados que ha promulgado leyes basadas en la Ley Modelo se puede encontrar en la página www.uncitral.org.

⁽⁸⁾ La legislación suiza sobre arbitraje está prevista en el Capítulo 12 del Acta sobre Derecho Internacional Privado de 1987 (Traducción de la autora).

Legislación inglesa:

“Sección 33. Deber general del tribunal

- (1) El tribunal deberá (...)
- (a) actuar de manera equitativa e imparcial de frente a las partes, dando a cada parte oportunidad razonable para presentar su caso y para defenderse de su oponente, y
- (b) adoptar procedimientos adecuados a las circunstancias del caso en particular, evitando retraso o gasto innecesario, para procurar un medio justo para la solución de las cuestiones que no puedan ser determinadas.
- (2) El tribunal deberá cumplir con ese deber general de conducir el arbitraje, en sus decisiones sobre cuestiones de procedimiento y pruebas y en el ejercicio de todas las demás facultades conferidas en él”⁽⁹⁾.

Reglamento de Arbitraje de Arbitraje de la CNUDMI:

“Artículo 15

- 1) Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate

a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

(...)”⁽¹⁰⁾

Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA):

“Tramitación del Arbitraje

Artículo 16

- 1. Con sujeción a estas reglas, el tribunal podrá conducir el arbitraje de la manera que considere más apropiada, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y se les otorgue la oportunidad de ser oídas y la oportunidad razonable de presentar su caso.
- 2. El tribunal, a su discreción, conducirá el procedimiento con vistas a agilizar la resolución de la disputa. Podrá conducir una conferencia preparatoria con las partes con el propósito de organizar, planificar y acordar procedimientos para dar curso a los procesos subsiguientes.
- 3. El tribunal podrá a su discreción, fijar el orden de la prueba, bifurcar procedimientos, excluir testimonio acumulativo o irrelevante u otra evidencia, y ordenar a las

⁽⁹⁾ La legislación inglesa sobre arbitraje está prevista en el Acta de Arbitraje 1996 (traducción de la autora).

⁽¹⁰⁾ Este Reglamento contiene normas de procedimiento que las partes pueden utilizar para la sustanciación de las actuaciones arbitrales atinentes a sus relaciones comerciales y prevé expresamente los derechos de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos. Desde su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1976, es comúnmente utilizado en arbitrajes *ad hoc* y ha sido tomado como modelo por diversas instituciones arbitrales.

partes que enfoquen sus presentaciones sobre puntos cuya decisión podría influir en todo o parte del caso.

4. Los documentos o información provistos al tribunal por una de las partes serán comunicados simultáneamente por dicha parte a la(s) otra(s) parte o partes.”

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI):

“Artículo 15

Normas aplicables al procedimiento

1. 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.
2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.”

3.3. Los términos igualdad y plena oportunidad de hacer valer los derechos

Los términos “*igualdad*” y “*plena oportunidad de hacer valer los derechos*” no están definidos. Durante los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, el grupo

de trabajo que la redactó decidió no hacerlo por considerarlo innecesario, ya que son términos bien entendidos en todos los sistemas jurídicos y la definición que se hubiera podido dar, tal vez no hubiera abarcado todos los supuestos que llegaran a presentarse. Así, el grupo de trabajo consideró que estos términos deben ser interpretados de forma razonable, al considerar los aspectos procesales de un arbitraje.

Las leyes y reglamentos de arbitraje emplean términos distintos para referirse a la forma en que el tribunal debe tratar a las partes y a la oportunidad que debe darles para hacer valer sus derechos. Por lo que hace a la forma en que debe tratarse a las partes, se emplean los términos “*igualdad*”, “*imparcial*”, “*equitativa e imparcial*”, así como “*justa e imparcialmente*”. El término “*igualdad*” se encuentra en las leyes y reglamentos que adoptaron o que se basaron en la Ley Modelo o en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Los demás términos se emplean por considerar que la igualdad entre las partes, no siempre asegura que serán tratadas de manera justa⁽¹¹⁾. Sin embargo, como se señaló, el término “*igualdad*” no debe interpretarse en un sentido que dé lugar a injusticias, sino de forma razonable.

En cuanto a la oportunidad que el tribunal arbitral debe dar a las partes para hacer valer sus derechos o para presentar su caso, se emplean los términos “*plena*”, “*razonable*”, “*suficiente*” o “*hasta el grado que sea necesario*”. El término “*plena*” es usado en las leyes y reglamentos que adoptaron o que se basaron en la Ley Modelo o en el Reglamento de Arbitraje

⁽¹¹⁾ Véase DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press, México, 2001, p. 261.

de la CNUDMI y los demás términos son empleados por considerar que el término “*plena*” pudiera dar lugar a abusos de las partes⁽¹²⁾. Este último término pudiera parecer excesivo o extremista, sin embargo, la intención del grupo de trabajo de UNCITRAL no fue que se considerara en ese sentido, sino como se mencionó, dicho término debe ser interpretado en forma razonable.

Consecuentemente, tanto en la forma en que se debe tratar a las partes, como en la oportunidad que se les debe dar para hacer valer sus derechos o presentar su caso, el tribunal arbitral debe atender a las circunstancias de cada caso. De igual forma, es importante que el tribunal arbitral encuentre el justo medio para dar a las partes las oportunidades que requieran para presentar su caso, sin sacrificar la eficiencia y rapidez del arbitraje. Así, el tribunal arbitral debe distinguir en qué casos las tácticas de las partes tienen como finalidad la defensa del caso y en qué casos únicamente pretenden retrasar el procedimiento.

Una fórmula comúnmente empleada para evitar problemas posteriores derivados de la violación de la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos, consiste en que al terminar las audiencias o al cierre de las actuaciones, el tribunal arbitral pregunte a las partes si fueron tratadas con igualdad y si

tuvieron oportunidad de presentar su caso. En el supuesto de que la respuesta de alguna de las partes sea negativa, el tribunal arbitral, podrá consultar con la otra parte y subsanar la posible violación. Si las partes consideran que sus derechos fueron respetados durante el procedimiento y así lo manifiestan, habrán renunciado a su derecho a impugnar cualquier violación con posterioridad⁽¹³⁾.

3.4. El ámbito de aplicación de la regla

La regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos es fundamental para la tramitación de todo el procedimiento arbitral, por lo que su ámbito de aplicación es amplio. Debe ser respetada durante todo el arbitraje, incluso durante la integración del tribunal arbitral⁽¹⁴⁾.

Al conducir el arbitraje, el tribunal arbitral está obligado a observarla; por ejemplo, al determinar el idioma y el lugar del arbitraje, al momento de fijar los términos para la presentación y contestación de la demanda, para el ofrecimiento de pruebas⁽¹⁵⁾, o al establecer la forma en que se llevarán a cabo las audiencias.

De igual forma, esta regla debe ser respetada por las partes al convenir el procedimiento, tal como lo demuestran los registros de la historia legislativa de la Ley Modelo. En los primeros borradores de

(12) *Ibidem*, p. 262.

(13) Artículo 1420 del Código de Comercio.

(14) El artículo 1437 del Código de Comercio establece que las actuaciones arbitrales se inician en la fecha en que el demandado recibe el requerimiento de someter la controversia al arbitraje, salvo que se haya convenido otra cosa.

(15) El derecho de las partes a presentar pruebas no limita la facultad del tribunal arbitral de determinar su admisibilidad, pertinencia y valor probatorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1435 del Código de Comercio. Al respecto véanse los casos 457 (Alemania: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg; 1 Sch 2/99; 14 de mayo de 1999) y 371 (Alemania: Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, 2) Sch 4/99; 30 de septiembre de 1999) de CLOUT en www.uncitral.org.

lo que después se convirtió en el artículo 18 de la Ley Modelo, la disposición aparentemente sólo se aplicaba al tribunal arbitral, sin embargo, en su quinta y última sesión, el grupo de trabajo decidió enfatizar que se trata de una regla que debe ser observada tanto por el tribunal arbitral como por las partes. La decisión del grupo de trabajo obedece a que no obstante el carácter consensual del arbitraje, por contener los derechos fundamentales de las partes durante el procedimiento, esta regla es de carácter obligatorio, por lo que no puede ser derogada por las partes.

Cabe aclarar que los derechos contenidos en la regla son aplicables únicamente durante el procedimiento arbitral y no forman parte de la legislación que regula los procedimientos judiciales relacionados con el arbitraje, ya que esta legislación contiene sus propios principios de justicia procesal.

3.5. Derechos que se derivan de la regla

De esta regla fundamental se derivan otros derechos de las partes, que son una aplicación específica de la misma. Algunos de estos derechos son: a) derecho a que todos los escritos sean comunicados a cada una de las partes; b) derecho a participar en la integración del tribunal arbitral; c) derecho a que los árbitros designados sean imparciales e independientes; d) derecho a ampliar o modificar la demanda; e) derecho a la celebración de audiencias; y f) derecho a que el experto participe en la audiencia. A continuación se hacen algunos comentarios:

a. Derecho a que todos los escritos sean comunicados a cada una de las partes

Cuando todos los escritos y todos los documentos anexos a ellos son comunicadas a cada una de las partes y al tribunal arbitral, se garantiza que cada una de las partes tiene conocimiento de los argumentos y peticiones que la otra parte está planteando al tribunal arbitral y así tiene oportunidad de hacer valer los argumentos que considere pertinentes para defender su caso⁽¹⁶⁾.

Por la razón anterior, aquí se incluye el derecho a que ninguna de las partes sostenga comunicaciones *ex parte* con el tribunal arbitral, ni con alguno de sus miembros.

b. Derecho a participar en la integración del tribunal arbitral

Resulta de gran importancia que las partes seleccionen a quienes habrán de resolver la controversia que se ha suscitado entre ellas. Por tal razón, las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen mecanismos en donde las partes, en mayor o menor medida, intervienen en la integración del tribunal arbitral⁽¹⁷⁾.

La integración del tribunal arbitral es un aspecto que guarda especial importancia en el procedimiento arbitral, incluso su violación se contempla como una causa que amerita la nulidad del laudo⁽¹⁸⁾. Recuérdese el caso Dutco, un arbitraje multiparte que involucró una parte demandante (Dutco) y dos demandadas (BKMI y Siemens), bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI (versión de

⁽¹⁶⁾ Artículo 1440 del Código de Comercio.

⁽¹⁷⁾ Artículos 1426 y 1427 del Código de Comercio.

⁽¹⁸⁾ Artículo 1457, fracción I, inciso d) del Código de Comercio.

1988), en donde una de las demandadas no participó en la integración del tribunal arbitral (de 3 miembros), por ser incapaz de llegar a un acuerdo con la otra demandada, sobre la persona que conjuntamente habrían de designar como árbitro. Ante esta situación, la CCI designó como árbitro, en nombre de las dos demandadas, a la persona seleccionada por sólo una de las demandadas, sin embargo, la Corte de Casación Francesa estimó que se había violado la igualdad entre las partes⁽¹⁹⁾. Esa decisión dio lugar a que la CCI modificara su Reglamento de Arbitraje y que otras instituciones arbitrales incluyeran disposiciones para asegurar que en todos los casos se garantizara la igualdad entre las partes al integrar el tribunal arbitral, en especial en los arbitrajes multiparte.

c. Derecho a que los árbitros designados sean imparciales e independientes

Las partes tienen derecho a que los árbitros sean independientes e imparciales⁽²⁰⁾. No debe considerarse que un árbitro, por haber sido designado por una de las partes, haya de defender los argumentos de ésta, ni ocuparse de que se hagan valer durante el procedimiento⁽²¹⁾.

Así, los árbitros, desde su nombramiento y durante todo el procedimiento deben revelar, sin demora, cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas acerca de su imparcialidad e independencia⁽²²⁾.

Los términos “*imparcialidad*” e “*independencia*” no están definidos por las leyes, ni por los reglamentos de arbitraje, ya que el hacerlo los limitaría, pero se refieren a que los árbitros no deben tener vínculos con el objeto del litigio, ni con las partes, que afecten su libertad de opinión. Asimismo, debido que las causas que afectan la imparcialidad e independencia de los árbitros, son muy variadas y, dependen de las circunstancias particulares de cada caso, las determinaciones sobre si un árbitro es imparcial e independiente se toman caso por caso.

Es así como este derecho garantiza que todas las partes tengan las mismas oportunidades y que el tribunal arbitral mantenga una posición objetiva e igual hacia las partes. Esto supone un elemento igualitario en el uso de los recursos procesales disponibles en el arbitraje: plazos, medios de prueba, oportunidades, etc., así como los mismos derechos y deberes.

Por otra parte, en caso de que los árbitros no sean imparciales e independientes, las partes tienen el derecho de recusarlos⁽²³⁾. Para ello, las leyes y reglamentos de arbitraje prevén los procedimientos correspondientes.

d. Derecho a modificar o ampliar la demanda

En ocasiones, después de que se presentó la demanda o la contestación,

⁽¹⁹⁾ Sociétés BKMI et Siemens vs. société Dutco Construction. Cour de cassation, 7 de enero de 1992, en Rev. Arb., 1992, p. 470.

⁽²⁰⁾ Artículo 1428 del Código de Comercio.

⁽²¹⁾ En algunos sistemas de arbitraje nacional, como por ejemplo en Estados Unidos, se permite que los árbitros designados por las partes no sean neutrales.

⁽²²⁾ Artículo 1428 del Código de Comercio.

⁽²³⁾ Artículos 1428 y 1429 del Código de Comercio.

surgen hechos nuevos relacionados con las cuestiones sometidas al arbitraje, en ese supuesto, como parte del derecho de las partes a presentar su caso, éstas tienen derecho a modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral lo considere improcedente en razón de la demora con que se haga.

Asimismo, en uso de su autonomía, las partes pueden acordar que no se realicen tales modificaciones, lo cual, si es válidamente convenido, no afecta el derecho de las partes a presentar su caso⁽²⁴⁾.

e. Derecho a la celebración de audiencias

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral determina si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Sin embargo, si las partes no convinieron la no celebración de audiencias, tienen derecho a solicitar al tribunal arbitral que se celebren; así a petición de por lo menos una de las partes, el tribunal arbitral deberá celebrar las audiencias⁽²⁵⁾.

Las partes válidamente pueden convenir que no se lleven a cabo audiencias, ya sea desde el acuerdo de arbitraje o en el curso del procedimiento. Esto es común en los arbitrajes de baja cuantía, en don-

de las partes buscan reducir los costos del arbitraje.

Asimismo, las partes tienen derecho a que se les notifique con suficiente antelación la celebración de las audiencias, con el propósito de que tengan oportunidad de preparar y presentar su caso⁽²⁶⁾.

Por otra parte, también es importante que en la conducción de las audiencias el tribunal arbitral observe la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos y que evite cualquier abuso de las partes en el uso del tiempo destinado a la audiencia. Esto no siempre es fácil, pero el tribunal arbitral sabrá encontrar la manera de respetar la Regla sin prolongar innecesariamente la audiencia.

f. Derecho a que el experto participe en la audiencia

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o el tribunal arbitral lo considere necesario, el experto, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de formularle preguntas⁽²⁷⁾.

3.6. Violación de la regla

Al constituir un principio fundamental del procedimiento arbitral, si la regla de trato igual y plena oportunidad de

(24) Artículo 1439 del Código de Comercio.

(25) Artículo 1440 del Código de Comercio.

Cabe aclarar que este derecho se refiere al derecho general de las partes a la celebración de audiencias como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas, pero no se refiere a aspectos tales como la duración, el número o el momento de las audiencias, que son determinados por el tribunal arbitral dependiendo de las características de cada caso.

(26) Artículo 1140 del Código de Comercio.

(27) Artículo 1443 del Código de Comercio.

hacer valer los derechos no es respetada durante la conducción del procedimiento, el laudo que se rinda puede ser anulado por el tribunal judicial competente. La legislación aplicable reconoce como causales de nulidad del laudo, entre otras, que la parte afectada no haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos y el que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes⁽²⁸⁾.

Incluso, en casos de violaciones graves al procedimiento, podía alegarse como causal de nulidad del laudo, la violación al orden público, pues como se señaló, esos derechos son considerados como fundamentales en el derecho procesal⁽²⁹⁾. En el caso de la legislación francesa, se prevé tanto para el arbitraje doméstico, como para el internacional, que el derecho de las partes a presentar su caso es una cuestión de orden público⁽³⁰⁾.

Una violación a estos derechos esenciales ocurriría por ejemplo en el supuesto de la negativa, injustificada, del tribunal arbitral para recibir una prueba, cuando por la trascendencia de la misma, se puede inferir como una restricción al derecho de defensa plena; o si el tribunal arbitral concediera un tiempo demasiado reducido para que una parte presentara sus alegaciones o sus pruebas en una audiencia. La misma violación se presentaría si el tribunal arbitral impusiera indebidamente una carga de la prueba o rechazara

injustificadamente una petición de aplazamiento de una audiencia, por ejemplo, en caso de enfermedad de un testigo relevante. Otro supuesto sería aquél en que la parte agraviada no pudiera presentar su caso óptimamente, por la desorganización del tribunal arbitral.

Sin embargo, en todos los casos hay que atender a las circunstancias concretas, ya que hay situaciones que pueden llevar a resultados distintos y no necesariamente acarrear la violación de los derechos fundamentales de las partes. Asimismo, el juez debe analizar cuidadosamente: (i) si efectivamente la irregularidad causó que se tratara con desigualdad a las partes o que no se pudiera presentar el caso; y (ii) si dicha irregularidad efectivamente tuvo un resultado adverso en el procedimiento.

3.7. Deber ético de los árbitros

El respeto de los derechos contenidos en esta regla fundamental también constituye un deber ético para los árbitros. El principio elemental de la ética del árbitros consiste en el deber de actuar con imparcialidad e independencia, mismo que se manifiesta en la obligación de tratar a las partes con igualdad y darles plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

En consecuencia, el Canon I del Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la AAA y de la Barra

⁽²⁸⁾ Artículo 1457, fracción I, incisos b) y d) del Código de Comercio.

⁽²⁹⁾ Artículo 1457, fracción II del Código de Comercio.

Sobre la procedencia o no de la nulidad del laudo por violación al orden público, en casos de violaciones al procedimiento, véanse los casos 146 (Federación de Rusia: Tribunal de la Ciudad de Moscú; 10 de noviembre de 1994) y 371 de CLOUT, op. cit., nota 15.

⁽³⁰⁾ Véase DEVOLVE, Jean-Louis / ROUCHE, Jean / POINTON, Gerald H., *French Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2003, pp. 122-124.


Americana de Abogados (ABA) establece que: el árbitro es responsable no sólo frente a las partes, sino frente al procedimiento en sí y debe observar altos estándares en su conducta, de modo que preserve la integridad y justicia del procedimiento⁽³¹⁾.

4. CONCLUSIÓN

El arbitraje y los procedimientos judiciales son, en esencia, distintos. El arbitraje es una forma de solucionar controversias, mientras que los procedimientos judiciales son una forma de impartir justicia⁽³²⁾. No obstante, por ser una figura procesal, el arbitraje comparte ciertos principios propios de los procedimientos judiciales, como lo es el debido proceso, que en el arbitraje se traduce como la regla de trato igual y plena oportunidad de

hacer valer los derechos. De esta forma, así como el juez tiene está limitado por las garantías constitucionales de debido proceso⁽³³⁾, el árbitro está limitado por la referida regla⁽³⁴⁾.

La regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos constituye un límite a la autonomía de las partes y a la facultad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento. Por ello, aunque las partes y los árbitros pueden confectionar el procedimiento como mejor convenga, en todo momento deben observar la mencionada regla.

De esta forma, la regla garantiza la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales y otorga la seguridad de que el tribunal arbitral no procederá arbitraria o caprichosamente en la conducción del arbitraje. 

(31) Traducción de la autora.

(32) Sobre la naturaleza del arbitraje véase la tesis *Arbitraje*. Época: Quinta. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Parte XXXVII, p. 800.

(33) Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(34) Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue más allá de la Regla y mediante sentencia fechada el 30 de junio de 2004, dictada en el amparo en revisión 759/2003, interpuesto por Teléfonos de México, S.A. de C.V., declaró que la facultad del tribunal arbitral de dirigir el procedimiento del modo que considere adecuado, no es una facultad absoluta, ni omnímoda, sino que se encuentra acotada por las disposiciones del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, que establece las formalidades esenciales del procedimiento.

EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Por: JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG (*)

SUMARIO: 1. El deber de revelación del árbitro. 2. Contenido y alcance del deber de revelación del árbitro. 3. Las *IBA rules* y el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de la ABA/AAA. 3.1. Ideas generales. 3.2. Las *IBA rules*. 3.2.1. Lista roja “no renunciante”. 3.2.2. Lista roja “renunciante”. 3.2.3. Lista naranja. 3.2.4. Lista verde. 3.2.5. Valoración. 3.3. El *Code of Ethics*. 4. Ejemplos del valor limitado de las listas contenidas en las *IBA rules*. 5. Los árbitros parciales no son útiles. 6. La Disponibilidad del árbitro. Complemento del deber de revelación. 7. Conclusión.

1. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Hoy en día, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, es un principio comúnmente aceptado que el árbitro debe reunir una serie de cualidades. La más importante es que el árbitro sea y permanezca independiente e imparcial.

A pesar de los distintos matices que puedan apreciarse en las definiciones que las legislaciones nacionales o los reglamentos de las principales instituciones arbitrales hacen de tales términos, no hay diferencias sustanciales o de fondo respecto del citado principio de independencia e imparcialidad.

Tan importante como el anterior principio, o más bien como mecanismo para hacer efectiva dicha necesidad, es el denominado deber de revelación del árbitro.

No basta con que el árbitro se juzgue a sí mismo como independiente e imparcial, sino que es indispensable que las partes del arbitraje también lo consideren así.

Para permitir lo anterior, está el deber de revelación del árbitro que le obliga a poner en conocimiento de las partes todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.

(*) Socio Director de Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios, donde dirige el equipo de Arbitraje Internacional. Presidente del Club Español de Arbitraje. Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Abogado líder en litigios según Who's Who Legal (2004).

Existe unanimidad en el ámbito del arbitraje internacional a la hora de considerar la vital importancia que el deber de revelación tiene. Dicho deber se encuentra recogido en el artículo 12 de la Ley Modelo UNCITRAL, en la mayoría de las legislaciones modernas de arbitraje, como es el caso de la Ley Española de arbitraje (artículo 17) y la Ley Peruana de arbitraje (artículo 29), así como en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales del mundo (artículo 7.2 del reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 5.3 del reglamento de arbitraje de la LCIA, artículo 9.2 de las Swiss Rules of International Arbitration, artículo 7 del reglamento de arbitraje de la AAA, etc.).

El deber de revelación del árbitro es continuo. El árbitro no sólo debe ser independiente e imparcial ab initio, sino que tiene que permanecer como tal durante todo el arbitraje.

El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por el mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

El ejercicio del deber de revelación no es tarea fácil para el árbitro porque está impregnado de un decisivo factor subjetivo que hace que resulte muy difícil, si no imposible, dotarlo de un contenido cierto y concreto.

Qué significa que el árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan

dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia? ¿Cómo debe el árbitro entender esta imposición en cada caso concreto?

Tradicionalmente se consideraba que las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados que establecían las legislaciones procesales de cada país servían a este fin. Sin embargo con el tiempo se ha comprobado que son insuficientes.

Una vez que el árbitro conoce su designación, lo primero que debe preguntarse es si concurren circunstancias que pongan en riesgo su necesaria imparcialidad e independencia y le impidan por tanto el desempeño de la función arbitral.

En el ejercicio de responder semejante pregunta, el árbitro debe tener en cuenta no sólo su criterio, sino también el de las partes. El árbitro debe revelar tanto lo que él considere que puede generar dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia como todo lo que crea que “a los ojos de las partes” puede cuestionarlas.

Cuando el árbitro considere que existen circunstancias que provocan dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia, deberá, y así suele ocurrir en la práctica, no aceptar tal designación.

Además, el árbitro tiene que ponerse en el lugar de las partes y valorar lo que según ellas es o no una duda justificada sobre su independencia e imparcialidad. Estos hechos también deben ser revelados.

Lo que acabo de exponer explica que las causas de abstención y recusación, especialmente ésta última, deben ser entendidas, en relación con el árbitro, de un modo mucho más amplio que en relación con el juez.

El juez puede ser recusado, pero no tiene la obligación de comunicar a las partes posibles razones para ello. El árbitro por el contrario sí tiene tal obligación.

La especial naturaleza del arbitraje, basado en la sola y exclusiva voluntad de las partes, provoca que la opinión de las mismas sobre la aptitud del árbitro sea imprescindible.

La importancia de la opinión de las partes sobre la aptitud del árbitro, determina que la elaboración de una lista tasada de causas que pueden generar parcialidad o dependencia del mismo, aunque sería deseable, no sea posible.

Asumiendo que el deber de revelación del árbitro va de la mano de la visión subjetiva de las cosas, el árbitro tendrá que hacer frente a esa dificultad y asegurarse de ejercer su deber de revelación de forma correcta. Para ello, el camino más fácil será revelar todo aquello que crea que debe revelar y además aquellas otras cosas sobre las que dude si deben ser puestas en conocimiento de las partes.

Esta es la norma que, con buen criterio, se sigue por ejemplo en los arbitrajes ante la CCI, donde los árbitros deben cumplimentar para su aceptación un formulario en el que la Corte advierte expresamente que “[e]n caso de duda usted deberá optar por la revelación”.

No oculto que la regla anterior entraña ciertas dificultades.

El exceso de revelación que puede originarse como consecuencia del anterior principio, el llamado “overdisclosure”, pueda tener efectos negativos. En ocasiones, puede sembrar dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro cuando no hay razones para ello, y, en

otros casos, ofrecerá a la parte que desee dinamitar el arbitraje elementos para poder intentar la recusación del árbitro y así dilatar el proceso.

La vinculación entre el principio de imparcialidad e independencia del árbitro determina que el significado que se le dé a los términos independencia e imparcialidad condiciona el contenido y alcance del deber de revelación. Además, el modo en que debe ser ejercido el deber de revelación está también intensamente condicionado por los valores culturales, morales y sociales de cada persona. Ambas cosas dificultan tremendamente la fijación de un alcance concreto e inamovible del deber de revelación.

Así las cosas, el árbitro deberá ejercer su deber de revelación del modo más amplio posible pero evitando el overdisclosure. La consecución de este equilibrio, que deberá hacerse inevitablemente caso por caso, es dificultosa sin duda.

El contenido del deber de revelación es claro y unánimemente aceptado: el árbitro debe revelar todo aquello que pueda generar dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad. Ahora bien, dicha definición es demasiado general y necesita ser concretada para permitir su efectiva consecución en la práctica.

3. LAS IBA RULES Y EL CODE OF ETHICS FOR ARBITRATORS IN COMMERCIAL DISPUTES DE LA ABA/AAA

3.1. Ideas generales

La comunidad arbitral, aún siendo consciente de que no es posible la fijación de una lista tasada de causas que provoquen dudas justificadas acerca de la in-

dependencia e imparcialidad del árbitro, realiza esfuerzos constantes por lograr un consenso en la materia.

Entre dichos esfuerzos, deben destacarse las Directrices o Guidelines sobre conflictos de intereses en el arbitraje Comercial Internacional de la International Bar Association, también conocidas como las *IBA Rules*, cuyo Consejo aprobó el 22 de mayo de 2004 y el “Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes” elaborado por la ABA/AAA.

3.2. Las *IBA rules*

En la elaboración de estas directrices intervinieron diecinueve expertos provenientes de catorce países distintos y de diferentes tradiciones jurídicas. Dichos expertos analizaron los estándares contenidos en las legislaciones nacionales de arbitraje y en los reglamentos de las instituciones arbitrales, así como la aplicación práctica de los mismos y han tratado de armonizarlos.

No tienen vocación alguna de sustituir o imponerse a las legislaciones nacionales de arbitraje, ni a los reglamentos de las instituciones arbitrales. Simplemente pretenden servir de orientación a las partes y, especialmente, a los árbitros, en la difícil cuestión del deber de revelación.

Establecen los principios de independencia e imparcialidad y el deber de revelación del árbitro, indicando expresamente que serán de aplicación por igual a todos los árbitros, ya sean árbitros únicos, presidentes de un tribunal arbitral o árbitros designados por una de las partes.

Además de consagrar los principios unánimemente aceptados sobre el deber de revelación, dan un paso más un paso

más en la difícil tarea de definir su alcance práctico.

Por un lado, fijan por escrito la regla de que cualquier duda del árbitro a la hora de ejercer tal deber siempre deberá resolverse a favor de la revelación. Esta idea, compartida por muchos en el ámbito del arbitraje internacional, no se encontraba recogida expresamente en ninguna ley o reglamento de arbitraje, con la única excepción de las declaraciones de aceptación e independencia que los árbitros deben cumplimentar cuando son designados bajo las reglas de la CCI.

Pero sin duda la mayor novedad que contienen las *IBA rules* es la elaboración de unas listas, cuatro concretamente, en las que se enumeran una serie de hechos o circunstancias concretas con que los árbitros suelen encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

Dichos hechos se encuentran agrupados en función de la necesidad de que los mismos sean o no revelados por el árbitro; a su vez, aquellas circunstancias que deben ser reveladas se clasifican en una u otra lista según el grado de incidencia que puedan tener en la independencia e imparcialidad del árbitro.

Estas listas no constituyen un numerus clausus y no son por tanto una solución definitiva a la difícil tarea del árbitro de valorar si concurren en él circunstancias o hechos que puedan afectar a su imparcialidad o independencia, sí que tienen en cambio una enorme utilidad como guía orientadora.

3.2.1. Lista roja “no renunciabile”

Agrupada una serie de circunstancias que determinan la incapacidad de la

persona en quien concurren para actuar como árbitro, incluso cuando dichas circunstancias son reveladas a las partes.

Cuando el árbitro se encuentre ante alguna de estas circunstancias no tiene más posibilidad que renunciar al ejercicio de la función arbitral.

Las circunstancias contenidas en esta lista provocan una identidad o cercanía entre la parte y el árbitro que determinan per se la inhabilitación del árbitro (vg. el árbitro es el representante legal de la parte, el árbitro es el director o miembro del consejo de una de las partes, el árbitro tiene un importante interés económico en el resultado del caso, el árbitro asesora regularmente a una de las partes o alguna de sus filiales, etc).

3.2.2. *Lista roja “renunciable”*

Agrupar una serie de circunstancias que deben ser reveladas aunque no obligan al árbitro a renunciar a su designación. Se trata de circunstancias que aunque en principio determinan la incapacidad del árbitro para el desempeño de la función arbitral, pueden ser superadas si las partes, conociéndolas, facultan al árbitro para ello.

Engloba una serie heterogénea de supuestos relativos a:

- (i) El conocimiento previo por parte del árbitro de la controversia (vg. el árbitro ha emitido un informe sobre la controversia misma),
- (ii) La existencia de un interés directo o indirecto por parte de árbitro en la controversia (vg. el árbitro tiene acciones en alguna de las partes o sus filiales, el árbitro o un familiar cer-

cano tiene una relación estrecha con alguien para quien pueden derivarse responsabilidades, etc), y

- (iii) La existencia de relación o amistad del árbitro con las partes o sus abogados (vg. el árbitro asesora frecuentemente a una de las partes, el árbitro trabaja en el mismo despacho que el abogado de una de las partes, el árbitro es director o miembro del consejo de la filial de una de las partes, etc).

3.2.3. *Lista naranja*

Agrupar una serie de circunstancias que deben ser reveladas por el árbitro pero que no implican por sí mismas impedimento para ejercer la función arbitral. La revelación de las mismas permitirá al árbitro aceptar su designación aunque no exista una confirmación expresa de las partes.

Enumera una serie de circunstancias relativas a:

- (i) La prestación de servicios previos por parte del árbitro a alguna de las partes con un límite temporal de tres años,
- (ii) Prestación de servicios a alguna de las partes coincidentes en el tiempo con el proceso arbitral,
- (iii) Amistad del árbitro con alguno de los otros árbitros o con los abogados de las partes (vg. dos árbitros trabajan en el mismo despacho, un árbitro y el abogado de una de las partes pertenecen al mismo colegio de abogados, un familiar de alguno de los árbitros trabaja en el despacho que representa a una de las partes, etc),
- (iv) Amistad del árbitro con las partes u otras personas envueltas en el arbi-

traje (vg. el despacho al que pertenece el árbitro está actuando en otro procedimiento contra alguna de las partes del arbitraje, el árbitro tiene amistad con el director general de una de las partes, etc), y

- (v) Circunstancias que conciernen a la existencia de un vínculo entre el árbitro y la parte, por un lado, y a la postura del árbitro, por otra (vg. el árbitro ocupa algún cargo en una institución arbitral que ha sido designada como “*appointing authority*” en el arbitraje, el árbitro ha defendido públicamente una determinada postura sobre el caso objeto de arbitraje, etc).

3.2.4. *Lista verde*

Agrupar una serie de circunstancias que el árbitro no tiene obligación de revelar.

Enumera circunstancias que no entrañan riesgo para la imparcialidad e independencia del árbitro con independencia de lo que las partes crean.

3.2.5. *Valoración*

Las dos primeras listas (lista roja “no renunciable” y lista roja “renunciable”) van referidas a lo que podríamos denominar la dimensión objetiva del deber de revelación. Se refieren a hechos o circunstancias que determinan per se, y no en función de quién las valora, la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, o al menos suponen un significativo riesgo para las mismas.

La tercera lista (lista naranja) se refiere a lo que podríamos llamar aspecto subjetivo del deber de revelación. Engloba una serie de hechos que deben ponerse en conocimiento de las partes a instancia

del árbitro pues, aunque éste último no aprecie obstáculo para el desempeño de la función arbitral, las partes, en cambio, sí podrían considerar que esos hechos constituyen una amenaza para la imparcialidad e independencia del árbitro.

Esta lista es la que mayor utilidad ofrece. La homogeneización de estas circunstancias permite al árbitro considerar o valorar hechos que en su cultura o tradición jurídica quizás nunca habrían supuesto un hecho susceptible de ser revelado. No obstante, y habida cuenta del subjetivismo inherente a la misma, se trata de la lista que mayores problemas plantea en la práctica.

La línea que separa los supuestos contenidos en estas tres listas es muy delgada, y al final, a pesar del esfuerzo que hacen por delimitar, en función de su importancia o gravedad, aquello que incide en la imparcialidad e independencia del árbitro, y el modo en que lo hace, el árbitro tendrá que estar al caso concreto.

La lista verde es el necesario límite que debe tener el deber de revelación consagrado en el principio de que, ante la duda, el árbitro debe optar por la revelación

Estas reglas son un excelente punto de partida, pero, como las mismas indican, sólo eso.

Para la correcta valoración de las listas contenidas en las IBA rules, debe tenerse siempre en cuenta que la finalidad de las mismas no es establecer un número cerrado y limitado de aquellas circunstancias o hechos que el árbitro debe revelar, sino que su objetivo es tratar de servir de guía a todos los partícipes del arbitraje, especialmente al árbitro, a la hora de afrontar el deber de revelación.

3.3. El *Code of Ethics*

Debe destacarse también la labor desarrollada por la *American Bar Association* (ABA) y la *American Arbitration Association* (AAA) en el intento de delimitar, hasta el punto que la propia naturaleza del deber de revelación permita, el alcance del mismo.

Con esta idea, nació en el año 2003 el trabajo de revisión del “code of ethics for arbitrators in commercial disputes” de 1977. Dicha revisión fue llevada a cabo por un comité designado por la *American Bar Association* y la *American Arbitration Association* que dio como fruto en nuevo “Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 2004.

La idea inspiradora de este código es, como la de las *IBA Rules*, consagrar el principio de independencia e imparcialidad del árbitro y la importancia del deber de revelación del árbitro en conexión con el anterior principio.

Tiene vocación internacional y consagra, en consonancia con la práctica arbitral internacional, la necesidad de que el principio de independencia e imparcialidad y el deber de revelación del árbitro se apliquen por igual a todos los árbitros, ya sean árbitros únicos, Presidentes de un tribunal arbitral o árbitros designados por una de las partes.

Al igual que las *IBA rules*, el Code of Ethics establece expresamente que no aspira a ser una norma imperativa sino simplemente servir de orientación a los árbitros en la difícil tarea de ejercer su deber de revelación.

A diferencia de las *IBA rules*, el code of ethics no establece unas listas donde se

enumeren los problemas más frecuentes de conflictos de intereses con que suele encontrarse el árbitro estableciendo si deben o no ser revelados.

Lo anterior determina que su utilidad práctica sea más limitada, pero en cualquier caso es una contribución más a la difícil tarea de delimitar el alcance del deber de revelación del árbitro y evidencia que dicha preocupación es compartida por los distintos países y tradiciones jurídicas.

4. EJEMPLOS DEL VALOR LIMITADO DE LAS LISTAS CONTENIDAS EN LAS *IBA RULES*

El carácter inevitablemente limitado y relativo de las listas determina que su aplicación práctica no esté exenta de problemas. A continuación analizaré algunos supuestos prácticos que evidencian esta problemática:

• Ejemplo 1

El primero de los ejemplos que vamos a analizar está relacionado con la problemática relativa a los conflictos de intereses que puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes por razón de las actividades del despacho de abogados al que pertenezca el primero:

A es designado como árbitro por B. A trabaja para un despacho de abogados en Madrid, C, y B es uno de los principales clientes de un despacho de abogados en Perú, D. D y C son despachos distintos pero pertenecen a una red internacional de despachos. B proporciona al despacho peruano unos ingresos medios al año de 40 millones dólares.

- ¿Puede afirmarse sin duda alguna que A no tiene que revelar tal circunstancia?

- ¿Podemos concluir que aunque no exista dependencia económica entre el despacho al que pertenece el árbitro y el despacho que asesora a B, la importancia de B para el despacho peruano puede provocar cierta dependencia?
- Si B es un cliente poco importante del despacho peruano pero la relación entre éste y el despacho para el que trabaja A es fluida y el envío de asuntos de uno a otro despacho es frecuente, aunque dicha remisión no esté remunerada directamente, ¿Puede ello provocar cierta dependencia? ¿Debe entonces el árbitro revelar la relación existente entre ambos despachos?
- Si por el contrario, el despacho peruano ha prestado en el pasado un servicio puntual a B, o aunque lo esté haciendo en el momento del arbitraje, desde el punto de vista económico, no es relevante ¿Debe el árbitro revelarlo también?

• Ejemplo 2

El segundo de los ejemplos que voy a exponer está relacionado con otra de las cuestiones que mayores dificultades plantea en la práctica como es la relativa a la valoración por el árbitro de aquellas circunstancias referentes a la existencia de relación, de amistad o familiar, entre el árbitro y alguna de las partes o sus abogados:

A es designado árbitro por B que está representado en el arbitraje por C. La hija de A y el hijo de C son novios.

- ¿Debe A revelar tal circunstancia a las partes?
- ¿Puede entenderse en este caso que existe un interés económico de la hija de A que puede condicionarlo?

• Ejemplo 3

Veamos un último ejemplo también relacionado con los posibles vínculos familiares o de amistad entre los árbitros y las partes o sus abogados, pero no expresamente contempladas en las IBA rules:

A es designado árbitro por B que está asesorado por C que pertenece al despacho D.

A y C no se conocen pero el despacho para que el trabaja C representa a un tercero que actúa contra F un familiar de A en un tema de gran relevancia para F.

- ¿Debe A revelar tal circunstancia?
- Si F en vez de un familiar de A, fuera un amigo ¿Debería también revelarlo?
- Si el asunto no tuviera gran trascendencia ni económica ni personal para F ¿Debería revelarse también?

Las anteriores reflexiones evidencian el valor limitado de las *IBA rules*. Son la mejor prueba de que la realidad excede con creces la teoría y que por lo tanto los hechos o circunstancias contenidas en las *IBA rules* están sujetos en multitud de ocasiones a matizaciones o puntualizaciones en función del caso concreto. Las *IBA rules* han arrojado mucha luz sobre la problemática existente al respecto pero no solucionan todos los problemas que el ejercicio del deber de revelación plantea en la práctica. Solución que sabemos es imposible.

5. LOS ÁRBITROS PARCIALES NO SON ÚTILES

Además de carente de toda ética y, en muchas jurisdicciones, de legalidad, la parcialidad y dependencia de los árbitros

designados por las partes tampoco suele ser “útil” para estas últimas.

Cuando hablo de falta de “utilidad” lo hago tanto desde la perspectiva del árbitro como de la parte proponente.

Es de esperar que el presidente de un tribunal arbitral tenga la peor de las opiniones acerca de un co-árbitro que actúe como mero abogado de la parte designante.

Mientras que la parte espera ser beneficiada por un árbitro que le es leal, y el árbitro parcial pretende conseguir el voto favorable del presidente, si éste descubre o simplemente percibe la existencia de tal maniobra, los resultados tenderán a ser sumamente negativos para la parte involucrada.

Tan importante como el correcto ejercicio por parte del árbitro de su deber de revelación, es la conciencia de las partes de que dicha corrección redunde sola y exclusivamente en el beneficio de la buena marcha del arbitraje y la corrección del laudo que se dicte.

Es nuestra obligación por tanto, cuando actuemos como abogados de una de las partes de un arbitraje, concienciarlas de lo anterior. Sólo, si árbitros, abogados y partes aplican los mismos estándares en relación con la imparcialidad e independencia y el deber de revelación del árbitro, estaremos ante un proceso justo.

6. LA DISPONIBILIDAD DEL ÁRBITRO. COMPLEMENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN

Finalmente, quiero llamar la atención sobre algo que aunque no es parte integrante del deber de revelación en el sentido que se le da al mismo como garante de la independencia e imparcialidad del

árbitro, a mi juicio, debe ser considerado por el mismo a la hora de tomar su decisión de aceptar o no una designación: el árbitro debe valorar si dispone del tiempo necesario para el correcto estudio y resolución de la controversia.

Las partes se encuentran cada vez con mayor frecuencia con procedimientos arbitrales que se alargan excepcionalmente en el tiempo por razones ajenas a ellas y a la propia controversia.

Soy consciente de que la duración excesiva de un procedimiento arbitral no tiene nada que ver con la independencia e imparcialidad del árbitro, pero sí influye en la corrección del ejercicio de la función arbitral que no está integrada únicamente por el principio de independencia e imparcialidad.

Aunque ninguna ley, ni nacional, ni internacional, ni los reglamentos arbitrales más importantes hacen referencia a esta cuestión, existe en la comunidad arbitral internacional una enorme preocupación por este hecho pues pone en entredicho la rapidez que tradicionalmente se ha predicado como ventaja del arbitraje.

Tan sólo, y con muy buen criterio, la CCI, en la declaración de aceptación e independencia que los árbitros que son designados bajo sus reglas han de rellenar, establece en uno de sus puntos que quien lo suscribe se encuentra “disponible para actuar como árbitro”. Por su parte, el code of ethics de la AAA en su Canon I dispone que el árbitro sólo deberá aceptar su designación si es (i) imparcial, (ii) independiente, (iii) competente y (iv) dispone del tiempo necesario para dedicarle al arbitraje.

La confianza sobre la que se basa la relación ente las partes y los árbitros,

obliga a éstos a poner en conocimiento de aquéllas todas las circunstancias o hechos que le impidan desempeñar correctamente la función arbitral y por tanto es una circunstancia ésta que también debe ser “revelada” a las partes.

Sólo cuando el árbitro independiente e imparcial tenga además el tiempo preciso, el arbitraje se desarrollará con todas las garantías necesarias.

7. CONCLUSIÓN

Hay que concluir necesariamente que el deber de revelación del árbitro, es indudablemente, uno de los más importantes de los que integran la función arbitral.

Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger el futuro laudo.

Se trata de un deber complejo cuyo ejercicio no es tarea fácil.


El árbitro ha de conocer que este deber tiene que ser ejercitado con una exquisita amplitud y exhaustividad, para no dejar la más mínima sombra de duda a las partes sobre la voluntad de transparencia del árbitro. El subjetivismo inherente a este deber, obliga al árbitro, ante la duda, a optar siempre por la revelación.

El exceso de revelación puede desencadenar problemas (confidencialidad, posibilidad de las partes de dilatar el proceso, crear dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro cuando no la había, etc).

Tanto el exceso como el defecto en el ejercicio del deber de revelación pueden provocar efectos negativos. El árbitro deberá encontrar el justo equilibrio caso por caso.

Las personas que reciben una designación como árbitros afronten su deber de revelación con rigor y sin miedo a que las circunstancias que revelen puedan provocar su falta de confirmación. La práctica pone de manifiesto que la revelación de circunstancias por los árbitros no determina en absoluto que una recusación formulada por una parte sobre la base de alguna de esas circunstancias tenga necesariamente que prosperar.

Debemos asumir la imposibilidad de cerrar definitivamente la cuestión del deber de revelación, la delimitación total de su alcance es imposible. Las listas contenidas en las *IBA rules* han supuesto sin duda una enorme ayuda pero su valor desgraciadamente es limitado.

Finalmente, el árbitro no debe olvidar que la función arbitral no sólo está integrada por el principio de imparcialidad e independencia y el deber de revelación. 

EL DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN LA LEY ESPAÑOLA: EVOLUCIÓN Y ASPECTOS PRÁCTICOS

Por: JORGE ANGELL (*)
ÁNGEL BRIOSO (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución de la legislación española.
3. El deber de independencia e imparcialidad en la Ley de 2003.
4. Valoración de la Ley de 2003.

1. INTRODUCCIÓN

La independencia y la imparcialidad son atributos esenciales de la justicia. No en balde a la Diosa Iustitia se le representa con una venda sobre los ojos desde tiempo inmemorial.

El sistema judicial de cualquier estado de derecho digno de ese nombre está diseñado para asegurar que los jueces puedan administrar justicia libres, sobre todo, de interferencias políticas

y también por supuesto de las más materiales de las partes interesadas.

Garantizados su inamovilidad por ley⁽¹⁾ y su sustento por el presupuesto del Estado, el juez concreto no temerá las represalias del poder político ni las de los poderosos que le sometan sus controversias. Podrá juzgar con arreglo a la ley y a su conciencia. A la vez, estará en corsetado por un conjunto de incompatibilidades y prohibiciones. Así, por ejemplo, no podrá ejercer el comercio, con lo

(*) Socio Director de L. C. Rodrigo Abogados, Madrid. Miembro de la International Bar Association (IBA). Miembro del Club Español de Arbitraje.

(**) Socio Administrador de L. C. Rodrigo Abogados, Madrid. Miembro del Club Español del Arbitraje.

(1) De acuerdo con el artículo 117 de la Constitución de 1978 la justicia se administra por jueces (...) inamovibles (...), no pudiendo ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

que se le priva de tener oportunidades de contaminación. En cierto sentido, el juez está “fuera de este mundo”. En una atalaya desde la que imparte justicia. Su independencia e imparcialidad se dan por supuestas, al margen de qué o quiénes estén implicados en el conflicto.

Los defensores del arbitraje como un medio alternativo idóneo de resolución de disputas somos conscientes de la necesidad de que el arbitraje se mire en ese espejo sin perjuicio de reconocer sus propias peculiaridades. Es crucial para la credibilidad de este medio, basado en la confianza⁽²⁾, que el mercado perciba que los árbitros son capaces de resolver una controversia de manera verdaderamente independiente e imparcial, es decir, que actúen como jueces sin que ello signifique judicializar el arbitraje. Como se sabe, no siempre ha ocurrido ni ocurre así, particularmente en los arbitrajes *ad hoc*, en los que las partes retienen el derecho de designar a los árbitros, quizá el acto más trascendental del arbitraje. La cuestión de la independencia del árbitro asciende entonces al primer plano de las preocupaciones, sobre todo cuando se trata de nombrar al tercer árbitro, y desplaza incluso a otras consideraciones que deberían tener tanto o más relieve a la hora de proponer árbitros, como pueden ser los conocimientos de la materia controvertida y la experiencia. En la vida real, la dificultad es evidente porque los árbitros, a diferencia de los jueces, sí están en el mundo y quieren seguir estándolo y será más grande cuanto mayor y más importante sea el adversario y su capacidad de influencia y seducción.

En esta materia, no podemos ignorar ciertas prácticas muy arraigadas en la sociedad. Las partes han tenido y aún tienen la tendencia a ver a los árbitros que nombran como sus abogados, encargados de representar sus intereses ante el tercer árbitro, sobre el que en la práctica se desplaza el peso de la decisión final a modo de árbitro neutral y dirimente. Y, todo hay que decirlo, no todos los propuestos no sólo no han hecho mucho por quitarles esa idea de la cabeza, sino que han colaborado activamente para que ello sea así. No es exagerado decir que en arbitrajes *ad hoc* será difícil ver laudos dictados por unanimidad, será más fácil ver laudos dictados en mayoría con el voto disidente del árbitro de una de las partes.

Esto también ocurre en otras latitudes. Sólo en fecha tan reciente como el año 2004 la American Bar Association (ABA) y la American Arbitration Association (AAA) publicaron conjuntamente un Código de Ética para árbitros de disputas comerciales que prescribe la necesidad de que todos los árbitros sean y permanezcan independientes e imparciales, con lo que desaparece la distinción tradicional en los Estados Unidos entre árbitro de parte y árbitro neutral, si bien las partes pueden pactar lo contrario.

En este breve trabajo analizaremos la evolución del deber de independencia e imparcialidad de los árbitros en la legislación arbitral española, su naturaleza, alcance y límites, y su cumplimiento en la práctica para terminar con una valoración de la ley vigente en este terreno.

⁽²⁾ Bastante daño ha causado la extendida idea, no siempre infundada, de que las decisiones se toman salomónicamente (el anglosajón “*split the baby*”).

2. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Sin remontarnos a tiempos remotos⁽³⁾, ya la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 aludía en su artículo 23 a que los árbitros no podían tener con las partes o con la controversia algunas de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez, añadiendo que, si las partes, conociendo esa circunstancia, la dispensaban expresamente, el laudo no podría ser impugnado por ese motivo. Equiparó, pues, en esta materia la posición del árbitro a la del juez.

La Ley 36/1988, de Arbitraje del 5 de diciembre, que derogó aquella, mantuvo esa orientación pese a haber tenido a la vista la Ley Modelo⁽⁴⁾, al establecer en su artículo 12.3 que no podrían actuar como árbitros quienes tuviesen con las partes o con la controversia sometida, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez. Dentro de esa orientación, el artículo 17 prevenía que los árbitros podían ser recusados por las mismas causas que los jueces. La equiparación, en este caso, no era absoluta ya que la recusación sólo procedía por causas que hubiesen sobrevenido después de la designación, y en cuanto a las anteriores cuando no hubiesen sido nombrados directamente por las partes o cuando aquellas fueren conocidas con posterioridad. Se exigía a los árbitros nombrados el poner de manifiesto las circunstancias

que pudiesen determinar su recusación tan pronto como las conociesen.

Ni la Ley de 1953, ni la de 1988 mencionan de forma específica los términos independencia e imparcialidad al referirse a los árbitros. Sin embargo, es obvio que ambas normas exigían esas características en el árbitro nombrado, pues remiten (con peculiaridades) a las causas de abstención y recusación de los jueces para determinar los supuestos en los que debe entenderse que no existen las mismas. Por tanto, aun cuando fuera por remisión, ambas normas establecían un sistema cerrado de causas de recusación y, en consecuencia, unos conceptos concretos de independencia e imparcialidad del árbitro al ceñirlo a aquellas relaciones o actuaciones que no estuvieran identificadas como causas de recusación de los jueces.

Aun cuando, como es lógico, el catálogo de causas de recusación de los jueces ha sufrido diversas modificaciones legales, parece de interés consignar las vigentes causas de recusación, reguladas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio), con el objeto de ofrecernos una idea del alcance de la noción de independencia que las mencionadas normas de arbitraje establecían. Se establecen como causas de recusación las siguientes:

1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes.

⁽³⁾ La Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 280, prescribía que no se podría privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

⁽⁴⁾ Nos referimos a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en sus siglas inglesas), aprobada el 21 de junio de 1985. No obstante, cabe observar que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 no la menciona en ningún momento.

2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.
3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.
4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absoluta o auto de sobreseimiento.
5. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.
6. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
7. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
8. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
9. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
10. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
11. Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.
12. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
13. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
14. En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo.
15. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.
16. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

Estas leyes generaron una jurisprudencia no excesivamente numerosa centrada en esas causas cerradas o tasadas de recusación en el arbitraje, que si bien ofrecía la ventaja de la mayor certeza a la hora de determinar una posible ausencia objetiva de independencia, también tenía el

inconveniente de su limitado ámbito o alcance por lo que se dejaba fuera de control una serie de situaciones que en el mundo de los negocios podrían generar duda sobre la imparcialidad del árbitro. En este sentido, podría citarse la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 24 de Septiembre de 2002 (JUR 2003\22969), en la que se analiza la recusación planteada por una de las partes que alega la causa de recusación basada en la amistad íntima entre la otra parte y uno de los árbitros (causa 9ª de las antes mencionadas). En concreto, se alegaba que el padre de una de las partes era amigo íntimo de uno de los árbitros. El tribunal entiende que no resulta probada la mencionada amistad, pero matiza, y esto es lo que merece ser destacado, que aun cuando esto hubiera resultado probado, tampoco sería causa de recusación, ya que la misma se circunscribe exclusivamente a la amistad del árbitro con la parte y no del árbitro con el padre de la parte. Esta aproximación del tribunal, correcta desde el punto de vista legal por el sistema tasado de causas de recusación, pone de manifiesto, cuando menos, la parte más negativa de este sistema que deja fuera del análisis sobre la independencia del árbitro situaciones tan dudosas como la descrita.

Consciente el legislador de esta limitación, la Ley 60/2003 de arbitraje del 23 de diciembre, que entró en vigor en marzo de 2004, derogó la Ley de 1988 y se apartó de la orientación hasta entonces vigente en materia de incompatibilidades de los árbitros, adoptando los criterios de la Ley Modelo. En efecto, la Exposición de Motivos indica que “*se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por*

considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.” En lo sucesivo nos referiremos a la actual Ley de Arbitraje como a la Ley de 2003, para distinguirla, en su caso, de la Ley de 1988 y la de 1953.

3. EL DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA LEY DE 2003

Como decíamos, la Ley de 2003 ha adoptado los criterios de la Ley Modelo y así lo refleja tanto la Exposición de Motivos como su articulado.

La Exposición de Motivos proclama:

“Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje”.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley de 2003 dispone:

“Artículo 17: Motivos de abstención y recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.
2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora

cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las partes.

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

Siguiendo a la Ley Modelo, la Ley de 2003 cita expresamente, por primera vez, las características de independencia e imparcialidad y las configura como un deber de los árbitros, prescindiendo de quién los haya nombrado (una parte, ambas o una institución). Lo anterior tiene especial relevancia respecto de los conocidos como árbitros de parte. Efectivamente, la Ley de 2003 contempla la posibilidad de que en un arbitraje de tres árbitros cada parte nombre a uno de ellos y el tercero sea nombrado por éstos. Estamos de acuerdo con el profesor Garberí Llobregat⁽⁵⁾ cuando sostiene que, en estos casos, es posible que la parte trate de nombrar a árbitros con los que tenga una cierta relación de confianza o amistad. La Ley

de 2003 es consciente de ello y, por eso, corrige esta tolerancia reforzando, entre otros aspectos, las causas de recusación, derogando el sistema de causas tasadas, y estableciendo un nuevo marco de causa genérica, al que más adelante nos referiremos, que permitirá, analizando caso por caso, apreciar si se cumple o no el deber de independencia e imparcialidad mencionado.

La existencia de este deber de independencia e imparcialidad se refiere tanto al momento del nombramiento (por eso el artículo mencionado utiliza el verbo “ser”), como a todo el tiempo que dure el arbitraje (de ahí la alusión en el artículo al verbo “permanecer”)⁽⁶⁾. Para cumplir con este expreso deber, la Ley de 2003 impone al árbitro dos obligaciones: (i) no mantener con las partes⁽⁷⁾ relaciones personales, profesionales o comerciales y (ii) la ya recogida en la Ley de 1988 (aunque con un alcance diferente, como luego veremos), de informar inmediatamente a la parte o partes que lo hayan nombrado de aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. Esta obligación se extiende, respecto de todas las partes, cuando se produzca, en el curso del procedimiento arbitral, cualquier causa o circunstancia sobrevenida y se complementa con la obligación de contestar a todas las cuestiones que las partes le formulen, en cualquier momento del procedimiento, sobre sus relaciones o circunstancias con el resto de las partes del arbitraje.

⁽⁵⁾ *Comentarios a la Ley 60/2003*, de 23 de Diciembre de 2003, Editorial Bosch, 2004.

⁽⁶⁾ Cuestión que no resuelve del todo la Ley de 2003 y que puede ser trascendente es la de desde cuando y hasta cuando (aunque diga durante el arbitraje) se debe ser y permanecer independiente. Las *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* aprobadas por la *International Bar Association (IBA)* el 22 de Mayo de 2004 ofrecen criterios y supuestos útiles para resolver casos dudosos.

⁽⁷⁾ Se entiende que el concepto de parte comprende a los abogados defensores.

El cumplimiento por el árbitro de estas obligaciones, ofrece a las partes la información necesaria para que, si lo estiman pertinente, puedan ejercer su derecho de recusación frente al referido árbitro. Sin embargo, este derecho no es absoluto, pues la Ley de 2003 lo limita expresamente, respecto del árbitro que la parte haya nombrado o en cuyo nombramiento haya intervenido, a las circunstancias conocidas con posterioridad al nombramiento. La limitación al derecho de recusación es absolutamente coherente con el principio de autonomía de la voluntad que rige el arbitraje, pues si la parte, conociendo circunstancias o relaciones del árbitro que pueden originar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, decide nombrarlo o participa en su nombramiento, carece de todo sentido que tenga derecho a recusarlo.

El sistema de recusación se ha modificado por completo en la Ley de 2003. Frente al sistema de causas tasadas que imponía por referencia la Ley de 1988, la Ley de 2003 siguiendo a la Ley Modelo, ha optado por el sistema contrapuesto, esto es, ha establecido una causa general que concreta en “las circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad”. Señala la profesora Silvia Barona⁽⁸⁾ que para efectuar el análisis, caso por caso, de las mencionadas circunstancias deberemos tener presente que el concepto “dudas justificadas”

debe entenderse, de una parte, en el sentido de que las dudas no deben ser subjetivas de la parte, sino que han de tener carácter objetivo, aunque la perspectiva de la parte debe tenerse en cuenta por el árbitro cuando sopesa si debe declarar dichas circunstancias o no. Por ello, aun cuando es obvio que con la Ley de 2003 han dejado de ser aplicables directamente las causas de recusación de jueces y magistrados enumeradas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes citado, no debe desconocerse que esas causas pueden ser utilizadas como criterios válidos de lo que debe entenderse por duda objetiva⁽⁹⁾. De otra, el referido concepto debe entenderse en el sentido de que esas dudas deben responder a hechos probados.

Sin embargo, el cambio en el sistema de recusación también genera un cambio del alcance de la obligación de declaración que la Ley de 2003 impone al árbitro. Señala acertadamente José María Alonso⁽¹⁰⁾ que, con la Ley de 1988, esta obligación de revelación por parte de la persona que hubiese sido propuesta como árbitro, o ya estuviese actuando como tal, podía ser constatada de forma autónoma por ella misma, sin más que hacer un repaso de cada uno de los tasados motivos de recusación de jueces y magistrados previstos en la Ley. Bajo la Ley de 2003, sin embargo, el árbitro deberá revelar a las partes, no ya las causas que la Ley reconoce como causas de recusación de un

⁽⁸⁾ *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, Editorial Thomson-Civitas, 2004.

⁽⁹⁾ No conocemos sentencias dictadas a partir de marzo de 2004 en procesos de anulación de laudos bajo la Ley de 2003 que hayan interpretado específicamente el deber de independencia e imparcialidad, pero no descartamos que los tribunales puedan también encontrar referencias en las guías publicadas por algunas organizaciones jurídicas internacionales, señaladamente el ya citado Código de Ética publicado por la ABA y la AAA y las también citadas *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* de la IBA.

⁽¹⁰⁾ *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, coordinado por GONZÁLEZ SORIA, Julio, “Comentarios al artículo 17”, Editorial Thomson-Aranzadi, 2004.

juez, sino todas aquellas otras –previsiblemente más numerosas– que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Por lo expuesto, coincidimos con el mencionado autor en señalar que los árbitros deben asumir su obligación de revelación teniendo en consideración que en algunos casos para las partes la apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro suele ser tan importante como la realidad misma de estas cualidades. Por ello, quizás lo más conveniente es que el árbitro revele aquello que entienda que debe revelar y, además, aquellas circunstancias de las que dude si está obligado o no a revelar. En la duda, pues, se impone que el árbitro se incline por declarar.

Este comportamiento de los árbitros resulta recomendable, no sólo porque garantiza de forma escrupulosa el cumplimiento de la obligación que la Ley les impone, sino además porque desecha la posibilidad de que el Laudo sea ulteriormente anulado y, sobre todo y lo más importante, porque genera la confianza necesaria en las partes para percibir que la decisión, sea del tenor que sea, responde al leal saber y entender de uno o varios árbitros independientes e imparciales.

4. VALORACIÓN DE LA LEY DE 2003

Nuestra valoración de la Ley de 2003 en esta materia específica no puede ser más que positiva, aunque echemos en

falta algo más de precisión en cuanto a la delimitación temporal del deber del árbitro de ser y permanecer independiente⁽¹¹⁾. Ya hemos dicho que el arbitraje sólo podrá ganar credibilidad si dicho deber de independencia e imparcialidad se cumple escrupulosamente en la práctica y los árbitros resuelven como jueces, dando la razón a quien la tenga y quitándosela a quien no la tenga y sin recurrir a soluciones salomónicas.

Cuando en virtud de una estipulación contractual se debe someter una controversia a arbitraje, la práctica nos demuestra que la cuestión quizá de mayor trascendencia es el nombramiento del árbitro. Como bien sabemos los que estamos relacionados con el arbitraje, el proceso de designación en un arbitraje *ad hoc* puede ser difícil, largo y tortuoso, tanto que no pocas veces el árbitro (sea el único o el tercero) termina siendo nombrado por el juez. Y nos parece que en parte ello se debe a la desconfianza en la verdadera independencia e imparcialidad del árbitro propuesto por la otra parte, y en parte a los atavismos culturales a los que aludíamos más arriba que ven en el árbitro a un abogado de parte.


Este juego de reticencias provocado por la desconfianza, de una parte, y de apetencias (de contar con un abogado-árbitro), por otra, puede llegar a constituir un círculo vicioso del que no será fácil salir, dificultando así la plena aplicación de las exigencias legales y generando, por lo tanto, más desconfianza. Esta desconfianza

(11) Un tema conexo y de enorme importancia es el de la responsabilidad del árbitro, que nos limitamos a apuntar ya que escapa a este breve trabajo. Nos referimos a la amplitud de la responsabilidad en el plano de la imputación. Contrariamente a la Ley de 1988 que en su artículo 16 hablaba genéricamente de dolo o culpa, la Ley de 2003 la limita en su artículo 21 a los supuestos de mala fe, temeridad o dolo, lo que nos parece criticable.

obligará a extremar las precauciones cuando se ponga sobre el tapete el nombramiento del tercer árbitro porque se temerá que pueda caer en la órbita de influencia del otro árbitro. Ambas partes desconfiarán de la persona propuesta por la otra y se sucederán una y otra vez ternas con distintos nombres, para terminar en muchos casos con un nombramiento judicial. Y claro está, la desconfianza aumentará cuanto más grande e importante sea el adversario ya que mayor será su capacidad de influencia presente y futura.

El hecho de que los árbitros, a diferencia de los jueces, pueden tener otras muchas actividades no facilita la superación de estos hábitos y quizá mejor decir, mentalidad. Un ejemplo destacado es el caso del desempeño de la función de árbitros por abogados en ejercicio en despachos particulares que atienden en otras áreas del derecho, lo que parece problemático desde un doble punto de vista: por un lado, no se puede ignorar que las expectativas de negocio que puede generar ese cliente en el futuro para el despacho en cuestión puede hacer mella en la independencia e imparcialidad del árbitro; y por otro, la cada vez mayor dificultad que tienen los propios profesionales debido a

los numerosos conflictos de interés que él o sus socios pueden tener para aceptar un caso, dificultad que se incrementa en proporción directa a la dimensión del despacho, ya que a mayor dimensión, mayor es la probabilidad de que el abogado se vea impedido de actuar.

Por estos motivos, se aprecia una clara y saludable tendencia en muchos abogados a dejar sus despachos para establecerse como árbitros profesionales e independientes, sin más conflictos de interés que los surgidos de sus propias relaciones profesionales como árbitros. Creemos que es un paso importante en la buena dirección. Vislumbramos que se irá así formando un cuerpo de árbitros de inmejorable preparación profesional y que podrán ofrecer verdaderas garantías de independencia e imparcialidad. Incluso sin llegar a dar ese paso creemos que toda la comunidad arbitral (tanto árbitros como abogados de parte) debe ser garante del cumplimiento del deber de independencia e imparcialidad y oponerse resueltamente a comportamientos que lo cuestionen o debiliten. La confianza, piedra angular del arbitraje, aumentará y como consecuencia necesaria también lo hará el uso de este medio de resolución de controversias. 

INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

Por: RODRIGO JIJÓN LETORT (*)

SUMARIO: 1. De la independencia e imparcialidad de los jueces como garantías ciudadanas. 2. De la independencia e imparcialidad de los árbitros. 3. Los conceptos de independencia, imparcialidad y neutralidad. **A.** Independencia e imparcialidad. **B.** Neutralidad. 4. La apreciación de la independencia y la imparcialidad. **A.** Aplicación de estándares judiciales a los árbitros. **B.** La situación del árbitro designado por cada una de las partes. **C.** Árbitros de parte en arbitrajes del Estado. **D.** Decisiones arbitrales unánimes. 5. El control de la independencia e imparcialidad. 6. Conclusión.

1. DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES COMO GARANTÍAS CIUDADANAS

Iniciaré este trabajo, siguiendo una de las más desafiantes teorías que legitiman el principio de la independencia judicial.

El profesor americano, Martín Shapiro⁽¹⁾ sostiene que es una regla natural, aplicable en todo tiempo y lugar, que cuando dos personas no pueden resolver por sí mismas un conflicto buscan a un tercero que les ayude a solucionarlo. Con la participación del tercero se forma una “tríada”.

Cuando el tercero resuelve a favor de uno de los litigantes la tríada se transforma en una estructura percibida por el perdedor como dos contra uno. La única evidencia del perdedor es que perdió por el hecho de estar en “inferioridad de número”.

Siguiendo a Shapiro, la historia de la administración de justicia consiste en legitimar la decisión contra el perdedor. La primera forma de legitimación surgió en Roma y consistió en el consentimiento de las partes para solucionar el conflicto a través del tercero: si el perdedor aceptó que su conflicto sea resuelto por el tercero perdió su derecho a reclamar.

(*) Profesor de Procedimiento Civil de la Universidad de San Francisco de Quito, Ecuador. Socio de Pérez Bustamante & Ponce Quito, Ecuador.

(1) SHAPIRO, Martín, *Courts a Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1981, p. 1.

Posteriormente, cuando el estado asume la tarea de administrar justicia, dota al proceso de una serie de características para legitimar la decisión y hacer menos dolorosa la derrota para el perdedor. Una de esas características es la independencia del juez; así, el perdedor no ve la tría-da convertida en un dos contra uno porque conoce que es de la esencia del proceso que el tercero es neutral e independiente de las partes y que esté legalmente prohibido a coaligarse con una de ellas⁽²⁾.

La racionalidad y utilidad de lo que Shapiro llama el “mito de la independencia judicial” es tan grande que lo encontramos expandido en todos los sistemas legales.

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental de todo ser humano reconocida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, entre otros instrumentos jurídicos de la más alta jerarquía⁽³⁾.

Como afirma Dromi⁽⁴⁾, “la independencia es requisito esencial para la correcta administración de justicia. Es condición de existencia del Poder Judicial como poder del Estado. La independencia le es

exigida por la misma esencia de su cometido; dar y hacer justicia”.

No siempre se ha considerado a la administración de justicia como un poder independiente del Estado; durante mucho tiempo estuvo confundida en el poder político del rey, del parlamento o del ejecutivo. La consolidación de la justicia como un poder independiente es una conquista relativamente reciente⁽⁵⁾.

En la doctrina procesal contemporánea, Satta utiliza un ingenioso paralelo para poner de relieve esta cuestión, señalando: “así como hay una legitimación de la parte establecida en base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en base al desinterés: y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad”⁽⁶⁾.

La independencia del Poder Judicial y de los jueces se puede apreciar desde diferentes perspectivas: desde la independencia del Poder Judicial como tal frente a los otros poderes del Estado, lo que se denomina la independencia externa; desde la independencia del juez frente a otros jueces, magistrados o funcionarios del Poder Judicial, independencia interna; y, finalmente desde la independencia del juez de la causa frente a los

(2) *Ibidem*, p. 65.

(3) Ver, Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

(4) DORMÍ, Roberto, *Los jueces, ¿es la justicia un tercio del poder?*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 46.

(5) Recomiendo el estudio que hace SHAPIRO, Martín, sobre las Cortes Inglesas y la independencia judicial en el libro antes citado; sobre la independencia de la función judicial el estudio del Profesor ROMERO SEQUEL, Alejandro, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título la independencia e imparcialidad en la justicia arbitral.

(6) Citado por ROMERO SEQUEL, Alejandro, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”.

litigantes y su imparcialidad para conocer el caso concreto.

Es esta última perspectiva en la que se asemeja la independencia e imparcialidad de los jueces con la de la que deben guardar los árbitros.

2. DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

Cualquiera que sea la posición que asumamos sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta evidente que los árbitros ejercen funciones de adjudicación semejantes a las de los jueces.

El Estado reconoce la justicia arbitral y se obliga a ejecutar los laudos en la medida de que el proceso arbitral cumpla con requisitos mínimos que aseguren a los litigantes las garantías del debido proceso. La independencia de los árbitros es un requisito para que el Estado reconozca y ejecute sus laudos.

Además de este origen inherente a su función, las garantías de independencia e imparcialidad nacen también del contrato entre los árbitros y las partes⁽⁷⁾.

Ese contrato es diferente al que celebran las partes para someter su conflicto a arbitraje. Se trata de un segundo contrato que vincula a las dos partes con él o

los árbitros. Es bilateral, *intuitu personae* y de confianza.

En virtud del “contrato de arbitraje” los árbitros se obligan a resolver el litigio en los términos fijados por las partes en la cláusula arbitral. Deben tratar a las partes con igualdad y darles las mismas oportunidades para defender su caso. La designación del árbitro se funda en la confianza, “definida como la esperanza firme que se tiene en una persona”⁽⁸⁾. El árbitro se obliga a proceder de manera diligente y a cumplir sus obligaciones con buena fe, lo que le impone hacer conocer a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar, real o presuntamente, su independencia e imparcialidad.

¿Pueden las partes renunciar a las garantías de independencia e imparcialidad?

Este tema lo analiza con profundidad Alejandro Romero para quien es legítimo que las partes renuncien a su derecho a impugnar la actuación de un árbitro en situación de parcialidad conocida. Si la autoridad del árbitro proviene del acuerdo de las partes es perfectamente lícito, sostiene Romero, que ellos admitan la decisión de un árbitro al que lo saben parcial; podrían inclusive pensar que esa falta de parcialidad se compensa con otras cualidades del árbitro⁽⁹⁾.

(7) Sobre el contrato entre los árbitros y las partes, ver: FOUCARD, GAILLARD y GOLDMAR, *On International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law, “The existence of a contract between the Arbitrators and the Parties”, pp. 600 y ss.

(8) Sobre la confianza como fundamento de los medios alternativos de solución de controversias. Ver, EGEA HERNANDO, Javier, “El tercero de confianza”.

(9) En doctrina se ha criticado que las partes puedan renunciar a inhabilitar a un árbitro marcado por una situación de parcialidad conocida, calificando tal circunstancia como una “hipervaloración del principio de la autonomía de la voluntad”. Según esta tesis: si el arbitraje pretende ser una alternativa real a la jurisdicción deben preservarse absolutamente todas sus garantías procesales. El planteamiento anterior se puede objetar por varias razones. En primer lugar, la renuncia se da en un ámbito absolutamente privado, en el cual la voluntad de las partes juega un rol preponderante. En este punto la diferencia con la jurisdicción ordinaria es radical, al extremo que algún autor ha señalado que “la imparcialidad del juez es una condición

Es perfectamente lícito que una parte, una vez informada, no objete la presencia de un árbitro inmerso en una situación que podría afectarla. No creo válida, sin embargo, la aceptación de un árbitro dirimente imparcial. La imparcialidad es una conducta que se revela durante el proceso y, probablemente, sólo se hará evidente al tiempo de la expedición del laudo.

En mi opinión tampoco sería válida una cláusula arbitral en la que las partes renuncien, al tiempo de contratar, a su derecho a recusar en el futuro a árbitros dependientes o parciales⁽¹⁰⁾.

“Es un principio fundamental del arbitraje internacional, aceptado universalmente, que los árbitros sean imparciales e independientes de las partes y que mantengan esa condición a lo largo del proceso”⁽¹¹⁾.

Pero más allá de que la independencia de los árbitros es una obligación derivada de la naturaleza de la función de adjudicación y que está implícita en el con-

trato de arbitraje, es también conveniente para el desarrollo del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. El éxito del sistema arbitral depende de la percepción que tengan quienes lo utilizan que las decisiones son fruto de la actuación independiente e imparcial de los árbitros.

Richard Posner imagina un mercado de servicios judiciales completamente privado en el que los jueces ofrecerían públicamente sus servicios como jueces a los ciudadanos y en el que los litigantes seleccionarían a los jueces que encuentren más aceptables. Los jueces más populares serían los que más cobren y la competencia entre los jueces estaría dada por la relación entre la calidad de los servicios y el costo de los mismos. Este proceso competitivo produciría jueces altamente competentes y también imparciales y cumpliría con los ideales de justicia. En este sistema de justicia privada, el juez que no fuera imparcial no tendría clientes que le lleven disputas: una de las partes siempre se opondría⁽¹²⁾.

tan esencial a la actuación jurisdiccional del Derecho, que sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuando menos, que este no es jurisdiccional”. En el arbitraje, en cambio, la autoridad del árbitro proviene del acuerdo de las partes, y, en virtud de ello, es válida la designación de un árbitro sobre el que pesan causales de inhabilitación que son conocidas por las partes. En segundo lugar, la conocida parcialidad del árbitro puede ser compensada por otras razones. La confianza en el árbitro, su conocido sentido de la justicia, su rectitud y cualificación profesional, pueden ser motivos más que suficientes para que las partes nombren un árbitro afectado por una situación de inhabilitación, aminorando el riesgo que ello implica. En este punto se hace patente que la recusación (en sentido lato) en materia arbitral no mira al interés público, sino que las causales sólo protegen el interés individual de las partes.

(10) La cualidad de independencia del árbitro de las partes se considera imperativa e irrenunciable. GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, p. 15, cita a Pierre Lavile, Jean-Francois Poudret, Claude Raymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse*, Editions Payot Lausanne, 1989, pp. 338-339.

(11) LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., KROLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, p. 256.

(12) LANDES, William M. & POSNER, Richard A., “Adjudication as a private good”, en: *8 J. Legal Stud.*, 1979, pp. 235-40, citado por Christopher R. Drahozal.

Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen⁽¹³⁾. La independencia, la imparcialidad y la percepción de imparcialidad constituyen elementos fundamentales para juzgar la calidad del árbitro y del arbitraje.

3. LOS CONCEPTOS DE INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

A. Independencia e imparcialidad

La independencia e imparcialidad de los árbitros está consagrada, expresa o

tácitamente, en casi todas las reglas y leyes de arbitraje y su aplicación es celosamente cuidada por las instituciones que administran arbitrajes.

Sin embargo, y con alguna excepción⁽¹⁴⁾, las leyes y reglas de arbitraje no definen los conceptos de independencia e imparcialidad ni incluyen una casuística de circunstancias en las que pueda presumirse su falta⁽¹⁵⁾.

Los autores coinciden en que no es fácil y, quizás, tampoco es necesario distinguir independencia e imparcialidad.

El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, se

(13) SANDERS, Pieter, *¿Quo vadis arbitration? Sixto Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law Internacional, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224, citado por GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros.

(14) La Ley de Arbitraje Sueca, en su Sección 8 contiene una lista de circunstancias en las que se presume que no hay imparcialidad. Ver LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KROLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Internacional, p. 257.

(15) La Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, se remite a las causales de recusación de jueces establecidas en el Código de Procedimiento Civil que contiene un determinado número de circunstancias en las que se puede entender que falta independencia o imparcialidad del juez. Ver, el Artículo 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y su remisión al Artículo 856 del Código de Procedimiento Civil. Las causas de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador: 1. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor; 2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio; 3. Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal; No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio; 4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 5. Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes; 6. Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella; 7. Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo; 8. Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal; 9. Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y, 10. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

Uno de los más interesantes esfuerzos para hacer una casuística de las circunstancias que afectan o pueden afectar la independencia o imparcialidad de los árbitros está contenido en los "Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration, de la Internacional Bar Association", aprobadas el 22 de Mayo de 2004 por el Council of the Internacional Bar Association. Adjunto como documento de referencia.

refiere a la independencia como la cualidad de aquel que “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”⁽¹⁶⁾; a la imparcialidad como “la falta de “designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁽¹⁷⁾; y, finalmente, define la neutralidad como la facultad de aquel “*que no participa de ninguna de las opciones en conflicto*”⁽¹⁸⁾.

La independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros; la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar; y la neutralidad en no tener interés en el conflicto.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia arbitral han elaborado distinciones entre los conceptos de independencia e imparcialidad, es preciso señalar que con frecuencia se utilizan los dos conceptos indistintamente como cuando las cortes francesas utilizan el concepto de “una mente independiente”⁽¹⁹⁾.

“La independencia requiere que no exista ni haya existido una relación de dependencia entre las partes y los

árbitros que pueda o al menos parezca que pueda afectar la libertad del árbitro para decidir. Mientras la imparcialidad es necesaria para que se pueda hacer justicia, la independencia es necesaria para que se vea que se hace justicia”⁽²⁰⁾.

La falta de independencia se establece mediante hechos. Las Cortes Francesas han dicho:

“La independencia del árbitro es esencial en su rol judicial, pues desde el momento de su designación el asume el papel de juez, se prohíbe cualquier relación de dependencia, particularmente con las partes. Adicionalmente, las circunstancias por las que se puede cuestionar su independencia deben demostrar la existencia de nexos materiales o intelectuales capaces de afectar la decisión del árbitro creando un riesgo cierto de parcialidad a favor de una de las partes”⁽²¹⁾.

De su lado, “la imparcialidad, en la medida que es un estado de la mente, es un concepto subjetivo y bastante abstracto muy difícil de probar”⁽²²⁾.

(16) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, 2001, T. II, p. 1266.

(17) *Ibidem*, p. 1252.

(18) *Ibidem*, p. 1579.

(19) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAR, *On International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law Internacional, 1999, p. 564.

(20) LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., KROLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Internacional p. 261.

(21) FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAR, *On International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law Internacional, 1999, p. 565.

(22) LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., KROLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Internacional, p. 258.

En la práctica, la apreciación de la independencia, definida como la falta de una relación próxima entre el árbitro y las partes, se hace con criterio objetivo, es decir que se analizan los hechos en que se sustenta la relación de dependencia.

Por el contrario la imparcialidad debe ser apreciada con criterio subjetivo; se debe analizar si su forma de proceder durante el proceso ha sido intencionalmente favorable a una de las partes.

Y precisamente, por lo difícil que es probar la imparcialidad los árbitros, se exige que estos sean, por lo menos, independientes con lo que, en principio, se garantiza su libertad de juicio.

La experiencia arbitral demuestra que tiene más posibilidades de éxito el cuestionamiento de un árbitro por falta de independencia que por falta de imparcialidad.

La relación entre la independencia y la imparcialidad ha sido motivo de debate académico y legislativo. Así por ejemplo, en la reforma de las reglas de la CCI, no se incluyó el requerimiento de imparcialidad en el artículo 7 por considerar que el término independencia se concebía como un medio para llegar a un fin: ningún árbitro que haya tenido relación de tal naturaleza que afecte su libertad de decisión puede ser considerado como un árbitro independiente⁽²³⁾.

La segunda consideración por la que no se incluyó el término imparcialidad en el artículo 7 (1) de las reglas de la CCI fue porque al ser un criterio subjetivo con el que debe juzgarse la imparcialidad que puede ser imposible de determinar al tiempo de la confirmación del árbitro⁽²⁴⁾.

Lo anterior no significa que las reglas de la CCI no requieran la imparcialidad del árbitro, basta con revisar la disposición del Artículo 15(2) que dice:

Artículo 15 (2).- “En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”.

Al analizar el tema, Julian D M Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M Kroll⁽²⁵⁾, refieren que la mayoría de las leyes y reglas de arbitraje exigen que los árbitros sean independientes e imparciales y señalan que son pocos los casos en que las leyes omiten uno de los dos requerimientos. A modo de ejemplo refieren el caso de Suiza y el, ya comentado, caso del artículo 7(1) de las reglas de CCI que exigen independencia pero no imparcialidad. De otro lado, analizan el caso de leyes como la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 y la Ley de Arbitraje Sueca que exigen únicamente el requisito de imparcialidad. La

⁽²³⁾ Informe presentado ante el Congreso de la CCI en Madrid el 17 de Junio de 1975 por ROBERT, Jean, rapporteur de la Comisión redactora de las Reglas de la CCI de 1975, cita efectuada por GONZÁLEZ DE COSIO, Francisco, “Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los arbitros”, tomado del Internet, p. 5.

⁽²⁴⁾ “One of the reasons given for not modifying the Rules to provide, at the outset, that an arbitrator must be independent and impartial was the argument that lack of independence was an objective status, subject to factual determination, whereas, partiality was most frequently revealed by conduct”. CRAIG, PARK & PAULSON’S, Annotated guide to the 1998, *Arbitration rules with commentary*, Oceana PublicationS INC, 1998.

⁽²⁵⁾ LEW / MISTELIS / KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 257 y notas 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

pregunta que se hacen los autores es si la exclusión de uno u otro término es una decisión deliberada o se debe a otros factores.

En el caso de Suiza, la omisión del requisito de imparcialidad es vista como el reconocimiento de que es inadecuado requerir a los árbitros designados por las partes el mismo grado de imparcialidad que se requiere a los jueces⁽²⁶⁾.

La explicación que da del Comité Asesor de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 (Departmental Advisory Committee, o DAC), es que la falta de independencia puede generar dudas razonables acerca de la falta de imparcialidad que sí está cubierta y, si la falta de independencia no genera dudas de parcialidad entonces no se ha perdido nada al no usar ese término⁽²⁷⁾.

B. Neutralidad

Como vimos, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por neutralidad la facultad de aquel “que no participa de ninguna de las opciones en conflicto”. Se utiliza el concepto neutralidad para referirse a países que en tiempo de guerra no se alinean con ninguna de las partes.

El concepto de neutralidad, en el arbitraje, tiene que ver con la relación del árbitro con las partes y se distingue entre los “árbitros de parte” y los “árbitros neutrales” los que no fueron designados por

ninguna de las partes, particularmente. Se señala también que el concepto de neutralidad involucra una cierta distancia entre el árbitro y la posición legal, política o cultural de las partes⁽²⁸⁾.

No debe creerse, sin embargo, que la no-neutralidad significa que los árbitros de parte pueden ser dependientes y menos todavía parciales.

La neutralidad tiene que ver con elementos objetivos como la nacionalidad del árbitro, la sede del arbitraje, la elección de la ley aplicable. Por la vía de la neutralidad se fijan, por tanto, las condiciones que garantizan una decisión justa e imparcial.

El Código de Ética de la AAA y ABA establece el criterio de que la neutralidad es la suma de imparcialidad e independencia, pues señala que: “Los patrocinadores de este Código creen que es preferible que todos los árbitros sean imparciales, debiendo cumplir los mismos estándares éticos”.

En este sentido la neutralidad incluiría independencia e imparcialidad.

En resumen, más allá de las distinciones terminológicas entre independencia, imparcialidad y neutralidad, queda claro que lo que interesa en el arbitraje como en⁽²⁹⁾ cualquier sistema de adjudicación, es la garantía de una decisión que se ajuste a la realidad procesal, que sea justa y que se perciba como justa.

⁽²⁶⁾ LEW, MISTELIS y KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 257, Nota 11.

⁽²⁷⁾ CRAIG, PARK y PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY, 2000, p. 208, nota 16, referencia al Report on the arbitration bill, Section 104 (1996).

⁽²⁸⁾ FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAR, *On International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law, The Status of the Arbitrators, p. 570.

⁽²⁹⁾ ROMERO SEQUEL, Alejandro, contenido en el artículo publicado en el Internet bajo el título. “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”.

4. LA APRECIACIÓN DE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD

A. Aplicación de estándares judiciales a los árbitros

Las legislaciones nacionales que regulan la organización de la justicia estatal imponen obligaciones a los jueces para garantizar su independencia e imparcialidad.

¿Deben aplicarse a los árbitros los estándares de imparcialidad e independencia que dichas legislaciones imponen a los jueces?

A nivel internacional, el pronunciamiento de las cortes no ha sido uniforme.

La Corte Suprema de los Estados Unidos debatió si debían imponerse a los árbitros los estándares de independencia establecidos para los jueces en el caso *Commonwealth Coating Corp. vs. Continental Casualty Co*⁽³⁰⁾. La conclusión es que deben imponerse los mismos estándares y éstos deben ser aplicados de manera más estricta y su fundamento es que el laudo arbitral, normalmente, no admite recursos, lo que exige un control más severo de la imparcialidad de los árbitros.

Otras cortes americanas sostienen que, por el contrario, al momento que las partes escogen el arbitraje como el mecanismo de solución de su conflicto convienen en disminuir el grado de rigurosidad con la que deben aplicarse los estándares de independencia⁽³¹⁾.

En Inglaterra, en el caso *AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Company* la Corte de Apelación sostuvo que debía aplicarse el mismo estándar para establecer la imparcialidad de árbitros y jueces⁽³²⁾.

En algunos países las leyes parecen solucionar la controversia al otorgar a los árbitros la calidad de jueces y, consiguientemente, equiparar el régimen legal de jueces y árbitros.

El ilustre procesalista colombiano Gerardo Monroy Cabra, llega a la conclusión de que los derechos y obligaciones que las leyes de la República de Colombia imponen a los jueces son aplicables a los árbitros⁽³³⁾. La situación en Ecuador es menos clara y hay pronunciamientos judiciales que reconocen un régimen distinto para árbitros y jueces⁽³⁴⁾.

(30) DRAZOHAL, Christopher R., *Commercial arbitration: cases and problems*, Lexis Nexis, pp. 363 y ss. hace un prolijo recuento de esta decisión. No es un caso fácil de analizar por tratarse de una decisión dividida de la Corte Suprema de Justicia en la que el criterio de jueces que concurren para formar la de mayoría difiere en cuanto a la aplicación asimilación de estándares para árbitros y jueces. Los jueces White y Marshall que concurren en la opinión de mayoría no admiten la asimilación de estándares de independencia e imparcialidad entre jueces y árbitros.

(31) *Merit Insurance co. vs. Leatherby Insurance Co.* United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 714 F. 1983, 2d 673, citado por DRAZOHAL, Christopher R., *Commercial Arbitration: cases and problems*, NEXIS, Lexis pp. 363 y ss.

(32) CRAIG, PARK and PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY, pp. 208.

(33) MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Legis, 1998, p. 81.

(34) Esta parecía ser la situación en Ecuador, sin embargo el tema fue resuelto de manera diferente por la Corte Superior de Quito que determinó que los árbitros no están sujetos al régimen legal aplicable a los jueces. El caso que dio origen a la resolución fue el siguiente: un litigante que se sintió afectado por un laudo dictado por un tribunal arbitral administrado por la Cámara de Comercio de Quito, demandó a los

Aún si llegamos a la conclusión de que los estándares impuestos a los jueces son aplicables a los árbitros no podríamos concluir, sin embargo, que éstos están sometidos a todas las normas con las que el Estado busca garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces. Parece evidente, por ejemplo, que prohibiciones como la de participar en política o ejercer la profesión no pueden aplicarse a los árbitros.

Yo creo que no hay respuesta absoluta a la pregunta planteada. Aún en aquellos casos en la que la legislación expresamente señale que las normas impuestas a los jueces aplican a los árbitros habrá que excluir aquellas que sean contrarias a la naturaleza de la práctica arbitral.

En materia de recusación, sin embargo, en el derecho continental, la pauta general es aplicar a los árbitros las mismas causales que las leyes nacionales

establecen para los jueces ordinarios⁽³⁵⁾. Lo que puede variar es la rigurosidad con la que se apliquen esas causas al tiempo de juzgar la independencia e imparcialidad del árbitro⁽³⁶⁾.

Salvo disposición legal en contrario, tampoco podría admitirse que en materia arbitral los casos de recusación sean aquellos señalados taxativamente en la legislación tanto más cuanto que las reglas de arbitraje⁽³⁷⁾ en lugar de señalar causas de recusación hacen una referencia genérica a la obligación de independencia e imparcialidad⁽³⁸⁾.

B. La situación del árbitro designado por cada una de las partes

Uno de los temas más espinosos, en relación a la independencia e imparcialidad de los árbitros, es el grado de imparcialidad e independencia que debe esperarse del árbitro designado por una de las

árbitros fundado en la Sección 31 del Código de Procedimiento Civil, "Juicio sobre indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y funcionarios y empleados de la función judicial". Sostuvo el litigante que los árbitros forman parte de la función judicial por la disposición del Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Visto que los jueces tienen fuero de Corte Superior, la demanda se presentó ante la Corte Superior de Quito. La Corte se inhibió de conocer la demanda por falta de competencia al considerar los árbitros no tienen fuero de Corte.

(35) ROMERO SEGUEL, Alejandro, hace un interesantísimo estudio de la historia de la recusación y llega a la conclusión que "Es una pauta común que a la hora de recusar a los árbitros se les aplique el mismo estatuto previsto para los jueces. Esta opción tiene una explicación histórica, que resulta de la asimilación que se ha buscado –desde antaño– entre la función de los jueces y la de los árbitros", artículo publicado en el Internet bajo el título: "La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral".

(36) CAIVANO, Roque, *El arbitraje*, citado por Ernesto SALCEDO, *El arbitraje, la justicia alternativa*, Editorial Jurídica Mosquera, Quito, 2001, p. 98.

(37) La posición adoptada por la Ley Modelo de la Uncitral fue una fórmula genérica más que un listado casuístico de circunstancias que afectarían la independencia o imparcialidad del árbitro.

(38) La Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador no se refiere explícitamente al concepto de imparcialidad o independencia y para la recusación de los árbitros se remite a las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil. Esto ha dado lugar a duda en las instituciones arbitrales si los árbitros deben excusarse o pueden ser recusados únicamente por las causales señaladas en el Código del Procedimiento Civil. Con buen criterio el Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito y algunos árbitros, aplicando el Código de Ética del mismo Centro Arbitral, nos hemos excusado en casos en que, si bien no concurren las circunstancias previstas en la ley, concurren otras como la existencia de relaciones sociales o profesionales que pueden ser percibidas por una de las partes como señal de parcialidad o dependencia.

partes, conocido comúnmente como árbitro de parte⁽³⁹⁾.

Normalmente la cláusula arbitral prevé un panel integrado por tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero escogido por los árbitros designados o de común acuerdo de las partes. Con mucha frecuencia se cree que el árbitro designado por las partes debe actuar en beneficio de quien lo designó como su representante y hasta su abogado.

En un importante caso arbitral, en que fue parte la República del Ecuador, el árbitro designado por el Estado concurre con los otros dos en un laudo contrario al Estado. Las autoridades del gobierno, la prensa y la opinión pública criticaron abiertamente a ese árbitro por haber fallado contra su país y sostuvieron que era su obligación, como árbitro designado por el Estado, defender sus intereses⁽⁴⁰⁾.

La presencia de un árbitro designado por las partes tiene ventajas y desventajas⁽⁴¹⁾. Entre las ventajas está el hecho de que cada una de las partes se asegura de designar una persona en la que confía por su integridad moral, su experiencia, su preparación y su capacidad para entender su posición y argumentos en el litigio. Esto es especialmente importante en arbitrajes internacionales sofisticados en los que, normalmente, el laudo no admite recursos.

La desventaja es que el árbitro malentienda su función y asuma que es su

obligación abogar e influir en los otros árbitros para que la posición jurídica de la parte que lo designó prevalezca.

El hecho de que sea práctica frecuente en el arbitraje que las partes designen árbitros es prueba evidente que las ventajas de este sistema de integración del panel arbitral prevalece sobre sus desventajas.

Ahora bien, fundadas en el principio de autonomía de voluntad de las partes, se admite que ellas puedan convenir que los árbitros designados por ellas no sean independientes y que defiendan la posición de la parte ante el árbitro dirimente neutral. Esta no es una práctica frecuente en el arbitraje internacional contemporáneo⁽⁴²⁾.

En los Estados Unidos se admite que el árbitro designado por la parte no sea neutral. El árbitro no neutral tiene un régimen de independencia distinto al del árbitro neutral: no está obligado por el mismo nivel de independencia aplicable al neutral; puede tener cierta predisposición a favor de la posición de la parte que lo designó; su deber de revelación de hechos que lo vinculan a la parte que lo designó es más limitado; no puede ser recusado por la otra parte; no está sujeto a las mismas restricciones de comunicación con las partes.

De acuerdo con el “código de ética para árbitros en disputas comerciales” aprobado en forma conjunta por la *American Arbitration Association* y la

(39) CAIVANO, Roque, sugiere que no se debería llamar “árbitro de parte” sino árbitro designado por una de las partes”, CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad-Hoc SRL, 2000, p. 175.

(40) Caso Occidental vs. República del Ecuador, Uncitral Nº UN 3467, 1 de junio, 2004.

(41) Ver, la presentación de GRIGERA, Horacio A., “Party appointed arbitrators: A latin american perspective”, en: *IBA Arbitration Day Presentation - Sao Paulo*, Brazil, February, 2004.

(42) CRAIG, PARK and PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY 2000, p. 212.

American Bar Association, salvo que las partes convengan lo contrario o la ley aplicable lo exija, no se espera que el árbitro designado por una parte sea neutral⁽⁴³⁾.

En el arbitraje internacional el enfoque es distinto: todos los árbitros deben ser independientes e imparciales. Por ejemplo, las “reglas de ética para árbitros internacionales” aprobadas por la *International Bar Association* obligan a que los árbitros sean imparciales e independientes prescindiendo de si fueron o no, nombrados por las partes⁽⁴⁴⁾.

Francisco González de Cossío⁽⁴⁵⁾, al comentar la ley de derecho internacional privado de Suiza, refiere que durante el proceso de redacción de la ley se analizó el caso de los árbitros designados por las partes y se consideraron dos posibilidades: (i) que los árbitros sean independientes de ambas partes; o (ii) que los árbitros sean representantes de ambas partes (adoptando así el método estadounidense). Se optó por la primera opción.

Lo que si se admite es que el árbitro de parte pueda, sin cambiar su condición de imparcial, facilitar a que el tribunal arbitral entienda de mejor manera la posición jurídica, cultural con el entorno de negocios, etc. de la parte que lo designe. Se admite incluso una predisposición del árbitro de parte en favor de quien lo nombró, sin que tal predisposición pueda significar falta de independencia ni parcialidad.

Doak Bishop uno de los destacados litigantes en el arbitraje internacional hace algunas recomendaciones relativas al análisis que debe hacer el abogado litigante para la selección de su propio árbitro.⁽⁴⁶⁾

Bishop sostiene la necesidad de contar con un árbitro íntegro que no permita influencias hacia el tribunal; un árbitro inteligente capaz de entender el caso y distinguir entre los argumentos que aparecen como válidos y los que realmente lo son; debe preferirse un árbitro detallista que revisará con mucho detalle los documentos del proceso, sostiene que el árbitro que más conocimiento tenga de los detalles seguramente será el más persuasivo del tribunal; un árbitro con personalidad y capacidad de buen relacionamiento con los otros.

Y finalmente, señala Bishop, el abogado debe buscar un árbitro que esté pre-dispuesto a su caso; alguien del mismo país o del mismo sistema jurídico; de la misma cultura; de la misma industria; alguien involucrado en el área del derecho materia de la disputa siempre y cuando no haya efectuado pronunciamientos previos específicos sobre el caso en disputa. Esta característica, sostiene, no es contraria al requerimiento básico del arbitraje internacional de que el árbitro sea imparcial e independiente. Una predisposición general no es inconsistente con el requerimiento. La predisposición no

(43) Canon vii.ethical considerations relating to arbitrators appointed by one party.

(44) Citas de varias reglas aplicables al arbitraje internacional que mantiene el mismo criterio se encuentran en *Fouchard, Gaillard, Goldmar on International Commercial Arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law, “The status of arbitrators”, pp. 573-574.

(45) GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, cit., p. 16, cita a LAVILE, Pierre / POUURET, Jean-Francois / RAYMOND, Claude, *Le Droit De L'Arbitrage Interne Et International En Suisse*, Editions Payot Lausanne, 1989, pp. 338-341.

(46) BISHOP, Doak, “Toward A., Harmonized Approach to Advocacy in International Arbitration”, in: *The Art Of Advocacy In International Arbitration*, Juris Publishing, 2004.

significa que está garantizado el cómo votará ese árbitro.

Pero la sola predisposición a favor del caso no puede prevalecer sobre las otras características. Es más, un árbitro demasiado predispuesto con el caso es una mala elección. Sería muy malo para el caso, como abogado, que los otros árbitros tengan la impresión que el árbitro designado ya ha tomado su decisión y esta actuando como abogado de la parte que lo designó.

C. Árbitros de parte en arbitrajes del Estado

Se discute si en los arbitrajes en que el Estado es parte, puede designar como árbitro a funcionarios, dignatarios o a personas que representen a entidades públicas vinculadas con el Estado pero que al tenor de sus leyes nacionales sobre separación de poderes tengan la calidad de entidades autónomas o independientes.

Si se aplicaran los criterios generales sobre independencia e imparcialidad sería muy difícil que estos árbitros calificuen. No sería posible por ejemplo que el asesor legal de una empresa actúe como árbitro en un caso en el que la parte sea una empresa controlada, directa o indirectamente, por la suya.

Sin embargo, la tendencia en el arbitraje internacional es la de apreciar con mucha más benevolencia esta posibilidad, sobre todo para el caso de países en vías de desarrollo, en los que la cantidad de árbitros que puede designar el Estado son pocos y no necesariamente tienen

una predisposición básica a favor de la posición estatal.

Las cortes han preferido no entrar a estudiar a profundidad la separación de poderes real y han admitido la presencia de estos árbitros. Obviamente la presencia de este tipo de árbitros comporta algunas dificultades.

Craig, Parker and Paulson⁽⁴⁷⁾ al tratar el tema de los funcionarios públicos como árbitros relatan decisiones contradictorias que demuestra la dificultad real de separar el interés del Estado como tal y el de las entidades públicas autónomas o independientes. Pueden las entidades públicas beneficiarse de una “auto de autoridad” de su propio Estado y dejar de cumplir un contrato por fuerza mayor?

Acabo de conocer una disputa entre una entidad pública y otra privada sobre el monto que debía pagar esta última a la primera según el contrato. La controversia se resolvió a través del mecanismo alternativo de solución de disputas previsto en el contrato a favor de la entidad privada. El ente público no sólo que no cumplió con la decisión sino que consiguió que la Contraloría General del Estado imponga una glosa al privado acusándolo de un supuesto incumplimiento contractual.

De otro lado la creciente animadversión de los gobiernos de países latinoamericanos que han sido demandados ante el centro de arreglo de disputas relativas a inversiones y la acusación de que el arbitraje beneficia a las empresas, ha determinado una posición mucho más cauta respecto a la posición de los Estados.

(47) CRAIG, PARKER and PAULSON, *International Chamber Of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, NY, 2000, p. 211.

D. Decisiones arbitrales unánimes

Como dijimos antes, el riesgo de la falta de independencia o imparcialidad, además del debilitamiento del sistema arbitral, es que tal circunstancia puede servir para que la parte perdedora demande la nulidad del laudo o se oponga a su ejecución.

Es un atenuante a la acusación de falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros el hecho que el laudo haya sido resuelto por unanimidad?

En el derecho procesal continental⁽⁴⁸⁾, las nulidades procesales están sujetas al principio de trascendencia, en virtud del cual los vicios procesales son causa de nulidad únicamente cuando han influido en la decisión de la causa. Durante el proceso podrían haberse producido irregularidades pero si, al final del día, no influyeron en la decisión de la causa, no son suficientes para anular la sentencia.

¿Cuál será la consecuencia de aplicar el principio de trascendencia al caso de demanda de nulidad de un laudo arbi-

tral que fue dictado en forma unánime por tres árbitros y decimos que sólo uno de ellos incumplió sus obligaciones de independencia o imparcialidad?

¿Podemos sostener que la decisión de ese árbitro parcial o dependiente no influyó en la decisión de la causa?

En el caso *Fertilizar of India et al. V IDI Management*⁽⁴⁹⁾, una corte americana, pese a establecer que uno de los árbitros había actuado antes como abogado de la parte que lo designó y no había revelado ese hecho al tiempo de la conformación del tribunal no anuló el laudo, entre otras razones, por el hecho de que fue dictado de manera unánime por los tres árbitros del panel.

Commonwealth⁽⁵⁰⁾ también es un caso en el que se demandó la anulación de un laudo acusando falta de independencia de uno de los árbitros. Pese a que el laudo fue dictado por unanimidad, la Corte Suprema lo anuló. Sin embargo en la decisión de minoría, uno de los argumentos en contra de la anulación del laudo fue, precisamente, que fue dictado por unanimidad.

⁽⁴⁸⁾ Vasconi, el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano recoge el principio de trascendencia de las nulidades en su artículo 1014 que dice: "La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Artículos. 355, 356 y 357". De una manera algo diferente el Código Modelo para América Latina recoge el principio de trascendencia en el Tercer inciso de su artículo 104 que dice: Artículo 104. (Especificidad y trascendencia de la nulidad) (...) La anulación no procede, aun en los casos establecidos precedentemente, si el acto, aunque irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que se hubiese provocado indefensión."

⁽⁴⁹⁾ *Fertilizar of India et al. V IDI Management Inc.* 517 F. Sup. 948 (S.D. Ohio, 1981); extracts in VII Yearbook 382 (1982), citado por CRAIG, PARK y PAULSON, *International Chamber Of Commerce*, Third Edition, Oceana Publications, Inc. / Dobbs Ferry, NY, 2000 pp. 209 y ss. En este caso se discutió, ante una Corte Federal de los Estados Unidos, si las Reglas de Arbitraje de 1955, exigían la independencia del árbitro designado por las partes. La Corte llegó a la conclusión de que la designación de un árbitro independiente y su obligación de revelar han sido siempre aplicables a los arbitrajes ICC. Ver, p. 210.

⁽⁵⁰⁾ DRAZOHAL, Christopher R., *Commercial Arbitration: Cases And Problems*, Lexis Nexis, p. 366, Voto Salvado de los Magistrados Fortas y Harlan.

No hemos encontrado un pronunciamiento consistente a nivel judicial⁽⁵¹⁾.

En síntesis, el sólo hecho de que el laudo ha sido dictado en forma unánime no es suficiente para garantizar que no será anulado por la falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros. No creemos que esta conclusión sea contraria al principio de trascendencia pues la actuación de un árbitro parcial o dependiente bien puede haber influido en la decisión de los otros miembros del panel.

5. EL CONTROL DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Para asegurar que los árbitros actúen con independencia e imparcialidad y que las partes puedan percibirlos, las leyes y reglas arbitrales⁽⁵²⁾ imponen una serie de obligaciones a los árbitros en beneficio de las partes; entre ellas, la de hacer conocer a las partes y a los otros árbitros cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad o independencia.

Lo primero que debe hacer una persona cuando recibe la propuesta de actuar como árbitro es analizar si cumple con los requisitos básicos de independencia e imparcialidad. Si no los cumple debe rechazar la propuesta.

¿Cómo juzga el árbitro si las relaciones que tiene con una de las partes o si su criterio sobre la materia en disputa puede afectar su independencia e imparcialidad?

Las reglas arbitrales le proporcionan algunos parámetros para hacer ese juicio:

Las reglas de la CCI, por ejemplo, le dicen que debe hacer la apreciación desde el punto de vista de las partes y no, únicamente, desde el suyo propio⁽⁵³⁾.

Otras reglas señalan que la obligación se refiere a la revelación de hechos que puedan generar duda razonable⁽⁵⁴⁾ sobre la independencia y la imparcialidad del árbitro. En consecuencia el árbitro debe apreciar las circunstancias de manera muy amplia y revelar

(51) En *Merit Insurance Co. Vs. Letherby Insurance Co.*, no se anuló un laudo unánime; si se lo hizo en cambio en *SCHMITZ V. ZILVETI* United States Court of Appeal for the Ninth Circuit 20 F.3d. 1043 (1993). Los dos casos están citados en DRAZOHAL, Christopher R., *Commercial Arbitration: Cases And Problems*, Lexis Nexis, pp. 367-375.

(52) Ver, en este punto CRAIG, PARK and PAULSON, *International Chamber Of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications / Dobbs Ferry, NY, 2000, p. 265.

(53) ICC Corte Internacional De Arbitraje, artículo 7, Disposiciones Generales: 1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes. 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios.

(54) Ley Modelo De La CNUDMI (Comision De Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,) Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículo 12. Motivos de Recusación. 1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias de las partes, a menos que ya les haya informado a ellas.

cualquier situación que, a criterio a una persona razonable, pueda producir la impresión de parcialidad o dependencia.

Estas imposiciones se deben a que, como dijimos antes, dada la naturaleza del arbitraje, no es suficiente que el árbitro sea independiente e imparcial sino que esa sea la percepción que de él tengan las partes y la comunidad arbitral. Precisamente por la importancia de la “apariencia de imparcialidad” Francisco Gonzáles de Cossío inicia su trabajo sobre la independencia de los árbitros con la cita a Nicolás Maquiavelo: “La mujer del príncipe no solo debe ser casta y pura (...) debe aparentarlo.”

A diferencia de las leyes nacionales en las que con frecuencia se establece de manera casuística las circunstancias que deben concurrir para que se entienda que el juez no está en una posición de imparcialidad o independencia, las reglas arbitrales, normalmente, hacen una referencia genérica y abierta sobre la imparcialidad del árbitro. Quedará al buen criterio del árbitro analizar y resolver cuales son los hechos sobre los que debe informar a las partes.

El riesgo de esta aproximación al deber de revelación es que la responsabilidad del árbitro es mayor. Es él y no la ley quien debe juzgar, en el caso en particular, si existen o no hechos o relaciones sobre las que debe informar.

De otro lado, la obligación de informar de cualquier hecho que pueda afectar la independencia, imparcialidad o percepción de imparcialidad de un árbitro no está limitada al tiempo de la aceptación del encargo. Si en el decurso del proceso arbitral el árbitro llega a conocer cualquier circunstancia que pueda afectar su independencia o imparcialidad debe hacerlo.

En la práctica arbitral actual la obligación del árbitro no está limitada a la revelación de hechos personales del árbitro sino también la de personas o entidades con quien está asociado o tiene vínculos permanentes, como en el caso de abogados que trabajan en firmas de abogados o que asesoran a compañías que pueden tener alguna relación con una de las partes en disputa.

El árbitro no cumple con la obligación de informar solamente si no informa de hechos que él realmente no conoce. La obligación de información le obliga a hacer las investigaciones necesarias para establecer que, realmente, ni él ni sus asociados están en una situación que pueda afectar su independencia o imparcialidad.

La revelación de hechos es importante porque si conocidos los hechos la parte no los objeta dentro de un tiempo corto, normalmente impuesto por las reglas de arbitraje, se entenderá que renuncia a su derecho de impugnar al árbitro por esas causas. Adicionalmente, la revelación de un hecho por parte de un árbitro lo inmuniza frente a posibles reclamos de las partes por falta de independencia o imparcialidad derivados de ese hecho.

Tampoco se espera que el árbitro deba informar toda relación indirecta o irrelevante. La entrega de información irrelevante no solo demora el proceso arbitral sino que por irrelevante que sea la información, pueden sembrar, en la otra parte, dudas innecesarias sobre la independencia del árbitro.

El riesgo más bien aparece por la no revelación de hechos que luego llegan a conocimiento de la parte por otras

circunstancias. Con frecuencia las cortes han resuelto que la no revelación de un hecho pone al laudo en condición de anulabilidad aunque no haya nada en el proceso que demuestre que el árbitro actuó de manera parcial⁽⁵⁵⁾.

La recomendación general es que en caso de duda el árbitro debe revelar. Como lo revisa José María Alonso⁽⁵⁶⁾, la CCI ha adoptado esa regla con muy buen sentido e impone que las personas propuestas, para árbitros al completar la “Declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro”, en caso de duda opten por la revelación.

Algunas organizaciones arbitrales han desarrollado códigos de ética y guías que facilitan a los árbitros identificar posibles conflictos de intereses y resolver que información deben revelar y cual no es necesaria.


La Guía de la Internacional Bar Association, aprobada en mayo de 2004, es una importante herramienta que todos los árbitros deberíamos tomar en cuenta al tiempo de aceptar participar en un caso y de juzgar que hechos o circunstancias debemos poner en conocimiento de las otras partes y de los otros árbitros.

6. CONCLUSIÓN

Concluyo esta presentación afirmando que la independencia e imparcialidad del árbitro son garantías fundamentales de cualquier sistema de resolución de conflictos.

Salvo casos excepcionales, las leyes y normas arbitrales imponen a los árbitros la obligación de ser y parecer independientes e imparciales; y, la consiguiente necesidad de informar a las partes de cualquier circunstancia que pueda generar dudas razonables sobre las mismas.

Que el debido cumplimiento de los árbitros sobre su obligación de revelar es una garantía para la validez del laudo y su ejecución e inmuniza al árbitro de posibles reclamos en su contra.

Que la internacionalización de la justicia determina que árbitros de diferentes nacionalidades y enfoques tengamos, sustancialmente, las mismas obligaciones éticas por lo que el conocimiento de códigos de conducta y guías aprobadas por organizaciones internacionales serias nos ayudará a cumplir adecuadamente nuestra misión. 

⁽⁵⁵⁾ Commonwealth, es el ejemplo de esta posición. En la decisión de anulación la Corte Suprema reconoció que no había nada en el proceso que indicara que la conducta del árbitro hubiese sido incorrecta; que el proceso fue justo y que las audiencias fueron imparciales; que la otra parte declaró que si hubiese conocido la relación entre el árbitro y una de las partes no hubiera impugnado su presencia como árbitro. No obstante todo esto la mayoría anuló el laudo dictado porque el árbitro incumplió con su deber de revelar su relación con una de las partes. Ver, DRAZOHAL, Christopher R., *Commercial Arbitration: Cases And Problems*, Lexis Nexis, pp. 363-37.

LEW, Julian D.M / MISTELAS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan M., citan al Tribunal de Instancia Superior de París, 12 de Mayo 1993, Raoul Duval v V, Rev Arb 411 (1996) confirmado por la Corte de Apelación de París, 12 de Octubre de 1995, Rev. Arb 324 (1999) y por la Corte de Casación, Diciembre 16 de 1997, no publicado, donde la falta de información de que el árbitro iba a empezar a trabajar para una de las partes luego del arbitraje determinó la responsabilidad del arbitro.

⁽⁵⁶⁾ ALONSO, José María, *Los árbitros: selección, recusación y reemplazo*, Miami, 2005, p. 4.

ARBITRAJES COMPLEJOS

Por: FERNANDO DEL CASTILLO ELORZA (*)

SUMARIO: 1. Arbitrajes complejos. 1.1. Arbitrajes multiparte. 1.2. Arbitrajes que involucran varios contratos. 1.3. Arbitrajes de materia compleja. 2. Organización del procedimiento. 2.1. Reunión preliminar. 2.2. Calendario procesal. 2.3. Presentación de escritos y documentos. 2.4. Audiencias. 2.5. Tribunal arbitral. 3. Bifurcación del procedimiento. 4. Costos.

Todos los días, se llevan a cabo miles de transacciones comerciales, las cuales en ocasiones dan origen a alguna disputa. Gran parte de estas disputas son resueltas mediante el arbitraje puesto que su eficacia ha sido comprobada.

1. ARBITRAJES COMPLEJOS

Como parte de dichas disputas, resulta cada vez más frecuente encontrar arbitrajes complejos, ya sea porque intervienen múltiples partes, porque la disputa deriva de varios contratos o porque la controversia en sí misma es complicada.

La conducción de este tipo de arbitrajes no es muy diferente, sin embargo, deben tomarse en consideración algunas particularidades.

1.1. Arbitrajes multiparte

Las estadísticas de la CCI nos muestran que en 2005, prácticamente un tercio de los casos registrados ante la CCI fueron arbitrajes multiparte. El 80% de estos casos involucró entre 3 y 5 partes, el 18% de ellos involucró entre 6 y 10 partes y el 2% más de 10 partes⁽¹⁾.

(*) Jefe del área de litigio civil y mercantil, arbitraje y ADRs del despacho Santamarina y Steta, México. Miembro del Comité Consultivo de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), del Comité Arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM) y de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

(1) *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Reporte Estadístico 2005, Vol. 17, N° 1, 2006.

En este tipo de arbitrajes pueden presentarse algunas dificultades, ya sean relativas al acuerdo de arbitraje, a la integración del tribunal arbitral o al pago de los costos del arbitraje, entre otras.

En cuanto al acuerdo de arbitraje, puede darse el caso de que no todas las demandadas lo hayan firmado o que las demandadas soliciten incluir a otras partes en el arbitraje, por ejemplo, en casos como contratos de agencia, cesión de derechos o empresas relacionadas. En estos supuestos, conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI, si la Corte de Arbitraje estuviere convencida, *prima facie* de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje, puede decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje⁽²⁾.

Por lo que hace a la integración del tribunal arbitral, conforme a dicho ordenamiento, si la controversia hubiere de ser resuelta por tres árbitros, conjuntamente las demandantes y conjuntamente los demandados deben designar a un árbitro y el tercero es designado por la Corte. De no alcanzar un acuerdo, la Corte puede nombrar a todos los árbitros. De resolverse la controversia por un solo árbitro, éste será designado por la CCI⁽³⁾.

Por otro lado, en arbitrajes multi-parte, el pago de los costos del arbitraje en ocasiones puede presentar dificultades. El Reglamento de Arbitraje de la CCI prevé que la provisión para gastos del arbitraje fijada por la Corte debe ser pagada en partes iguales por las de-

mandantes y las demandadas⁽⁴⁾, sin embargo, puede darse el caso de que se llame al arbitraje a una parte que no haya sido claramente identificada ni como demandante ni como demandada.

Otros aspectos que pueden resultar más complejos en un arbitraje multilateral, son por ejemplo: (i) el intercambio de comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral; (ii) la forma en que las partes participarán en el desahogo de la prueba testimonial; (iii) el nombramiento de peritos y la participación de las partes en el examen de sus dictámenes; y (iv) la determinación del calendario procesal.

1.2. Arbitrajes que involucran varios contratos

En los arbitrajes que involucran varios contratos, puede presentarse una sola solicitud de inicio de arbitraje para todos los contratos, o pueden presentarse varias solicitudes. De presentarse una sola, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) todos los contratos deben haber sido firmados por las mismas partes, excepto cuando sea claro que las partes pertenecen a dos grupos de empresas; (ii) todos los contratos deben estar relacionados con la misma transacción comercial; (iii) las cláusulas de solución de controversias previstas en todos los contratos deben ser compatibles.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que cuando una parte presenta una demanda relativa a una

⁽²⁾ Artículo 6.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

En el futuro, todas las referencias a un artículo se entenderán hechas al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁽³⁾ Artículos 9 y 10.

⁽⁴⁾ Artículo 30.3.

relación jurídica respecto de la cual ya existe un procedimiento arbitral bajo dicho Reglamento y pendiente entre las mismas partes, la Corte puede, a solicitud de cualquiera de ellas, acumular la demanda al arbitraje pendiente, siempre y cuando el acta de misión no se haya firmado por las partes o haya sido aprobada por la Corte⁽⁵⁾. Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) los casos deben pertenecer a la misma relación jurídica; y (ii) las partes deben ser las mismas.

1.3. Arbitrajes de materia compleja

Hay arbitrajes que por la materia que involucran son altamente complejos. Por ejemplo, los arbitrajes en materia de construcción generalmente involucran cuestiones técnicas de gran dificultad para cuya resolución se requiere la participación de varios expertos.

2. ORGANIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Los reglamentos de arbitraje, como el de la CCI, suelen dejar al tribunal arbitral amplio margen de maniobra y flexibilidad para dirigir el arbitraje. Ello es conveniente porque permite que el tribunal adopte decisiones sobre la organización del procedimiento que tengan en cuenta las características especiales del caso.

La organización del procedimiento es parte fundamental en todo arbitraje, sin embargo, cobra especial importancia en el caso de arbitrajes complejos, puesto que serán más las cuestiones que habrán de preverse.

2.1. Reunión preliminar

Así resulta conveniente que al inicio del arbitraje, el tribunal arbitral celebre una reunión con las partes para adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización del procedimiento arbitral. En ella se discutirán aspectos como por ejemplo: (i) plazos para la presentación de escritos; (ii) aspectos prácticos relativos a los escritos y elementos probatorios, como método de presentación, ejemplares numeración, referencias; y (iii) fecha probable para la celebración de la audiencia.

Cabe señalar que la reunión preliminar resulta de especial importancia sobre todo tratándose de arbitrajes en donde intervienen partes de distinta tradición jurídica, puesto que les permite determinar satisfacer sus expectativas y determinar de qué forma habrá de llevarse a cabo el procedimiento.

2.2. Calendario procesal

Con base en lo discutido en la audiencia preliminar, habrá de elaborarse un calendario procesal conforme al cual habrá de conducirse el procedimiento.

2.3. Presentación de escritos y documentos

Debido a la gran cantidad de escritos y documentos que se generan en los arbitrajes complejos, es conveniente que éstos se presenten de manera eficiente, de modo que su consulta sea fácil para el tribunal arbitral y para las otras partes.

⁽⁵⁾ Artículo 4.6.

De esta manera, en función al volumen y da la clase de documentos que hayan de presentarse, se recomienda: (i) presentar los documentos en carpetas, si no es que de por sí se requiera presentar discos informáticos; (ii) usar separadores que permitan diferenciar fácilmente los documentos; (iii) identificar los documentos por título y fecha; (iv) numerarlos consecutivamente; e (v) indicar a qué parte pertenecen.

2.4. Audiencias

Antes de la celebración de la audiencia, resulta conveniente llevar a cabo una reunión preparatoria para organizar cuestiones como: (i) lugar en que se llevará a cabo; (ii) número de asistentes; (iii) número de testigos y peritos que habrán de ser interrogados; y (iv) duración de la audiencia.

Asimismo, con el propósito de dar una introducción, conviene que al principio de la audiencia, cada una de las partes presente una breve síntesis de la controversia, asimismo, conviene que al final de la audiencia presenten un resumen de los argumentos expuestos durante la misma.

En todo momento, el tribunal arbitral habrá de conducir la audiencia de manera eficiente, estableciendo horarios que hayan de cumplirse, de modo que la audiencia cumpla con el ritmo previsto.

2.5. Tribunal arbitral

En gran medida la eficacia del procedimiento arbitral depende del tribunal arbitral. Para asegurar el mejor desarrollo del procedimiento, en los casos complejos conviene que sean tres árbitros los que resuelvan la controversia.


3. BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Aunque resulta apropiado ocuparse de todos los puntos controvertidos al mismo tiempo, es frecuente que en los arbitrajes complejos el tribunal arbitral decida examinarlos siguiendo un orden determinado. Si el tribunal adopta un orden, puede considerar apropiado pronunciarse sobre algunos de los puntos antes que sobre los otros. Esto puede hacerse, por ejemplo, cuando sea posible pronunciarse sobre una parte bien definida de la reclamación mientras que otras partes de esa misma reclamación requieran todavía un examen posterior, o cuando sea previsible que, una vez resueltas ciertas cuestiones, las partes se sentirán más inclinadas a llegar a un acuerdo sobre las restantes.

Así, pueden realizarse tres tipos de bifurcaciones del procedimiento: (i) aspectos preliminares, como competencia, de aspectos de fondo; (ii) responsabilidad del monto de los daños causados; y, (iii) tipos de reclamaciones.

4. COSTOS

Los costos suelen elevarse cuando se trata de arbitrajes complejos, no sólo porque los gastos del arbitraje, como honorarios del tribunal arbitral y cuota administrativa serán mayores, sino porque otros costos habrán de elevarse, como los relativos a la presentación de documentos y a la celebración de la audiencia.

En este sentido, es imperativo que el tribunal arbitral, con ayuda de las partes, procuren no incurrir en costos innecesarios, sino sólo aquellos que se requieran para el eficiente desarrollo del arbitraje, manteniendo la conducción justa y equitativa del procedimiento. 

ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO

Por: CÉSAR CORONEL JONES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Arbitraje y procedimiento. 3. Límites a la flexibilidad procesal. 4. De la teoría a la práctica. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje como método de resolución de controversias, es un fenómeno que introdujo variantes en la cultura jurídica de los países latinoamericanos. Quizás una de las más importantes variantes la constituye la gran flexibilidad que permite el arbitraje en cuanto al procedimiento, esto es las reglas sobre cómo tramitar las actuaciones, garantizar el derecho de defensa de las partes intervinientes y determinar aspectos tan importantes como la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas en las que se fundamenta la decisión o laudo.

Como todo proceso de cambio cultural, el sistema de arbitraje ha enfrentado dificultades, resistencias y temores, especialmente por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e inclusive

los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales e inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una modalidad de resolución de controversias que privilegia ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales.

No es que se desconozca la enorme importancia de las formas y del procedimiento para la efectiva vigencia de las garantías individuales y de los derechos subjetivos. Tampoco es nuestro propósito sugerir que las normas procesales sean simples fórmulas vacías de contenido, que entorpecen y retardan la administración de justicia. De ninguna manera. Es indudable que el derecho procesal tiene un rol

(*) Socio fundador de Coronel & Pérez Abogados, Ecuador. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Árbitro de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Miembro del Panel de Conciliadores del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

determinante en el proceso de administración de justicia. Cualquier litigante conoce que las cuestiones de procedimiento son de importancia decisiva al momento de ventilar y resolver las controversias, que sus postulados no siempre son sólo adjetivos, sino que de hecho poseen una profunda vinculación, a menudo inseparable, con el derecho sustantivo.

2. ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO

Este trabajo pretende: esbozar algunas de las notas más salientes en la relación entre arbitraje y procedimiento y dar un panorama del enfoque predominante sobre dicha relación en la doctrina y la legislación de varios países latinoamericanos el cual no necesariamente se refleja en la cultura y la práctica arbitral latinoamericana.

Parece doctrina pacífica y generalmente admitida en estos primeros años del siglo XXI que el arbitraje debido a su origen contractual, posee la amplia flexibilidad de facultar a las partes que ellas mismas determinen las reglas de procedimiento a que se deba sujetar la resolución de los conflictos sometidos a este método. También fluye del principio contractualista y del enorme poder de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, que sólo encuentra su límite en razones de orden público, el que las partes puedan escoger que las normas de procedimiento sean las de una determinada institución o centro arbitral, como las Cámaras de Comercio u otras entidades especializadas, las que suelen competir en el mercado arbitral, justamente proponiendo reglas y usos de probada eficacia y flexibilidad, en las que procuran lograr un adecuado balance de certidumbre y segu-

ridad sobre cuestiones esenciales, sin sacrificar la flexibilidad y agilidad proverbialmente enunciadas como ventajas del sistema arbitral.

Pero debe tenerse presente, que si bien es de origen contractual, el arbitraje posee una innegable trascendencia procesal, pues en último término se trata de un proceso en el cual se deducen y debaten pretensiones, se producen y valoran pruebas y se adjudican o resuelven disputas sobre hechos y derechos. Y como proceso, aún siendo dirigido y sustanciado por jueces privados y reglas distintas, no puede escapar a esa ética común a todo proceso que obliga a respetar garantías fundamentales como el derecho de defensa, la igualdad procesal o el principio de contradicción. Por ello, lejos de prescindir del derecho procesal, los árbitros y las partes deben conocerlo y aplicar sus principios aún más que en el curso de un juicio ante tribunales ordinarios.

Naturalmente, derecho procesal no equivale a rito ni formalismo, como tampoco flexibilidad procesal equivale a anarquía.

La flexibilidad procesal es una de las características salientes de la institución y permite que la estructura del proceso, se adapte, como un guante, a las características del proceso y al particular interés de las partes en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia. Así, se ha dicho por ejemplo "(...) la institución arbitral descansa en la voluntad de las partes. En materia de procedimiento, este principio tiene, quizás, su mayor reconocimiento en cuanto las partes se encuentran en la más absoluta libertad de elegir las normas a través de las cuales el tribunal arbitral debe conducir y substanciar el procedimiento.(...) Ahora bien, en

el caso de que las partes no hayan acordado las normas de procedimiento, la responsabilidad de dirigir el procedimiento pasará al tribunal arbitral, quien para estos efectos podrá cumplir su misión del modo que estime más apropiado, teniendo siempre en consideración los principios y normas de la ley (...)”⁽¹⁾. En efecto, es precisamente en la posibilidad de escoger con amplia libertad las normas de procedimiento, donde se percibe con más evidencia el amplio campo de acción que se reconoce a la libertad individual de las partes para autorregular directamente o por delegación, la manera como ellas estiman adecuado se ventilen sus controversias actuales o potenciales. Y esto tiene mucho sentido si se recuerda el carácter de método alternativo que posee el arbitraje como medio de resolver conflictos, pues permite que las partes diseñen un “traje a la medida”, balanceando los múltiples factores a considerar ante una potencial controversia: calidad de los árbitros, costos, tiempo de duración del proceso, grado de profundidad en la presentación y análisis de pruebas y argumentos, etc.

Una segunda nota que ha sido destacada con motivo de la flexibilidad del procedimiento arbitral, es que precisamente ella explica la enorme proliferación en el mundo del arbitraje comercial internacional de reglas e instituciones, las cuales varían significativamente entre las diversas entidades, ofreciendo amplias oportunidades a las partes para que seleccio-

nen aquellas reglas o instituciones que consideran favorables para sus intereses en casos determinados o que al menos ofrezcan condiciones igualmente atractivas para ambas partes⁽²⁾.

No menos importante es destacar el rol preeminente que están llamados a tener los propios árbitros al guiar y conducir los respectivos procesos arbitrales. Lo más frecuente es que las partes adopten o se remitan a las reglas de alguna institución arbitral, las que a su vez suelen otorgarles un importante margen de discrecionalidad a los árbitros para que dirijan el procedimiento, pues de esa manera se responde al postulado de flexibilidad y se permite que, por ejemplo, se establezcan procedimientos abreviados o sumarios en disputas de pequeña cuantía, o se otorgue un rol preponderante a los testimonios de expertos en controversias de orden técnico, o a la inversa se prevean amplias posibilidades de debate y medios probatorios en disputas complejas. Así se ha dicho por ejemplo que “Una de las bondades atribuidas al arbitraje reside en su carácter flexible, en la posibilidad de poder adaptarse a las exigencias o a la visión que las partes tienen sobre cómo debe llevarse a cabo el proceso. El principio general es el de la libertad de procedimiento”⁽³⁾.

Por cierto la libertad de las partes para determinar el procedimiento es un postulado de amplia acogida en el arbitraje internacional, al punto de que autorizados doctrinantes como el profesor

(1) PICAND, Albónico, *Arbitraje Comercial Internacional*, T. I, Editorial Jurídica Chile, Chile 2005, p. 324.

(2) MICHAEL W., “Resiman”, en: *International Commercial Arbitration*, The Foundation Press Inc. New York, 1997, p. 236.

(3) SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Oxford University Press, México, 2000, p. 292.

Alan Redfern y Martin Hunter, señalan que la autonomía de las partes es el principio rector en determinar el procedimiento y que este principio ha sido adoptado no sólo por leyes nacionales sino también por instituciones y organizaciones de arbitraje internacional⁽⁴⁾. Sírvanos la revisión de las reglas de algunas de las entidades más prestigiosas en el mundo del arbitraje para confirmar lo apropiado de estas afirmaciones.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en su artículo 15, es un ejemplo de concreción y precisión. La referida disposición señala: “1. 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. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”⁽⁵⁾. Como se ve, luego de remitir el procedimiento al propio reglamento, que con frecuencia defiere al acuerdo de las partes, reitera que son éstas y en su defecto el tribunal arbitral, quienes deben determinar las normas de procedimiento bien sea refiriéndose o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. El párrafo 2 del artículo 15, de manera escueta pero no menos elocuente, consagra el principio rector de que el tribunal debe actuar siempre justa e imparcialmente y asegu-

rarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso, esto es, ejercer su derecho a la defensa.

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres reitera el principio de libertad contractual en la materia, enfatiza la necesidad de un trato equitativo e imparcial de las partes, concediéndole a cada una la oportunidad de oír y ser oída y faculta al tribunal a acordar procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios a fin de procurar una equitativa y eficiente resolución definitiva de la controversia⁽⁶⁾.

Asimismo la Ley Modelo de la CNUDMI *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*), en su artículo 19 señala las pautas fundamentales sobre procedimiento reiterando el principio de libertad contractual para que las partes lo determinen e indicando que a falta de acuerdo, el tribunal podrá dirigir el arbitraje del “modo que considere apropiado” aclarando después que esta facultad incluye “determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

Varios de los países latinoamericanos han recogido en su legislación interna estos principios relativos a la libertad de las partes para escoger el procedimiento. Así por ejemplo, el Código de Comercio de México, en su artículo 1435, señala que “*con sujeción a las disposiciones del presente Título, las partes tendrán*

(4) REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell. London, 1999, p. 278.

(5) Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir de 1 de enero de 1998.

(6) Artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de London Court of International Arbitration (LCIA).

libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones (...)” y además concede libertad para pactar el idioma que haya de utilizarse en las actuaciones arbitrales (artículo 1.438) y señala que el Tribunal salvo acuerdo en contrario de las partes, decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

En el caso de Brasil, la Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996 señala en su artículo 5⁽⁷⁾: “Si las Partes, en la cláusula arbitral, seleccionan las reglas de una institución arbitral o un centro especializado, el procedimiento arbitral se regirá y será conducido de acuerdo a dichas reglas; siendo también posible que las partes determinen en la misma cláusula arbitral, o en documento por separado, el procedimiento acordado que regirá el procedimiento arbitral”. Por su parte, el artículo 21 de la misma Ley, en desarrollo del principio de libertad contractual, expresamente prevé que las partes puedan remitirse a las reglas de una institución arbitral o centro especializado, o en su defecto directamente otorguen al árbitro único o al tribunal arbitral el poder de regular dicho procedimiento.

La Ley sobre arbitraje comercial de la República de Chile (Ley N° 19971) también adopta el principio al determinar en su artículo 19 que, con sujeción a las disposiciones de dicha Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento al que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. Mientras

en el caso de Panamá, el Decreto Ley N° 5, luego de sentar el principio de que el procedimiento se ajustará a lo determinado por las partes, al Reglamento aplicable y en su defecto a lo que determine el tribunal arbitral (artículo 18), se ocupa en el artículo 23 de señalar que el tribunal practicará pruebas con sujeción al principio de contradicción y audiencia.

Similarmente, la legislación peruana determina en el artículo 33 de la Ley N° 26572 de 1996 titulado “*libertad de regulación del proceso*”, la facultad de las partes de determinar las reglas aplicables y establecer un procedimiento supletorio para el caso de que las partes o los árbitros no hubieren establecido uno distinto. Por su parte en Venezuela, la legislación establece dos clases de arbitraje: a) *Institucional*, en el cual el procedimiento se regirá de acuerdo a lo establecido por el reglamento del centro de arbitraje al que las partes se hayan sometido y; b) *Independiente*, que es aquel regulado por las partes; y, provee también de reglas supletorias que podrán ser aplicadas salvo disposición contraria de las partes. La legislación argentina dispone que las partes podrán convenir el procedimiento aplicable y que si no hubieren fijado el procedimiento, los árbitros deberán observar aquel del juicio ordinario o sumario, según convenga (artículos 741,1 y 751 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En el caso de la legislación colombiana, la Ley determina que en el arbitraje independiente, las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, mientras que en el institucional, se so-

(7) El texto de esta Ley fue encontrado en Internet en inglés. Los artículos citados corresponden a una traducción libre al español.

meten a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje y en el legal, se realiza conforme las disposiciones legales vigentes.

Por su parte, la Ley ecuatoriana, codificada en diciembre 14 de 2006, señala en su artículo 38, que el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señalados en dicha Ley, al establecido por los centros, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan.

3. LÍMITES A LA FLEXIBILIDAD PROCESAL

Pero la flexibilidad procesal no puede significar anarquía, ni ausencia total de límites o contenidos mínimos en el proceso arbitral. Como ha señalado acertadamente Oppetit en su “Teoría del arbitraje”⁽⁸⁾ –la justicia–, globalmente considerada y cualesquiera que sean las vías utilizadas para administrarla, tiende a organizarse hoy en día alrededor de una ética común: la noción de debido proceso. “Orientados hacia la consecución de fines idénticos, la justicia estatal y la justicia arbitral reposan sobre ciertos principios comunes de organización y funcionamiento: aquellos que el common law ha calificado de “justicia natural” que trascienden todos los particularismos técnicos y naciones y sin los cuales no podríamos hablar de justicia”⁽⁹⁾.

Al lado de las normas que establecen la amplia flexibilidad procesal, derivada del origen contractualista del arbitraje, y en claro reconocimiento de los contenidos y trascendencia procesales del instituto, las legislaciones determinan,

frecuentemente con rango constitucional, las normas del debido proceso que deben ser respetadas en el arbitraje, al igual que en todo proceso y en todas las etapas del procedimiento, las cuales pueden resumirse en los principios de: contradicción, igualdad procesal de las partes, derecho de defensa y debate leal.

Y es que hay varios postulados constitucionales que hacen insoslayable, no solo el carácter imperativo de las exigencias del debido proceso en todo método de resolución de controversias, sino también la posibilidad de control judicial que habilite la supervisión del efectivo cumplimiento de los mismos. Para empezar, el derecho a la tutela judicial efectiva que todo ciudadano se encuentra autorizado a solicitar del Estado, impone que éste no pueda permanecer impasible ante la invocación de atentado a las normas del debido proceso.

De allí que frecuentemente, los límites a la flexibilidad procesal aparezcan determinados en las normas sobre nulidad de los laudos y de los procedimientos arbitrales. Lo que trae de nuevo a colación, el debate sobre la naturaleza jurídica contractual o procesal del arbitraje. Baste para la ocasión, afirmar que al origen contractual del arbitraje, le resulta inseparable su eficacia y trascendencia procesal.

La Ley Modelo de la CNUDMI trae en su artículo 34 una buena muestra del reconocimiento a esta dualidad estructural del arbitraje. Cuando determina las causales de nulidad del laudo, al lado de vicios sustanciales, tales como la incapacidad u otras causas de nulidad del

⁽⁸⁾ OPPETIT, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Editorial Legis, Chile, 2006.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, pp. 60-61.

convenio arbitral, la no arbitrabilidad y la de infracción al orden público, establece causales derivadas de vicios procesales como la afectación del derecho de defensa, el exceso de poder, la falta de jurisdicción o serios vicios de procedimiento.

Es esa misma dualidad estructural la que nos permite sostener que en legislaciones que regulan de manera incompleta las causales de nulidad en sus leyes de arbitraje, como ocurre en la ecuatoriana, resulta perfectamente admisible invocar las reglas generales sobre nulidad de los contratos determinadas en el Código Civil así como también las violaciones al debido proceso determinadas constitucionalmente y en el Código de Procedimiento Civil.

4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Pero aparte de referirnos al marco teórico del arbitraje y su relación con el procedimiento, resulta interesante considerar lo que ocurre en la práctica de nuestros países.

Al menos en el caso ecuatoriano, se observa una fuerte tendencia de los operadores jurídicos: árbitros, abogados y jueces, a tramitar los procesos arbitrales —o en su caso a revisarlos— partiendo de la misma cultura apegada al rito y la formalidad que se observa en la justicia ordinaria. La preeminencia del aspecto formal en la tramitación, la casi nula aplicación de la flexibilidad procesal autorizada en la Ley de Arbitraje, es una constante. En la vida real, los arbitrajes se tramitan mayoritariamente con el mismo apego a las formas y sufriendo similares obstáculos que en la justicia ordinaria.

Existen, sin embargo, algunas señales de que la tendencia empieza a cambiar, y que finalmente se reconocen y apro-

vechan las ventajas de contar con un procedimiento flexible. En la Cámara de Comercio de Guayaquil, que administra la mayoría de casos arbitrales en esa plaza, se acaba de expedir un nuevo Reglamento de Arbitraje, el 29 de Enero de 2007, en el cual se introducen importantes novedades, a saber:

- a) Disponer que los tribunales deban pronunciarse sobre su competencia en la audiencia de sustanciación y que tal pronunciamiento tendrá carácter definitivo —artículo 20— salvo que se haya considerado que por estar estrechamente ligado al fondo del asunto, el tema será resuelto recién en el laudo. Evitando con ello, que se produzcan laudos inhibitorios o declarando nulidades del convenio arbitral después de haber tramitado todo el proceso;
- b) Disponer que a más tardar al final de la audiencia de sustanciación, el tribunal emita la llamada “acta de misión” —artículo 21— al estilo de la prevista en el Reglamento de la CCI, en la cual se determine la lista de los puntos litigiosos que deberá resolver el tribunal. Obligando con ello a los árbitros a estudiar con antelación el expediente para que tengan claridad sobre los asuntos que serán materia de la prueba;
- c) Enunciar el principio de inmediatez procesal y propiciar la activa participación del tribunal en audiencias y diligencias probatorias, lo que ha sido implementado con frecuencia en la tramitación de los casos últimamente; y,
- d) Establecer que en aplicación del principio de flexibilidad procesal, se

entenderá que el tribunal ha sido delegado para determinar el procedimiento, por el solo hecho de haber convenido las partes el arbitraje.

Algunas de las medidas que han venido adoptando últimamente los tribunales de arbitraje en Guayaquil, hacen lucir los procesos arbitrales más ágiles, simples y directos que los procesos judiciales. Así por ejemplo, se ha hecho uso de la facultad de disponer pruebas por propia iniciativa del tribunal, ordenando inclusive declaraciones de testigos –lo que es prohibido en el procedimiento civil ordinario–; se admiten preguntas y repreguntas a los testigos o confesantes no solo por escrito, sino oralmente en la misma audiencia, al estilo de la “cross examination” del common law; se celebran reuniones preliminares para acordar calendarios de actuaciones; se hace uso del Internet para coordinar actividades, sin perjuicio de enviar notificaciones escritas. En definitiva, paulatinamente, se empieza a

hacer uso de las ventajas de contar con un procedimiento flexible.

Pero el panorama general sigue siendo más bien de apego a las normas de los códigos procesales y de poca utilización de las ventajas de la flexibilidad. Se trata de un asunto cultural en el cual tiene mucho que ver la inclinación de los abogados litigantes y los jueces, que eventualmente pueden tener que revisar las actuaciones arbitrales. Un ejemplo de la reserva con que se mira desde las Cortes la posibilidad de apartarse de las normas procesales comunes en el arbitraje, es un fallo de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-037 de 1996) que ha sido ampliamente comentado en dicho país por considerarse limitaba la libertad de acordar reglas procesales a aquellos casos no previstos por el legislador, restringiendo así notablemente el alcance de la ley que parece más bien inscrita en la tendencia mundial de permitir la amplia libertad de la voluntad contractual⁽¹⁰⁾.

(10) En el texto denominado “Concepto, Ubicación y Clasificación [del Arbitraje]”, integrante del material didáctico preparado en el año 2002 por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como parte del Curso “Secretaría de Tribunal de Arbitramento”, se lee:

“La norma que venimos comentando [artículo 13 (3) de la Ley 270 de 1996] fue declarada exequible sin mayor comentario, en tanto, como se indicó, se limitó a reiterar el texto mismo de la Constitución. No obstante, en las cortas apreciaciones que sobre ella se hicieron vino la Corte a sembrar confusión donde el texto no la trae y a dar pie, nuevamente, a la postura arbitral rígida y reglada que la norma trataba a toda costa de modificar y poner nuestra legislación a tono con lo que es una constante a nivel mundial: permitir el libre juego de la autonomía de la voluntad en el señalamiento de las reglas procesales.

Al respecto en un muy infortunado párrafo, dijo la Corte: ‘Resta agregar que en estas situaciones (arbitraje y conciliación, se nota) los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley’ (resalto).


La simple confrontación del texto de la ley con el agregado de la Corte, muestra a las claras que el texto dice todo lo contrario de lo que esta venerable institución afirma. Sin esfuerzo podría afirmarse que si el fallo de la Corte fuese un decreto reglamentario, sería abiertamente ilegal y si una ley, sería inconstitucional, por exceder el texto objeto de su comentario y análisis. En efecto, mientras la ley afirma (*sin perjuicio*) la prevalencia de la voluntad de las partes y el carácter supletorio de la ley, la Corte modifica el texto para hacerle decir todo lo contrario sin razón ni justificación alguna.” (Énfasis en el original). Tomado de: GAMBOA MORALES, Nicolás, Adaptación de la Conferencia preparada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Comercial celebrado en Medellín en Octubre 2003.

5. CONCLUSIÓN

El procedimiento es un aspecto muy importante de la justicia arbitral; de hecho, su flexibilidad es una de sus notas características y la principal vía para alcanzar los objetivos de celeridad y agilidad comúnmente aceptados como ventaja y finalidad del arbitraje.

En respeto del postulado de libertad contractual, las leyes de arbitraje deben franquear a las partes la autorregulación en esta materia, sin embargo, es muy apropiado que se establezcan los principios y garantías fundamentales que deben ser respetados en todo proceso de resolución de controversias, a saber: la imparcialidad del tribunal, la legítima defensa y el llamado debido proceso, en que se otorgue a las partes la posibilidad de exponer su caso y producir pruebas de apoyo a sus argumentos. Las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI son un muy buen ejemplo de estos postulados, como también las contenidas en el Reglamento de la CCI y el Reglamento de la LCIA que hemos citado⁽¹¹⁾.

Es indudable que los principios del derecho procesal constituyen garantías fundamentales para el respeto de los derechos subjetivos y el arbitraje sólo puede mantener vigencia y prestigio como método de resolución de conflictos en la medida que honre tales principios. De hecho, esa es la experiencia mayoritaria en el arbitraje internacional⁽¹²⁾. Pero también se puede observar aún una tendencia en muchos operadores jurídicos de los países latinoamericanos, a continuar utilizando en el arbitraje las mismas normas del procedimiento civil ordinario, inclusive con la carga de aquellas prácticas y usos repletos de ritualismo, muchas veces insustanciales, “importando” del proceso civil, en forma indiscriminada, el apego al rito que privilegia la forma sobre la sustancia.

Una vez más, esta es una demostración de que los procesos de cambio social requieren mucho más que reformas legales. Mientras no se produzca un cambio cultural entre los operadores jurídicos latinoamericanos, las grandes ventajas que puede representar el arbitraje gracias a la flexibilidad del procedimiento, quedarán poco aprovechadas. 

(11) Ver N°s. 2 y 3 del presente artículo.

(12) OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, cit., p. 266.

ICC ARBITRATION AND ADR – A BRIEF OF RESUME

Por: F. S. NARIMAN (*)

ICC Arbitration is administered by a truly International body (called a “Court”) established way back in 1923 – the Court was 80 years old last year. Though functioning from Paris, the Court is not French, just as the United Nations functioning from New York is not American. There are now 115 Members of the Court from 78 different countries around the world⁽¹⁾ and almost one-half of them are from the developing world: as you all know, members of the Court are appointed by the ICC Council on the recommendation of ICC National Committees which are set up and located in sixty different countries, but once appointed Court Members function independently of their respective National Committees.

An indispensable adjunct of the ICC Court is its multinational and multi-lingual Secretariat –also located in Paris. In this jet age of instant communication, geographical location is almost inconsequential –after all, Paris is only an e-mail away from Dhaka or New Delhi! And with the time-difference between this sub-continent and countries in Europe, it seems to me as if the Secretariat in Paris (headed by Secretary-General Anne-Marie Whitesell)⁽²⁾ is almost continuously at work: when one requests for some information or advice in the late afternoon, the answer invariably appears on the computer the next morning!⁽³⁾.

And ICC Arbitration is now truly global. In the year 2002, 593 new ICC cases

(*) Vice-Chairman, ICC International Court of Arbitration. Currently President, Bar Arbitration of India and Senior Advocate.

(1) See *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Spring 2003, Vol. 14, N° 1, pp. 19-22.

(2) The Secretary General is ably assisted by the Deputy Secretary General, Eduardo Silva Romero, and General Counsel, Emmanuel Jolivet. The Secretariat has over 50 members on its staff, belonging 22 different nationalities. And the personnel of the Secretariat are able to converse in and handle communications in 18 different languages!

(3) I suggest that ICC India should utilize more frequently the vast-range of advisory services offered by the ICC Secretariat in Paris.

were filed: with 1622 parties, hailing from 126 different countries!⁽⁴⁾ And as if to make the point that ICC arbitration is not French, the 75th Anniversary of the Court was celebrated (in September 1998) not in Paris, but in Geneva.

Of course according to the rules of the ICC International Court of Arbitration, the Secretariat of the Court is where the headquarters of the International Chambers of Commerce (ICC) are located. But the seat of any particular arbitration governed by the ICC Rules is not required to be, nor is it necessarily located in Paris – in fact it is frequently fixed at places outside Paris and outside Europe. The seat of an arbitration is often at the place which the parties stipulate by contract: in the year 2001 and 2002, the seat of ICC arbitration (as contracted) was located in various cities which were spread over forty-three different countries of the world.

The new updated Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce effective from January 1, 1998 provide a frame work not only for dispute resolution in international trade - but also ensure a close supervision of the entire arbitral process from the time the arbitrators take charge of the file, till the time the ultimate award is rendered by the arbitral tribunal: in fact this is one of the

abiding characteristics of ICC arbitration.

The Court (either as a plenary body or in Committee) meets in Paris almost on a weekly basis, and all proceedings that require the intercession of the Court (or Committees of the Court) under the Rules are conducted in English and French with an excellent simultaneous translation system – which includes German and Spanish as well.

Though described as a “Court”, the ICC Court never actually resolves disputes submitted under the Rules. It appoints or confirms the nomination of arbitrators, and replaces them on death or resignation; it also oversees (with the able assistance of the Secretariat) the progress of all ICC arbitrations; and what I believe is the more significant part of all its work, the Court scrutinises and approves draft awards⁽⁵⁾: this is a unique feature of the ICC Rules. No other Rule of any other international arbitral body or institution has this built-in safeguard – a safeguard that helps to make the award enforceable in the New York Convention Countries. In fact the Court (along with the arbitral tribunal) is specifically enjoined under article 35 –General Rule– to “make every effort to make sure that the award is enforceable at law”⁽⁶⁾.

In the developing countries and in countries in this sub-continent – e.g.

(4) 541 new ICC cases were filed in the year 2000: with 1398 parties who hailed from 120 different countries 566 new ICC cases were filed in the year 2001, with 1492 parties hailing from 116 different countries.

(5) Article 27 of the ICC Rules (Scrutiny of the Award by the Court) provides: – “Before signing any Award, the Arbitral Tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the Award and, without affecting the Arbitral Tribunal’s liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No Award shall be rendered by the Arbitral Tribunal until it has been approved by the Court as to its form”.

(6) Article 35 of the ICC Rules reads: “General Rule – In all matters not expressly provided for in these Rules, the Court and the Arbitral Tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law”.

Bangladesh, Pakistan, India, Sri Lanka – whenever one waves the ICC flag, a complaint is often heard about ICC Arbitration being too costly!

But cost-effectiveness is comparative. Everything in life is comparative. When compared to domestic arbitration, it is true that it is definitely more expensive - simply because the unit of currency in domestic arbitration follows the unit of currency in domestic trade: rupees in India and rupiyah in Bangladesh. In international trade the unit of currency is invariably US Dollars –and this is therefore the unit of currency in international arbitration as well. Fifty percent of the claims made in an ICC Arbitration are “large claims”– i.e. between one million to fifty million US Dollars. But the ICC Court is not reserved only for the “big spenders”. There are now in place new Guidelines for Arbitrating Small Claims under the ICC Rules – they are available on the web site⁽⁷⁾. The guidelines do not define “small claims”: the notion of “small” depending very much on the parties and their circumstances. The Guidelines are so framed that they can be used even in large claims by parties who seek to reduce the costs and time required for an international arbitration⁽⁸⁾. Under the Guidelines:

- (i) Parties can by agreement constitute a faster and cheaper method of

resolving the dispute – e.g. submitting the disputes under the ICC ADR Rules or the ICC Rules for expertise;

- (ii) Parties can reduce the nature and volume of submissions and documentation, and adopt time saving and cost saving measures - as stipulated in the Guidelines;
- (iii) Parties can have a preferred sole arbitrator – and can agree to Terms of Reference by correspondence;
- (iv) Parties can by agreement devise an agreed budget for the entire proceeding – and recovery of costs can be determined by the arbitrator taking into account the extent to which expenditure by each party was proportional to what was at stake in the arbitration;
- (v) Meetings can be held and hearings (if not dispensed with), can take place at any location – this has no effect on the place of arbitration chosen by the parties or fixed by the Court.

One advantage of ICC Arbitration over *ad hoc* arbitration is that the scale of administrative expenses and arbitrators fees are known at the outset - and are dependent upon, and calculated in accordance with “successive slices of sums in disputes” – with a minimum and

⁽⁷⁾ http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/small_claims/guidelines.asp

⁽⁸⁾ The guidelines do not define a small claim. The notion of small depends very much on the parties and their circumstances. For a large multinational enterprise, a ‘small claim’ may mean anything under a few million US dollars. For a smaller trader entering the international marketplace for the first time, that same claim may represent a very substantial part of its business. On the other hand, a small claim is not necessarily an unimportant claim. A dispute over a relatively small monetary amount may have far-reaching repercussions, or may in fact be a ‘test case’ for a number of similar disputes. In some cases, a small claim will be met with a far larger counter-claim. It is up to the parties to determine in light of their own situation whether the claim is ‘small’ and whether to follow one or more of the suggestions contained in these guidelines. Many of these suggestions can in fact be used by any parties who seek to reduce the cost and time required for an arbitration, even in large claims.

maximum in the context of arbitrators fees. This is a chilling factor - it compels parties to be realistic when making claims in an ICC Arbitration.

Exaggerated claims made without regard to their legitimacy or sustainability contributes to the rising costs both in terms of administrative expenses and arbitrator fees. When you plan to construct a building, the first thing you do is to estimate what it would cost. When you embark on an arbitration – especially an international commercial arbitration – you must estimate with the help of a knowledgeable consultant how much you can or should claim: you will then be able to limit the operation of the escalating scale of costs and administrative expenses that are prescribed under the ICC rules – based as they are on the sums in dispute.

Another erroneous impression (frequently mentioned in the developing countries) is that ICC arbitration is “western”. It is not. As a matter of fact, in an ICC arbitral tribunal (consisting of three arbitrators) it is each of the two parties that choose and appoint their own nominee as arbitrator – they naturally appoint a person in whose competence and independence they have complete

confidence (whether from the West or East or from any other part of the world). And pursuant to article 8(4) of the ICC Rules, the Court appoints the Chairman of the arbitral tribunal, not on its own, but upon the proposal of the National Committee - unless the parties agree on a different method of selecting the Chairman of the arbitral tribunal: such as delegating the selection of the Chairman to the Co-arbitrators. Likewise, where the Court is to appoint a sole arbitrator or the Chairman of an arbitral tribunal the Rules provide that “it shall make the appointment upon a proposal of a national committee of the ICC that it considers to be appropriate (article 9[3]).”

“How good then is an ICC arbitration?” – The answer is – as good as the ICC Rules can make it. Beyond that, it is for the individual arbitrators. They are the ultimate decision making authority and it is they who are responsible for the arbitral award. If awards in ICC arbitration are a shade better than most others it is only because of the close supervision exercised by the Secretariat over the entire course of the arbitration and by the Court during the process of “scrutiny” mandated under article 27⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ But the supervision of the entire arbitration and the initial scrutiny of the award does not begin in the Court: it begins in the Secretariat itself.

- (i) Under article 18(4) of the ICC Rules the arbitral tribunal must establish (“soon after drawing up the terms of reference”) a provisional time table as to the conduct of the Arbitration and communicate it to the Secretariat and the parties.
- (ii) Since the time limit within which the arbitral tribunal must ordinarily render its award is 6 months (article 24), the Secretariat closely follows the procedural time-table set up under article 18(4) of the Rules in order to ensure to the extent possible – that the time schedule is complied with by Arbitrators.
- (iii) The Secretariat regularly reports the progress achieved by the arbitral tribunal to the Court at its monthly session (and to Committees of the Court which meet at least three times every month) when extension of deadlines are required.

All provisions of the ICC Rules are directed towards building up an efficient method for resolving disputes. There is, for instance, an express enabling provision whereby parties may agree to shorten the various time limits set out in the Rules - which become effective only upon the approval of the arbitral tribunal⁽¹⁰⁾.

A few years ago in an arbitration about price re-determination in a long term contract between an American commodity buyer and a Canadian commodity seller –where both parties were contractually bound by a clause specifying a 60 - day time limit for arbitration– Counsel for each of the parties undertook a survey of the existing rules of arbitration of institutional bodies around the world – in order to find out which rules would be the most appropriate. And each of them independently came to the following conclusion

(I quote from the actual words of Counsel for one of the parties):

“Of the rules we investigated the rules and procedures of the ICC Court provided the combination of flexibility and structure that we believed most likely to accommodate fast track arbitration”.

And so the ICC Rules were chosen, and a multi million dollar arbitration was over one day before the expiry of the agreed time limit, the award being duly implemented by the parties: with the long term contract still left in place and continuing to govern relations between them.

The need for prompt decision –making was satisfied with a final award rendered ahead of time– and immediately implemented.

-
- (iv) Through e-mail, fax and telephone to the arbitrators, the Counsel in-charge of the file in the Secretariat stresses the need to comply with the time schedule and deadlines.
 - (v) Upon a receipt of a draft award the Secretariat (Counsel in-charge of the file) ensures that no pages of any part of award are missing, and checks the language, grammar, and structure of the award.
 - (vi) Typical defects of form that do occur (after all, to err is human!) are: e.g. absence of precise quotation of the arbitration clause, improper identification of parties (e.g. incomplete name or address) of their counsel, miscalculation of sums claimed and awarded or of interest computation, also nature of interest component, (pre arbitration, pending arbitration, post arbitral Award – and whether simple or compound; absence of “clear motivation” i.e. lack of reasons given for a decision or inconsistency in the reasoning or an incomplete dis-positif.
 - (vii) After scrutiny of the draft award for these defects and requesting a tribunal to make suitable alterations if it is thought necessary, the draft award is put up to the Court for its scrutiny under article 27.
 - (viii) In most cases at meetings of the court where the draft award is put up for approval by Court as to its form, a Court member is appointed as a Rapporteur to make a report to the members of the Court as to whether any further modifications are to be made as to the form of the award or whether it is necessary to invite the arbitral tribunal's attention to any particular point of substance (without effecting the Arbitral Tribunal's liberty of decision).
 - (ix) The primary consideration in all scrutiny proceedings is to ensure compliance of article 35 viz. that the arbitral tribunal has acted “in the spirit of rules” and that the award would be enforceable at law. (article 35).

⁽¹⁰⁾ Article 32(1) reads as follows:

The parties may agree to shorten the various time limits set out in these Rules. Any such agreement entered into subsequent to the constitution of an Arbitral Tribunal shall become effective only upon the approval of the Arbitral Tribunal.

This is how international arbitration has to be conducted – and that is how decisions in international arbitrations have to be accepted and honoured⁽¹¹⁾.


Incidentally, an important feature of this fast track proceeding was that discovery – “a procedural expectation” in the United States which is generally a source of long delay – although available – was not in fact availed of.

Recently, Prof. William Park, Professor of Law in Boston University gave an interesting instance of “procedural expectations” in an ICC arbitration⁽¹²⁾. He said that the emotion attached to procedural expectations and baselines was brought home to him several years ago when he received a call from a former student, working at a large New York firm: the student was about to file a request in his first

ICC arbitration. With fullest sincerity, the student asked, if it was true that the ICC Rules did not provide what he called ‘even the most basic guarantee of pre-trial fairness’. By this oblique reference he meant the right to full US – style discovery.

“How can we prove our claim”, he asked, “without knowing what documents the other side has?”

Park’s wry but pertinent comment was: “Of course, my student’s continental counterpart might have had quite different expectations, anticipating that no claimant would commence arbitration without first having evidence”.

Good advice from an experienced arbitrator. Never commence any arbitration – not even an ICC arbitration – unless you have evidence to substantiate your claim! 

⁽¹¹⁾ Some important points in this case which need to be known are:

- (1) That at no time did any party seek an extension of time to make submissions;
- (2) That submissions of both parties were detailed, but to the point – demonstrating a high level of advocacy, and of right focus;
- (3) That the entire procedure essentially worked on the basis of telefax, and international courier service: the Chairman of the Tribunal (Prof. Hans Smit) himself took the award to the office of the courier service at Kennedy Airport in New York (the place of arbitration) for transmission to Paris (the seat of the Court) – simply because he had no staff to help him do this, it being the Christmas week-end!;
- (4) That all deadlines were faithfully respected by the parties and their counsel; but the respective parties’ position on the merits of the matter were aggressively fought. No one wanted to risk the consequences of not meeting the deadline, but the Arbitral Tribunal ensured that due process requirements were respected.
- (5) Aggressive management by the Secretariat of the ICC of the entire procedure at each stage ensured that the deadline was met.

⁽¹²⁾ “During the 2002 Freshfields Lecture – Arbitration’s Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”, *since published*, in: *The LCIA Arbitration International*, Volume 19 Number 3 (2003).

COMENTARIOS AL PROCESO ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC), PARÍS-FRANCIA

Por: CARLOS ALBERTO CORREDOR RUSSA (*)

SUMARIO: 1. A manera de prefacio. 2. Requisitos formales del laudo arbitral. 3. El acuerdo de arbitraje. La cláusula compromisoria. 4. La Corte Internacional de Arbitraje y el Tribunal Arbitral. 5. El derecho aplicable. 6. Supletoriedad de las normas procesales con respecto al Reglamento de Arbitraje de la CCI. 7. El tribunal arbitral como director del proceso. 8. Medidas cautelares. 9. La autonomía de la voluntad de las partes en el procedimiento arbitral. 10. El acta de misión como auto de proceder. 11. La instrucción de la causa en el proceso arbitral. 12. El derecho aplicable para decidir el fondo de la controversia. 13. El *thema decidendum* del laudo arbitral. 13.1. Extensión de su competencia. 13.2. Competencia residual. 13.3. Carácter obligatorio de su contenido. 13.4. Carácter vinculante del criterio de la Corte Internacional de Arbitraje con relación al Proyecto de Laudo. a. Aspectos formales. b. Aspectos de fondo.

1. A MANERA DE PREFACIO

La complejidad cada vez mayor de las transacciones comerciales internacionales, insertas en un proceso de globalización que impenetra, condiciona y conmociona al mundo entero; a los habitantes de los diferentes países que estarán interactuando, comercialmente, con una pasmosa velocidad en las próximas décadas de este siglo XXI, como ciuda-

danos del mundo en un nivel y en una proporción realmente inimaginable hasta hace muy pocos años, son algunas de las razones o algunas de las expectativas que se presentan ante ese formidable medio alternativo en la solución de conflictos, como es el *arbitraje comercial internacional*.

A medida que avanzamos, o mejor dicho, a medida que iniciamos el avance

(*) Gerente de Asuntos Legales Internacionales de Consultoría Jurídica Petróleos de Venezuela.

del tercer milenio, contemplamos con asombro los enormes cambios e innovaciones tecnológicas y comerciales que experimenta el mundo que tenemos ante nuestros ojos. Un extraordinario futurólogo, profesor de Economía del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT), Lester Thurow, en su obra, *“La Guerra del Siglo XXI”* escribe sobre lo que está contemplando y viendo venir en las próximas décadas de este siglo que recién comienza: *“Las reglas actuales del juego económico internacional, el GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio -GATT-); el sistema de <Bretón Woods>, fueron formulados después de la Segunda Guerra Mundial, y construidas de acuerdo con las realidades existentes entonces. Se las concibió de manera que ayudasen a la mayor parte del mundo industrial a realizar un proceso de reconstrucción después de la destrucción provocada por la Segunda Guerra Mundial, y a ponerse a la altura de Estados Unidos. Lo consiguió, pero su éxito modificó el carácter del sistema. Las normas, los procedimientos, y las instituciones diseñadas con vistas a un mundo unipolar, no funcionan en un mundo multipolar. En consecuencia, el sistema que gobernó la economía mundial durante la primera mitad del siglo XX, no será el sistema que gobierne la economía mundial en la primera mitad del siglo XXI. Surgirá un ‘nuevo’ sistema de bloques de intercambio que comerciarán entre sí de manera coordinada”*.

La imperiosa necesidad de acceder a una justicia expeditiva, libre de subterfugios, dilaciones y formalismos procesales, que le son propios al derecho interno de los países; que le otorgue una efectiva vigencia a aquellos derechos procesales internacionales consagrados en

Declaraciones y Tratados Internacionales, como el acceso a la justicia comunitaria; el derecho efectivo a ser juzgados por jueces independientes, para lograr la justicia real y no la virtual; a la garantía del debido proceso; a la seguridad jurídica de las relaciones ínter comerciales entre particulares de diversos países, provocó ciertamente el llamado *“Proceso Progresivo”* de la internacionalización de la justicia, y con ella a la internacionalización de los derechos procesales que conlleva a la tendencia cada vez más creciente, de facilitar la solución alternativa del conflicto, mediante el amistoso, consensuado y conciliador arreglo, fuera del procedimiento interno y engorroso, de aquellos derechos litigiosos que se dirimen por métodos tradicionales y sobre los cuales las partes beligerantes tienen la libre disposición. Esta tendencia tiene una particular acentuación en las relaciones ínter comerciales de carácter internacional, precisamente por la perentoria necesidad de acceder a lo que el procesalista italiano, profesor Mauro Cappelletti llama la *“Justicia Coexistencial”*.

Precisamente es el mismo profesor Cappelletti, quien da cuenta de esta creciente tendencia, que consiste según su criterio, en encontrar una mejor forma de justicia frente a los defectos que se le atribuyen a la actual forma de justicia: altos costos, largos plazos, trámites complejos y dificultades de acceso; cuya causa es la incapacidad del juez y del procedimiento tradicional para resolver los importantes problemas actuales producidos en nuestra sociedad, entre los cuales pueden mencionarse las disputas entre comerciantes, industriales y consumidores. La solución a todos esos conflictos planteados, pasa través de esas *nuevas formas procesales o medios alternativos*: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Lo interesante y trascendente de esta tendencia que hemos venido analizando, estriba en el hecho de que el medio alternativo más socorrido hoy día a nivel internacional, es precisamente el arbitraje, por cuanto en éste se resumen por así decirlo, también los otros medios o elementos reseñados, esto es, la mediación y la conciliación dentro del moderno sistema de arbitraje comercial internacional imperante en el mundo, convirtiendo este sistema, en el instrumento natural más utilizado para resolver las controversias comerciales de carácter internacional. El arbitraje comercial está tan difundido y explicitado a nivel mundial, que existen realmente muy pocos países que no han adoptado una legislación nacional especial sobre esta materia tan relevante y a la vez tan delicada.

No obstante, que la Corte Internacional de Arbitraje se crea en 1923, el sistema de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, conocida por las siglas CCI, con sede en París, Francia, se ha venido perfeccionando a partir de la última década del siglo pasado, debido precisamente a la eliminación gradual de las barreras arancelarias y comerciales en el mundo y a la progresiva globalización de la economía mundial que se ha venido experimentando en todos estos últimos años.

La experiencia enriquecedora del sistema de arbitraje comercial internacional de la CCI, se traduce en el procesamiento de más de diez mil casos que a nivel mundial se han sometido a este arbitraje en las últimas décadas; de controversias procedentes de más de cien (100) países. Según reseña de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cada año se llevan a cabo *arbitrajes CCI*, en cerca de cuarenta (40) países, en distintos idiomas

y ante árbitros de más de sesenta (60) nacionalidades diferentes.

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en París, Francia, tiene como atribución fundamental, la de supervisar el trabajo de los tribunales arbitrales, para que éste se cumpla bajo los principios de universalidad y flexibilidad establecidos en el sistema de arbitraje de la CCI, y de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. La Corte Internacional de Arbitraje, tiene la función de asegurar la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la Cámara, y dispone para ello y en este sentido de todos los poderes necesarios. Se trata de un cuerpo autónomo que ejerce sus funciones con total independencia de la CCI y de los órganos adscritos a ésta.

La Corte Internacional de Arbitraje, tiene una Secretaría bajo la dirección de un Secretario General y cuya sede es la misma de la CCI en la ciudad de París, Francia. Esta Corte la integran un Presidente, los vice-presidentes, y los miembros principales y suplentes, designados en conjunto como *miembros*. El Consejo de la Cámara elige al Presidente de la Corte, con base a la recomendación que le haga el Comité Ejecutivo de la CCI; e igualmente el Consejo nombra a los vice presidentes entre los miembros de la Corte, a propuesta de los comités nacionales, a razón de un miembro por cada comité. En la actualidad hay aproximadamente sesenta y cinco (65) miembros que representan a más de cincuenta y cinco (55) países miembros de la CCI.

El sistema de arbitraje de la CCI, ha venido experimentando una inusitada importancia en el mundo, no solamente por el creciente número de arbitrajes patro-

cinados, sino por la complejidad de las controversias sometidas, las exigencias de las partes en relación al proceso arbitral, y la calidad de los laudos que se han venido dictando.

Dentro de este sistema, surgen dos concepciones complementarias, que definen en forma lineal y vertical dicho sistema: a) el arbitraje, que se concibe como la facultad, la exhortación o la manifestación declarativa de las partes involucradas, en someter la solución de la controversia, a la decisión definitiva de uno o más árbitros designados por ellas; entendiendo que esta decisión (laudo) es de naturaleza inapelable; y, b) el arbitro, que tiene la condición de ser un juez particular y un amable componedor, designado por las partes para resolver la controversia en forma definitiva con arreglo a derecho o con base a la equidad, según sea el caso, y conforme a normas de procedimiento, términos y plazos, establecidos en el llamado acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, y acogándose en forma específica al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

2. REQUISITOS FORMALES DEL LAUDO ARBITRAL

Dentro del *sistema* que estamos analizando, el laudo arbitral deberá contener unas formalidades sustanciales de imperativo cumplimiento, con la finalidad de que sea considerado desde el punto de vista técnico, como un laudo final y definitivo. En tal virtud, el laudo deberá ser dictado dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de última firma, bien de los miembros del tribunal arbitral, bien de cualquiera de las partes, en el Acta de Misión, salvo que una de ellas

se hubiese negado a la redacción, cumplimiento o a la firma del Acta; y si este fuese el caso, deberá remitirse la mencionada Acta a la Corte Internacional de Arbitraje, para que ésta, por solicitud motivada del tribunal arbitral, decida si se proroga el plazo inicial de seis meses.

Aún cuando no haya habido ningún incumplimiento o falta de firma en el Acta de Misión, la Corte Internacional de Arbitraje, conforme con el artículo 24.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, podrá prorrogar el plazo inicial estipulado para dictar el laudo, en virtud de solicitud motivada del tribunal arbitral.

El laudo deberá ser dictado y firmado por mayoría, cuando el tribunal arbitral esté integrado por más de un árbitro. En el caso que el laudo no consiguiera mayoría del tribunal, el presidente de éste, por si solo, dictará el laudo.

El laudo deberá ser pronunciado (o así se considerará), en el lugar destinado como la sede del arbitraje y en la fecha que se mencione en dicho laudo.

Siempre que el tribunal esté de acuerdo y las partes así lo hayan solicitado, después que el expediente arbitral haya sido remitido al Tribunal, y antes de dictar el fallo final y definitivo, se puede dictar un laudo por acuerdo de arreglo entre las partes.

El laudo arbitral, deberá ser aprobado previamente, en cuanto a su forma, por la Corte Internacional de Arbitraje, requisito de formalidad sustancial indispensable para la validez del referido laudo.

Una vez dictado el laudo arbitral, que haya cumplido con todos los requisitos formales precedentes, y que hayan sido íntegramente pagados los gastos del

arbitraje, a la CCI tanto por las partes o por una de ellas, en todo caso, la Secretaría de la Corte deberá notificar a las partes involucradas del texto firmado por el tribunal arbitral. Una vez cumplida esta notificación, se da por expresamente entendido o convenido que las partes renuncian a cualquier otra notificación o depósito del laudo por iniciativa del tribunal arbitral.

El tribunal puede hacer de oficio, correcciones al laudo, con la finalidad de enmendar cualquier error de cálculo, tipográfico, o de naturaleza similar a éste dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del laudo, siempre que esta corrección sea aprobada por la Corte Internacional de Arbitraje; y la decisión de corregir o de interpretar el laudo, se haga mediante el requisito formal de un *addendum*, que formará parte integrante del laudo, y que este (addendum) sea dictado por mayoría del tribunal arbitral, que sea motivado, que se pronuncie en el lugar destinado como sede del arbitraje, y que se indique la fecha en que se dicte, que se realice el examen previo del addendum, y que igualmente la Secretaría General de la Corte se lo notifique a las partes. Todos estos requisitos formales o formas sustanciales del laudo arbitral (plazo para dictar el laudo, pronunciamiento del laudo por mayoría, laudo por acuerdo entre las partes, examen previo del laudo por la Corte, notificación y depósito del laudo a las partes involucradas, corrección e interpretación del laudo) son considerados *requisitos formales* establecidos en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, y como tales tienen el carácter de *ad solemnitatem*, ya que atañen a esas formas sustanciales, por lo cual su omisión o su incumplimiento, vician ostensiblemente la validez del laudo arbitral.

3. EL ACUERDO DE ARBITRAJE. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

No obstante que el *acuerdo de arbitraje* y la *cláusula compromisoria* tienen para el procedimiento de arbitraje la misma significación y la misma beligerancia como compromiso obligatorio, existen algunos casos en los cuales el *acuerdo de arbitraje* se limita a establecer, que las partes someterán sus disputas o controversias al procedimiento de arbitraje, con ocasión del contrato que las vinculan y que hubieren suscrito entre ellas. En estos casos, el compromiso arbitral es puro y simple; y dejan para una oportunidad posterior, la suscripción de una verdadera cláusula arbitral o compromisoria, en la cual especifican el número de árbitros, el tipo de arbitraje, si es de derecho o de equidad, el derecho aplicable al proceso, la sede del arbitraje y el idioma a ser utilizado dentro de éste. Esto tiene una particular importancia, si tomamos en cuenta que en el acuerdo de arbitraje, deben establecerse de una vez por todas, precisamente el conjunto de normas, aspectos y reglas que vayan a regular el procedimiento arbitral; que existan reglas claras en la determinación del procedimiento a seguir.

La CCI ha diseñado una cláusula de arbitraje modelo, que recomienda a las partes, que quieran o deseen acogerse al sistema de arbitraje de la CCI; y que obviamente debe ser complementado con la inclusión de otros aspectos o requisitos intrínsecos, que ya hemos enunciado con anterioridad.

La cláusula modelo se expresa de esta manera:

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden

relación con éste, serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

Es obvio que esta cláusula de arbitraje debe ser expresamente aceptada por las partes, y que pueden añadirse o agregarse a la misma, algunas reglas particulares contentivas de los aspectos complementarios para asegurar que el proceso arbitral se desarrolle con toda prontitud y en perfecta armonía con el citado Reglamento y con los requerimientos específicos de las partes involucradas. La legislación venezolana por su parte (Código de Procedimiento Civil, artículo 618, parágrafo primero) establece que las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas y reglas de procedimiento que deban seguir, e igualmente someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento. Ahora bien, es necesario que con base en estos aspectos que acabamos de señalar, y tomando particularmente en cuenta la cláusula modelo diseñada especialmente por la Cámara de Comercio Internacional para el sistema de arbitraje de la CCI, ensayemos una definición de cláusula de arbitraje o cláusula compromisoria, que incluya todos los aspectos “ideales” que debe contener dicha cláusula:

“Es aquella en que las partes involucradas e interesadas convienen expresamente en someter cualquier disputa, desavenencia, diferencia o controversia relacionada con la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, para que sean resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio

Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento. Los trámites de dicho arbitraje se cumplirán con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (venezolano o de la nacionalidad elegida) en lo que sean pertinentes y compatibles con el procedimiento de arbitraje de la CCI; se elige como sede del arbitraje a la ciudad de (...); el derecho sustantivo (de la nacionalidad escogida) para resolver el fondo de la controversia, y se elige el idioma (español) para el proceso arbitral. La decisión arbitral será definitiva, vinculante y ejecutoriable”.

De esta “definición” de cláusula arbitral que acabamos de ensayar, podemos deducir los siguientes elementos o requisitos integrales del acuerdo de arbitraje:

- a) La manifestación de voluntad de las partes, de someter cualquier disputa o controversia al sistema de arbitraje de la CCI.
- b) El derecho procesal para el trámite arbitral, compatible con el citado Reglamento de la CCI; y el derecho sustantivo para decidir o aplicar al fondo de la controversia.
- c) El número de árbitros de derecho o arbitradores de equidad si fuere el caso, designados por las partes y conforme con el citado Reglamento.
- d) La designación de la sede del arbitraje, junto con el lugar en donde deban celebrarse las audiencias del tribunal arbitral, preferentemente.
- e) La escogencia del idioma del proceso arbitral.

Según el sistema de arbitraje de la CCI, el acuerdo de arbitraje o la cláusula compromisoria que adopte este sistema, produce insoslayablemente los efectos que de manera expresa, se establecen en el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje, a saber:

- 1) Cuando las partes han acordado recurrir al arbitraje según el Reglamento, se someten, por ese solo hecho, al Reglamento vigente a la fecha de inicio del proceso arbitral, a menos que hayan acordado (dentro del acuerdo arbitral), someterse al Reglamento vigente para la fecha en que se suscribió dicho acuerdo. (Ello sigue el principio general del derecho, de que solo es aplicable a cualquier situación, la norma legal, sublegal o reglamentaria que se encuentre vigente para el momento de su aplicación).
- 2) Cuando el demandado no conteste la demanda arbitral, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento; o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional si estuviere convencida *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes con-

servan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue.

- 3) Efecto de la persistencia de la competencia, definida en el acuerdo arbitral; para el caso de que alguna de las partes rehusare o se abstuviere de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de ese proceso arbitral, el arbitraje procederá no obstante dicha negativa o abstención.
- 4) Efecto de la persistencia de la competencia arbitral, no obstante se produzca la nulidad o se declare la inexistencia del contrato.

Es interesante y conveniente señalar, lo que dispone la legislación venezolana (Código de Procedimiento Civil), en cuanto a la existencia de la cláusula compromisoria y sus efectos ulteriores. El artículo 609 del Código Procesal, estatuye que si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual se expresarán las partes, las cuestiones que cada parte quiera someter a arbitramento, el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos (si son árbitros de derecho o arbitradores de equidad), las facultades que las partes les confieren o delegan a los árbitros y los demás aspectos que acordaren respecto del procedimiento a seguir. En el artículo 613 se señala de manera expresa, que establecida la validez de la cláusula compromisoria dentro de los cinco días siguientes al lapso de apelación, si no la hubiere, el citado (la parte) procederá a expresar las cuestiones que quiera someter al arbitramento. Ahora bien, en la disposición procesal siguiente, se establece, que si la parte citada no compareciere, se tendrá como válida

la cláusula compromisoria y los árbitros resolverán la controversia ateniéndose (únicamente) a las cuestiones sometidas al arbitraje por el solicitante del proceso arbitral; en otras palabras, opera en este caso, ante la contumacia del citado para el compromiso arbitral, la denominada confesión ficta o presunción de confesión (*iuris tantum*) para que se opere de pleno derecho todo el procedimiento arbitral, sin que le sea dable al contumaz, volver a revisar tal presunción. Igual presunción opera, en el caso de que no hubiere acuerdo entre las partes con respecto al carácter de los árbitros, pero con el definido carácter presuntivo de que los árbitros son de derecho.

Es igualmente necesario señalar, que en Venezuela se sigue a menudo la práctica de ratificar el compromiso arbitral, precisando determinados lineamientos que fueron fijados por las partes en la oportunidad de celebrar el contrato, y de adoptar en éste el acuerdo de arbitraje; y ello se hace a través de instrumento auténtico (por ante una Notaría Pública), como lo señala el procedimiento venezolano. Por vía de ejemplo, y con la finalidad exclusivamente ilustrativa, tomamos uno al azar:

“(...) Por cuanto en fecha (...) “A” celebró contrato con “B”, sociedad mercantil domiciliada en la ciudad de (...), para la construcción de una planta de (...)

“(...) Por cuanto “B” según contrato ha decidido someter a arbitraje el reclamo de ciertas sumas de dinero a “A”;

“(...) Por cuanto el contrato suscrito establece en la cláusula VEINTE de las condiciones generales, que se regirá por la legislación vengo-

lana y prevé el arbitraje como mecanismo para resolver cualquier controversia relacionada con la interpretación, cumplimiento o incumplimiento de El Contrato;

“(...) Por cuanto la cláusula VEINTE de las condiciones generales de El Contrato, se establece que cualquier controversia será resuelta por árbitros de derecho, y el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, establece que cuando una de las partes sea una sociedad mercantil donde la República de Venezuela tenga una participación igual o superior al 50%, dicho acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros que en ningún caso será menor de tres (3);

“(...) Por cuanto el Parágrafo Primero del artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, establece que las partes pueden indicar a los árbitros, las formas y reglas de procedimiento que deben seguir(...);

“(...) Por consiguiente, ambas partes acuerdan:

“Que solo reclamará mediante arbitraje el monto de los daños que ella considere se le deben resarcir, excluyendo cualquier daño sufrido por su consorciada <C> ; que el aludido arbitraje se rija por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; que dicho arbitraje sea de derecho, de conformidad con las leyes de Venezuela; Que el idioma del arbitraje sea el castellano; Que el arbitraje se lleve adelante en la ciudad de Caracas; Que el Tribunal

Arbitral esté constituido por tres (3) árbitros, nombrados conforme al citado Reglamento, quedando entendido que las partes presentaran todos los documentos que estimen necesarios, bien en inglés o en español; Que cualquier citación o notificación que deba practicarse con motivo de este acuerdo en el proceso arbitral, deberá realizarse en las siguientes direcciones, mediante la simple entrega de carta con acuse de recibo(...)”

4. LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y EL TRIBUNAL ARBITRAL

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el tribunal arbitral, constituido por árbitros independientes y que someten el proceso de arbitraje al Reglamento de Arbitraje de la CCI, son las dos columnas estructurales en que se fundamenta y sostiene todo el sistema de arbitraje de la CCI, como uno de los sistemas de carácter internacional más utilizados en el mundo del comercio mundial. La función de la Corte es organizar y supervisar los arbitrajes que se lleven a cabo bajo el Reglamento de la CCI; en otras palabras, ejerce la administración de los procesos arbitrales, bajo los principios fundamentales de su universalidad, su versatilidad y flexibilidad conductiva, asegura que se cumplan con rigurosa aplicación, las formalidades sustanciales de todo proceso arbitral que se someta al sistema por ella diseñado. El tribunal arbitral por su parte, cumpliendo cabalmente con las exigencias formales, está encargado de realizar el examen de fondo de la controversia sometida al proceso de arbitraje CCI, y

dictar el laudo definitivo que ha de recaer en dicho proceso.

Estatutariamente, la Corte Internacional de Arbitraje tiene la función de asegurar la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional, y dispone para ello de todos los poderes necesarios. La Corte, aún cuando es un organismo adscrito a la CCI, es un cuerpo autónomo que ejerce sus funciones con total independencia de la Cámara y de sus otros órganos. Los miembros de la Corte, son independientes de los comités nacionales de la CCI, a quienes pueden representar; estos miembros son nombrados por el Consejo de la Cámara, en virtud de la propuesta que realizan los comités nacionales, y su designación o nombramiento se hace en base a un miembro por cada comité nacional, son nombrados por un período de tres (3) años y se eligen miembros principales y miembros suplentes, cuando el presidente de la Corte así lo solicite.

La Corte estará integrada por un Presidente, elegido por el Consejo de la CCI con base a la recomendación que realice el Comité Ejecutivo de la CCI; por dos o más vicepresidentes que son nombrados igualmente por el Consejo, y por los miembros principales y suplentes. La Corte tiene una Secretaría General Permanente, que se encarga de toda la instrumentalización e instrucción del trabajo de la Corte.

Las sesiones plenarias de la Corte son presididas por el Presidente y en caso de ausencia de éste por cualquiera de los vicepresidentes que él designe. Para que la Corte pueda deliberar validamente, se requiere que estén presentes al menos seis (6) de sus miembros. Existen varias características internas de la Corte

Internacional de Arbitraje, que es necesario señalar, sobre todo para deslindar los campos de incumbencias de la Corte y los del tribunal de arbitraje.

Las actividades de la Corte tienen carácter confidencial. A las sesiones de la Corte, ya sean plenarias o en comité, solo podrán asistir sus miembros y el personal de Secretaría, pero no obstante ello, excepcionalmente el Presidente de la Corte podrá invitar a otras personas para asistir a las sesiones, siempre que éstas respeten el carácter confidencial de dichas sesiones.

Los documentos sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje, o que emanen de ella en la administración de los procesos arbitrales, serán comunicados exclusivamente a los miembros de la Corte y de la Secretaría General y a aquellas personas autorizadas por el Presidente para asistir a las sesiones.

Existe una facultad muy importante desde el punto de vista científico y académico de la CCI, y es la de que el Reglamento autoriza al Presidente o al Secretario General de la Corte, para dar a conocer a los investigadores que efectúen trabajos de naturaleza científica en materia de Derecho Mercantil Internacional, los laudos y otros documentos de interés general dentro del marco de los procesos arbitrales patrocinados por la Corte. Particular importancia tiene esta actividad de esencial naturaleza y carácter científico, por cuanto ella permite que se difunda y se conozca a través del trabajo de investigación, como opera el sistema de arbitraje de la CCI, y la doctrina y tendencia orientadora que se va conformando mediante los innumerables fallos arbitrales, y el celoso manejo de la Corte Internacional de Arbitraje, en cuanto a asegurar que se cumplan con las formas sustancia-

les del proceso arbitral, que se realiza bajo su patrocinio y vigilancia.

Por su parte, el tribunal arbitral, que es el encargado de dirimir la controversia planteada por las partes bajo la advocación del arbitramento, puede estar constituido por uno o varios árbitros; aún cuando usualmente se designa un máximo de tres (3); uno por cada parte, y el tercero será escogido bien por las mismas partes, o en su defecto por la Corte Internacional de Arbitraje.

El principio capital de todo árbitro, es que debe ser, permanecer y manifestarse o proclamarse independiente de las partes; suscribir una declaración de independencia y manifestar cualquier hecho o circunstancia de la cual esté imbuido, comprometido o sujeto, que pudiere poner en duda su independencia, para que así las partes puedan allanarlo o recusarlo; siempre teniendo en cuenta su imparcialidad, objetividad e independencia, atributos éstos que debe poseer cada árbitro que conforme el tribunal arbitral. Estas circunstancias debe ponerlas el árbitro, en conocimiento directo de las partes, bien antes de constituir el tribunal arbitral, o bien una vez constituido, y durante el proceso de arbitraje.

En cuanto a los aspectos relacionados con la confirmación, recusación o sustitución del árbitro, cuya decisión tome la Corte Internacional de Arbitraje, tendrá carácter de definitiva, y las razones y motivaciones que tuviere la Corte para tal decisión, dado su carácter esencialmente confidencial, no le será comunicado ni a las partes ni a los árbitros confirmados, recusados o sustituidos. El deber del árbitro, al aceptar su designación para participar en el debate de arbitraje, es desempeñar y permanecer en sus funciones

hasta el término del proceso arbitral, vale decir, hasta que se haya dictado el laudo final y definitivo que dirima o resuelva la controversia planteada.

En cuanto a la designación de los árbitros, en las controversias sometidas a arbitraje de la CCI, éstas serán resueltas, bien por un árbitro único designado por las partes de común acuerdo, bien por la Corte Internacional de Arbitraje cuando las partes no logren el acuerdo o rehúsen su nombramiento. Puede igualmente la Corte, según su criterio y por la complejidad del asunto sometido a arbitraje, que éste sea resuelto por un tribunal arbitral compuesto de tres (3) árbitros, en cuyo caso cada parte deberá designar uno y el tercero a falta de designación por éstas, será nombrado por la Corte Internacional de Arbitraje. Una vez designados los dos (2) árbitros por cada una de las partes, el tercero que se designe por cualquier forma de las concebidas y aceptadas por el Reglamento, será el presidente del tribunal arbitral. Para designar, nombrar o confirmar un árbitro, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, la residencia y cualquier otra relación que el árbitro tuviere con los países de los cuales son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento.

Estas dos últimas características, la disponibilidad y la aptitud del árbitro a ser designado, nombrado o confirmado por la Corte, son condiciones de idoneidad de carácter imperativo para aquella, toda vez, que en defecto de las partes, tiene la Corte Internacional de Arbitraje que observar con el mayor celo y sujeción al Reglamento, que se cumpla a cabalidad tales condiciones, que garanticen de ma-

nera definitiva, la independencia, la objetividad y el fiel cumplimiento de la altruista misión del tribunal arbitral: dirimir la controversia, buscando implantar la justicia a través del procedimiento de arbitraje.

Tanto el árbitro único como el designado presidente del tribunal arbitral, será de nacionalidad distinta a la de las partes, salvo que éstas dispensen expresamente al árbitro de tal exigencia, y éste pueda ser del país del cual alguna de las partes sea nacional. Cuando la Corte deba designar un árbitro único o al presidente del tribunal arbitral colegiado, deberá efectuar el nombramiento con base a una propuesta que deberá solicitar de alguno de los muchos comités nacionales que integran la Cámara de Comercio Internacional, que la Corte considere idóneo, oportuno y apropiado al caso que va a ser sometido a arbitraje.

En cuanto a la recusación de los árbitros, se observará el procedimiento que estipula el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; a saber, la demanda de recusación de un árbitro, fundada en el alegato de falta de independencia o de cualquier otro motivo a juicio del recusante, entre los cuales pudiese estar el de falta de idoneidad, deberá presentarse por ante la Secretaría de la Corte, mediante un escrito en el cual se precisen los hechos y circunstancias de la recusación, y por supuesto sus fundamentos; la recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación que se le hubiere hecho a ésta, acerca de su designación o nombramiento, cualquiera fuere el caso. La Corte de manera simultánea, deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de la recusación, y sobre el fondo de la misma, una vez que la Secretaría General

le haya otorgado tanto al árbitro cuestionado como a la parte que lo hubiese designado, si fuere el caso, la oportunidad de presentar sus comentarios al respecto (escrito de descargos); todo ello dentro de un plazo adecuado para que se puedan cumplir dichas actividades, e incluso para que los demás árbitros miembros del tribunal, presenten también los comentarios que quisieren formular sobre la recusación; y todos los comentarios y escritos presentados con motivo de dicha recusación, deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros que integren el tribunal arbitral.

En relación a la sustitución de los árbitros; la Corte aceptará la sustitución, por fallecimiento del árbitro sustituido, por la renuncia del árbitro, y cuando la recusación fuese declarada procedente por la propia Corte o cuando todas las partes lo soliciten expresamente. Podrá también ser sustituido un árbitro a iniciativa de la Corte, cuando ésta decida que existe un impedimento de derecho o de hecho en el referido árbitro para el cumplimiento de sus funciones, o cuando éstos no cumplan con las estipulaciones del Reglamento de Arbitraje. En caso de la sustitución de un árbitro, la Corte decidirá de manera discrecional si se sigue o no el procedimiento original de designación de los árbitros. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, éste resolverá lo conducente con audiencia de las partes y tomando particularmente en cuenta sus observaciones y comentarios.

Una vez cerrada la instrucción de la causa, en lugar de sustituir al árbitro fallecido o destituido según sea el caso, la Corte podrá decidir, oída la opinión de las partes y de los árbitros restantes, que éstos últimos continúen con el arbitraje. El tribunal arbitral, una vez constituido, recibirá el expediente correspondiente de la

Secretaría General de la Corte. La sede del arbitraje será fijada por la Corte, a menos que las partes la hayan convenido previamente, precisamente en el acuerdo de arbitraje. El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado o conducente. Igualmente el tribunal podrá deliberar en el lugar que considere apropiado a su agenda o a su interés particular, por cuanto se trata de una actividad (la deliberación) que es privativa, exclusiva y excluyente del tribunal en relación a las partes, y que pertenece a lo que podríamos llamar el fuero interno del tribunal arbitral.

En síntesis, estas dos organizaciones o vertientes del proceso arbitral, interactúan de forma concomitante con la finalidad de asegurar el cabal cumplimiento del procedimiento de arbitraje de acuerdo con el sistema arbitral diseñado por la CCI; mediante el cual, la Corte Internacional de Arbitraje se encarga de todos los aspectos que tienen que ver o que poseen relevancia con relación a las formas o formalidades sustanciales de todo el procedimiento arbitral, incluido el laudo definitivo, el cual debe respetar esos aspectos formales, que son monitoreados y supervisados por la Corte, so pena de que su incumplimiento o su inobservancia, impidan su definitiva aceptación o aprobación; y el tribunal arbitral, por su parte, se encarga de la decisión de fondo de la controversia, no obstante que pueda aceptar “las sugerencias” que en cuanto al fondo del conflicto le pueda hacer la Corte, sin que ello implique su aceptación.

5. EL DERECHO APLICABLE

En principio y por regla general del sistema de arbitraje de la CCI, el procedi-

miento arbitral deberá regirse conforme al Reglamento de la CCI; en caso de silencio o que el Reglamento no contemple las normas a ser aplicadas al conflicto o controversia, el tribunal arbitral podrá determinar cuales puedan ser las normas a ser aplicadas en el arbitraje, ya sea con referencia a algún derecho procesal compatible con el citado Reglamento; o en otras palabras, la aplicación de un derecho procesal que posea la mayor compatibilidad con el sistema de arbitraje de la CCI. Ahora bien, todo el proceso arbitral se puede tramitar y decidir por las normas de derecho o por el ordenamiento jurídico que las partes de común acuerdo, así lo soliciten.

En orden de gradación, tenemos que el derecho aplicable a la controversia, se deriva de esta manera:

a) Normas procesales o adjetivas

- (i) El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI);
- (ii) El derecho procesal o las normas de procedimiento que determinen las partes en el acuerdo o compromiso de arbitraje, y que sean compatibles con el Reglamento de la CCI, o al menos que no entren en contradicción con éste, para que de esta manera se pueda salvaguardar el sistema de arbitraje de la CCI;
- (iii) En defecto u omisión de las partes de fijar las normas de trámite o procesales pertinentes, el tribunal arbitral hará la determinación de las normas procesales aplicables, que puedan tener relación o no con un derecho con un derecho procesal nacional

que el tribunal considere apropiado y conducente para aplicarlo a la controversia que se ventila. Es obvio, que el tribunal tendrá en cuenta de manera particular, según sea el caso, la compatibilidad con el Reglamento y sistema arbitral de la CCI.

b) Normas de derecho sustantivo o de fondo

En cuanto a la gradación que se observa en relación a la normativa de fondo para resolver la controversia, ésta se difiere de la manera siguiente:

- (i) Las partes acuerdan (acuerdo de Arbitraje, compromiso arbitral o cláusula compromisoria) libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deba aplicar para decidir el fondo de la controversia.
- (ii) A falta de acuerdo entre partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere pertinentes para aplicarlas al fondo de la disputa, que pueden ser las normas jurídicas de cualquier país que tenga un comité nacional que lo represente en la CCI, pero preferiblemente las normas jurídicas del país sede del arbitraje, por cuanto se supone por lógica jurídica que posee las normas más pertinentes al caso que se ventila. Igualmente y en todo caso, el tribunal arbitral deberá atender las estipulaciones contractuales como normativa de fondo, que hayan suscrito las partes, y los usos comerciales que consideren pertinentes de aplicación a la controversia en cuestión.

- (iii) Si se lo acuerdan las partes, el tribunal arbitral podrá ejercer los poderes de conciliación (amable componedor) y de tomar decisiones basadas en la equidad (*ex aequo et bono*).

6. SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS PROCESALES CON RESPECTO AL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI

Por un principio general inherente al sistema de arbitraje diseñado por la CCI, el procedimiento que se sigue por ante el tribunal arbitral, es básicamente y en primer lugar, el pautado en el Reglamento de la CCI; y en caso de silencio, laguna u omisión de la normativa reglamentaria, se aplicarán las normas procesales que fijen y determinen las partes, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable y compatible con el arbitraje de la CCI. De este principio, surge el deber fundamental del tribunal arbitral, de actuar con justicia e imparcialidad, y de asegurarle a cada parte que tenga la oportunidad de explicar y exponer el fundamento jurídico sobre la cuestión debatida, ante el tribunal arbitral.

Las partes podrán incluso, antes de la constitución del tribunal arbitral, reducir los lapsos o plazos que estén establecidos en el Reglamento, pero si este último si hubiere constituido, esas reducciones solo serán posibles si son aprobadas por el tribunal. Igualmente la Corte Internacional de Arbitraje podrá prorrogar de oficio cualquier plazo que hubiese sido notificado, con la finalidad de permitirle al tribunal arbitral hacerle frente a las responsabilidades y actividades que estén previstas en el Reglamento. Cada vez que una parte, haga uso del arbitraje sin oponer

reparo alguno al eventual incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento; o de cualquiera otra norma de procedimiento que hubiese sido adoptada por el tribunal arbitral, se entenderá que ha renunciado a su derecho de objetar o impugnar el procedimiento, y éste deberá seguir adelante sin interrupciones.

Existe también una regla general en materia de normativa procesal, y es que en todos los casos no previstos en el Reglamento, la Corte de Arbitraje Internacional y el tribunal arbitral, procederán según el espíritu de esas disposiciones reglamentarias, a encausar el procedimiento de manera cabal, y asegurar que el laudo que se dicte sea realmente susceptible de ejecución legal. En todo caso, el sistema de arbitraje de la CCI, está diseñado de un modo tal, que el principio general que proclama que la norma especial priva sobre la norma general en materia de procedimiento, se aplica con carácter preferente al Reglamento de la CCI, y subsidiariamente a otras normas procesales, cuya supletoriedad solo tenga aplicación, por el silencio, laguna u omisión de las normas reglamentarias en regular la situación procesal de que se trate.

7. EL TRIBUNAL ARBITRAL COMO DIRECTOR DEL PROCESO

El tribunal arbitral, conformado por un solo árbitro independiente, designado por las partes de común acuerdo, o en defecto de ellas, por la Corte Internacional de Arbitraje; o conformado por tres (3) árbitros, cumpliéndose dicho nombramiento o designación por las partes o igualmente en defecto de aquellas por la Corte, tendrá la natural, lógica y conducente dirección del proceso arbitral; así

como mantendrá el control del proceso durante el decurso de éste, cuidando la pureza, la integridad e independencia del mismo, a fin de que se cumplan, la voluntad de las partes al someter sus disputas a este procedimiento; el fiel cumplimiento de las disposiciones del Reglamento, las normas de derecho sustantivo y adjetivo que hubiesen fijado las partes en el acuerdo de arbitraje; y las normas pertinentes que el propio tribunal considere más apropiadas para el caso que se dirime, siempre que ellas sean compatibles con el Reglamento. El tribunal arbitral como director del proceso de arbitraje, tendrá el control de esa dirección, de acuerdo a las características siguientes:

- *Natural*, en razón a la esencia y naturaleza jurídica del tribunal arbitral, y habiendo sido éste nombrado o designado de manera unitaria o colectiva, por consenso de las partes; o por la Corte, en virtud del disenso de aquellas, está encargado de dirimir la controversia arbitral de forma cabal y en correspondencia con las previsiones y solicitudes de las partes y las estipuladas en el Reglamento.
- *Lógica*, por cuanto la inevitable consecuencia de la designación o nombramiento del tribunal, hace que éste tenga la funcionalidad independiente y objetiva sobre las partes controversiales, para dirimir las disputas que le han sido sometidas a su consideración a través de este especialísimo proceso.
- *Conducente*, por cuanto tendrá como actividades fundamentales en la conducción del proceso, la convocatoria a las partes para que comparezcan el día y lugar que determine con

antelación para que éstas realicen sus exposiciones; la designación de los expertos, peritos, la audición de testigos; la requisición de pruebas adicionales y la plena dirección de las audiencias donde deben comparecer las partes involucradas. La labor fundamental del tribunal arbitral, es esencialmente la *conductibilidad*, que hablando en lenguaje figurado y en relación con el tema tratado, sería la propiedad que tiene el tribunal arbitral para transmitir la secuencia del proceso, las deliberaciones del mismo y las actuaciones del tribunal a las partes involucradas en el procedimiento de arbitraje que ellas mismas han elegido. En base a esta característica fundamental del tribunal arbitral, éste mantendrá el control de las audiencias con las partes; el lugar donde deban celebrarse las audiencias, y escogerá de manera unilateral, el lugar apropiado para sus deliberaciones, como una actividad privativa y excluyente del tribunal.

El tribunal arbitral tiene la obligación de la conducción del proceso arbitral, de velar por la aplicación y sujeción del procedimiento al Reglamento de Arbitraje de la CCI, y supletoriamente y de manera compatible con las normas reglamentarias, la aplicación de las normas sustantivas y adjetivas determinadas previamente por las partes, y en defecto de ellas, las que el propio tribunal determine como apropiadas y conducentes al conflicto o disputa que se le somete a su conocimiento y decisión. Es una tarea esencial del tribunal, para la aplicación del Reglamento, establecer que la actividad o la materia que vaya a ser objeto de su conducción ejecutiva, no contenga a su vez una regla que

contravenga las expresas disposiciones reglamentarias, que hagan como absolutamente incompatible con el procedimiento y el sistema de arbitraje de la CCI, la actividad, tarea o conducta a ser realizada.

En efecto, si produjere cualquier excepción sobre la validez o la existencia misma del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral, no solo no perderá la competencia, si la excepción fuere declarada con lugar por otro órgano jurisdiccional, sino que únicamente dependerá de éste, tomar la decisión definitiva sobre su propia competencia, para dirimir la controversia sometida a su conocimiento. Esta competencia no puede ser rehuida ni declinada por el tribunal arbitral, ni aún en el caso de que las partes se abstuviesen de participar en la actividad o tarea que el tribunal deba realizar.

8. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares tienen en el ámbito del Derecho Procesal moderno, el objetivo o la finalidad de prevenir la sucesión o la ocurrencia de hechos o acontecimientos que se puedan realizar en la esfera privativa de las partes ya involucradas en una controversia; y que puedan alterar, modificar o anular la resolución definitiva de la controversia, precisamente porque puedan nulificar los efectos posteriores de esa resolución o hagan imposible o muy difícil la ejecución de la decisión recaída en dicha controversia. En ese orden de ideas, la medida cautelar que dicta un órgano o una autoridad judicial dentro de un determinado proceso, constituye por así decirlo, una restricción en la facultad o el derecho disponible de la parte afectada por la medida, mientras se produzca la resolución definitiva del conflicto

y para asegurar en el decurso del proceso “las resultas definitivas del juicio”.

Las medidas cautelares de orden clásico y tradicionales, son la *Judicatum solvi*, la *Judicatum ad processum*, *Rato et Grato*, *El embargo preventivo mobiliario*, *el secuestro preventivo del bien inmueble*, *la prohibición de enajenar y gravar*. Estas medidas que han sido desde antaño, denominadas de muy distinta manera (medidas protectoras, medidas precautelares, medidas de seguridad, medidas tutelares), han estado destinada a salvaguardar, proteger, asegurar y prevenir al bien derecho o patrimonio que se somete a la resolución del conflicto, para que no quede ilusorio o nugatorio el efecto procesal que se persigue. La posibilidad que se tiene de evaluar y considerar ese riesgo, esa “peligrosidad latente” en que pueda estar o encontrarse la cosa o derecho litigioso, tropieza con muchas dificultades en la práctica forense o procesal de estas medidas, que necesaria y lógicamente deben ser evaluadas con suma precaución, con una extremada cautela, precisamente para no lesionar la esencia misma del derecho o la facultad de disposición individual, que corte o menoscabe sensiblemente el sagrado derecho de usar, gozar y disponer de la entidad o facultad cuya propiedad le está atribuida por ley y por derecho natural.

La facultad de precaver que tiene el órgano jurisdiccional al dictar la medida cautelar, no puede convertirse en una lesión, en una restricción que le cause un gravamen irreparable a la parte que recibe el efecto provisional de la medida. Si este aspecto o esta cuestión tiene una importancia capital en el campo del proceso ordinario, en el cual las partes se someten o sujetan por imperio de la ley, al arbitrio

de la plena y total jurisdiccionalidad del caso que las conecta en la relación jurídica procesal forzosa; cuanta más consideración e importancia adquiere, en el campo del proceso arbitral, al cual las partes acuden, por la autonomía de la voluntad de éstas, y en base a un acuerdo consensuado de arbitraje comercial, fijando ellas el ámbito de incumbencia del tribunal arbitral en relación directa al derecho aplicable escogido (sustantivo y adjetivo), el lugar donde éste deba realizarse y escenificarse, y lo más importante y trascendente de ese acuerdo, que es poner en manos de ese árbitro o árbitros que integren el tribunal de arbitramento, la resolución definitiva e inapelable del conflicto que las vincula.

En el antiguo derecho, las medidas cautelares se dictaban por el órgano ejecutor de éstas, como un castigo anticipado al demandado o acusado de algún delito, por existir la presunción de su culpabilidad o responsabilidad en el hecho que se le imputaba, mientras que en el derecho moderno, adquiriría el carácter de precautorio, cuya finalidad u objetivo era asegurar y precaver las resultas del proceso, pero sin lesionar o vulnerar el derecho de la parte afectada, con una lesión o un gravamen ciertamente irreparable; aún cuando para dictar estas medidas, el órgano o autoridad jurisdiccional, tuviere que evaluar de una manera restrictiva, los elementos o los parámetros que define y conceptúan lo que los romanos llamaban “*El periculum in mora*”.

En este orden de ideas, podemos decir, que al menos en lo que se refiere al proceso arbitral llevado bajo el sistema de arbitraje de la CCI, el capítulo relativo a las medidas cautelares, está revestido de

algunos parámetros que inducen a pensar que las mismas se puedan dictar, con las garantías suficientes para que no causen esos perjuicios o gravámenes que tengan un efecto lesivo, pernicioso o irreparable.

De conformidad con el artículo 23, ordinales 1y 2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, el tribunal arbitral podrá (salvo acuerdo en contrario de las partes), ordenar a solicitud de parte, cualquiera de las medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas, pero el tribunal (no obstante) podrá subordinar estas medidas, al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que la solicite, estableciéndose además, que el tribunal arbitral deberá ordenar tales medidas cautelares mediante un acto motivado o un laudo provisional, en el cual se establezcan claramente las razones o motivaciones que tenga el tribunal para dictarlas.

Igualmente, se establece (ordinal 2 del artículo 23 del Reglamento), una especie de competencia sobrevenida en materia de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral, en el sentido de que la solicitud que hiciere cualquiera de las partes a una autoridad judicial con el fin de obtener medidas cautelares o la ejecución de medidas similares a las ordenadas por el tribunal arbitral, no contraviene el acuerdo de arbitraje ni la renuncia a éste, no afecta en modo alguno los poderes del tribunal arbitral; al respecto, vale decir, que conserva su competencia para dictarlas, y que esta competencia del tribunal arbitral se mantiene incólume, incluso cuando la solicitud de medidas cautelares se le haya hecho a una autoridad judicial, aún antes de hacer la entrega del respectivo expediente a los árbitros. Tanto la solicitud como la medida acordada por la autoridad judicial que la dictare,

deberá ser notificada sin dilación a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje, quien igualmente deberá informar al tribunal arbitral de esa circunstancia. Esta notificación adquiere una inusitada importancia para el proceso arbitral, porque como una consecuencia inmediata y directa de este paralelismo procesal, podrían presentarse problemas insalvables en cuanto a la ejecución del laudo arbitral que recaiga en la disputa o controversia sometida al arbitraje, e incluso en relación al cualquier laudo provisional o interlocutorio que se dicte en el proceso, y que a la postre resulte incompatible o que deje ciertamente ilusoria tal providencia judicial, la decisión arbitral definitiva, en virtud a que han actuado de forma paralela, una autoridad judicial de jurisdicción ordinaria de un país determinado; y un tribunal arbitral perfectamente habilitado y con competencia plena para resolver la controversia, por la expresa e irrevocable delegación de las partes involucradas, y mediante un mecanismo especial y preferente, de resolución alternativa del conflicto, específicamente determinado en un acuerdo de arbitraje.

El carácter prejudicial de alguna medida ordenada por una autoridad judicial ordinaria, puede prevalecer como una consecuencia irreversible o irreparable para el proceso arbitral, en desmedro y menoscabo de éste último que debe mantener el carácter preferente. Es por ello, que una práctica sana en el alcance y significación del acuerdo de arbitraje, implica que las partes convengan expresamente y de manera exclusiva y excluyente, en someter cualquier disputa, conflicto o controversia relacionada con la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato que las vincula comercialmente, así como

la solicitud y otorgamiento de medidas cautelares, a la decisión exclusiva de un tribunal arbitral, so pena de nulidad de cualquier medida dictada por la autoridad judicial, que no sea previamente sometida a decisión arbitral, que es la que tiene por su naturaleza intrínseca, la condición de definitiva, vinculante, inapelable y ejecutoriable. De allí se desprende precisamente, la regla general adoptada por el Reglamento de Arbitraje en su artículo 35: *“En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, La Corte y el Tribunal Arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones, esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal”*.

Por último, es necesario destacar que el tribunal arbitral puede por iniciativa propia, o lo que es lo mismo sin la instancia de parte o de oficio, tomar las medidas que considere apropiadas y convenientes destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial. Es muy importante esta disposición, por el tipo de cuestiones o materias que se ventilan en los procesos arbitrales, algunas de las cuales son de información y divulgación restringida, y que dan lugar a violaciones de normas de comercio internacional, a las que se sujetan algunas materias o aspectos contractuales, sometidas a su vez, a normas sobre “restricción de competencia” de acuerdo con normas y tratados internacionales o interregionales; en otras palabras, se trata de medidas de salvaguarda de la confidencialidad industrial y comercial.

En resguardo de la seguridad jurídica del arbitramento, como un proceso autónomo, independiente y con el carácter de exclusivo y excluyente, que deben contener todas sus ejecutorias; por

el principio general determinante de la jurisdicción y la competencia sobre aquellos derechos disponibles, se señala de manera expresa, que la potestad de juzgamiento y la competencia del órgano encargado de realizar esta actividad, se determinan en el acuerdo de arbitraje, absolutamente consustanciado con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, expresado en dicho acuerdo.

9. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO ARBITRAL

En el proceso arbitral, el principio autónomico de la voluntad de las partes adquiere una connotación y unas características muy bien definidas, y casi hasta ilimitadas en relación a la regulación de las materias sometidas al arbitraje; y si entendemos por autonomía de la voluntad de las partes, la plena facultad o potestad que tienen las personas para regular y resolver sus derechos, intereses y obligaciones, mediante el ejercicio de su libertad de pensamiento, actuación y de su libre albedrío realizado a través de acuerdos, contratos, convenciones y procesos, siempre que se trate de derechos e intereses disponibles, y que esa autonomía volitiva no sea contraria a la ley, al orden público, a la moral ni a las buenas costumbres, tendremos que concluir que ciertamente este principio autónomico es consustancial al proceso arbitral, ya que el árbitro o los árbitros que integren el tribunal arbitral, además de ser rigurosamente designados o nombrados por las partes con absoluta libertad en cuanto a su escogencia y selección; éstos van a actuar en dicho proceso, mediante la expresa, plena y definitiva delegación que de su voluntad le otorgan las partes, para resolver de manera

expeditiva e inapelable, cualquier disputa o controversia sobre sus intereses y derechos en conflicto.

Al contrario de lo que sucede en el proceso ordinario, donde la voluntad de las partes, a pesar de ser las “dueñas del proceso”, esta limitada con relación a etapas, lapsos, términos y algunas actuaciones procesales del órgano o autoridad judicial, que no responde necesariamente al impulso o a la instancia de las partes; en el proceso arbitral, el principio autónomico y el campo de incumbencia de la auto composición procesal, se encuentra más dilatado, más susceptible de ser regulado por las partes a través de una actuación casi ilimitada, o que no reconoce más límites que los fijados en las propias reglas de juego que las partes han estipulado libremente.

En el sistema de arbitraje de la CCI, salvo lo concerniente a las formas sustanciales de los actos y del laudo arbitral, las partes quedan en plena libertad de escoger todos los mecanismos del proceso de arbitramento: elegir el número de árbitros, el derecho sustantivo y adjetivo aplicable a la controversia, la sede y el idioma del arbitraje, la prórroga o el acortamiento de casi la totalidad de los lapsos establecidos para el proceso arbitral. Ahora bien, como un efecto directo del acuerdo de arbitraje, cuando las partes se someten al arbitraje de la CCI, quedan sujetas por el solo hecho del acuerdo, al Reglamento vigente para la fecha de inicio del proceso arbitral, a menos que hayan acordado someterse al que estuviere vigente para la fecha de la celebración del acuerdo de arbitraje.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la CCI, se determina de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) *Nombramiento de los árbitros.* Como es obvio, el nombramiento del árbitro único lo realizan las partes de común acuerdo, pero en el caso de que ese acuerdo no fuere posible, o que las partes acuerden su diferimiento, la designación la hará la Corte Internacional de Arbitraje, a menos que considere que la naturaleza de la controversia justifica la designación de tres árbitros, en cuyo caso, se le conceden a cada una de las partes, quince (15) días para que designen un árbitro por cada parte, y el tercero sea designado por la Corte, no obstante que las mismas partes pueden reservarse su designación de común acuerdo.
- b) *La sede del arbitraje.* Será fijada en principio por las partes en el acuerdo arbitral, y en caso contrario, cuando las partes no lo hayan convenido o no se hayan puesto de acuerdo o hayan acordado su diferimiento, la sede será fijada por la Corte Internacional de Arbitraje.
- c) *El o los idiomas del arbitraje.* Las partes escogerán el idioma a utilizarse en el procedimiento arbitral, básicamente en el acuerdo de arbitraje; y a falta de acuerdo de ellas, lo hará el tribunal arbitral, teniendo particularmente en cuenta las circunstancias de la controversia y el idioma en que esté redactado el contrato.
- d) *El derecho aplicable.* Lo acuerdan libremente las partes, tanto las normas jurídicas para resolver el fondo de la controversia como aquellas normas procesales compatibles con el Reglamento, para llevar a cabo el proceso arbitral; y a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral

aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas, pero en cuanto a las normas procesales, si este fuere el caso, aplicará el Reglamento de Arbitraje de la CCI de manera preferente, y subsidiariamente las disposiciones procesales que considere pertinentes al contrato, entre las cuales pudieren estar las normas procesales del país donde se suscribió el contrato y donde se realizó o materializó el objeto contractual, como normas lógicas pertinentes.

- e) *Otros aspectos.* Que son objeto o pueden serlo, del principio de autonomía de la voluntad de las partes: la prórroga o acortamiento de la mayoría de los lapsos del proceso arbitral (contestación de la demanda, cierre de la instrucción de la causa, promoción de testigos, expertos y peritos), así como la de instar o impulsar al tribunal arbitral para que dicte el laudo definitivo en base al arreglo o autocomposición procesal de las partes, sobre la resolución conciliadora y amigable de sus diferencias.

10. EL ACTA DE MISIÓN COMO AUTO DE PROCEDER

A diferencia del proceso ordinario, en el cual el auto de proceder consiste en una resolución emanada del órgano o autoridad judicial mediante la cual se declara el inicio del proceso, una vez admitida la demanda incoada y ordenado el emplazamiento del demandado; en el proceso arbitral, este acto de proceder lo constituye la denominada Acta de Misión, que consiste en un documento fundamental elaborado por el tribunal arbitral, en combinación con las partes, en donde éste precisa su misión a cumplir, tan pronto como

reciba de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje, el expediente correspondiente, y con base a todos los documentos que haya recibido o que las partes tengan a bien presentarle, con sus últimas alegaciones.

Este documento o Acta de Misión, deberá contener particularmente lo siguiente:

- (i) Nombre completo y calidad con la cual intervienen las partes (se refiere a la condición de demandante, demandado, codemandado, reconviniente, fiadores y cofiadores, apoderados y representantes de las partes).
- (ii) Dirección de las partes donde se puedan efectuar validamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje (estas direcciones ya deben estar especificadas tanto en la demanda como en su contestación).
- (iii) Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes, preferiblemente con la indicación de las sumas reclamadas en la demanda principal y en la reconvencción y demandas adicionales si las hubiere (esta exposición sumaria, no es otra cosa que un adelanto de la parte narrativa del laudo arbitral, en la cual se establecen los hechos en que se basa la demanda arbitral y su contestación o reconvencción formulada por el demandado, que como en el proceso ordinario, consiste en una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia).
- (iv) Una lista de los puntos litigiosos por resolver, salvo que el tribunal arbitral lo considere inadecuado, y la omitiere (este aspecto debe ser considerado con la debida prudencia o

cautela por el Tribunal, por cuanto puede dar lugar a un adelanto de opinión por parte del Tribunal en relación al fondo de la controversia).

- (v) Nombre y apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros (la calidad de los árbitros, alude necesariamente a la condición con que actúan, la independencia de su actuación, la indicación de la parte o institución que lo designa y el carácter de su actuación arbitral como árbitro de derecho o arbitrador de equidad, según sea el caso específico de éste; más esta calidad no alude a las condiciones o aspectos cualitativos personales del árbitro).
- (vi) La sede del arbitraje.
- (vii) Precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento, y si fuere el caso la indicación y mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono*.

Estas “precisiones” están destinadas a que el Acta de Misión, indique cuales son las normas procedimentales aplicables, que como ya señalamos anteriormente, son en primer lugar las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la CCI, y las normas procesales definidas por las partes en el acuerdo de arbitraje; y en defecto de éstas, vale decir, si las partes no han hecho esa fijación, la que haga el tribunal arbitral sobre la base de aquellas normas procesales que considere más apropiadas y pertinentes para resolver la controversia planteada. Aquí podrá seguirse por varios criterios de escogencia, para encontrar la pertinencia de las normas, entre las cuales están aquellas que

ofrecieren mayor compatibilidad con las normas del Reglamento de Arbitraje, las normas procesales del país donde se suscribió o donde se materializó el objeto contractual.

El Acta de Misión deberá estar suscrita (firmada) por las partes en primer lugar y por el tribunal arbitral, quien deberá remitir a la Corte internacional de Arbitraje dicha Acta de Misión. La Corte puede, por solicitud motivada del tribunal, o de oficio si lo considera necesario, prorrogar el mencionado plazo. Si una de las partes no participa en su redacción o no la firma, el Acta de Misión deberá remitirse en todo caso a la Corte para su aprobación, y tan pronto ésta lo haga, el arbitraje continuará su curso normal y estipulado de conformidad con el Reglamento. El tribunal arbitral, en la oportunidad de preparar el Acta de Misión, deberá establecer en documento separado, el calendario del arbitraje, esto es, el calendario provisional que pretende seguir en la conducción del arbitraje, previa consulta con las partes, y deberá comunicar de ello tanto a las partes como al la Corte Internacional de Arbitraje.

Es muy importante destacar, que una vez suscrita el Acta de Misión o aprobada por la Corte, si fuere el caso, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas principales o demandas reconventionales, que estén fuera de los límites fijados en el Acta de Misión, salvo que lo autorice expresamente el tribunal arbitral, el cual deberá tener en cuenta al decidir al respecto de esas demandas o reconventionales adicionales, la naturaleza de ellas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes. Aquí se sigue un principio general de Derecho Procesal, que se

conoce como “*la concentración procesal*”, mediante la cual se evita la acumulación de acciones que se excluyan mutuamente en razón a su naturaleza jurídica, en lo que fuere posible, y evitando igualmente que se dicten fallos que pudieran resultar contradictorios o contrapuestos en la resolución definitiva del problema o controversia debatida con ocasión de la demanda, contestación o reconvencción originales.

Si escudriñamos, por así decirlo de alguna manera, en la teoría general del proceso, para buscar una figura semejante o equivalente a el *Acta de Misión* en el procedimiento arbitral, posiblemente encontremos como figura que más pudiere asemejarsele, al denominado *Auto de Proceder*; solo que por su naturaleza jurídica, el Acta de Misión viene a constituir un auto de proceder mucho más amplio y participativo de todos los actores procesales. El auto de proceder, como se concibe en el proceso ordinario, es el decreto de la autoridad judicial, que con total independencia de las partes, y como una actividad propia y privativa de esa autoridad mediante la cual se reafirman los conceptos de competencia y jurisdicción, le hace saber a las partes y a los interesados, la iniciación del proceso.

El Acta de Misión, dentro de una concepción más amplia en cuanto a la actividad a desarrollar, establece una relación escrita en la cual tanto las partes involucradas como el tribunal arbitral, consignan el resultado de sus acuerdos, la especificación de sus recíprocas pretensiones, el derecho aplicable a la controversia y las normas de procedimiento por las cuales se va a desarrollar el proceso arbitral, o dicho en otras palabras quizás más coloquiales, la relación completa de los

lineamientos procesales dentro de los cuales deberá plantearse el debate de arbitraje. Aquí las partes juegan un papel preponderante en su confección y en cuanto a toda la información que se le va a ofrecer al desarrollo armónico del proceso arbitral. Procesalmente hablando, el Acta de Misión es una verdadera anticipación procesal a los términos, condiciones, pretensiones y marco jurídico de referencias como ha quedado planteada la litis definitiva dentro del arbitraje; y en esta “anticipación procesal” cumplen las partes, sin duda alguna, una tarea y una labor fundamental, sobre todo en lo que se refiere a lo que se denomina, como más adelante veremos, el *thema decidendum* del proceso arbitral. El Acta de Misión, incluso, va a constituir la base de sustentación fundamental para el desarrollo de la instrucción de la causa, y con ella, para la propia decisión contenida en el laudo arbitral.

En el Acta de Misión estarían implícitos varios de los principios generales que informan el llamado proceso ordinario; a saber:

- *El principio de la legalidad*, según el cual los árbitros como jueces particulares designados, no tienen más facultades ni atribuciones, que las que las partes le hayan fijado y señalado en el Acta de Misión en relación al derecho aplicable y a las normas procedimentales ya prefijadas para regir el proceso arbitral.
- *El principio de formalidad*, según el cual, los actos del proceso arbitral se realizarán de acuerdo a lo pautado en primer lugar y de manera preferente, por el Reglamento de Arbitraje de la CCI, junto con las normas de procedimiento escogidas y fijadas por las partes en el acuerdo de arbitraje y que fueren compatibles con el citado Reglamento. En defecto de las partes, esto es, cuando aquellas no las hubieren fijado o no se hubieren puesto de acuerdo para hacerlo, el tribunal arbitral fijará las normas procedimentales y realizará las formas sustanciales de los actos del proceso arbitral, que este tribunal considere más idóneas e incluso más compatibles con lo dispuesto por el Reglamento o el sistema de arbitraje diseñado por la CCI.
- *El principio dispositivo*, mediante el cual los árbitros (entiéndase el tribunal arbitral), deberá tener por norte de sus actos y decisiones, la verdad que procurarán conocer dentro de los límites de su función de arbitramento; debiendo atenerse a los lineamientos jurídicos que les señalen las partes en cuanto al derecho prefijado por éstas en el acuerdo de arbitraje, para aquellos árbitros de derecho; y con arreglo a la equidad, si hubieren sido designados como amigables compondores (arbitradores de equidad) de la controversia arbitral. Este principio dispositivo tiene una connotación un poco distinta en el arbitraje, que como se comporta en el proceso ordinario, como veremos más adelante y con mayor determinación al analizar el llamado “*Thema Decidendum*” y “*Forma Dat Esse Rei*” (*la forma da existencia a la cosa*).
- *El principio de especialidad procedimental*, según el cual, los procedimientos y las normas procesales especiales fijadas por las partes en el acuerdo de arbitraje, así como las del

Reglamento de Arbitraje, se aplicarán de manera preferente a las generales que señalen las mismas, en todo aquello que constituya la especialidad, sin que por ello dejen de aplicarse o de observarse las demás disposiciones y normas generales de procedimiento que sean aplicables a la controversia dentro del proceso arbitral. Se sigue aquí el viejo aforismo romano: “*Generalia specialibus non derogat*” (la generalidad no deroga la especialidad).

- *El principio de confidencialidad de los actos*, siendo este principio privativo del proceso arbitral, y opuesto o contrapuesto, al principio de publicidad de los actos procesales, que informa al llamado proceso ordinario. Por la naturaleza del sistema de arbitraje de la CCI, y del Estatuto que rige las funciones de la Corte Internacional de Arbitraje, sus actividades son de carácter confidencial, y los actos, notificaciones, escritos y acuerdos de las partes y del tribunal arbitral, solo serán del conocimiento de éstos; estableciéndose incluso, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas tendientes o destinadas a salvaguardar y proteger los secretos de carácter comercial o industrial que se encuentren envueltos dentro de la controversia de arbitraje, y cualquier otra información que revista un especial carácter o naturaleza confidencial.

11. LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA EN EL PROCESO ARBITRAL

La instrucción de la causa en el proceso arbitral, se inicia enarbolando un principio capital e insoslayable en todo

proceso: la celeridad procesal; este principio es precisamente de la naturaleza intrínseca del arbitraje, a diferencia de lo que ocurre en los procesos llevados a través de la jurisdicción ordinaria, donde el rigorismo y la multiplicidad de las formas sustanciales del proceso, provocan la inusitada y prolongada duración de los mismos; los engorrosos trámites en la sustanciación de la causa, lo que conlleva a su vez a uno de los más graves vicios procesales: la dilación de la causa. De aquí deriva aquel viejo axioma del proceso: “*justicia tardía es la peor de las injusticias*”.

En base a este importante principio de la celeridad procesal, el sistema de arbitraje de la CCI, inicia la instrucción de la causa estableciendo en el Reglamento, que el tribunal arbitral instruirá la causa en el más breve plazo que le fuere posible a través de cualquiera de los medios apropiados para tal finalidad. Una vez que se hubieren examinados los escritos y documentos que hayan sido presentados por las partes, el tribunal arbitral abrirá el debate procesal para que las partes puedan exponer de manera contradictoria todos sus alegatos, si ello fuere solicitado por éstas; o bien de oficio, por iniciativa del tribunal arbitral.

En virtud de la instrucción de la causa, el Tribunal Arbitral podrá:

- (i) Disponer de las audiencias que sean necesarias para oír el testimonio de los testigos, peritos o de cualquier persona que quisiere declarar, nombradas por las partes y en presencia de ellas, para lo cual deberán ser convocadas las partes para la realización de estas pruebas testimoniales y periciales.
- (ii) Con la previa consulta de las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar los

peritos o expertos que juzgare oportuno y pertinente, fijándoles su misión y posteriormente recabando de éstos los dictámenes y apreciaciones de carácter pericial. Las partes podrán igualmente interrogar a estos expertos o peritos sobre tales aspectos.

- (iii) Durante la instrucción de la causa, el tribunal arbitral podrá solicitarle a cualquiera de las partes que presenten o aporten pruebas adicionales sobre cualquier aspecto que el tribunal considere necesario que se amplíe la prueba, tendiente a demostrar de una manera cabal algunos aspectos que desee dilucidar.
- (iv) El tribunal arbitral, durante la instrucción de la causa podrá tomar medidas para resguardar la confidencialidad comercial e industrial de aspectos de la controversia.
- (v) El tribunal arbitral, precisamente para la mejor y más completa instrucción de la causa, convocará a las partes a objeto de que concurran a las audiencias que a bien tenga efectuar en el día, hora y lugar que determine; hecho esto con la debida y suficiente antelación, pero en caso de que cualquiera de las partes no compareciere, el tribunal a todo evento celebrará la audiencia que tuviere programada. Estas audiencias, por el específico carácter confidencial y privado que tienen las actividades o actos del proceso arbitral, estarán únicamente destinadas a la presencia de las partes y no de personas ajenas o extrañas a este proceso.
- (vi) El tribunal arbitral podrá cerrar la instrucción de la causa, cuando considere que el caso se encuentra

suficientemente debatido, en virtud de que las partes hayan tenido la oportunidad suficiente de exponer todas sus alegaciones y peticiones. Una vez declarado el cierre de la instrucción, no podrá presentarse ningún escrito, alegato o prueba, salvo que esté autorizado de manera especial y por circunstancias excepcionales por el tribunal arbitral; y éste, al declarar el cierre de la instrucción de la causa, deberá indicar a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje, la fecha aproximada en la cual va a presentar o a someter para su aprobación por la Corte, el proyecto de laudo arbitral, e igualmente deberá notificar a la Secretaría de cualquier aplazamiento o prórroga de la fecha establecida.

12. EL DERECHO APLICABLE PARA DECIDIR EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Este es quizás el aspecto más delicado, y de suyo más difícil que se les presenta a los árbitros constituidos en un tribunal de naturaleza colectiva, la mayor de la veces, en relación al cumplimiento de su misión fundamental: la de aplicar la normativa de fondo o el derecho sustantivo para resolver precisamente el fondo de la controversia arbitral.

En un proceso tan *sui generis* como lo es el proceso arbitral, la aplicación y la aplicabilidad, como condición y como aptitud de sometimiento a un determinado y específico ordenamiento jurídico, tropieza con grandes obstáculos y también con grandes retos en la resolución definitiva de la controversia de arbitraje. La autoridad de un orden legal se desarrolla como resultado de una creciente intros-

pección de la naturaleza racional que contenga o pueda derivarse de ese orden legal. La autoridad de la ley, en la praxis forense, depende de que sea razonable en relación a su justicia como valor supremo del derecho; la legitimidad de una decisión (laudo) arbitral depende de que sea conforme a derecho; que la legalidad de esa decisión, depende de su concordancia plena con las leyes positivas que las partes les fijaron para resolver o dirimir el fondo del problema debatido.

En el proceso arbitral, el derecho sustantivo escogido o seleccionado por las partes para resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje internacional, constituye por así decirlo, un sistema de valores que se consideran como preferencias subjetivas en base a su aplicación y a su aplicabilidad (condición y aptitud), y que dependen igualmente de la concordancia que presenten los titulares o sujetos de la autoridad, la legalidad y la legitimidad (árbitros y partes).

La *legalidad* es una cuestión de ley positiva, en concreto, de derecho sustantivo, si tal derecho sustantivo existe de una manera particularizada para los efectos del arbitraje predeterminado, vale decir, si las partes a través del acuerdo de arbitraje o de la cláusula compromisoria, han acordado libre y específicamente, aquellas normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar para resolver el fondo de la controversia; y si tal derecho sustantivo no existe de manera particularizada, bien por falta de acuerdo unánime de las partes, bien porque éstas no hayan hecho la escogencia o fijación determinada, o bien porque a falta de acuerdo de las partes o en defecto de aquellas, el tribunal arbitral se vea precisado a la aplicación de normas jurídicas “supletorias”, que el propio

tribunal considere “pertinentes” para resolver el fondo de la controversia (siguiendo el criterio de selección como la de escoger la normativa jurídica de cualquier país que tenga un comité nacional representado en la Cámara de Comercio Internacional), podrán presentarse objeciones de fondo relativas a esa “legalidad” que le fuere proporcionada a las partes en conflicto por el propio tribunal arbitral que ellas mismas designaron.

La *legitimidad*, que está conectada en la proporcionalidad con la cual se desenvuelve la legalidad, es una cuestión de derecho y de justicia; valores éstos que las partes buscan con la premura y la diaphanidad que supone el proceso de arbitraje; y la *autoridad*, que es materia de razón, es decir, de la capacidad que se tenga para comprender las ideas, los valores, los conceptos jurídicos y las interpretaciones de ese sistema de valores que se consideran como preferencias subjetivas de las partes en cuanto a su aplicación y a su aplicabilidad.

Dentro del sistema virtualmente armonizado que supone el arbitraje diseñado por el Reglamento de la CCI, se establece que siempre y en todos los casos (en todas las consideraciones de su decisión), el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta *las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes*, teniendo presente que las estipulaciones contractuales, son ley entre las partes, y que los usos comerciales, constitutivos de costumbres jurídicas, son fuentes de derecho; ambas también conforman el derecho sustantivo aplicable para resolver el fondo de la controversia.

Para que este sistema de valores que se consideran como de preferencias subjetivas, como el que ha diseñado el

Reglamento de Arbitraje, funcione a cabalidad, es necesario en nuestro criterio, que el propio sistema logre en definitiva la conciliación de todos los conceptos y principios jurídicos generales del derecho aplicable a la controversia arbitral; procurando que la ley justa se ajuste a los valores de la ética, de la equidad y en definitiva de la justicia. Quizás por ello, un gran filósofo del derecho, como Rudolf Stammler, reconocía la idea de la ley justa en los conceptos jurídicos generales, tales como la buena fe, la razonable discreción, la buena moral, la buena costumbre, etc, ya que todos ellos llevan a la misma pregunta acerca del método de juicio que se requiere para su aplicación. Según él, la respuesta es la misma para todos los casos “*Que el ciudadano, el consultor o el juez deberán considerar cual será la norma que proporcionará la respuesta justa a la controversia*”. Para Stammler existe una respuesta única: “*La reflexión crítica acerca del legítimo propósito del orden legal*”. Esto deberá entenderse como un método de validez general. El objeto de dicho método es juzgar el material –cambiante por necesidad– de reglas jurídicas condicionadas empíricamente y condicionarlo de tal modo que adquiera la cualidad de lo que es objetivamente justo.

La tarea que se le impone a los árbitros que integran el tribunal arbitral, es enormemente compleja y difícil, porque para buscar la justicia de la decisión definitiva, tendrán que individualizar y particularizar las normas jurídicas que las partes, bien por omisión y bien por la simplificación del acuerdo de arbitraje, no quisieron realizar en forma definitiva, y que tácita o expresamente le dejaron dicha tarea a los árbitros del tribunal arbitral.

13. EL *THEMA DECIDENDUM* DEL LAUDO ARBITRAL

El material de decisión y los límites dentro de los cuales debe manejarse el tribunal arbitral para dictar su laudo definitivo, están profundamente penetrados por el principio de autonomía de la voluntad de las partes. De allí podría afirmarse que son las partes las encargadas de fijar los límites del *thema decidendum arbitral*, cuando eligen un sistema de valores jurídicos para cada caso que vaya a ser resuelto, tomando particularmente en cuenta, de manera fundamental, las preferencias subjetivas que estas mismas partes definen a través del acuerdo de arbitraje; y precisamente estas preferencias actúan como cortapisas para definir la verdad procesal en un sentido objetivo, que es la labor de inquisición de esa “verdad objetiva” que deben buscar los árbitros en su afanosa tarea de complacencia de las partes en resolver el problema debatido en el arbitraje.

Toda decisión arbitral ha de menester un punto de apoyo, un marco de referencias esencialmente objetivo para que se pueda administrar con idoneidad lo que se denomina justicia distributiva, que viene a ser la verdadera justicia arbitral. La proposición de las partes en el acuerdo de arbitraje, es el modo de expresión del “juicio”, como concepto equivalente al proceso. Cuando las proposiciones son demasiados generales, las definiciones inexactas, los axiomas falsos o ambiguos, y el marco de referencias jurídicas está penetrado de un fuerte sentido subjetivo, todo ello deriva en fuente de percepciones equivocadas e incompletas y de juicios de valor errados en la apreciación, percepción y definición que ofrezcan los árbitros.

Las definiciones inexactas que las partes le suministran muchas veces al material de decisión del arbitraje, viene conformado por lo general por las proposiciones demasiado genéricas que puedan hacer las partes. Por ejemplo, en el proceso arbitral definido por el sistema de arbitraje de la CCI, no rige, como es natural que no lo sea para ningún proceso de arbitramento, el principio que rige para el procedimiento de la jurisdicción ordinaria: *Iura Novit Curia* (del derecho conoce el Juez), sino que este “derecho” viene escogido y seleccionado por las partes, para que sea interpretado y aplicado por el tribunal arbitral al resolver el fondo de la controversia planteada; pero que sin embargo, vienen a ser las partes involucradas, quienes le suministran al material de decisión sus propias visiones, sus exégesis, sus puntos de vista, sus juicios de valor, y los “axiomas” que subjetivamente ellas hubieren creado dentro de los conceptos jurídicos contenidos en las normas escogidas para resolver el fondo de la disputa. Estos árbitros que reciben “esta información”, que en un sentido general posee diferente nacionalidad, y cuyos conocimientos jurídicos están intrínseca y subjetivamente sujetos a su idiosincrasia y a la visión del país del cual sean nacionales, se verán influenciados de manera objetiva en la visión y la óptica de apreciación de todos estos conceptos jurídicos.

El Acta de Misión, que constituye la base de sustanciación para el inicio y la sustanciación del proceso arbitral, va también a significar el marco de referencias jurídicas que le servirá al tribunal arbitral como marco de adecuación para preparar a su vez, no solo la instrucción de la causa, sino los elementos formales del laudo arbitral (la identificación plena de las partes y de los apoderados de éstas, la expo-

sición sumaria o la síntesis operativa de las pretensiones y peticiones de las partes, que no es otra cosa que la síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteado el litigio de arbitraje, y un poco lo que posteriormente vendría a ser el aspecto narrativo del laudo, eventualmente los puntos litigiosos que hayan de resolverse, especificados en una lista a ese respecto, y por último, las precisiones sobre las normas jurídicas aplicables al proceso, que ya fueron escogidas previamente por las partes involucradas en la controversia). Todos estos elementos, serán los parámetros formales del *thema decidendum arbitral*; y son considerados como la “tabla raza” de facilitación para la resolución definitiva del fondo del problema debatido.

Desde el punto de vista formal, el contenido así asumido, del denominado *thema decidendum*, contiene una decisión declarativa, por cuanto afirma la existencia de una relación jurídica comercial preexistente; la existencia de una relación de hechos o una situación legal que sea necesario declarar expresamente, por necesidades del procedimiento o por la expresa solicitud o pretensión de cualquiera de las partes; contiene una decisión de condena, porque se pronuncia de manera expresa sobre las pretensiones de las partes que supongan el pronunciamiento del tribunal arbitral en ordenar una indemnización o el pago de una obligación cuya ejecución forzosa se desprende de la naturaleza misma de la decisión; y eventualmente puede, en algunos casos excepcionales y de acuerdo con los parámetros en los cuales se base la controversia, consistir en una decisión constitutiva, en virtud de la cual se cree una nueva relación jurídica que modifique la relación preexistente entre las partes, y aún antes del laudo arbitral.

La misma pertinencia que tiene para las partes involucradas en la controversia sometida a arbitraje, las percepciones, evaluaciones y juicios de valor que éstas le ofrecen al material de decisión, pueden tenerlos los árbitros que componen el tribunal arbitral, para dirimir la controversia. Es obvio que cada árbitro para evaluar los distintos aspectos sometidos a su consideración, tiene que valerse de específicas reglas de valoración de hechos y de pruebas. Surge de ello, algunas interrogantes de manera insoslayable, que es justo y necesario despejar: ¿Podrá el tribunal arbitral, tomar en consideración para decidir el fondo de la controversia, las reglas de valoración imperantes en el derecho interno del país, cuya legislación tanto sustantiva como adjetiva haya sido escogida por las partes para su aplicación al arbitraje? y ¿En puridad de conceptos jurídicos y en igualdad de condiciones susceptibles de aplicación al caso que se ventila, podrán valerse los árbitros de las reglas de experiencia y juicios de valor que impliquen criterios de equidad, para resolver la controversia como árbitros de derecho? Creemos que la respuesta debe ser positiva o afirmativa ante ambas interrogantes.

Esa “afirmación” se basa en dos premisas fundamentales:

- (i) la función de juzgar que tiene el árbitro dentro del proceso de arbitraje, está delimitada o atemperada por el marco de referencias jurídicas elegido por las partes, que le permite aplicar tantas y solo cuantas normas jurídicas las partes les señalen, que constituye por decirlo de alguna manera, el “único derecho” que el tribunal arbitral podrá aplicar para resolver la controversia, por cuanto
- existe al menos una “presunción”, y es la de que “todos o casi todos” los árbitros que componen o integran el tribunal arbitral, no necesariamente conocen “todo” el derecho interno del país elegido por las partes para la resolución del conflicto, sino por el contrario, “solo” aquellas normas específicas que las partes les señalan y transcriben en sus respectivos escritos, documentos y alegatos frente al tribunal, y de manera concreta, primaria y fundamental, las indicadas en el acuerdo de arbitraje, cláusula compromisoria o compromiso arbitral; ya que el derecho interno escogido, al menos en lo que se refiere a su universalidad o a su globalidad, se presume como no conocido por todos o casi todos los árbitros, y en lógica consecuencia, por aquellos que siendo de distinta nacionalidad a la del derecho interno elegido, es muy probable que no lo conozcan en toda su amplitud y en toda su concepción.
- (ii) El examen que realiza el árbitro, se introduce por así decirlo, en los lineamientos y pautas jurídicas que las partes mismas le proporcionan, e incluso en la reglas y normas de valoración que éstas le suministran dentro de sus propias alegaciones. De aquí deriva la regla elemental, que el árbitro no puede pronunciarse ni a favor ni en contra de personas ajenas a la relación procesal del arbitraje; no puede conceder o negar una cosa distinta de las pretensiones y solicitudes de las partes (demanda, contestación, reconvencción y demandas adicionales); y que el árbitro no puede cambiar ni modificar la denominada causa pretendi, vale decir, el objetivo fundamental del proceso arbitral.

Sin embargo, y como veremos más adelante al analizar los límites de la competencia, el árbitro puede valerse de sus propias reglas de valoración, que emanen de su personal convicción para evaluar aspectos que considere pertinentes, e igualmente de máximas o reglas de experiencia que se encuentren comprendidas dentro de los conocimientos de hecho de la experiencia común, y fácilmente aprendibles por todos; e incluso los denominados hechos notorios, que están exentos de prueba en todas las legislaciones, y que están bastante asimilados por cierto a las reglas de experiencia.

Dentro de la lógica de un proceso especialísimo y de una única y definitiva instancia de decisión como lo es el proceso arbitral, el fallo del árbitro, es insoslayablemente una conclusión que deriva de una evaluación contenida en un juicio de valor de carácter fáctico o de un juicio de valor con el contenido de un criterio jurídico. Por otra parte, cada juicio de valor que se tenga sobre algún aspecto controvertido, contiene a su vez, debido al profundo carácter subjetivo del mismo, un criterio de equidad, que como tal es una aproximación a la verdad, y constituye incluso un criterio valorativo para cuando el árbitro actúa como amigable componedor, como arbitrador de equidad, para decidir con arreglo a la equidad (*ex aequo et bono*), y cuando las partes así lo soliciten.

Según Friedrich Stein “no se puede decir de ningún modo que en los preceptos jurídicos siempre estén expresados con precisión por la ley, el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica”. De la misma manera, puede afirmarse, que en el campo de la apreciación de la prueba, las desconfianza en la capacidad del juez ha llevado en ocasiones al legislador a im-

poner al juez indicaciones limitadoras, en su facultad apreciativa o evaluadora, mientras que en otros tiempos los peligros a la libertad individual eran considerados menos importantes que los que dimanaban del establecimiento y rigidez de reglas fijas, y así ha oscilado también la legislación sustantiva en diversas épocas, y en diversa medida, de forma que tan pronto ha intentado determinar por sí misma los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas con exclusión de los factores individuales, ha considerado con suprema flexibilidad a la discrecionalidad del Juez. *Mutatis Mutandis*, el tribunal arbitral podría realizar un examen de las reglas de experiencia aplicadas por cualquier autoridad o juez de la jurisdicción ordinaria, para la *apreciación* de los medios de prueba y de los indicios existentes, en la medida que el examen o la aplicación concreta de la regla de experiencia, haya tenido lugar de acuerdo con las normas procesales que las partes hayan indicado o señalado en el compromiso arbitral, por cuanto se trataría de un criterio valorativo susceptible de ser aplicado al procedimiento de arbitraje, para la verificación y la fijación de los hechos allí planteados, lo que no quiere decir, que el tribunal arbitral tenga necesariamente que adaptarse, a la jurisprudencia o a los antecedentes judiciales ocurridos dentro de la jurisdicción del país, cuyas normas procesales son las escogidas y aplicadas al arbitraje por acuerdo de las partes.

Dentro de ese orden de ideas, es perfectamente factible para el proceso arbitral, que en la valoración de los hechos y de las pruebas que forman parte del material de decisión, se integren como criterios valorativos que operen como verdaderas máximas o reglas de experiencia, algunos adagios de naturaleza jurídica, que nos vienen en inveterada tradición

desde la antigua Roma, e igualmente debido a la gran laxitud y flexibilidad que tienen las normas jurídicas generales de valoración. Entre tales adagios podemos encontrar los siguientes:

- “Frustra probatur quod probatum non relevat” (Código de Justiniano 4.19.21 En vano es que se pruebe lo que no es concluyente). De aquí deviene el principio de valoración probatoria, generalmente aceptado, de que solo es admisible para el juzgador, la prueba de los hechos pertinentes.
- “Forma dat esse rei” (la forma da existencia a la cosa).
- “Cesante causa legis cessat lex” (allí donde falta la causa de la ley ésta no se aplica).
- “Cesante Ratione Legis cessat ipsa dispositio” (allí donde falta la razón de la ley ésta no se aplica).
- “Electa vía non datar regressus ad alteram” (electa una vía ya no se puede recurrir a otra).
- “Commodum ejes esse debet cujus periculum est” (Institutas de Justiniano, 3,23 – Quien soporta el riesgo debe tener también el beneficio).
- “Confirmatio nil dat novi” (la confirmación no agrega ningún elemento nuevo).
- “Nemo auditur turpitudinem suam allegans” (no se oye a quien alega su propia torpeza).
- “Nullus videtur dolo facere qui suo jure usitur” (Digesto, 50, 15, 51 –No se considera que obra con dolo quien usa de se propio derecho).
- “Odiosa sunt restringenda” (las disposiciones odiosas deben ser restrictivamente interpretadas).
- “Quod abundat non vitiat” (lo sobrea-bundante no vicia).
- “Quod nullum est nullum producit effectum” (lo que es nulo no produce ningún efecto).
- “Reus excipiendo fit actor” (al plantearse una excepción, el demandado se torna en actor).
- “Impossibilia nemo tenetur” (no se puede dar lo que no se tiene).
- “No se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio, los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades” (artículo 1352 Código Civil venezolano).
- “Máximas de experiencias: son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los hechos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos o hechos, pretenden tener validez para otros nuevos” (Según Friedrich Stein).

Además de los elementos formales del laudo arbitral, cuestión ésta que ya analizamos anteriormente en este mismo capítulo cuando tratamos lo concerniente al Acta de Misión, en la cual se encuentran implícitos todos éstos elementos; el laudo arbitral debe contener las siguientes *formas sustanciales*: (i) el laudo será dictado por la mayoría de los árbitros que componen el tribunal, cuando éste esta integrado por más de un árbitro

(comúnmente tres árbitros integran el tribunal, según el Reglamento), y cuando no consiga la mayoría o a falta de ésta, el Presidente dictará el laudo con su solo voto; (ii) el laudo deberá ser motivado, esto es, que contendrá los motivos de hecho y de derecho en que se funde la decisión arbitral; y, (iii) el laudo será dictado y suscrito en el lugar designado como sede del arbitraje y en la fecha que en el mismo se mencione.

13.1. Extensión de su competencia

Dentro del limitado ámbito de competencia del tribunal arbitral, cuyo marco de referencias fácticas y jurídicas ya ha sido previamente definido por las partes en el acuerdo de arbitraje, los árbitros deberán aplicar “todo” el derecho sustantivo que les fuere suministrado para resolver el fondo de la contienda plateada; y es interesante observar, que conforme a lo dispuesto en el artículo 17, ordinal 2º del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en una especie de *competencia ampliada* y con carácter imperativo, se establece que: “...*el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes*”.

Este mandato de la norma reglamentaria, encuentra su razón de ser y su base de sustentación jurídica, en que ambos son fuentes formales del Derecho Mercantil; y que el “uso” o la costumbre mercantil deriva fundamentalmente de el contrato comercial (*Lex Mercatoria*), en base a aquella premisa de que la costumbre en el ámbito del comercio, y de acuerdo a las características de la práctica, asiduidad y periodicidad de las relaciones mercantiles fundadas en las estipulaciones contractuales de carácter comercial, se hace ley, y como tal forma parte de todo

ese “derecho” ya preseleccionado que debe ser aplicado por el tribunal arbitral al resolver la controversia que se le pone de manifiesto. Ahora bien, ya que hemos invocado como formando parte del material de decisión arbitral, a los “usos comerciales pertinentes”, debemos incursionar acerca de sus diversas manifestaciones y la significación que pudiera tener en su integración al *thema decidendum*.

¿Cómo se engendra el uso mercantil?, nos interrogamos con el profesor Joaquín Garrigues, para hablar solamente de usos jurídicos, es decir, de usos nacidos en la vida del tráfico mercantil con ocasión de la realización de actos jurídicos. Quedan fuera de nuestra consideración los llamados usos de hecho, relativos al modo de realizar ciertas operaciones materiales del tráfico (embalajes de mercancías, envío de muestras, carga y descarga, estiba en los barcos, etc). El uso que aquí nos interesa precisar (que puede formar parte del material de decisión o *thema decidendum*), es el que nace generalmente en la esfera de la contratación mercantil, dentro del contrato mismo o de los actos jurídicos de su ejecución.

Garrigues, citando a Laband, nos dice que “*El uso mercantil es un elemento típico de todos los contratos de la misma especie, la condensación y el sedimento de cláusulas originariamente pactadas*”. Partiendo de esta afirmación inicial, cabe distinguir varias fases en la génesis del uso mercantil:

- a) En la primera fase el uso consiste por lo general, en la repetición de una cláusula en una misma clase de contrato (el carácter de asiduidad, repetición y tipicidad de los contratos mercantiles favorece la formación

del uso). Ciertas cláusulas se convierten de esta manera, en usuales asiduas y frecuentes sobre todo en la contratación de las grandes empresas trasnacionales, y en general en la contratación en masa, característica del Derecho Mercantil (contratos bancarios o financieros entre entes internacionales; contratos bursátiles; pólizas de seguros y de transporte, etc); no se considera desde el punto de vista técnico, que podamos hablar de uso, en las determinaciones precedentes, ya que la cláusula está expresa en el contrato.

- b) En una segunda fase, observamos que la cláusula muchas veces repetida acaba por sobreentenderse, entre los mismos contratantes o dentro de un pequeño grupo de personas dedicadas al mismo tipo o clase de negocio comercial, que es lo que se suele llamar en el argot del comercio, la cláusula de estilo.
- c) En una tercera fase, llamada en la doctrina de “objetivación generalizadora”, la cláusula típica del contrato comercial se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ella y se convierte en norma objetiva de derecho y como tal se impone a la voluntad de los particulares comerciantes, quienes al no pactar lo contrario, quedan vinculados a ésta, aún cuando la ignoren al momento de contratar. Aquí precisamente, la practica individual se convierte en practica social, que no es otra cosa que el uso comercial objetivizado con la connotación jurídica del término (concepto precisado con maestría por Bolaffio).

En cuanto a la clasificación desde el punto de vista de la posición del uso

frente al derecho objetivo, dichos usos se clasifican en usos interpretativos y usos normativos:

- a) El uso interpretativo o convencional representa el contenido típico del contrato. Se trata de las prácticas profesionales que dominan tácitamente la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden en todos estos actos para interpretar y complementar la voluntad de las partes, y que comprende a la segunda fase de la formación del uso.
- b) El llamado uso normativo representa una regla de derecho objetivo que se impone como tal, a la voluntad de las partes. Esto corresponde a la tercera fase de objetivación del proceso de formación del uso. Aquí podemos señalar, como conclusión a todas estas consideraciones hechas sobre los usos comerciales pertinentes de aplicación al material de decisión arbitral, que estos usos que se objetivizan o se materializan como reglas de derecho objetivo, se pueden asumir de igual manera a la objetivación que puede realizar el árbitro, sobre las llamadas reglas de experiencia, como ya analizamos anteriormente, cuando tocamos el tema relativo al material de decisión del arbitraje.

Contrariamente a lo establecido en el artículo 17, ordinal 2º del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que dimos en llamar una especie de *competencia ampliada*, mediante el cual el tribunal arbitral, además de las normas jurídicas aplicables, deberá tomar en cuenta para el material de decisión, las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles que deriven básicamente del contrato;

el mismo tribunal arbitral, podrá basar o fundamentar su decisión, *solamente o tan solo*, en los documentos (entiéndase escritos de alegatos y pretensiones, demandas, anexos, memorandos, soportes minutas, etc) que sea presentados o aportados por las partes, lo que equivale a establecer como base de sustentación de la decisión arbitral, el aspecto esencialmente documental; y, podríamos denominar este limitado aspecto del *thema decidendum*, como *competencia restringida*; y ello nos plantea algunas interrogantes en cuanto a la extensión del ámbito discrecional que posee el tribunal arbitral.

¿De atenerse *solamente* a los “documentos” aportados por las partes, estará cumpliendo el tribunal arbitral con toda la exhaustividad que le impone su oficio, conforme con lo prefijado por las partes en el acuerdo de arbitraje?

Cuando el tribunal decide el fondo de la controversia, tan solo con base a los documentos aportados por las partes, está cumpliendo objetivamente con los límites de su oficio, por cuanto está sujetando su ámbito de incumbencia al marco de referencias objetivas dentro del cual se plantea la controversia: Los documentos aportados y presentados por las partes, en cuya concepción y amplitud, estará comprendido todo el material instrumental de decisión del problema debatido, vale decir, que el tribunal contará con todos los elementos de conocimiento que existan en los autos, (demandas, contestación, reconvencción, declaraciones testimoniales, periciales, soportes, notas, memorandos, minutas y lo que es esencial e indispensable, las normas y alegatos jurídicos específicos que contienen los escritos), para proclamar el veredicto final en el laudo arbitral, dentro de los límites de su oficio,

y que éste estará acorde, al menos formalmente, con lo alegado y probado por las partes, según lo prevé el principio dispositivo que informa también al proceso de arbitraje: *Secundum allegata et probata partium iudicare debet*; y con el *principio de legalidad* en materia de arbitraje, según el cual los árbitros no tendrán más facultades que las señaladas y otorgadas por las partes a través del acuerdo arbitral; y, que sus actos serán válidos en la medida en que se funden en las normas de derecho que las partes les hubieren fijado. Se habrá cumplido así y de esta manera, con la *exhaustividad* necesaria para resolver la controversia dentro del peculiar proceso de arbitraje.

13.2. Competencia residual

Dentro del proceso arbitral se le otorga al acuerdo de arbitraje un aspecto esencialmente preponderante, aún a pesar de la rebeldía, contumacia o negativa que pudiere existir en alguna de las partes para someterse al arbitraje. De conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, si alguna de las partes rehúsa o se abstiene de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de éste, el arbitraje proseguirá no obstante dicha negativa o abstención.

Se establece en el sistema de arbitraje de la CCI, una competencia que podríamos calificar de *competencia residual*, que consiste fundamentalmente en que el tribunal arbitral conservará su competencia sobrevinida, aún en caso de la inexistencia o la nulidad del contrato, para que pudiese determinar, no obstante tales circunstancias, los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegatos de éstas, salvo estipulación en contrario y siempre y cuando se encuentre incólume la validez del

acuerdo de arbitraje, que es en definitiva lo que se sobrepone a cualquier otra circunstancia imponderable de la causa. En otras palabras, se trata de una competencia sobrevenida o preferente con relación al contrato, que le sobrevive a éste, pese a su eventual nulidad o inexistencia. Tiene aquí una especial significación, la previsión del arbitraje de solo atenderse al aspecto *documental* que presenten las partes, y dentro de tales parámetros se justifica sobradamente esta *competencia sobrevenida o residual* como la hemos catalogado.

El proceso arbitral es por su naturaleza jurídica, un proceso jurisdiccional privado, definido por jueces particulares, que son los árbitros, sujetos de Derecho Comercial o Mercantil, que están permanentemente investidos de la autoridad jurisdiccional de naturaleza privada, durante todo el tiempo que dure su misión, la cual termina con la publicación del laudo definitivo correspondiente. Esta investidura la reciben los árbitros a través del acuerdo o compromiso arbitral, que tratándose de un acto derivado del principio de autonomía de la voluntad de las partes, es de jurisdicción forzosa, de la cual recibe la condición de preponderante y prioritaria.

13.3. Carácter obligatorio de su contenido

Como es obvio, todo laudo arbitral es obligatorio para las partes, debido fundamentalmente a que al someter la controversia a esta jurisdicción de naturaleza privada, y al sistema de arbitraje en estudio, según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes se obligan de una manera expresa a cumplir sin demora cualquier laudo que fuere dictado; y se presume y se considera que han renunciado a

ejercer cualquier vía o recurso de una jurisdicción distinta al arbitraje.

Se ha establecido una regla general, en virtud de la obligatoriedad del contenido del laudo arbitral, y es la de que en todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte Internacional de Arbitraje y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y se esforzarán siempre para que el laudo definitivo recaído en cada proceso sometido al sistema de arbitraje, sea susceptible de ejecución legal.

13.4. Carácter vinculante del criterio de la Corte Internacional de Arbitraje con relación al Proyecto de Laudo

La Corte Internacional de Arbitraje es el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (conocida bajo las siglas CCI, cuya sede es la ciudad de París, Francia), que tiene la función primordial de proveer a la solución mediante el arbitraje de todas las controversias de carácter internacional que surgieren con ocasión o con motivo de los negocios internacionales e incluso de aquellos que atañen a las relaciones comerciales de un país determinado, y que están formalizados en el ámbito interno de ese país, pero que se quieran someter al ámbito internacional de arbitraje, que se conduce y maneja de acuerdo con el sistema diseñado por el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Podría decirse, que esta función de proveer a la solución de los conflictos a través del arbitraje internacional, es básicamente una función "*contralora*", que ejerce la Corte a través de las normas reglamentarias sobre el tribunal arbitral que se constituya en cada caso, bajo los

lineamientos y los parámetros establecidos en el sistema de arbitramento de la Cámara. Esa función “*contralora*” viene conformada por el examen previo que la Corte realiza sobre el proyecto de laudo arbitral, para resguardar el estricto cumplimiento de esas normas reglamentarias, que tienen una relación causal inmediata y directa con las “formas sustanciales del proceso arbitral”. Por ello, la Corte Internacional de Arbitraje, además de asegurar el cumplimiento del Reglamento de Arbitraje, asegura también el cumplimiento del Reglamento de Conciliación, ambos de la Cámara de Comercio Internacional, para resguardar la pureza de esas formas, cualquiera sea el tipo de arbitraje que en definitiva se adopte. De allí deriva el principio o regla general, que ya hemos esbozado con anterioridad, de que aún en aquellos casos no previstos en las normas reglamentarias, la Corte Internacional de Arbitraje y el tribunal arbitral en cada caso, en el cual esté especialmente constituido, procederán según el espíritu de esas normas, y las aplicarán con ese sentido, para asegurar el cabal cumplimiento del laudo, y que el mismo sea susceptible de ejecución legal. La Corte actúa como *uniformadora* del criterio o de los criterios de interpretación formal y sustancial del laudo arbitral, pero lo hace siempre y en cada caso, *in limini litis*, vale decir, desde el mismo umbral del proceso arbitral, para asegurarse que se cumplan a cabalidad los criterios formales que ella evalúa y determina en todos y cada uno de los casos que son sometidos al análisis previo de la Corte.

En virtud precisamente de esta función *uniformadora*, la Corte asegura por imperativo del Reglamento, la facultad de prorrogar de oficio cualquier plazo que esté previsto o establecido en el propio

Reglamento, para permitirle precisamente al tribunal arbitral que cuente con el suficiente tiempo para hacerle frente y realizar las actividades que forman parte de sus responsabilidades dentro del proceso. Por un principio general y estatutario, la Corte Internacional de Arbitraje, no puede, en el examen previo que realiza del proyecto de laudo que se somete a su consideración, descender a las consideraciones de fondo de la controversia sujeta al arbitraje, y que están insertas en el proyecto de laudo, por cuanto esta materia forma parte o pertenece al mérito de la causa, que corresponde de manera exclusiva y excluyente al tribunal arbitral; sin embargo, como lo veremos y analizaremos más adelante, este principio general, queda “atemperado” en relación a algunos aspectos del laudo, que podrían significar de acuerdo con la interpretación extensiva o restrictiva que se le de a algunas disposiciones del Reglamento, una “incursión” de la Corte en las consideraciones de fondo de la controversia, o la posibilidad de que ésta se inmiscuya en relación al mérito de la causa, lo cual de tomarse en un sentido positivo, pudiera significar una excepción a ese principio o regla general.

En virtud del Reglamento, y de acuerdo a una exégesis de su normativa, la Corte Internacional de Arbitraje, posee en su examen “*in limini litis*” del proyecto de laudo arbitral, las siguientes funciones:

- *La función contralora*, por cuanto ejerce la vigilancia y la supervisión de control para asegurar en todo el decurso e instrucción de la causa hasta el proyecto de laudo, el cumplimiento de las formas sustanciales que debe contener el referido laudo arbitral, que se somete a su aprobación.

- *La función uniformadora*, por cuanto centraliza por decirlo de alguna manera, la exégesis o interpretación de los criterios que en materia de formas o de requerimientos formales, debe de estar revestido el laudo arbitral.
- *La función Revisora*, en relación al examen previo del proyecto de laudo, a objeto de analizar si se cumplió en el mismo con los criterios de interpretación en la adopción de esas formas sustanciales, y de ser necesario, ordenar las modificaciones de forma del proyecto, antes de su aprobación definitiva.

a. Aspectos formales

La función *contralora* de la Corte Internacional de Arbitraje, para asegurarse de que el laudo cumpla con las llamadas formas sustanciales, se inicia prácticamente con el examen y su posterior aprobación del Acta de Misión, que viene a ser la base de sustentación formal del proceso, en lo que se refiere a los requisitos o parámetros formales que debe contener el documento, en el cual existe, no solo la identificación de las partes y apoderados de éstas, sino la síntesis operativa o exposición sumaria de las pretensiones y solicitudes de las partes; las normas jurídicas aplicables al procedimiento y posterior decisión, y eventualmente una lista de los puntos litigiosos por resolver, lo que equivale a todo un marco de referencias formales para elaborar el proyecto de laudo, cuya fecha aproximada de presentación, ya deberá ser conocida por la Corte con la antelación suficiente.

Para los efectos del examen previo del laudo por la Corte, el tribunal arbitral deberá someterlo a la consideración de

ésta, en forma de proyecto; y la Corte, al analizar o examinar el proyecto, podrá ordenar las modificaciones o correcciones de forma que considere pertinentes en cada caso. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral, sin haber sido aprobado previamente por la Corte Internacional de Arbitraje, en cuanto al cumplimiento de sus formas sustanciales. Dentro de los aspectos formales que pudiésemos llamar específicos, estaría la forma para determinar la aprobación del laudo, vale decir, si se hace o realiza por mayoría de los integrantes del tribunal, si fuere el caso, y si no existe o no puede lograrse la mayoría numérica, lo hace el presidente del tribunal, con su solo voto, quien posee el voto calificado para determinar la aprobación definitiva del laudo, de no existir la mayoría; y si se cumple la otra forma específica en el proyecto de laudo, que es la motivación, o lo que es lo mismo, que existan en el proyecto los motivos de hecho y de derecho en que se sustente la decisión definitiva.

En cuanto a la corrección o interpretación del laudo arbitral, el tribunal podrá corregir de oficio e interpretar a solicitud de cualquiera de las partes, en caso de corrección, cualquier error de cálculo, tipográfico o de naturaleza similar, y en relación a su interpretación, en igual manera, debiendo someter en ambos casos a la consideración de la Corte, en forma de proyecto para su aprobación, la respectiva corrección o la interpretación solicitada del laudo, que estará contenida en un *Addendum*, que forma parte integral de aquel. En estos casos también la Corte, revisará los aspectos formales generales y específicos a los cuales nos hemos referido ampliamente, y ordenará las modificaciones que creyere necesarias y pertinentes, antes de su definitiva aprobación.

En todos estos aspectos formales, sean de carácter general, sean de carácter específico, donde tenga inherencia la Corte Internacional de Arbitraje, el criterio interpretativo que ésta establezca, o la orden de modificación que llegare a impartir, será de evidente carácter vinculante para el tribunal arbitral.

b. Aspectos de fondo

Como ya lo afirmamos con anterioridad, las consideraciones de fondo de la controversia, o el llamado mérito de la causa, están atribuidos por mandato expreso del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al tribunal arbitral, en forma por demás exclusiva y excluyente; sin embargo, y como ya lo habíamos señalado antes, existen algunos aspectos de fondo de la controversia, que pudieren significar o hacer posible, la incursión de la Corte en tales aspectos, sin que ello signifique necesariamente, que el eventual criterio expresado por la Corte, posea un carácter vinculante para el tribunal arbitral, a la hora de someter el proyecto de laudo a la consideración de aquella. En el examen previo que hace la Corte sobre el proyecto de laudo que se le somete a su consideración, ésta no solo se limita a realizar las revisiones y ordenar las modificaciones de forma que considere pertinentes, sino que eventualmente, *“respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia”*.

Sin embargo, pese a que la precedente *“advertencia”* o *“exhortación”* no tiene carácter vinculante para el tribunal, por cuanto le está vedado a la Corte examinar las consideraciones de fondo de la controversia de arbitraje, ya que el mérito y la apreciación de la causa es función ex-


clusiva y excluyente del tribunal, eventualmente, podría la Corte inmiscuirse o descender al fondo de la controversia, al advertir que no se cumplieron requisitos de forma, o simplemente formas sustanciales de un acto en relación a la verificación o a la fijación de algunos hechos contenidos en el proyecto de laudo arbitral; por aquello de que todo examen, apreciación o verificación de fondo que se realice en cada controversia, supone una formalidad, o una consideración de forma sustancial que deba cumplirse para tal apreciación o verificación.

En el artículo 6 del Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje, se estatuye una norma que podría significar la consagración de la facultad de la Corte, para realizar verificaciones de fondo de la controversia, en una eventual contradicción con las normas del Reglamento de Arbitraje que establecen la prohibición a descender a las consideraciones del mérito de la causa. La norma aludida estatuye: *“Al examinar los proyectos de laudos de conformidad con el artículo 27 del Reglamento (el examen previo del laudo por la Corte), la Corte, en la medida de lo posible, tomará en cuenta las exigencias de las normas imperativas de la sede del arbitraje”*. Definitivamente, esta norma reglamentaria interna, que regula el funcionamiento intrínseco de la Corte Internacional de Arbitraje, pudiese tener, y de hecho tiene, implicaciones ciertamente polémicas en relación al llamado mérito de la causa contenido en la decisión arbitral.

En tal sentido cabría preguntarse: ¿se inmiscuye la Corte Internacional de Arbitraje, en las consideraciones de fondo de la controversia arbitral?, ¿qué significa, que en lo posible tomará en cuenta “las

exigencias” de esas normas imperativas?, ¿significa acaso, que la Corte desciende a considerar si el proyecto de laudo cumple o no, con la correcta interpretación que ésta le atribuye a lo que denomina como “normas imperativas de la sede del arbitraje”, ¿tendrá ésta la última palabra en la exégesis de esas normas, cuyas “exigencias” decide examinar?, ¿cuál norma deberá de aplicar preferentemente, la Corte Internacional de Arbitraje, si la relativa al Reglamento Interno que rige su funcionamiento en relación con el sistema arbitral que debe controlar, o las normas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que le vedan las verificaciones y las consideraciones de fondo o mérito de la causa? y, ¿asume de esta manera, la Corte Internacional de Arbitraje, la suprema exégesis de las normas aplicables al caso que se ventila, al considerar sus “exigencias” como requisitos formales sustanciales que debe cumplir el laudo arbitral?

Todas estas interrogantes, deberán ser despejadas en cada caso sometido al sistema de arbitraje de la CCI, y en cada ocasión, en la cual la Corte Internacional de Arbitraje tenga la imperiosa necesidad por razones de control y de procedimiento, de reexaminar directamente las consideraciones de fondo de la controversia, para separar la cuestión de derecho específico que tenga que ver con el mérito de la causa, de la cuestión de hecho relativa a las formas sustanciales del proceso arbitral. Todo ello supone, una constante revisión de sus normas internas, de parte de la Corte Internacional de Arbitraje.

Pero en todo caso, habremos de repetir constantemente lo expresado en el Libro de Los Proverbios: “*La respuesta suave y humilde quebranta la ira; las palabras duras excitan el furor*”. (Proverbios, XV, 1). 

EL ESTADO Y EL JUICIO DE ARBITRAJE SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Por: EDGAR NEIRA ORELLANA (*)

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos. 2. Requisitos de validez procesal cuando el Estado ecuatoriano es parte de un juicio arbitral. 2.1. La exigencia de un documento escrito. 2.2. La transigibilidad y la naturaleza contractual de la controversia. 2.3. Laudo fundamentado en derecho. 2.4. Cláusula compromisoria anterior a la controversia. 2.5. Señalamiento de la forma en que se designarán árbitros. 2.6. Renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público. 2.7. Los demás requisitos legales. 3. Dificultades que derivan del juicio arbitral en que el Estado es parte procesal. 3.1. Insuficiencia de las cláusulas compromisorias. 3.2. Debilidad en el patrocinio público. 3.3. Acción de nulidad de los laudos arbitrales. 3.4. La Contraloría General del Estado desconoce laudos arbitrales. 4. Conclusiones.

Transcurrida una década desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en la República del Ecuador, la experiencia que ha aportado el paso de ese tiempo permite identificar determinados problemas que han derivado de la aplicación de sus normas y que han sido recurrentes en el desenvolvimiento de las instituciones que integran el sistema arbitral ecuatoriano.

En este artículo destaco algunos elementos resultantes de un análisis descriptivo de los inconvenientes generados por dicha ley, con especial referencia a los casos en que una entidad de derecho público ha estado sometida a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros. Tales elementos analíticos son el fruto de mis reflexiones como abogado en ejercicio en el ámbito del derecho público y como

(*) Doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Socio de la firma Gallegos, Valarezo & Neira. Árbitro de la Cámara de Comercio de Quito.

árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

En la primera parte presento una breve cronología legislativa sobre el sistema arbitral en el Ecuador y un enunciado teórico sobre el régimen de contratación del Estado ecuatoriano, en atención a que solo las controversias de naturaleza contractual lo pueden vincular válidamente como parte de un juicio arbitral. A continuación describo la normativa legal relacionada con el tema y planteo determinados aspectos que influyen negativamente en el desenvolvimiento de la práctica arbitral.

Por razones de espacio, los contenidos de este artículo se circunscriben a la normativa ecuatoriana. Por tanto, quedan excluidos importantes temas relacionados con Tratados Internacionales sobre arbitraje que ha suscrito el Ecuador y que por mandato del artículo 163 de la Constitución Política forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno con prevalencia sobre las leyes.

Para los efectos de este análisis, destaco que la ley ecuatoriana emplea la designación de “convenio arbitral” como una expresión genérica comprensiva de los “convenios arbitrales” propiamente tales y de las “cláusulas compromisorias”. De ahí que en este análisis sobre el arbitraje en Ecuador utilice indistintamente “cláusula compromisoria” o “convenio arbitral” como expresiones sinónimas.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Estado como parte procesal en un juicio arbitral no es un tema nuevo en el Ecuador. La codificación del Código de Procedimiento Civil de febrero de 1953 incorporó una sección específica bajo el

epígrafe “juicio por arbitraje” y previó que los representantes de las personas jurídicas de derecho público estaban autorizados para comprometer la controversia en árbitros, así como para nombrarlos.

Sin embargo, a pesar de que esta normativa se mantuvo en las codificaciones de 1960 y de 1978, la repercusión que alcanzó en la práctica fue mínima. El prestigio e independencia de que gozaba la justicia ordinaria determinaba que todas las controversias que involucraban a entidades de derecho público sean resueltas por los órganos de administración de la justicia común y que no haya habido necesidad de métodos alternos para asegurar esa independencia y acierto, al menos no en lo tocante a conflictos de inversionistas nacionales con el Estado ecuatoriano.

Adicionalmente, las normas del Código de Procedimiento Civil que regulaban el “juicio por arbitraje” eran excesivamente reglamentarias y desalentaban la opción que ofrecía el arbitraje: se exigía que el compromiso arbitral contenga el texto completo de la demanda y la contestación, es decir, que la controversia haya surgido previamente; se establecía el derecho a apelar la sentencia arbitral ante los jueces ordinarios con lo cual la eficacia de un juicio ágil como pretende ser el arbitral, quedaba enervada por la posible iniciación de un nuevo proceso ante los jueces de lo civil.

La expedición de la Ley de Arbitraje Comercial en octubre de 1963 corrigió la rigidez del Código de Procedimiento Civil, pero no comprendió en su normativa a las controversias en que era parte el Estado porque el ámbito de esa ley quedaba circunscrito a las controversias de carácter mercantil entre sujetos de derecho privado (artículos 1, 5 y 15) .

El gran impulso al sistema arbitral ecuatoriano como un método alternativo de solución de controversias, –incluidas las que comprometen al Estado–, lo dio la nueva Ley de Arbitraje y Mediación de septiembre de 1997 –en adelante *LAM*– que reconoció de manera abierta y categórica que el Estado y demás entes de derecho público podían someter al juicio de árbitros las controversias originadas en una relación jurídico contractual.

La consagración de los métodos alternos de solución de conflictos que hizo la Constitución Política de 1998 fue el impulso formal más importante al sistema de arbitraje ecuatoriano y a la composición de controversias entre el Estado y los particulares, bajo las reglas de la mediación y del arbitraje. Por primera vez, normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico (artículo 191 inciso 3).

2. REQUISITOS DE VALIDEZ PROCESAL CUANDO EL ESTADO ECUATORIANO ES PARTE DE UN JUICIO ARBITRAL

Un tribunal de arbitraje constituido para conocer de una determinada controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, antes de resolver sobre su propia competencia deberá examinar que en el caso concreto se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento interno, básicamente en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los requisitos de validez procesal a que me refiero podrían clasificarse en dos

categorías: los requisitos de carácter material y los de orden formal. Los primeros se refieren al objeto de la controversia y al fundamento de la decisión de los árbitros; y los segundos a la cláusula compromisorio como tal.

Entre los requisitos materiales están la transigibilidad del derecho discutido en juicio, la naturaleza contractual de la controversia y la resolución fundada en derecho. Entre los requisitos formales están los que mandan que la cláusula de compromiso arbitral sea anterior a la controversia, que se señale la forma en que se designarán los árbitros y que esté suscrita por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.

En razón de que estos requisitos inciden en la validez del proceso arbitral, a unos y otros los he catalogado como “requisitos de validez procesal” puesto que el incumplimiento de éstos provocaría la nulidad del proceso de arbitraje según las consideraciones que se explican más adelante.

El tribunal arbitral deberá establecer si la sujeción de la persona de derecho público a la jurisdicción ejercida por árbitros es o no conforme a las reglas del derecho ecuatoriano, porque si se incumpliere alguno de los requisitos materiales o formales que han sido enunciados, ese tribunal vendrá obligado a pronunciarse al respecto al momento de resolver sobre su competencia, sin perjuicio de que lo haga en cualquier estado del juicio en que advierta que se ha producido el incumplimiento de un requisito.

Por tanto, al momento de resolver sobre su competencia el tribunal arbitral está obligado a examinar no solamente la existencia del convenio arbitral sino que hayan concurrido los requisitos materiales

y formales de validez establecidos en la ley. Si faltare cualquiera de estos requisitos, el proceso arbitral o el convenio arbitral, en su caso, serían nulos y no habría nacido válidamente la jurisdicción del tribunal para resolver la controversia planteada.

A continuación me referiré a cada uno de estos requisitos y destacaré algunos de los problemas prácticos que presenta su aplicación.

2.1. La exigencia de un documento escrito

La Ley de Arbitraje de Mediación no distingue la cláusula compromisoria del convenio arbitral como con buena técnica lo hizo la derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963. Esta ley definió a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter sus controversias futuras a la decisión arbitral (artículo 1); mientras que el convenio arbitral fue caracterizado como el documento suscrito por las partes después de que hubiera surgido la controversia (artículo 6).

La Ley en vigencia utiliza la expresión genérica “convenio arbitral” para incluir en ella la cláusula compromisoria y el convenio propiamente dicho. La definición de “convenio arbitral” que trae la ley ecuatoriana es la siguiente:

“(...) el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Según la disposición transcrita, el convenio –que podrá ser anterior o posterior a la controversia– deberá constar por escrito. Ésta es la primera exigencia que deberá cumplir todo acuerdo en que el Estado haya convenido someterse al juicio de árbitros, de manera que no será admisible el acuerdo verbal o el consentimiento tácito.

La exigencia de un “acuerdo escrito” excluye la aplicación del silencio administrativo en que por falta de respuesta de la administración, la petición de un particular de someter un determinado conflicto al juicio de árbitros comporte un acuerdo tácito de sujeción al juicio arbitral. Esta situación contraviene los mandatos de los artículos 4 y 5 de la *LAM* que exigen un “acuerdo escrito” que deberá estar suscrito por la máxima autoridad del respectivo ente público según se analiza más adelante.

2.2. La transigibilidad y la naturaleza contractual de la controversia

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que podrán someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros las controversias susceptibles de transacción. Y éste que es el requisito de validez para toda clase de controversias arbitrales, lo es también para aquellas en que el Estado sea parte.

Es de señalar que la redacción de esta norma no acertó en precisar que el carácter transigible se refiere al derecho de las partes procesales antes que a la controversia surgida entre ellas. Sin embargo, no hay duda respecto a que el derecho controvertido en un proceso arbitral deberá ser de aquellos susceptibles de transacción de conformidad con los principios y normas del ordenamiento ecuatoriano.

Como regla de general aplicación en el ámbito del Derecho Público, no son transigibles las potestades que el orden jurídico reconoce a la administración pública y a las demás funciones del Estado para el cumplimiento de sus fines. Por tanto, no podrán ser objeto de transacción ni de litigio en un proceso arbitral el ejercicio de las potestades normativa, resolutoria, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su seguridad interna y externa.

Lo anterior revela una vinculación muy estrecha entre la transigibilidad del derecho como exigencia de carácter general aplicable a todas las controversias sometidas al juicio de árbitros (artículo 1 de la *LAM*), y el requisito de que la relación jurídica que será objeto de juzgamiento arbitral, en juicios en que sea parte el Estado, tenga naturaleza contractual (artículo 4 literal b) de la *LAM*).

A este respecto, los autores que han estudiado el régimen de contratación del Estado distinguen los “contratos administrativos” de los denominados “contratos de la administración”, y aunque sus análisis puedan inscribirse en corrientes doctrinales diversas, aquellos han coincidido en la definición de cada una de esas tipologías contractuales⁽¹⁾. Un consenso entre los administrativistas revela que los

“contratos administrativos” son aquellos sujetos al régimen del derecho público a diferencia de los “contratos de la administración” a los que se aplican las normas y principios del derecho privado.

La *LAM* no hace distinción entre “contratos administrativos” y “contratos de la administración”. En consecuencia, la fórmula del artículo 4 es comprensiva de cualquier clase de contratos que celebre el Estado ecuatoriano, aun de aquellos que están sometidos a las normas de contratación y principios del Derecho Público.

En un caso reciente planteado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, una persona jurídica de derecho privado concesionaria de un servicio público, demandó al Estado ecuatoriano la violación del contrato de concesión que había suscrito con éste, la reparación de los daños provocados por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, y la nulidad de unos determinados actos administrativos que provocaban esta ruptura del equilibrio económico financiero.

Cuando el tribunal arbitral se declaró competente para conocer de la controversia, señaló que dicha competencia le alcanzaba para establecer si hubo o no violación del contrato de concesión y ruptura de la ecuación económico financiera, pero no aceptó la competencia en lo relacionado con los aspectos de legalidad de las resoluciones administrativas también impugnadas en la demanda⁽²⁾.

(1) Es el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Thomson Civitas, p. 704 y ss.; PAREJO ALONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 964; PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Los Contratos Estatales*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999, pp. 43 y ss.

(2) No identifiqué a las partes procesales de este caso, por la confidencialidad de la controversia. Al momento que escribo estas líneas el caso aún no ha sido resuelto. Sin embargo, los conceptos discutidos en este

Este precedente plantea que cuando en el objeto de la litis de una acción arbitral se encuentren entrelazados aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado, la tutela efectiva de derechos que impone la Constitución a todos los órganos que administran justicia (artículo 24 numeral 17), –árbitros incluidos–, impide a éstos declararse incompetentes sin más. Los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual y a continuar el juicio arbitral exclusivamente sobre estos temas, pero a no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de actos normativos.

2.3. Laudo fundamentado en derecho

Cuando el Estado es parte de un juicio arbitral, el pronunciamiento de los árbitros no podrá fundamentarse en criterios de equidad sino en normas y principios de derecho. Es de destacar que este requisito material está relacionado con el contenido y fundamentos de la decisión que pondrá término a la controversia arbitral. No es una exigencia del contenido de la cláusula compromisoria. El requisito no está previsto en la *LAM* sino en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (artículo 11) que señala de manera categórica que los juicios de arbitraje a que se sometan las entidades públicas serán resueltos en derecho.

Destaco dos situaciones prácticas que podrían presentarse con relación a este

tema. La primera, que la cláusula compromisoria no prevea si el laudo que pronuncien los árbitros será en equidad o en derecho; y la segunda que la cláusula compromisoria contradiga el artículo 11 antes mencionado y establezca que el laudo será en equidad.

El primer caso podría generar cierta confusión porque la *LAM* prevé que cuando las partes hubieren omitido en el convenio señalar si el laudo será en derecho o en equidad, el fallo será en equidad (artículo 3). Si el Estado es parte en el proceso arbitral, el artículo 3 de la *LAM* no sería aplicable debido a que el mandato del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (que tiene un rango normativo superior al de la *LAM*), impone que toda controversia con una parte estatal sea resuelta en derecho. Una disposición imperativa como ésta suple las omisiones en que hubieren incurrido las partes al estipular el compromiso arbitral.

Es de insistir que el requisito de que la controversia arbitral con parte estatal se resuelva en derecho, no es condición de validez del convenio arbitral. Se trata de una exigencia relativa al alcance del pronunciamiento de los árbitros en el laudo que expidan para poner fin al litigio arbitral. Esta exigencia les impone a los árbitros decidir con aplicación estricta de normas y principios de derecho. No se trata de un requisito que la Ley Orgánica de la Procuraduría hubiera impuesto a las partes al momento de redactar la cláusula compromisoria. Por tanto, cualquier omisión sobre el tema en la cláusula quedará subsanada por el mandato del artículo 11

juicio resultan interesantes para fijar el alcance de la jurisdicción convencional que ejercemos los árbitros en una relación jurídica que involucra, simultáneamente, conflictos contractuales y de derecho constitucional o de administrativo.

de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El segundo caso podría ser más discutible: una cláusula compromisoria que prevea que la controversia arbitral en que el Estado es parte, sea resuelta en equidad. La cláusula contravendría la letra del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que prevé el arbitraje en derecho para todos los casos en que entidades públicas hubieren acordado sujeción al juicio de árbitros. Una opinión fundada en el principio *pro arbitraje* que consagra la legislación ecuatoriana, podría concluir que la contravención a la ley orgánica no provocaría la nulidad de la cláusula compromisoria sino solamente la ineficacia del acuerdo de voluntades en lo relacionado con el arbitraje en equidad que se entendería no escrito.

El principio *pro arbitraje* que inspira al sistema ecuatoriano y que está consagrado en varias normas de la LAM, (artículo 5 inciso 3, 6, 7 inciso 2º y 35), impone a los árbitros y a los jueces hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias al juicio de árbitros, independientemente del error de derecho en que aquellas hubieren podido incurrir al estipular que el laudo sea en equidad. En este caso el mandato legal que impone el arbitraje en derecho prevalece sobre el acuerdo de voluntades sin viciar de nulidad la cláusula arbitral.

En conclusión, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado suple las omisiones en que pudieran incurrir las partes, cuando al estipular el convenio arbitral, no hubieren precisado que el arbitraje sea en derecho; y corrige el error jurídico de aquellos con-

venios que hubieren previsto que el arbitraje en que el Estado sea parte, sea resuelto en equidad. En este último caso, la corrección del error privilegia el respeto a la voluntad de las partes de someterse al juicio de árbitros, pero enmienda esa voluntad en el sentido de que los árbitros deberán resolver, no sobre criterios de equidad, sino fundamentados en normas y principios de derecho. Esta posición vuelve compatible el interés público con el principio *pro arbitraje* que consagra nuestra legislación.

2.4. Cláusula compromisoria anterior a la controversia

El convenio arbitral deberá ser acordado con anterioridad al surgimiento de la controversia. Así manda el artículo 4 literal a) de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Varias dificultades surgen a partir de esta norma de la LAM. La primera es el alcance de la palabra controversia. ¿Se refiere ésta a la simple divergencia en la interpretación del contrato o exige la previa presentación de una demanda y que la parte demandada la haya negado en su contestación? y ¿la palabra “controversia” podría comprender la solicitud de mediación que una parte hubiere presentado para resolver diferencias surgidas con ocasión del contrato?

En mi opinión la norma se refiere a todas las posibilidades anteriores, porque incluye cualquier género de discrepancia formalmente planteada por una de las partes contractuales respecto de la otra que contradice, aunque no se hubiere presentado demanda.

Si la cláusula compromisoria integra el texto del contrato suscrito por las partes, no hay dificultad en advertir que

cualquier controversia que surja de la interpretación o ejecución de ese contrato siempre será posterior. Los problemas podrían aparecer cuando el convenio arbitral hubiere sido suscrito en una fecha posterior a la firma del contrato y el momento de surgimiento de la controversia no pudiera ser establecido con precisión. Para resolver este caso es necesario destacar que la controversia deberá aparecer en documentos escritos que revelen la época de “surgimiento de la controversia” y que inequívocamente demuestren cuando se constituyó una situación contradictoria respecto de los derechos u obligaciones contractuales. De no haber prueba concluyente al respecto, el tribunal arbitral debería presumir que la controversia fue posterior a la suscripción del convenio, en atención al principios de tutela efectiva de derechos y *pro arbitraje*.

El artículo 4 literal a) también regula el supuesto en que luego de surgida la controversia, las partes deciden someterla al juicio de árbitros. En este caso no basta la voluntad coincidente sobre el texto de un convenio arbitral. Será necesario que la entidad pública de que se trate lo eleve a consulta al Procurador General del Estado para que dictamine con carácter vinculante sobre lo consultado.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado coincide con el mandato de la *LAM* porque también permite la sujeción al juicio de árbitros luego de surgida la controversia con el Estado (artículo 11, inciso 2):

“Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes”.

Habría que entender por “leyes pertinentes” la Ley de Arbitraje y Mediación (en singular), concretamente, la norma del artículo 4 literal a) que he comentado y que fija la consulta previa al Procurador General del Estado cuando la controversia ha precedido a la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros.

2.5. Señalamiento de la forma en que se designarán árbitros

Para la válida sujeción de entidades de derecho público a un procedimiento arbitral, el artículo 4 literal c) de la *LAM* señala que el convenio arbitral deberá indicar la forma de selección de los árbitros.

No encuentro razón que justifique esta exigencia porque la Ley de Arbitraje y Mediación ya prevé un método de designación de árbitros que precautela el principio de igualdad procesal, y porque pudiera ocurrir que el acuerdo de voluntades sobre la forma de designación de árbitros sea el que lesione el interés público. En todo caso, se trata de una exigencia esencial que debe satisfacer el texto de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral que tenga como parte al Estado. La falta de cumplimiento de este requisito viciará la cláusula compromisoria y determinará que ésta no surta ningún efecto legal, porque la jurisdicción del tribunal de arbitraje no podrá nacer válidamente de una cláusula que omitió el señalamiento de la forma de designación de los árbitros.

Sin embargo de lo anterior, no encuentro argumento para objetar la validez de aquellas cláusulas o convenios arbitrales que se refieran a la forma de selección de los árbitros mediante simple remisión

al artículo 16 de la *LAM* o a sistemas de arbitraje internacional. A continuación planteo dos ejemplos:

“Para los casos de controversias derivadas de la aplicación o interpretación de este contrato, las partes renuncian fuero y domicilio y acuerdan someter dichas controversias a un procedimiento de arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de (...); los árbitros serán designados según procedimiento del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación”

“Las diferencias surgidas con ocasión de este contrato o relacionadas con los derechos y obligaciones establecidas por éste, serán resueltas definitivamente por un Tribunal de Arbitraje designado según las normas y procedimientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”.

En mi opinión, estas cláusulas cumplen la exigencia de señalar la forma de designación de los árbitros porque expresamente se refieren a este aspecto a través del reenvío a una norma jurídica que se presume de derecho conocida por todos, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.

Otro inconveniente puede ocurrir cuando la cláusula o el convenio arbitral han acordado una determinada forma de designación de los árbitros, en que cada una de las partes tiene derecho a nombrar un árbitro, pero dicha cláusula omite regular el supuesto en que cualquiera de esas

partes, por estrategia procesal o por negligencia, se abstiene de hacer tal designación. En este caso, considero que el requisito del artículo 4 literal c) está cumplido, es decir que el convenio sí ha indicado la forma de selección de los árbitros, pero al no haberse efectuado la designación por omisión de una parte procesal, debería aplicarse el artículo 16 de la *LAM* que siempre tendrá carácter supletorio cuando la forma de selección convenida en la cláusula compromisoria resultare insuficiente.

2.6. Renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público

El artículo 4 literal d) de la *LAM* incluye otra exigencia de forma, relacionada con la cláusula compromisoria o el convenio arbitral.

El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

En primer lugar, la norma de la ley no precisa si la renuncia a la jurisdicción ordinaria deba ser expresa o tácita. En consecuencia, será admisible la renuncia tácita, y aunque no aparezca expresada en el texto de la cláusula compromisoria de que se trate, la voluntad inequívoca de someter la controversia al juicio de árbitros será la que lleve a la convicción de un tribunal arbitral de que las partes renunciaron tácitamente a la justicia ordinaria y cumplieron con la exigencia de la *LAM*.

Nótese la diferencia entre el requisito formal de la designación de árbitros y éste de la “renuncia a la jurisdicción ordinaria”.

Mientras que el primero es de carácter positivo porque exige una previsión expresa en el convenio arbitral, el segundo tiene carácter negativo, por la propia naturaleza del concepto “renuncia”, y determina que la voluntad de las partes esté implícita en la cláusula compromisoria.

Por otro lado, es necesario que el convenio arbitral sea firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución. Es decir, por las máximas autoridades de una determinada entidad cuando éstas ejercen la representación legal o por funcionarios que tuvieren delegación. En la administración pública central, el Presidente de la República y los Ministros de Estado en sus respectivas carteras; en el régimen seccional autónomo los Alcaldes y Procuradores síndicos para municipios, y los Prefectos Provinciales para los Consejos Provinciales; y en las entidades autónomas con personalidad jurídica, sus máximos personeros, es decir aquellos a los que la ley asigna la representación legal.

2.7. Los demás requisitos legales

Estos requisitos que aparecen mencionados en el artículo 4 de la *LAM*, más bien de carácter general, están relacionados con las demás exigencias que establecen las leyes, incluida la propia Ley de Arbitraje y Mediación. Algunos de esos requisitos ya han sido analizados en este artículo: que el arbitraje sea en derecho (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículo 11), que exista un documento escrito (Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 5), capacidad, objeto y causa lícita (Código Civil, artículo 1461), que el objeto controvertido tenga carácter transigible (Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 1), requisito implícito

en la exigencia de que el litigio arbitral que involucre al Estado deba ser de naturaleza contractual

3. DIFICULTADES QUE DERIVAN DEL JUICIO ARBITRAL EN QUE EL ESTADO ES PARTE PROCESAL

Una década de vigencia de la *LAM* ha sido tiempo suficiente para alcanzar una amplia perspectiva de sus bondades y limitaciones. Las decisiones que han adoptado los tribunales de arbitraje y las sentencias de las Cortes Superiores que han resuelto acciones de nulidad de laudos arbitrales coadyuvan en esa comprensión. La práctica procesal que ha venido ocupando intensamente la reflexión de funcionarios de centros de arbitraje, árbitros y abogados que operan el sistema, ha sido otra de las experiencias, quizá de las más importantes, que han contribuido al conocimiento de las instituciones reguladas por la ley.

Bajo la premisa de que el fenómeno jurídico se integra no solamente de normas de derecho sino de la realidad en que aquellas están llamadas a ser aplicadas, me he propuesto añadir a la descripción legal precedente un enunciado de algunas dificultades de orden práctico que con mayor frecuencia han venido ocurriendo en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal, y que nos invitan a emprender en correctivos que afinen las instituciones del sistema arbitral ecuatoriano y vuelvan más confiable a este método alternativo de solución de conflictos.

3.1. Insuficiencia de las cláusulas compromisorias

Son frecuentes los casos en que particulares que han celebrado un contrato

con una entidad de derecho público, no encuentren en la cláusula compromisoria suscrita en su oportunidad, un fundamento suficiente que les permita plantear su demanda sin correr el riesgo de que el tribunal de arbitraje que conozca del caso se declare incompetente para resolver la controversia.

Un sinnúmero de circunstancias explican esta insuficiencia de las cláusulas compromisorias en los contratos que suscriben las entidades de derecho público: en un primer momento de vigencia de la *LAM* la institución del arbitraje no había sido suficientemente difundida, y la desconfianza que despertaba este sistema en los abogados del Estado, determinaba que la sujeción a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros se haga en términos ambiguos, o sin cumplir con todos los requerimientos de forma que el artículo 4 de la *LAM* ha establecido para estos casos.

En los contratos de obra pública he encontrado con cierta frecuencia cláusulas compromisorias que establecen un procedimiento de mediación amistosa para resolver las diferencias entre contratantes, y que de no haber solución las partes podrían someterla a la decisión de un tribunal de arbitraje si, llegado el momento, manifiestan su voluntad en ese sentido. Nótese que en este caso, la sujeción al procedimiento arbitral ocurre después de suscitado el conflicto y luego de que las dos partes se hayan puesto de acuerdo para someterla a la decisión de árbitros.

Este tipo de previsión condicional determina que, jurídicamente, no exista cláusula compromisoria mientras no se produzca el acuerdo posterior entre los contratantes. En estos casos, el nacimiento de la jurisdicción ejercida por árbitros queda condicionada a una voluntad coincidente

de las partes para someter su conflicto a un arbitraje, después de suscitada la controversia. Semejante condicionamiento debe enfrentarse con la exigencia de que una vez surgida la controversia en que el Estado ecuatoriano sea parte, deberá contarse con el pronunciamiento del Procurador General del Estado que autorice, previamente, la sujeción al procedimiento arbitral.

También es frecuente encontrar cláusulas en que el Estado somete las controversias de carácter técnico o económico al juicio de árbitros, y reserva las diferencias de orden jurídico que derivan del contrato a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

Desde un punto de vista práctico no resulta fácil trazar una línea que separe las controversias técnico económicas del contrato de las jurídico contractuales, porque aquellas derivan de éstas. Más aún, me atrevería a concluir la imposibilidad de tal separación puesto que los aspectos económicos o técnicos relacionados con la ejecución del contrato tiene relación directa o indirecta con las obligaciones que nacen de ese contrato.

En estos casos los tribunales de arbitraje han decidido declararse competentes y han resuelto que toda controversia técnica y económica derivada de un contrato comporta aspectos jurídicos sobre los cuales los tribunales de arbitraje tienen plenas atribuciones para conocerlos y resolverlos (según el concepto que apareció utilizado en cada caso y que fue claro y categórico). Fundamentan esta posición en que la restricción impuesta sobre aspectos jurídicos del contrato deviene contradictoria e ineficaz frente a la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a un procedimiento arbitral que prevalece sobre la restricción antes indicada.

3.2. Debilidad en el patrocinio público

En los primeros tiempos de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, la falta de conocimiento respecto de las instituciones reguladas en ella fue un fenómeno lamentablemente muy extendido en el sector público. Sin embargo, hoy en día se aprecia una notable disminución del problema. Entidades como la Procuraduría General del Estado o ciertas empresas públicas que han debido enfrentar juicios arbitrales, cuentan con un cuerpo de profesionales con amplios conocimientos en el procedimiento arbitral. En todo caso, todavía se espera que estos avances se extiendan aún más a todas las entidades estatales.

Otros aspectos inquietantes son las limitaciones consustanciales a la organización y funcionamiento de las entidades públicas, que les impide dar respuestas oportunas en el trámite de un proceso caracterizado por la celeridad. Por ejemplo, en la reglamentación de varios centros de arbitraje en el Ecuador, la solicitud de una prueba pericial exige que la parte interesada consigne previamente los honorarios del perito en un término de tres días desde que hizo saber el costo de su informe, bajo prevención de que al no pagar la solicitud de prueba quedará sin efecto. En muchas ocasiones, la entidad pública que litiga no logra que su departamento financiero emita un cheque para el pago de los honorarios periciales en el término de tres días y, en más de una ocasión esa entidad del Estado pierde una prueba que podría ser fundamental en el caso concreto, más allá de la obligación que tendrían los árbitros de practicarla para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (artículo 23 de la *LAM*).

Esta situación exige que las entidades públicas adopten correctivos institu-

cionales que les permitan litigar sin esta clase de tropiezos y simultáneamente, que los tribunales arbitrales evalúen con criterios de equidad las situaciones prácticas que pudieren presentarse.

3.3. Acción de nulidad de los laudos arbitrales

Se ha convertido en una práctica invertebrada dentro del sistema arbitral ecuatoriano que, cuando se expiden laudos contrarios a la pretensión del Estado, éste interponga acciones de nulidad ante la Corte Superior de Justicia para evitar la ejecución.

Aunque las estadísticas de los pronunciamientos que ha hecho la Corte Superior revelen que en un noventa por ciento de casos las acciones de nulidad hayan sido desestimadas, la práctica de impugnar los laudos arbitrales vía acción de nulidad ha ido consolidándose cada vez más.

Sin embargo, cabe anotar que en el Estado ecuatoriano esta situación ha venido estimulada porque un deformado sistema de control de recursos públicos por parte de la Contraloría General del Estado, determina responsabilidades civiles a los funcionarios que no impugnan decisiones judiciales o arbitrales adversas al interés del Estado. Bajo estos esquemas de funcionamiento del Estado ecuatoriano, no resulta extraño que en todos los casos de un laudo adverso éste sea impugnado vía acción de nulidad, sin que la ausencia de méritos argumentales para la pretendida nulidad impida la interposición de tales acciones.

Esta mala práctica no solo se presenta en juicios arbitrales en que el Estado es parte, sino en aquellos en que los particulares contradicen sus pretensiones ante un tribunal arbitral y uno de éstos resulta vencido.

3.4. La Contraloría General del Estado desconoce laudos arbitrales

La concepción preventiva del control de recursos públicos a cargo de la Contraloría General del Estado, es uno de los factores que más han afectado al normal funcionamiento de la administración pública en el Ecuador, en buena medida porque su Ley Orgánica expedida en junio del 2002 orientó sus mandatos a la acumulación de poder de esa entidad antes que al diseño de un sistema de auditoría eficiente del sector público, bajo principios de responsabilidad financiera y ética pública.

Dicha Ley plasmó un sinnúmero de preceptos que entorpecen la operatividad del Estado como aquel que condiciona la presunción de legitimidad de las actuaciones del poder público a que la Contraloría General “no declare en contrario” (artículo 38); o la disparatada previsión de informes previos a la suscripción de contratos públicos, con el efecto paralizante que tal disposición ha provocado (artículo 31 numeral 16); o la autorización a la Contraloría para intervenir como parte en juicios que interesan al Estado (artículo 31 numeral 13) cuando existe un ente especializado en el patrocinio público denominado Procuraduría General del Estado. En algún caso, esta norma ha dado lugar al protagonismo político del Contralor antes que a la defensa efectiva de los intereses del Estado.

En este contexto, la dinámica de los procesos arbitrales en que el Estado ha intervenido como parte, no ha quedado al margen de las distorsiones provocadas por el sistema de auditoría gubernamental. Al menos en dos casos concretos he constatado que informes de exámenes especiales elaborados por la Dirección de Responsabilidades de la Contraloría

del Estado desconocieron la validez y ejecutividad de laudos arbitrales y recomendaron a las entidades públicas no cumplir con los fallos arbitrales bajo amenaza de que se generaría una responsabilidad civil del funcionario público si es que se ordena el cumplimiento.

Este tipo de pronunciamientos formulados en auditorías gubernamentales y en exámenes especiales practicados por la Contraloría General, amenazan al sistema arbitral ecuatoriano, principalmente a la credibilidad y confianza en los juicios arbitrales en que el Estado es parte procesal. Además, han constituido la razón que explica porqué cuando un laudo arbitral es adverso al Estado, éste interpone acciones de nulidad aun cuando no hubiere mérito argumental o fáctico para hacerlo.

4. CONCLUSIONES


El Estado como parte de un proceso arbitral es un tema que ha merecido la atención del legislador desde hace más de cincuenta años en el Ecuador. Sin embargo, solo a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997 y de la Constitución Política en el año siguiente, la participación de entidades de derecho público en juicios de arbitraje recibió un notable impulso.

Para dilucidar los aspectos vinculados a la temática del juicio arbitral y del Estado como parte procesal, es necesario conocer qué requisitos de validez de los procesos arbitrales ha establecido la ley ecuatoriana. Al respecto, unos requisitos se refieren a la naturaleza de la controversia y a la fundamentación del laudo arbitral, y otros atienden a los aspectos de contenido de los convenios arbitrales.

Es de la esencia del juicio arbitral con entes de derecho público como partes procesales, que la controversia sea de naturaleza contractual, que sea resuelta en derecho y no en equidad; que el convenio arbitral haya establecido la forma de selección de los árbitros y que haya sido anterior a la controversia. Si fuere posterior a ésta será necesario el dictamen del Procurador General del Estado.

No solamente los aspectos de orden normativo aportan en la comprensión de este tema. Es necesario examinar algunas de las dificultades que más frecuentemente se han presentado en la práctica del sistema arbitral ecuatoriano, cuando el Estado interviene como parte en juicio. Este análisis nos revela algunos de los eventos críticos que deberían corregirse para consolidar la confianza en el sistema arbitral. Tales eventos son los siguientes: insufi-

ciencias de las cláusulas compromisorias; debilidades en el patrocinio público, aunque esta tendencia haya revertido con el paso del tiempo; reiterada práctica de impugnar laudos arbitrales mediante acciones de nulidad; y, la posición que en algunos casos ha adoptado la Contraloría General del Estado para negar la ejecutividad de los laudos arbitrales.

Más allá de los problemas descritos en este artículo, resulta indiscutible que una década de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación ha contribuido a crear condiciones de justicia en las relaciones contractuales que se dan entre el Estado y las personas de derecho privado. Sin embargo, el desafío por afinar el sistema aún es enorme y los abogados que operamos dentro de él debemos asumir este compromiso con firmeza y convencimiento. 

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION - THE OPTIONS FOR CEO'S AND CFO'S

Por: DER HURLEY

SUMARIO: 1. Mediation. 2. Arbitration. 3. What are the Costs of ADR?
4. Ideal Arbitrators. 5. Ideal ADR Agreement.

Alternative Dispute Resolution (ADR) refers to any means of settling commercial disputes outside of the courtroom. The two most common forms of ADR are mediation and arbitration. Mediation and arbitration are alternatives to traditional litigation. Many company executives are attracted to mediation and arbitration due to a lack of confidence in the public civil litigation system. The perception among many executives is that the traditional court process is slow and expensive.

Corporate executives comparing mediation vs. arbitration vs. litigation should keep in mind that traditional litigation judges are financed by the tax payer while mediators and arbitrators are paid for by the parties in dispute. The major problem associated with traditional litigation is not so much the cost but the time factor in coming to a final decision. Executives entering into litigation in good faith have little desire to face the long

drawn out appeal scenarios. Also, as traditional litigation is financed out of public coffers, its content is publicly available information. Company executives rarely have any desire to see their dispute aired on television news programs. On the other hand, executives can be taken by surprise when informed they have no choice but to foot a hefty arbitration bill. To fully realize the cost benefit of ADR, CEO's and CFO's should be involved in the decision making process from the outset. This article addresses the financial implications of taking the ADR route and how to avoid excessive costs down the road.

1. MEDIATION

Mediation involves facilitating an agreement between disputing parties. Mediators are individuals who bring opposing parties together to negotiate a settlement between them. The parties in

dispute are free to decide whether or not they accept their chosen mediator's proposed agreement. Mediation's principal attribute is that the process is speedy. Its principal defect is that it requires the goodwill of the parties in dispute to come to an agreement. Most commercial disputes involve money. If one of the parties to a dispute is unwilling or unable to come up with the money then they may use mediation to further prolong the dispute in order to buy time. A company executive will need to measure the risk of this occurring when approving an agreement to send a commercial dispute to mediation. If each party in dispute considers their adversary's opposition is in good faith then mediation is very likely the optimum road to take.

2. ARBITRATION

Arbitration involves an independent arbitrator or a panel of three independent arbitrators gathering the commercial dispute evidence together and then deciding on an outcome to the dispute. It is like a trial but without the formal legal trappings. An arbitration decision is binding on the parties in dispute and is non - appealable. Therein lies its great attraction. It is not as expeditious as mediation but is much speedier than traditional litigation as there is no appeal process. Arbitration is more expensive than mediation but it avoids mediation's principal defect due to the compulsory nature of the arbitration judgment. The legal basis for arbitration is the agreement by the parties to undergo the process. That agreement allows for an impartial arbitration judgment to have the same binding legal force as a judicial sentence. If no such agreement exists there is no alternative to traditional litigation.

If one of the parties can demonstrate that such an agreement exists then arbitration can go ahead even if the other party does not wish to participate. They have no choice legally due to their prior agreement to undergo the process. As in mediation, there is also the risk that one of the parties to an arbitration agreement is unable or unwilling to settle as instructed by the arbitrator and they may go through the process only to buy time. Their real intention may be to find legal loopholes in the procedure in order to later contest the arbitration decision in the courts. CEO's and CFO's need to address this risk from the outset if they wish to minimize costs. The worst case cost scenario would be a dispute where a company has to first foot a mediation bill, then an arbitration bill and then, to cap it all, a traditional litigation bill.

3. WHAT ARE THE COSTS OF ADR?

Mediation costs include fees and expenses of the mediator, fees and expenses of any expert called by the mediator and agreed upon by the parties, expenses of any witnesses called by the mediator and agreed upon by the parties and facility expenses of the mediation provider if such facilities are used. The cost of arbitration will depend on whether the process is *ad hoc* or administered by an institution. An *ad hoc* arbitration is administered by independent arbitrators applying their preferred arbitration rules. The daily cost of an *ad hoc* arbitration will include the same concepts as mediation but the process frequently takes longer so its overall cost will be higher. The cost of an institutionally administered arbitration usually depends on the amount of money in dispute. The

institution chosen by the disputing parties will charge an administration fee percentage plus an arbitrator's fee percentage of the disputed amount.

Who pays the ADR bill? The bill is divided equally among the parties. An exception to this could occur when an arbitrator decides in a judgment that one of the parties is liable for costs. It may be stating the obvious that the ADR bill is divided equally among the parties but when taking a mediation vs. arbitration vs. litigation cost/benefit decision it should be kept in mind that traditional litigation is financed by the public taxpayer and not by the parties in dispute.

The major cost factor associated with arbitration will be the decision on having one or three arbitrators. Arbitration literature usually recommends three arbitrators if the issue in dispute is technically complicated. However, from a financial point of view a panel of three arbitrators will result in the cost of the arbitrator's time being triplicated. A justification from a cost point of view for the three heads are better than one argument is when expert opinion is considered necessary within arbitration. The cost of outside expert opinion could be avoided if one of the arbitrators already is an expert. Another cost factor to be considered will be the language of the arbitration process. If the disputing parties decide that the process will be bilingual, the cost of translating witness testimony and documentary evidence should be taken into account. A third factor to be considered is the location of the arbitration proceedings. From a cost point of view the ideal location will be that which minimizes arbitration travel expense.

4. IDEAL ARBITRATORS

The ideal arbitrator is an individual who has integrity, is impartial when making a judgment decision, is totally independent of the parties in dispute and is a person who will maintain the confidentiality of the arbitration proceedings. Arbitrators must give a fair hearing to all sides in a dispute. Arbitrators are obliged to come to a fair decision even if one of the parties in dispute decides not to participate in the arbitration proceedings. If one of the parties decides not to participate though obliged to do so by prior agreement, the arbitrator must provide that party with sufficient notification of the proceedings. An arbitrator has to have a thorough knowledge of arbitration procedures. Although devoid of legal formalities, arbitration does have its rules and regulations. An arbitrator has to apply the rules strictly in order to provide a balanced hearing to both sides and to ensure that the arbitration judgment will have the same binding legal force as a judicial sentence.

Arbitrators can come from any walk of life. The profession of the ideal arbitrator will depend on the issue in dispute. A party in dispute may go into arbitration looking for legal loopholes in order to buy time. If this is the case, the other party to the dispute may be well advised to seek a seasoned attorney as arbitrator. A dispute may involve complicated technical questions, within an information technology environment for example. In this case a systems engineer may be the best candidate. A civil engineer or architect may be called for as arbitrator within a construction dispute. All disputes finally involve money. If calculating value is the major issue, an accountant

may be considered best arbitrator candidate. If the issue in dispute is considered to be legally, technically and financially complicated the optimum choice may be a panel of three arbitrators, each an expert in his/her field.


5. IDEAL ADR AGREEMENT

If a commercial dispute is already active it will be difficult to get the parties together in the heat of battle to agree on ADR. Ideally an agreement to follow ADR principals should be built into the commercial relationship from the outset, prior to a dispute developing. The following mediation agreement is guided mainly taking the cost factor into account:

- The parties agree that any dispute arising in connection with this (contract, engagement letter, purchase order, proposal) that cannot

be settled through direct discussions between us shall be sent to mediation under the rules of mediation of the (mediation service provider). The parties further agree that while the mediation efforts take place, they will not send the matter in dispute to arbitration or litigation.

If a party to a commercial agreement considers mediation will not satisfy its needs due to its non-binding nature, the following arbitration agreement is ideal from a cost point of view:

- Any dispute arising in connection with this (contract, engagement letter, purchase order, proposal) shall be settled by one arbitrator carrying out the arbitration proceedings in (name of city), in the (whichever) language under the rules of arbitration of the (arbitration service provider). 

PLANNING FOR COMMERCIAL DISPUTE RESOLUTION IN MAINLAND CHINA

Por: JOSEPH T. McLAUGHLIN (*)
KATHLEEN M. SCANLON (**)
CATHERINE X. PAN (***)

SUMARIO: 1. U.S. Chinese construction and development contract. 2. The longstanding influence of mediation in resolving disputes in china. 2.1. Overview. 2.2. Private mediation. 2.3. Mediation within litigation. 2.4. Mediation within the arbitration. 2.5. Enforcement of mediated settlement agreements. 3. Adjudicative processes. 3.1. Arbitration. 3.1.1. Advantages of arbitration. 3.1.2. Elements of a valid arbitration clause. 3.1.3. Distinction between “domestic” and “international” arbitration proceedings. 3.1.4. Role of foreign-invested enterprises in determining status of arbitration. 3.1.5. CIETAC’s dominant role in international arbitrations. 3.1.6. Importance of properly identifying “arbitration commission” and its location. 3.1.7. Composition of the arbitral tribunal. 3.1.8. Jurisdictional issues. 3.1.9. The “Seat” of arbitration. 3.1.10. Language of arbitration proceeding. 3.1.11. Provisional measures and partial awards. 3.1.12. Confidentiality. 3.1.13. Arbitral awards. 3.1.14. Hong Kong: An alternative arbitration venue. 3.2. Litigation. 4. Employment and labor disputes. 5. Conclusion.

(*) Shareholder in Heller Ehrman LLP and Managing Shareholder of the firm’s New York office. Chairman of the Executive Committee and a member of the Board of Directors of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (“CPR Institute”).

(**) Special Counsel at Heller Ehrman in New York. Member of CPR Institute. Senior Vice President and has authored numerous publications in the ADR field, including the *Drafter’s Deskbook for Dispute Resolution Clauses* (CPR Institute, 2002) and *Mediator’s Deskbook* (CPR Institute, 1999).

(***) Associate at Heller Ehrman and a graduate of Harvard Law School and Fudan University Law School (Shanghai, China), practicing corporate law and international arbitration in the firm’s New York office.

The authors wish to express their appreciation to Bradley Gibbs and Josh Selig, former Heller Ehrman associates who assisted in the preparation of this article.

1. U.S. CHINESE CONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONTRACT

Assume that a U.S. company enters into a long-term construction and development contract with a Chinese energy company, partly owned by the Ministry of Coal, for the development and construction of a coal mining project in China. The contract is expected to be performed over approximately a 10-year period. The U.S. company has formed a Chinese subsidiary that is registered in China as a foreign-invested enterprise (“FIE”) to conduct the business.

Assume further that in a separate distribution contract, the parties—along with multiple other parties involved on the U.S. side and China side—agree that the end coal product will be transported via railway to Shanghai and exported on ships leased from yet another Chinese agency (not a party to this contract). The product will be sold in the world market by one of the U.S. parties to the distribution contract, with a profit-sharing arrangement for the Chinese parties.

When a U.S. and a Chinese company enter into a business arrangement, particularly one that is expected to be performed over 10 years, planning for disputes that may arise is in the best interests of all parties. The parties realize that it is likely some form of dispute will arise over the course of the construction/development and distribution contracts ranging from misunderstandings that can be corrected during discussions between the parties to fundamental contract

interpretation issues that will require some form of adjudication. Assuming that the Chinese entities will not agree to a venue outside China, what are the range of options? What are the pros and cons of each option? What would a proposed draft resolution clause include?

2. THE LONGSTANDING INFLUENCE OF MEDIATION IN RESOLVING DISPUTES IN CHINA

2.1. Overview

Deeply rooted within Chinese culture is the importance of compromise as a means to resolve disputes and preserve harmony. The ancient Chinese philosopher Confucius observed that “Li” (natural hierarchy) is on a higher plain than “Fa” (rule of law) and this view cuts across all relationships, including business ones. Within the Chinese business community, the conventional wisdom is that respect and compromise generate business. Because of this respect for harmony, the concept and use of conciliation—i.e., mediation—within China are deeply engrained. Nonetheless, when business disputes arise between Chinese parties and U.S. parties, the use of conciliation (surprisingly) is not particularly well-developed⁽¹⁾.

For business disputes between a Chinese entity and a U.S. company (or its FIE counterpart), there are three basic conciliation options within China: (1) private mediation administered under the auspices of an institutional provider; (2)

⁽¹⁾ PEERENBOOM, Randall & SCANLON, Kathleen, “An Untapped Dispute Resolution Option: Mediation Offers Companies Distinct Advantages in Certain Cases”, en: 32 *The China Bus. Rev.* 4, 36, (2005).

mediation within litigation; and (3) mediation within arbitration⁽²⁾.

2.2. Private mediation

Private institutions exist in China that can assist parties with commercial disputes to arrange a mediation between them for an administrative fee. One of the first institutions began in 1987 when the China Council for the Promotion of International Trade (“CCPIT”)/China Chamber of International Commerce (“CCOIC”) established the CCPIT Beijing Conciliation Center⁽³⁾. Since 1987, the CCPIT/CCOIC has established more than 40 other mediation centers throughout China⁽⁴⁾. All of the centers function under the global supervision of the CCPIT/CCOIC and collectively are referred to as the CCPIT/CCOIC “Mediation Center.” According to certain available statistics, by the end of 2003, this mediation network had handled a cumulative caseload of more than 4,000 cases, with a success rate of 80 percent or higher. The range of cases included both domestic disputes and international ones⁽⁵⁾.

Mediation occurring under the auspices of any of these 40 plus CCPIT/CCOIC centers in China is governed by a uniform set of rules⁽⁶⁾. The rules, recently revised in 2005, are divided into four Chapters: (i) Chapter I- General Provisions; (ii) Chapter II - Organizations; (iii) Chapter III - Mediation Proceedings (*e.g.*, Acceptance of Cases, Selection (or Appointment) of Mediators, Format of Mediation, Location of Mediation); and (iv) Chapter IV - Supplementary Articles (*e.g.*, mediator may not be appointed as an arbitrator unless parties agree, parties shall not request mediator to act as witness in subsequent proceedings, mediator shall determine proportion of mediation fees to be paid by each party unless parties otherwise agree)⁽⁷⁾.

The Mediation Center maintains an appointed panel of mediators. One interesting feature of the Mediation Center’s rules is the provision regarding the number of mediators—which provides for a default position of two mediators—with each party selecting one⁽⁸⁾. Prior to the 2005 revision to the rules, parties using

(2) WENYING, Wang, *The Role of Conciliation in Resolving Disputes: A P.R.C. Perspective*, 20 Ohio St. J. on Disp. Resol. 421, 2005.

(3) CCPIT/CCOIC, Mediation Center, Foreword (2005) (on file with authors).

(4) See, *e.g.*, Anhui Mediation Center; Capital Mediation Center; Changchun Mediation Center; Chongqing Mediation Center; Dalian Mediation Center; Fujian Mediation Center; Gansu Mediation Center; Guangdong Mediation Center; Guangxi Mediation Center; Hainan Mediation Center; Hangzhou Mediation Center; Harbin Mediation Center; Hebi Mediation Center; Heihe Mediation Center; Heilongjiang Mediation Center; He’nan Mediation Center; Hubei Mediation Center; Hu’nan Mediation Center; Inner Mongolia Mediation Center; Jiangsu Mediation Center Secretariat; Jilin Mediation Center; Liaoning & Shenyang Mediation Center; Nanjing Mediation Center; Ningbo Mediation Center; Pudong Mediation Center; Qingdao Mediation Center; Shanghai Mediation Center; Sichuan Mediation Center; Shangdong Mediation Center; Shantou Mediation Center; Shanxi Mediation Center; Shenzhen Mediation Center; Tianjin Mediation Center; Wenzhou Mediation Center; Wuhan Mediation Center; Xiamen Mediation Center; Xinjiang Mediation Center; Yunnan Mediation Center; Zhejiang Mediation Center; Zhuhai Mediation Center.

(5) WENYING, Wang, *supra* note 2 at 427.

(6) *Loc. cit.*

(7) CCPIT/CCOIC Mediation Rules (effective 2005) (on file with authors).

(8) *Ibidem*, artículo 17.

the services of the Mediation Center were required to select a mediator from the Mediation Center's panel⁽⁹⁾. Under the recently revised 2005 rules, the parties' options have expanded and they can now agree to select a mediator(s) who is not listed on the Mediation Center's panel⁽¹⁰⁾.

The Mediation Center also has promulgated a uniform Code of Conduct for Mediators⁽¹¹⁾. Under the Code, a mediator must be "independent" and "impartial"⁽¹²⁾. Moreover, in the event mediation does not resolve the dispute, the mediator "shall not act as an arbitrator" in any subsequent arbitration for the same dispute "unless agreed by the parties"⁽¹³⁾.

In addition to the Mediation Center, the CCPIT/CCOIC recently pursued a joint project with the International Institute for Conflict Prevention and Resolution ("CPR Institute") to establish a U.S.-China Business Mediation Center in 2004. The purpose of the U.S.-China Business Mediation Center is to assist with administered mediation services for transnational disputes involving U.S. and Chinese companies⁽¹⁴⁾. The U.S.-China

Business Mediation Center has offices in both China and the U.S.⁽¹⁵⁾.

The mission of the U.S.-China Business Mediation Center is to promote the use of mediation between U.S. and Chinese parties by addressing the following areas:

- The U.S.-China Business Mediation Center has promulgated rules for mediations, which are intended to reflect standards of both U.S. and Chinese business mediations. The rules are modeled on the CPR Institute mediation procedures and the parties and the mediator(s) can modify the rules as they see fit.
- The Chinese and U.S. mediators available through the U.S.-China Business Mediator Center have been trained by CPR and CCPIT to be aware of the business practices and legal alternatives of both Chinese and U.S. companies. The first training program for the U.S.-China Business Mediation Center's mediators was held in July 2004 in Hong Kong where a total of 26 selected mediators

⁽⁹⁾ See, CCPIT/CCOIC Mediation Rules, artículo 12 (effective 2000).

⁽¹⁰⁾ See, CCPIT/CCOIC Mediation Rules, artículo 16 (effective 2005) ("Unless the parties agree otherwise, the parties shall select a mediator from the Mediation Center's Panel of Mediators").

⁽¹¹⁾ See, CCPIT/CCOIC Mediation Center Code of Conduct for Mediators (effective 2005) (on file with authors).

⁽¹²⁾ *Ibidem*, artículo 2.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, artículo 9.

⁽¹⁴⁾ See, www.cpradr.org or <http://adr.ccpit.org>. See also, MELNITZER, J., *U.S. Lawyers Launch New Center in China*, Corp. Legal Times 29 (2004). For disputes involving less than \$500,000, a \$2,000 administrative fee is charged and an \$8,000 deposit is required towards the mediator's fee. For disputes involving \$500,000 or more, a \$4,000 administrative fee is charged and a \$16,000 deposit is required towards the mediator's fees. The party initiating the claim is responsible for submitting one-half of the applicable amount (*i.e.*, \$5,000 or \$10,000). See, The U.S.-China Business Mediation Center brochure (2004) (on file with authors).

⁽¹⁵⁾ In China, the U.S.-China Business Mediation Center is accessible through the CCPIT in Beijing and in the U.S., the Center is accessible through the CPR Institute in New York, NY.

- 13 Chinese and 13 from the U.S.
- attended a two-day program⁽¹⁶⁾. Additional mediators will continue to be trained by the U.S.-China Business Mediation Center⁽¹⁷⁾.
- The mediators are selected by the parties, not the U.S.-China Business Mediation Center, to maximize party control over the process. The parties also choose between mediation by either a single mediator or a team of one Chinese and one Western mediator. The U.S.-China Business Mediation Center can assist in the appointment of mediator(s) where the parties cannot agree on a candidate by requesting both parties to rank a list of candidates in order of preference, before the candidate with the lowest combined score is selected.
- The mediation procedures endorsed by the U.S.-China Business Mediation Center include a mediator Code of Ethics.

Although case load information is not readily available, demand to date has not been robust. Nonetheless, in 2005, the U.S.-China Business Mediation Center in Beijing had been used as a means to resolve at least one dispute between a U.S. corporation and a Chinese company⁽¹⁸⁾.

2.3. Mediation within litigation

The practice of combining litigation and mediation in the Chinese court system is a firmly established one⁽¹⁹⁾. Courts routinely emphasize the use of conciliation, and the Civil Procedure Law of the P.R.C. (Trial Implementation) contains provisions addressing the use of conciliation⁽²⁰⁾. Under the Civil Procedure Law, the parties have a right to request conciliation. When a court conducts conciliation, the judge presiding over the case generally acts as the mediator. Such an arrangement can compromise the integrity and effectiveness of mediation in large measure because of the “mediator judge’s” authority to render a final decision in the event the mediation is not successful. If the parties reach a mediated settlement agreement, the court will prepare a “Conciliation Statement” that sets forth the claims, the facts and the result of the conciliation, which is then signed by the parties and the court.

2.4. Mediation within the arbitration

The first set of arbitration rules promulgated by arguably the most prominent international arbitration center in China, the China International Economic and Trade Association Commission (“CIETAC”), did not contain

⁽¹⁶⁾ SINO-U.S. Centre Training Mediators, Financial Times Information, 2004.

⁽¹⁷⁾ SAVAGE, John, *Legal Developments China: Courting Investment*, Legal Wk. Globe, 2004.

⁽¹⁸⁾ Information on file with authors.

⁽¹⁹⁾ WENYING, *supra* note 2, pp. 430-35.

⁽²⁰⁾ *Ibidem* at pp. 432-35.

any mediation provisions⁽²¹⁾. Of course, the parties to a CIETAC arbitration could reach a mediated settlement on their own without using CIETAC⁽²²⁾. Nonetheless, because of China's deeply rooted cultural connection with conciliation and the use of conciliation in Chinese courts, it was only a matter of time before CIETAC formally incorporated conciliation into its arbitration rules. In its second set of arbitration rules, released in 1989, CIETAC specifically addressed conciliation and subsequent revisions to the CIETAC Arbitration Rules have continued to do so, including the most recent revision in May 2005⁽²³⁾.

Under the 2005 version of the CIETAC arbitration rules, Article 40—Combination of Conciliation with Arbitration—provides that the “arbitral tribunal” may conciliate the case pending before it when “both parties” so “desire” or even if only one party “so desires” and the “other party agrees when approached by the arbitral tribunal”⁽²⁴⁾. If the conciliation fails, the “arbitral tribunal shall proceed with the arbitration and render an arbitral award”⁽²⁵⁾.

The 2005 CIETAC arbitration rules further provide for confidentiality with regard to communications during the course of mediation:

Where conciliation fails, any opinion, view or statement and any proposal or proposition expressing acceptance or opposition by either party or by the arbitral tribunal in the process of conciliation shall not be invoked as grounds for any claim, defense or counterclaim in the subsequent arbitration proceedings, judicial proceedings or any other proceedings⁽²⁶⁾.

Despite this provision, due process concerns exist about the dual role of an arbitrator-mediator⁽²⁷⁾. The essence of the concern is that during the mediation sessions, particularly the private caucus sessions, the arbitrator may learn of confidential aspects of the dispute in an attempt to settle, that would not have been disclosed during the arbitration. The information obtained may later prejudice the arbitrator in the conduct of the resumed arbitration proceedings. Moreover, if the same person is acting as both an arbitrator and mediator, the effectiveness of conciliation could be diminished because the parties are less willing to share confidential, yet helpful, information, and/or the integrity of arbitral decision-making could be compromised in the event such information is later used against a party by the arbitrator after an unsuccessful conciliation.

⁽²¹⁾ *Ibidem* at 421.

⁽²²⁾ Cietac Arbitration Rules, adopted by China Chamber of International Commerce, effective May 1, 2005 (hereinafter 2005 Cietac Arbitration Rules), artículo 40.

⁽²³⁾ *Loc. cit.*

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, artículo 40 (5).

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, artículo 40 (7).

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, artículo 40 (8).

⁽²⁷⁾ A summary of the debates on the advantages of a combination of arbitration with conciliation can be found in *UNCITRAL Working Reports*, A/CN.9/460 (April 6, 1999), A/CN.9/468 (April 10, 2000) and A/CN.WG.II/WP.110 (September 22, 2000).

2.5. Enforcement of mediated settlement agreements

The outcome of a successful mediation—settlement—is the same regardless of the forum private, court or arbitration—in which the mediation occurs. However, the forum in which mediation occurs has important implications for the enforcement of the settlement agreement.

A mediated settlement agreement reached in a private mediation setting traditionally could only be enforced as a contractual obligation. However, the recent 2005 uniform conciliation rules of the CCPIT/CCOIC Mediation Center offer the following option:

When signing the settlement agreement, the parties may provide an arbitration clause therein, as follows:

The settlement agreement is binding on both of the parties, and any of the parties is allowed to apply to the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) for arbitration under the Arbitration Rules effective at the time of application. The parties agree to entrust the Chairman of the Arbitration Commission to appoint a sole arbitrator to examine the case on the basis of documents only. The sole arbitrator may, in a way he or she deems appropriate, conduct the arbitration procedures expeditiously and render an arbitral award following the content of the

settlement agreement. The arbitral award shall be final and binding on the parties⁽²⁸⁾.

Because this provision is very recent, actual experiences using this mechanism remain to be observed.

Compared to mediated settlement agreements reached in private mediation, a mediated agreement reached within a court conciliation has the stronger legal effect of a court judgment, absent appellate rights⁽²⁹⁾. Similarly, a mediated agreement reached within a CIETAC arbitration proceeding has the stronger legal effect of an arbitral award, and its favorable enforcement features, even if the arbitral tribunal did not assist in the mediation process⁽³⁰⁾. Although both of these forms of mediation appear to offer stronger enforcement mechanisms in the event that a party defaults under the agreement, this factor needs to be balanced against the generally higher quality of mediation offered by the private institutions.

3. ADJUDICATIVE PROCESSES

3.1. Arbitration

3.1.1. Advantages of arbitration

In the context of a commercial dispute between a Chinese company and a U.S. company, arbitration has many features that are advantageous for U.S. companies in comparison to Chinese court proceedings, including:

⁽²⁸⁾ CCPIT/CCOIC, Mediation Rules, artículo 27, 2005.

⁽²⁹⁾ Civil Procedure Law of the People's Republic of China (hereinafter Civil Procedure Law), Artículo 89.

⁽³⁰⁾ 2005 CIETAC Arbitration Rules, artículo 40(1) and 40(5).

- **Neutrality and Expertise** — Parties can have a role in the selection of the arbitrator(s) who possess a certain legal or business background, as opposed to appearing before a judge in a local Chinese court, who may lack impartiality and expertise in the relevant subject matter.
- **Flexibility** — Arbitration procedures typically are not as complex, or rigid, as Chinese court rules.
- **Quality** — A 2001 survey conducted by the American Chamber of Commerce of American companies in Beijing reported that most of the companies that had actual arbitration experience in China rated arbitration administered by major Chinese arbitration centers favorably⁽³¹⁾.
- **Choice of Counsel** — Foreign attorneys can represent parties in an arbitration proceeding; however, they cannot represent parties in a court proceeding. (Note, however, that foreign attorneys are not permitted to give a legal opinion on Chinese law, even in an arbitration)⁽³²⁾.
- **Confidentiality** — Arbitration is a private proceeding in contrast to public court proceedings, which often can be associated with criminal matters.
- **Enforceability** — There are significant obstacles to the enforcement of Chinese court judgments outside China and enforcement of foreign court judgments within China. By contrast, arbitral awards can be enforced pursuant to the New York Convention, to which China became a signatory in 1987, thereby linking China to the over 135 other signatory countries and their enforcement mechanisms.

3.1.2. *Elements of a valid arbitration clause*

When drafting an arbitration clause, counsel for U.S. companies need to be aware of the requirements of an enforceable clause under the Arbitration Law⁽³³⁾:

- intent to arbitrate;
- subject matter; and
- identification of an arbitration commission.

In particular, under the Arbitration Law, a valid arbitration agreement must identify an “arbitration commission” to administer the arbitration⁽³⁴⁾. If a clause does not identify such an “arbitration commission”, the clause is void, unless the

⁽³¹⁾ TAN, Johnson, *A look at CIETAC: ¿Is it Fair and Efficient?* China Law & Practice, available at <http://www.chinalawandpractice.com>. The survey found that 75 percent of respondents considered Chinese arbitration to be fairer and more efficient, or about the same in terms of fairness and efficiency, compared with similar institutions outside China.

⁽³²⁾ 2005 CIETAC Arbitration Rules, Artículo 16, (“Chinese and foreign nationals may accept the engagement (of clients) and act as representatives in the arbitration”).

⁽³³⁾ On August 31, 1994, the National People’s Congress enacted the Arbitration Law of the People’s Republic of China, which contained major revisions to the domestic and international arbitration systems, (hereinafter the Arbitration Law). The Arbitration Law became effective as of September 1, 1995.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, artículo 16.

parties reach a supplementary agreement⁽³⁵⁾. Two additional comments to consider when drafting a clause under the Arbitration Law: (i) there is no express prohibition against *ad hoc* arbitration; however, the Arbitration Law’s requirement that the agreement identify an “arbitration commission” essentially precludes recognition of “*ad hoc*” or “party-administered” arbitration proceedings; and (ii) there is some uncertainty as to whether foreign arbitration institutions qualify as an “arbitration commission” within the meaning of the law⁽³⁶⁾.

3.1.3. Distinction between “domestic” and “international” arbitration proceedings

Before a U.S. company agrees to arbitrate in China, it needs to appreciate the difference between “domestic” Chinese arbitration and “international” arbitration. An international arbitration involves “foreign-related elements”, which is defined in a 1998 Opinion of the Supreme People’s Court⁽³⁷⁾. The significant features of each type of arbitration are:

	“Domestic” Arbitration	“International” Arbitration
Definition	The arbitration is conducted in China and the dispute has no “foreign related element.”	The arbitration is conducted outside of China or the arbitration is conducted in China and the dispute involves “foreign related element”.
Governing Law	Only Chinese law applies. Parties cannot contractually agree upon any other governing law.	Parties can contractually agree upon governing law other than Chinese law.
Standard of Judicial Review	Broad: Courts may refuse to enforce award if it is based on insufficient evidence, incorrect application of law or it “violates the public interest of the society” ⁽³⁸⁾ .	Limited: Courts cannot refuse to enforce award based on insufficient evidence or incorrect application of law. Courts can refuse to enforce an award if it “violates the public interest of the society” ⁽³⁹⁾ .

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, artículo 18.

⁽³⁶⁾ For example, on its website, the ICC states that “(a) though there is some uncertainty as to whether foreign arbitration institutions qualify as arbitration commissions within the meaning of the law, it would in any case be prudent for parties wishing to have an ICC arbitration in Mainland China to include in their arbitration clause an explicit reference to the arbitration institution of their choice.” See, www.iccwbo.org.

⁽³⁷⁾ A foreign-related element means: (i) one or more parties to the contract are foreign companies or foreign citizens; (ii) legal relationship is created in a foreign country; or (iii) subject matter of the dispute is located in a foreign country. See, Opinions on the Implementation of the General Principles of Civil Law of the PRC, issued by the Supreme People’s Court on January 26, 1988, p. 178.

⁽³⁸⁾ *Civil Procedure Law*, artículo 260.

⁽³⁹⁾ Arbitration Law, Artículo 70; Civil Procedure Law, Artículo 260(1).

3.1.4. *Role of foreign-invested enterprises in determining status of arbitration*

The hypothetical business transaction set forth at the beginning of the article involves a Chinese subsidiary that is formed by the U.S. company and registered in China as an FIE, i.e., a foreign-invested enterprise. Although it may seem an anomaly, simply the presence of an FIE as a party to an arbitration is not sufficient in and of itself to render the arbitration an international one. A dispute between an FIE and a Chinese company, or between two FIEs, is only considered an international arbitration under Chinese law if there is a “foreign-related element”—e.g., the dispute’s subject matter is located outside China. This fine distinction can be a trap for the unwary when arbitrating in China.

3.1.5. *CIETAC’s dominant role in international arbitrations*

Established in the 1950’s, CIETAC handled virtually all international arbitrations held in China until 1996 when a legal reform occurred that allowed local Chinese arbitration commissions, in addition to CIETAC, to hear international arbitrations. Today, parties may submit international disputes to CIETAC or any of the over 170 local arbitration

commissions throughout China⁽⁴⁰⁾. Arguably, the most prominent local commission is the Beijing Arbitration Commission established in 1995⁽⁴¹⁾.

From a practical standpoint, if a U.S. party agrees to arbitrate in China, the choices essentially are limited to an arbitration administered either by CIETAC or by one of the various domestic Chinese arbitration commissions located in the major cities, including in Beijing, Shanghai and Shenzhen. Part of the reason for this limitation is the uncertainty as to whether any foreign arbitration institution qualifies as an “arbitration commission” under the Chinese Arbitration law⁽⁴²⁾. For example, even though China became a member of the ICC over 10 years ago and some ICC arbitration proceedings have been conducted in China⁽⁴³⁾, there remains some uncertainty as to whether an the ICC qualifies as an “arbitration commission” under Chinese law⁽⁴⁴⁾.

CIETAC is based in Beijing with significant subdivisions in Shanghai and Shenzhen⁽⁴⁵⁾. Despite the availability of other arbitration institutions in China, CIETAC remains the powerhouse and leader for international arbitrations. For example, it was reported that in 2003, CIETAC handled 709 cases, 422 of which were foreign-related and 287 domestic, an increase of 25 cases over 2002. Of the

⁽⁴⁰⁾ MOSER, Michael, *Crossing Borders: The Role of Arbitration in Resolving Disputes between International Firms and Their Chinese Business Partners*, Corporate Counsel, 2005.

⁽⁴¹⁾ TAN, *supra* note 31.

⁽⁴²⁾ Arbitration Law, artículo 16.

⁽⁴³⁾ MOSER, *supra* note 40; Jeremy Cohen, “International Commercial Arbitration in China”, conference speech at American Foreign Law Association (“AFLA”) meeting in New York City on January 13, 2005 (on file with authors).

⁽⁴⁴⁾ *Supra* note 36.

⁽⁴⁵⁾ 2005 CIETAC Arbitration Rules, artículo 2.

total, 373 cases (including 119 domestic cases) were handled by the CIETAC's Beijing Commission; 205 (also including 119 domestic cases) by its Shanghai Sub-Commission; and 131 (including 49 domestic cases) by its Shenzhen Sub-Commission. These cases involved parties from approximately 40 countries and regions, especially the Hong Kong and Macao special administrative regions which accounted for 26.5 percent of the total. Disputes with U.S. parties numbered 49, accounting for 6.9 percent. One quarter of the total cases were transaction contract disputes while 22.6 percent concerned joint investment and cooperation contracts⁽⁴⁶⁾.

3.1.6. Importance of properly identifying “arbitration commission” and its location

As discussed above, under the Arbitration Law, a valid arbitration agreement must contain a clear provision designating an “arbitration commission” to administer the proceeding⁽⁴⁷⁾. Otherwise, a Chinese court will not enforce the clause.

A textbook example of this principle is the case of Guanghope v. Mirant, where the Supreme People's Court (the highest court in China) had to determine the validity of the following arbitration clause involving a U.S. corporation:

All differences arising out of this Policy shall be referred to the decision of an Arbitrator to be appointed in writing by the parties in difference or if they cannot agree upon a single Arbitrator, to the decision of two Arbitrators, one to be appointed in writing by each of the parties within one (1) calendar month, after having been required in writing to do so by either of the parties or in case the Arbitrators do not agree to the decision of an Umpire appointed in writing by the Arbitrators. The Umpire shall sit with the Arbitrators and preside at their meetings and the making of an award shall be a condition precedent to any right of action against the company in respect of quantum⁽⁴⁸⁾.

The Chinese Supreme People's Court found that the clause was invalid because the parties did not identify an “arbitration commission”⁽⁴⁹⁾. The Guanghope case provides a very concrete drafting point for our hypothetical—the parties must specifically identify an arbitration institution in their agreement. Although theoretically they can do so after a dispute arises, practically, it is unrealistic to expect any such agreement from a party that intended to oppose enforcement.

Moreover, even when the parties specify the “arbitration commission”,

⁽⁴⁶⁾ Chinese Government's Official Web Portal, http://english.gov.cn/2005-08/14/content_22681.htm. (China Yearbook 2004). For 2004, one source reports a total case figure of 850 (domestic and international) for CIETAC cases. See <http://www.hkiac.org>.

⁽⁴⁷⁾ Arbitration Law, artículo 16.

⁽⁴⁸⁾ Civil Ruling of the Supreme People's Court, (2002) Min Si Zhong Zi No 29 [not published]. For facts and comments, see Paul Donovan Reynolds & Song Yue, *The PRC Supreme People's Court on the Validity of an Arbitration Clause*, 142 J. of the Chartered Institute of Arbitrators 70, 2004.

⁽⁴⁹⁾ Civil Ruling of the Supreme People's Court, (2002) Min Si Zhong Zi No 29 [not published]. For facts and comments, see Reynolds & Song Yue, *supra* note 48.

confusion may nonetheless arise over the exact location of the commission the parties selected. A recent U.S. Circuit Court opinion illustrates this drafting point—China National Metal Products Import/Export Company (“China National”) v. Apex Digital⁽⁵⁰⁾. In this case, Apex Digital and China National entered into a series of written sales agreements for DVD players (the “purchase orders”). Paragraph 15 of each of the purchase orders provided:

Arbitration: All dispute[s] arising from or in connection with this Contract shall be submitted to [CIETAC] for arbitration which shall be conducted by the Commission in Beijing or by its Shenzhen Sub-Commission in Shenzhen or by its Shanghai Sub-commission in Shanghai at the Claimant’s option in accordance with the Commission’s arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties.

A dispute arose and Apex Digital commenced arbitration proceedings against China National in Shanghai by filing with the CIETAC Sub-Commission in Shanghai a Statement of Claims concerning nine of the purchase orders. However, shortly thereafter, China National filed with CIETAC in Beijing its own Statement of Claims concerning eight of the same purchase orders. Apex Digital objected to CIETAC and asserted that

China National should be required to raise its claims as counterclaims in the Shanghai arbitration. CIETAC disagreed and let both arbitrations proceed separately and independently.

Subsequently, an award was rendered in the Beijing proceeding in favor of China National. Although Apex opposed confirmation on the ground that the Beijing proceeding was invalid, the Ninth Circuit Court of Appeals confirmed the award:

The clause provides that arbitration proceeding “shall be conducted” by CIETAC. Although the clause specifies that the choice of forum in one of three alternative venues, listed disjunctively, is “at the Claimant’s option in accordance with [CIETAC’s] rules”, the clause does not define “Claimant” but leaves it open as a variable term (i.e., either party could be a claimant)⁽⁵¹⁾.

Under this technical reading, the court reasoned that the clause itself directed that CIETAC would conduct the arbitration “at the Claimant’s option in accordance with [CIETAC’s] arbitration rules in effect at the time of applying for arbitration”⁽⁵²⁾. As such, the parties agreed not only to CIETAC’s arbitration rules, but also to CIETAC’s interpretation of its rules. Here, CIETAC determined that both arbitrations could proceed and thus there was no violation of the parties’ agreement. Although the Ninth Circuit agreed with Apex Digital’s contention that the existence of dual arbitrations on the same purchase orders was an inefficient process.

⁽⁵⁰⁾ See, China National Metal Products Import/Export Company v. Apex Digital, Inc., 379 F.3d 796, 2004.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, pp. 800-801.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, p. 798.

Nonetheless, the “parties’ purchase orders called for CIETAC’s interpretation of its rules and, therefore, the resulting inefficient procedure⁽⁵³⁾.

3.1.7. *Composition of the arbitral tribunal*

Until recently, the only individuals eligible to be arbitrators in a Chinese arbitration were limited to those individuals on pre-approved lists maintained by the Chinese arbitration commissions⁽⁵⁴⁾. These lists were predominated by Chinese (i.e., “non-foreign”) arbitrators. Indeed, prior to 1988, no foreigners appeared on the CIETAC panel, despite the large number of international arbitrations that CIETAC administered. Since then, foreigners have been added and the CIETAC panel is comprised of at least one-third foreign members⁽⁵⁵⁾.

Moreover, parties’ choices with regard to arbitrator selection continue to expand. Effective May 1, 2005, parties in a CIETAC arbitration can appoint arbitrators who are not even listed on the CIETAC pre-approved panel. In short, the parties are no longer limited to CIETAC’s Panel of Arbitrators⁽⁵⁶⁾. Now, parties can agree “to appoint arbitrators from outside of the CIETAC’s Panel of Arbitrators”,

subject to confirmation by the “Chairman of CIETAC in accordance with the law”⁽⁵⁷⁾. The exact parameters of this new confirmation process, however, remain uncertain.

Strides towards increasing parties’ choices are also occurring with regard to the appointment of the “presiding” arbitrator of a tribunal. The “presiding” arbitrator occupies a pivotal position because typically the presiding arbitrator’s opinion determines the outcome if the tribunal cannot reach a majority decision. Under the previous versions of CIETAC arbitration rules, most “presiding” arbitrators were appointed by CIETAC. However, under the recently revised rules, CIETAC has created a list system that allows parties to rate candidates, and the candidate receiving the highest number of votes will be appointed⁽⁵⁸⁾.

Importantly, the 2005 CIETAC Arbitration Rules address issues relating to the independence and impartiality of arbitrators. The 2005 CIETAC Arbitration Rules require that an arbitrator sign a declaration disclosing any facts or circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his/her impartiality or independence, including circumstances that arise during the

⁽⁵³⁾ *Loc. cit.*

⁽⁵⁴⁾ MOSER, *supra* note 40.

⁽⁵⁵⁾ Currently, CIETAC has eight panels of arbitrators—the International Panel, the Domestic Panel and six specialized panels that handle domestic disputes in various industries. The International (Foreign-related) Disputes Panel of Arbitrators is the largest panel, with over 600 arbitrators, including foreign arbitrators. See CIETAC website at www.cietac.org.cn/shiw/zhongcaishiwu.asp; MOSER, *supra* note 40.

⁽⁵⁶⁾ CIETAC Arbitration Rules, *adopted by* China Chamber of International Commerce, effective October 1, 2000, artículo 24 “Each of the parties shall appoint one arbitrator from among the Panel of Arbitrators of the Arbitration Commission or entrust the Chairman of the Arbitration Commission to make such appointment”.

⁽⁵⁷⁾ 2005 CIETAC Arbitration Rules, artículo 21(2).

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, artículo 22(3).

arbitral proceedings⁽⁵⁹⁾. Based upon such disclosures, a party may challenge an arbitrator, and if the challenge is contested, the Chairman of CIETAC determines the outcome of the contested challenge.

The 2005 CIETAC Arbitration Rules do not address whether the presiding arbitrator can be of the same nationality as either party. If the parties do not agree that the presiding arbitrator cannot be either Chinese or of the nationality of the other party, then even under the new list system discussed above, a Chinese arbitrator could end up occupying the pivotal position of chair of the tribunal.

In the event that an arbitrator serving on a panel is unable to perform his/her duties, automatic replacement does not occur under the 2005 CIETAC arbitration rules. Rather, the Chairman of CIETAC can render a “final decision on whether an arbitrator should be replaced or not with or without stating the reasons therefore”⁽⁶⁰⁾. Moreover, if after the conclusion of the last oral hearing, an arbitrator on a tribunal is unable to participate in the deliberation and/or render the award due to his/her demise or removal from the CIETAC Panel of Arbitrators, the other two arbitrators may

continue the arbitration and render an award after consulting with the parties and obtaining the CIETAC Chairman’s approval⁽⁶¹⁾.

3.1.8. *Jurisdictional issues*

The Arbitration Law authorizes CIETAC, or other Chinese arbitration commissions, to determine a party’s challenge to the jurisdiction of the arbitral tribunal, provided that none of the parties request the court to decide the issue⁽⁶²⁾. Specifically, the arbitration commission may decide all jurisdictional issues, including the existence and validity of an arbitration agreement⁽⁶³⁾. Until recently, the CIETAC arbitration rules did not provide for the delegation of such decision-making to the arbitral tribunal, thus making CIETAC arbitrations out of step with other major arbitration institutional rules outside China⁽⁶⁴⁾. However, under the recently revised May 2, 2005 rules, CIETAC may now delegate this power to the arbitral tribunal⁽⁶⁵⁾.

3.1.9. *The “Seat” of arbitration*

The concept that an arbitration is governed by the law of the place in which it is held—*i.e.*, the “seat”—is well

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, artículo 25.

⁽⁶⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, artículo 27. The 2005 CIETAC Arbitration Rules also allow the Chairman of CIETAC to replace an arbitrator if he/she is prevented “de jure or de facto from fulfilling his/her functions, or he/she fails to fulfill his/her functions in accordance with the requirements” of the rules. In the event of a replacement, the substitute arbitrator shall be appointed following the same procedure as used to appoint the original arbitrator.

⁽⁶²⁾ See, Arbitration Law, artículo 20 (Providing that if a party challenges the validity of the arbitration agreement, he may request the arbitration commission to make a decision or the People’s Court to give a ruling. If one party requests the arbitration commission to make a decision and the other party requests the People’s Court for a ruling, the People’s Court shall rule.).

⁽⁶³⁾ *Loc. cit.*

⁽⁶⁴⁾ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, pp. 5-42, 2004.

⁽⁶⁵⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, artículo 6.

recognized and understood in international arbitrations. The law of the “seat” —*i.e.*, the *lex arbitri*— is likely to address numerous issues, including the components of an enforceable agreement to arbitrate and the form, validity and finality of the award⁽⁶⁶⁾. The selection of a “seat” also indicates the geographical place for the arbitration. Under major institutional arbitration rules and laws, all of the proceedings of the arbitration are generally not required to be physically held in the geographical location of the “seat”⁽⁶⁷⁾.

Under earlier versions of the CIETAC arbitration rules, it was not clear that parties could hold any part of a CIETAC proceeding outside China. The most recent set of rules open up the parties’ options by providing: “Where the parties have agreed on the place of oral hearings, the case shall be heard at that agreed place”⁽⁶⁸⁾. This most recent revision has been perceived as expanding parties’ options by permitting them to identify CIETAC as the “arbitration commission”, which clearly satisfies the requirement under the arbitration law to identify an arbitration institution, yet also allows parties to conduct oral hearings at sites outside China, for example, in New York⁽⁶⁹⁾.

3.1.10. Language of arbitration proceeding

A U.S. company that agrees to arbitration to resolve international dispu-

tes should always be mindful of the language in which the proceeding will be conducted. Chinese international arbitrations are no different. Under the CIETAC arbitration rules, if the parties do not specify the language of the arbitration proceeding, Chinese is the default language⁽⁷⁰⁾. In other words, if the U.S. company in our hypothetical does not provide in the contract that English will be used for both the written submissions and oral proceedings under the CIETAC Arbitration Rules, Chinese will be the official language of the arbitration.

The ramifications of whether Chinese, or another language, is the official language of the proceeding are multifaceted. For example, the language of the arbitration proceeding will affect the party’s choice of counsel. If Chinese is the language of the proceeding, a lawyer who can speak Mandarin would be a more effective advocate because he/she can communicate directly with the arbitrators without the aid of an interpreter. Moreover, the translation into Chinese of any necessary documents is expensive and time-consuming and should be factored into any cost-benefit analysis of arbitration.

3.1.11. Provisional measures and partial awards

Under the arbitration law, arbitrators cannot grant any form of provisional relief to protect property or evidence⁽⁷¹⁾. Only

⁽⁶⁶⁾ REDFERN & HUNTER, *supra* note 64, pp. 2-14.

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*, pp. 2-16.

⁽⁶⁸⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, arts. 31 and 32.

⁽⁶⁹⁾ MOSER, *supra* note 40.

⁽⁷⁰⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, artículo 67.

⁽⁷¹⁾ Civil Procedure Law, artículo 258; Arbitration Law, artículo 68.

a court can grant such relief. Moreover, even before a party can request such relief from a court, the Chinese Arbitration Law requires the petitioning party first to file its request for provisional relief with the administering arbitration commission (e.g., CIETAC Arbitration Commission). Thereafter, that body will submit the request to the Court⁽⁷²⁾. Thus, unlike the UNCITRAL Model Law, for example, which permits parties to apply directly to a court for provisional measures of protection, the Chinese Arbitration Law does not afford the parties this opportunity.

Although arbitrators are not empowered to issue provisional relief, under the CIETAC arbitration rules arbitrators can issue partial or interlocutory awards. Specifically, the CIETAC arbitration rules provide that “an interlocutory or partial award may be made on any issue of the case at any time during the arbitration before the final award is made if considered necessary by the arbitral tribunal, or if the parties request and the arbitral tribunal accept”⁽⁷³⁾. For example, in our hypothetical, if the U.S. company agrees to use the CIETAC arbitration rules, it will have an option to seek partial awards, which may prove to be useful to narrow the scope of the arbitration early in the process.

3.1.12. Confidentiality

Under the arbitration law, arbitration proceedings are deemed private and not

open to the public, unless the parties agree otherwise⁽⁷⁴⁾. Similarly, institutional arbitration rules—for example CIETAC—provide for confidentiality of the proceedings⁽⁷⁵⁾.

Confidentiality is further emphasized by particular institutional codes of ethics for arbitrators. The code of ethics promulgated by CIETAC provides that arbitrators shall strictly maintain the confidentiality of arbitration proceedings. Pursuant to the code, arbitrators cannot disclose to outsiders any circumstances regarding the substance and procedure of a case, including the case details, hearing proceedings and the outcome of deliberations⁽⁷⁶⁾.

3.1.13. Arbitral awards

In our hypothetical, if the U.S. company agrees to arbitrate under the CIETAC arbitration rules, what can it expect in terms of the award and enforcement?

First, under the CIETAC arbitration rules, prior to the execution of any award, CIETAC reviews the draft of an award. This review encompasses “issues” addressed in the award and arguably encompasses more than a review as to form only⁽⁷⁷⁾.

Second, in the event of a dissenting opinion, the current CIETAC arbitration rules provide that a written dissenting opinion “shall” be docketed in the file and

⁽⁷²⁾ *Loc. cit.*

⁽⁷³⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, artículo 44.

⁽⁷⁴⁾ Arbitration Law, artículo 40.

⁽⁷⁵⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, artículo 33.

⁽⁷⁶⁾ CIETAC Code of Ethics for Arbitrators, *adopted by* CIETAC, artículo 13, 1993.

⁽⁷⁷⁾ 2005 CIETAC *Arbitration Rules*, artículo 45.

may be attached to the award, but it shall not form a part of the award⁽⁷⁸⁾.

Third, statistical evidence on the outcome of CIETAC arbitrations (although scarce) suggests that a foreign party can fair favorably against a Chinese party⁽⁷⁹⁾.

Fourth, on the enforcement front in China, China is a party to the New York Convention and its courts are obliged to enforce foreign arbitral awards made in another signatory state⁽⁸⁰⁾. Moreover, under the arbitration law, judicial interference with an arbitral award rendered in an international proceeding in China is limited by statute⁽⁸¹⁾. Nonetheless, when it comes to enforcement there have been some unfortunate instances; however, as noted by one commentator, “on the whole (...) the situation is improving”⁽⁸²⁾. The reasons for such improvements include the Supreme People’s Court’s notice that precludes any Intermediate People’s Court from enforcing a CIETAC arbitral award, as well as any foreign arbitral award issued by a signatory of the New York

Convention, unless the lower court has received approval to do so from the Higher People’s Court or Supreme People’s Court⁽⁸³⁾. Because the Higher People’s Court and Supreme People’s Court are perceived to be less affected by local protectionism, the purpose underlying this system is to provide a monitoring component to China’s obligations under the New York Convention⁽⁸⁴⁾.

Nonetheless, much room for improvement exists on the enforcement front. One relatively recent survey conducted by Professor Randall Peerenboom of UCLA, which was published in the *American Journal of Comparative Law*, investigated the enforcement proceedings of 89 awards in the Chinese court⁽⁸⁵⁾. The survey reported that:

Almost half of all foreign and CIETAC awards were enforced in the sense that the party recovered at least some amount. The enforcement rate for foreign awards was 52%, slightly higher than the 47% success rate for CIETAC awards. Furthermore,

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, artículo 43.

⁽⁷⁹⁾ In a 2001 survey by the American Chamber of Commerce of U.S. companies with arbitration experience in China, the majority view of respondents who had actual arbitration experience in China was that arbitrations are less costly, more efficient and no less fair when compared to arbitrations in other international arbitration centers. See Tan, *supra* note 31.

⁽⁸⁰⁾ PAULSSON, Jan, *The freshfields guide to arbitration and ADR, clauses in international contracts*, Appendix 5, 1999.

⁽⁸¹⁾ Arbitration Law, artículo 70; Civil Practice Law, artículo 260 (1).

⁽⁸²⁾ Moser, *supra* note 40.

⁽⁸³⁾ Notice of the Supreme People’s Court on the Issues Concerning the Treatment of Foreign-Related Arbitration and Foreign Arbitration by the People’s Courts, issued by the Supreme People’s Court on August 28, 1995; Notice of the Supreme People’s Court on the Issues Concerning the Invalidation of Foreign-Related Arbitral Awards by the People’s Courts, issued by the Supreme People’s Court on April 23, 1998.

⁽⁸⁴⁾ DEJUN, Cheng / MOSER, Michael / SHENGCHANG, Wang, *International Arbitration in the People’s Republic of China* 135, 1995.

⁽⁸⁵⁾ PEERENBOOM, Randall, “Seek Truth from Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC”, *49 Am. J. Comp. L.* 249, 2001.

investors can expect to recover 75-50% of the award amount in 34% of the cases and half of the award at least 40% of the time⁽⁸⁶⁾.

3.1.14. Hong Kong: An alternative arbitration venue

For parties transacting business in China, another possible venue for an arbitration proceeding is Hong Kong. Among the choices available to parties is the Hong Kong International Arbitration Center (“HKIAC”), which is available to administer proceedings under its own set of arbitration rules that are modeled on the UNCITRAL arbitration rules. HKIAC also can act solely as an appointing authority and has at its disposal an arbitration panel of 200 individuals from approximately 23 different nations⁽⁸⁷⁾. Similarly, HKIAC’s facilities are available to parties who have chosen to arbitrate under another set of institutional arbitration rules⁽⁸⁸⁾.

After the handover of Hong Kong to China in 1997, one practical concern that arose was whether awards issued in Hong Kong would be treated as “domestic” or “international” for enforcement purposes. As discussed above, if an award is

considered to be the result of a “domestic” arbitration, the Chinese courts could apply a broader scope of judicial review which would increase the vulnerability of such awards. This uncertainty was addressed by a 2000 Arrangement Concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and Hong Kong Special Administrative Region and the Arbitration Ordinance (the “arrangement”)⁽⁸⁹⁾. Pursuant to the Arrangement, an arbitral award rendered in Hong Kong and enforced in China, and vice-versa, would be treated as a New York Convention award, *i.e.*, an “international” arbitral award subject only to a limited scope of judicial review⁽⁹⁰⁾.

Generally, enforcement of awards in Hong Kong is very stable. A recent survey of arbitral awards in Hong Kong from 1997 – 2004, reported only four percent of awards set aside out of the approximately 185 enforcement applications filed in the Hong Kong courts⁽⁹¹⁾.

3.2. Litigation

As a general premise, when planning for commercial disputes in China, a U.S.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 254.

⁽⁸⁷⁾ For a listing of HKIAC’s panel of arbitrators, see, <http://www.hkiac.org/main.html>.

⁽⁸⁸⁾ Hong Kong Arbitration Ordinance, Ch. 341 of the Law of Hong Kong.

⁽⁸⁹⁾ The Arrangement Concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between the Mainland and Hong Kong Special Administrative Region, issued by the Supreme People’s Court on June 18, 1999.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, similarly, an arbitral award rendered in Hong Kong may be enforced in China in essentially the same way as a New York Convention award. Currently, under the Arrangement, all arbitration awards rendered in Hong Kong, whether *ad hoc* or under the rules of the ICC, LCIA or any other body, will be enforceable in China. However, a 2003 draft Supreme People’s Court opinion exists, which some commentators contend, if adopted, would render *ad hoc* awards rendered in Hong Kong involving a Chinese party unenforceable in China. See, The Resolution of China Disputes through Arbitration, 37, 2004.

⁽⁹¹⁾ See, www.hkiac.org/en_statistics.html.

company should approach the use of Chinese courts with caution. Although the reputation of Chinese courts appears to be on the rise, they still face significant challenges⁽⁹²⁾. Moreover, foreign lawyers cannot appear in any Chinese courts on behalf of their U.S. clients. Nonetheless, in some instances, a U.S. company may be unable to negotiate another alternative—such as arbitration within or without China or litigation outside China. After assessing the risks, the U.S. company may still decide to proceed with the business transaction. If so, at least two provisions should be negotiated into the dispute resolution portion of the contract—venue and governing law⁽⁹³⁾.

In our hypothetical case, the U.S. company should insist on a venue provision that confers jurisdiction on a court that is less likely to be materially affected by local protectionism—for example, a court in a large urban center such as Beijing—instead of a remote Chinese province. Why? The Chinese party is an energy company partly owned by the Ministry of Coal and presumably the company makes a significant contribution to the local government's tax revenue base. In turn, the budget of local

courts and the promotion of judges are generally part of the local government's authority. Under these circumstances, a local court may be reluctant to render a judgment against the Chinese party.

Moreover, absent such a venue provision, the U.S. company could end up being sued, or being forced to sue, in many different local courts. For example, in our hypothetical case, there are many parties on the Chinese side of the transaction, which are located in different places. If the contract does not identify one specific court to resolve the disputes, the U.S. company could end up having to sue, or be sued, in several different local courts⁽⁹⁴⁾.

With regard to governing law, as is the case in typically any commercial contract, it is advisable for the parties to agree upon a governing law clause⁽⁹⁵⁾. Otherwise, the court with jurisdiction over the dispute—here, a Chinese court—will decide the applicable substantive law, which would mostly likely be Chinese law. Although the effectiveness of a governing law clause that provides for a Chinese court to apply non-Chinese law may be uncertain, in our hypothetical, the U.S. company at least should attempt to have

⁽⁹²⁾ COHEN, Jeremy, *Dispute Resolution in China: Putting the House in Order*, China Law & Practice, available at <http://www.chinalawandpractice.com/includes/print.asp?SID=2626>.

⁽⁹³⁾ The "litigation solution" is the least desirable for the parties. As Confucius said, "To handle lawsuits, I am resolved to eliminate lawsuits." In China, litigation filings may well end up in a special folder entitled "Wait for the gods to handle." Yang Jiang, "A World of Difference When Doing Business in China, a Little Understanding Goes a Long Way", 61 Or. St. B. Bull. 19, 2001.

⁽⁹⁴⁾ The Civil Procedure Law provides that for a contractual dispute, the court with jurisdiction is the court where the (i) defendant resides; (ii) contract is to be performed or executed, or (iii) subject matter is located. Civil Procedure Law, artículo 23.

⁽⁹⁵⁾ Some limitations exist. For example, disputes arising from a Sino-foreign joint venture contract or from a natural resources project must be governed by the law of the People's Republic of China. See, Contract Law of the People's Republic of China, artículo 126; Civil Procedure Law, artículo 246.

the governing law clause apply a law with which the U.S. company is familiar.

4. EMPLOYMENT AND LABOR DISPUTES

In the course of implementing the contracts in our hypothetical, the U.S. company and affiliated entities inevitably will confront some form of employment and labor disputes. PRC Labor Law applies when an employee has an employment relationship with a Chinese legal person, which includes state-owned enterprises and FIEs in China. PRC Labor Law encourages both parties in employment disputes to solve their problems through negotiation and consultation. Indeed the vast majority of employment disputes are settled⁽⁹⁶⁾.

In state-owned enterprises (“SOE”), when a labor dispute arises, either the employee or the employer may first apply to a labor dispute mediation committee within the SOE. If the mediation fails, or if neither party seeks mediation, then they must submit their dispute to the local labor dispute arbitration committee in order to pursue any later court action. If either party is not satisfied with the arbitration decision, he or she may file a lawsuit with a court⁽⁹⁷⁾.

In the context of labor disputes involving a FIE, labor dispute mediation committees do not exist. However, local

labor dispute arbitration committees do. The parties must first submit their dispute to the appropriate arbitration committee prior to any court action.

China has established more than 3,000 labor dispute arbitration committees at the county, city and province levels. Cumulatively, nearly 20,000 full-time and part-time arbitrators serve on those committees⁽⁹⁸⁾.

5. CONCLUSION

Planning for commercial disputes in mainland China requires familiarity with Chinese culture, legal structures and practicalities. In the end, as is often the case in international contracts generally, if the parties can agree upon a dispute resolution mechanism before any dispute arises, both the dispute resolution processes, and outcome, will better serve the needs of the parties.

For our hypothetical, consideration of relevant factors strongly suggest that the U.S. company and affiliated entities would be best served if they could negotiate at least a two-step dispute resolution clause that provides for a period of private mediation and thereafter commencement of arbitration for any remaining disputes. The mediation should be separate and apart from the arbitration proceedings. Moreover, the arbitration

⁽⁹⁶⁾ For the statistics of employment and labor disputes, see, China Employment Dispute Resolution Web at <http://www.mslv.net/ldzc/index.asp>.

⁽⁹⁷⁾ Employment Law of the People’s Republic of China, adopted by the Standing Committee of the National People’s Congress on July 5, 1994, (hereinafter Employment Law), artículo 79.


⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, Ch. 10.

⁽⁹⁹⁾ For the statistics of employment and labor disputes, see, China Employment Dispute Resolution Web, *supra* note 96.

portion should address certain specific issues, including the identification of an “arbitration commission”, the nationality of any presiding arbitrator, a provision that the arbitrators cannot act as mediators, and that the language of the arbitration is English. A model clause to begin the negotiation process is as follows:

The parties shall endeavor to settle any dispute arising out of or relating to this Agreement by mediation under the U.S.-China Business Mediation Center (the “Center”) and its procedures. Unless otherwise agreed, the parties will select a mediator from the Center’s panel of mediators.

Any dispute arising out of or relating to this agreement, including the breach, termination or validity thereof, which has not been resolved by mediation as provided herein within 45 days after

initiation of the mediation procedure under the Center’s procedures, shall be finally resolved by arbitration in accordance with the China International Economic and Trade Association Commission (“CIETAC”) arbitration rules [in effect on the date of this] Agreement. The seat of the arbitration shall be Beijing, China. Oral hearings can be held at places other than the seat of arbitration, including places outside the People’s Republic of China. The tribunal shall consist of three arbitrators and they need not be listed on the CIETAC Panel of Arbitrators; however, each arbitrator must be qualified to serve. The presiding arbitrator shall be of a different nationality than that of each party. The arbitrators are not permitted to act as mediators or conciliators. The language of the arbitration and submissions and proceedings shall be English. 

PROVISIONAL RELIEF IN ARBITRATION: HOW THINGS STAND IN THE UNITED STATES (*)

Por: ALAN SCOTT RAU (**)

SUMARIO: 1. Power of the arbitral tribunal to grant interim relief. 1.1. By statute. 1.2. By contract. a. Custom-tailored arbitration agreements. b. Institutional rules. c. Explicit authority. d. Inherent power. e. Judicial review. 2. Interim relief granted by courts in aid of arbitration. 2.1. The complexities of a federal system. 2.1.1. What law is to apply? a. The federal statute. b. Preemption of state law by federal law. c. The continuing use of state law to regulate “procedure” and to fill gaps”. d. The insurance exception. 2.1.2. State or federal courts? a. Domestic cases. i) Diversity of citizenship. ii) Amount in controversy. iii) Federal question. b. International cases. i) New York and Panama Conventions. ii) Claims against foreign states. 2.1.3. Forum non conveniens. a. Requests to enforce an arbitration clause. b. Requests for interim relief. c. Motions to confirm or vacate an award. 2.1.4. The Jurisdiction of State Courts. 2.2. Interim relief in aid of arbitration: domestic cases. 2.3. Interim relief in aid of arbitration international cases. 2.4. Forms of interim relief. 2.4.1. Preliminary injunctions. a. Required showing. i) “Irreparable injury”. ii) “Balance of hardships”. iii) “Likelihood of prevailing on the merits” iv) “Public interest”. v) “Balancing”. b. Notice and hearing. c. Security. d. Preliminary injunction to prevent respondent from disposing of assets. 2.4.2. Attachment. 2.4.3. Antisuit Injunctions. 2.4.4. Obtaining and preserving evidence. a. Orders by the arbitral tribunal. b. Court orders in aid of arbitration. 2.4.5. Other forms of provisional relief. 2.5. Timing and duration of interim relief: deferring to the arbitrators. 2.6. Proceedings in admiralty cases. 3. Enforcement or confirmation of partial or interim awards. 3.1. Interim awards granting provisional relief. 3.2. Awards of sums clearly or admittedly due.

(*) An earlier version of this article was prepared as the national report for the United States in connection with the Congress of the International Association of Procedural Law, held in Paris and Dijon in September 2004.

(**) Burg Family Professor of Law The University of Texas at Austin School of Law, EE.UU.

3.3. Arbitral orders that one party should turn over certain records. 3.4. Arbitral declaration of liability alone without an award of damages in “bifurcated proceedings”. 3.5. Consequences of a valid partial or interim award. 3.6. Distinguishing reviewable “interim awards” from “interlocutory orders”. a. “Interlocutory orders” are not subject to immediate judicial review b. Vacatur for failing to make a “final” award.

One of the parties to an arbitration may be concerned that while the process is continuing, his opponent may act in such a way as to nullify any benefit that arbitration will ultimately provide. This concern often takes the form of a desire to “preserve the status quo” until the case is finally decided. For example, an employment agreement between a brokerage firm and an account executive may provide that no client records are to be removed from the firm’s premises and that after termination of employment, the executive will not solicit any clients whom he had serviced while employed. Even before arbitration proceedings are under way, the firm will want to insure that its clients are not solicited. “An injunction even a few days after solicitation has begun is unsatisfactory because the damage is done. The customers cannot be ‘unsolicited’”⁽¹⁾. If some provisional remedy is not made available in these circumstances, any arbitration process might turn out to be merely a “hollow formality”⁽²⁾.

Once an arbitral tribunal is in place, a claimant may wish to seek such a remedy from the panel itself.⁽³⁾ In the absence of a tribunal, of course, the claimant has little alternative than to seek interim relief from a national court⁽⁴⁾. The respective roles of courts and arbitral tribunals—the need, for example, for judges to defer to the parties’ own tribunal once constituted—has given rise to the lion’s share of the litigation in this area. And of course, national courts retain a critical role at the stage of enforcement, when they are asked to place the power of the state behind orders of interim relief granted by the arbitrators⁽⁵⁾.

1. POWER OF THE ARBITRAL TRIBUNAL TO GRANT INTERIM RELIEF

The commentary to the Revised Uniform Arbitration Act (“RUAA”) contains a fair summary of the general state of American law with respect to the power of the arbitral tribunal in these circumstances⁽⁶⁾:

(1) MERRILL LYNCH, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bradley, 756 E2d 1048, 1985.

(2) *Ibidem*.

(3) See, discussion *infra* Section I.

(4) *Ibidem*, II.

(5) *Ibidem*, III.

(6) The Uniform Arbitration Act was adopted by the National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws in 1955, and is now in force with minor variations in 30 states. More recently, in 2000, the Conference promulgated the Revised Uniform Arbitration Act, which has so far been enacted in only eight states.

The case law, commentators, rules of arbitration organizations, and some state statutes are very clear that arbitrators have broad authority to order provisional remedies and interim relief, including interim awards, in order to make a fair determination of an arbitral matter. This authority has included the issuance of measures equivalent to civil remedies of attachment, replevin, and sequestration to preserve assets or to make preliminary rulings ordering parties to under take certain acts that affect the subject matter of the arbitration proceeding⁽⁷⁾.

1.1. By statute

The RUAA itself provides broadly that:

The arbitrator may issue such orders for provisional remedies, including interim awards, as the arbitrator finds necessary to protect the effectiveness of the arbitration proceeding and to promote the fair and expeditious

resolution of the controversy, to the same extent and under the same conditions as if the controversy were the subject of a civil action⁽⁸⁾.

Some other state statutes are drafted rather more narrowly. For example, a number of states in the United States have enacted statutes that purport to govern the conduct of *international commercial arbitration within the state*⁽⁹⁾ and, in doing so, have closely tracked the provisions of article 17 of the UNCITRAL Model Law⁽¹⁰⁾. Accordingly, these state statutes merely authorize the arbitral tribunal to “order a party to take any interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary *in respect of the subject matter of the dispute*”⁽¹¹⁾. Now it does seem plain that the Model Law was intended to authorize relief considerably more limited than the range of interim remedies open to a court⁽¹²⁾; it has therefore often been criticized as being out of step with “the

(7) Revised Uniform Arbitration Act. 8, comment 4, 2000.

(8) For this rather curious episode in American law, see, SCOTT RAU, Alan, The UNCITRAL Model Law in State and Federal Courts: The Case of “Waiver 9”, 6 Am. Rev. Int’l Arb. 223 (1995); Heather A. Purcell, State International Arbitration Statutes: Why They Matter, 32 Tex. Int’l L.J. 525, 1997.

(9) For this rather curious episode in American law, see SCOTT RAU, Alan, The UNCITRAL Model Law in State and Federal Courts: The Case of “Waiver9”, 6 Am. Rev. Int’l Arb. 223 (1995); Heather A. Purcell, State International Arbitration Statutes: Why They Matter, 32 Tex. Int’l L.J. 525, 1997.

(10) U.N. Doc. A/40/17, Annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, reprinted in 24 I.L.M. 1302, 1985.

(11) Emphasis added. See, e.g., CAL.CODE CIV. PROC. pp.1297.91, 1297.92, 1297.93, 1297.171 (Cal.); Tex.Civ.

(12) See Commission Report, A/40/17, August 21, 1985, para. 168, quoted in Holtzman & Neuhaus, supra note 11, at 547; see also Seventh Secretariat Note, A/CN.9/264, March 25, 1984, artículo 9, para. 4, quoted in Holtzman & Neuhaus Supra note 11, at 343 (the “range of interim measures of protection covered by article 9 of the Model Law governing interim measures ordered by a court] is considerably wider than that under article [17]”). The restricted scope of the Model Law — i.e., that “the interim measure must relate to the subject-matter of the dispute and the order may be addressed only to a party”- was apparently justified on the grounds that “the arbitral tribunal derives its jurisdiction from the arbitration agreement” (Seventh Secretariat Note, A/CN.9/264, at artículo 18. para 3, quoted in Holtzman & Neuhaus supra note 11, at 543). Such a “justification”, however, is at best a non sequitur. Any of the interim measures discussed throughout this article would presumably come within the scope of a broad arbitration clause, and thus — with the aid of the usual “presumption of arbitrability” applied by courts in the United States — would survive a challenge

growing acceptance of conservatory measures in arbitration, where the variety of measures encountered is enormous and extends far beyond mere conservation or disposal of goods to injunctions of all kinds, orders for provisional payment, the posting of guarantees, and the like⁽¹³⁾. But, the Model Law formulation is hardly self-defining, so it can readily be extended by ingenious interpretation⁽¹⁴⁾. There are indeed occasional cases where restrictive language of this sort causes problems⁽¹⁵⁾ – but we are far more likely in practice to see it brushed aside, explained away or simply ignored. In any

event, amendments to article 17 of the sort now busily underway are not likely to find their way into American legislation⁽¹⁶⁾.

1.2. By contract

Most often, American statutes governing the arbitral process say nothing about arbitrators' power to issue interim relief⁽¹⁷⁾. As one might expect, a far more important source of power is the agreement between the parties themselves.

One of the things that makes any discussion of arbitration so interesting is

on the grounds of "excess of power. "As for the effect of arbitral orders on third parties, see *infra* Section II.D.4 (subpoenas issued by arbitrators to third parties for the presentation of evidence).

- (13) RUBINS, Noah, "In God We Trust, All Others Pay Cash: Security Costs in International Commercial Arbitration", en: *11 Am. Rev. Int'l Arb.* 306, 344, 2000, (referring to UNCITRAL Rules); see, also D. Alan Redfern, *Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection: Is the Tide About to Turn?*, 30 *Tex. Int'l. L.J.* 71, 80, 1995, (to the extent that the measures contemplated by the UNCITRAL Rules "relate to the preservation or sale of goods rather than, for instance, to preventing the flight of assets", they "fall far short of the kind of interim measures that might well be needed in the modern world of international commerce"). Cf: Stewart A. BAKER & Mark D. DAVIS, *Arbitral Proceedings under the UNCITRAL Rules: The Experience of the Iran-United States Claim Tribunal*, en: *23 Geo. Wash J. Int'l L. & Econ.* 267, pp. 331-32, 1989, (although the list in artículo 26 of the UNCITRAL Rules is "clearly exemplary rather than exclusive", "where the relief requested has deviated from the 'conservation of goods' model, the Tribunal has seemed unsure of its authority to act under article 26").
- (14) See, FRY, Jason, "Interim Measures of Protection: Recent Developments and the Way Ahead", en: *Int'l Arb. L.Rev.* 149, pp. 157-58, 2003, which describes a recent arbitration in which a contractor brought a claim against the owner of a construction project for additional costs. The tribunal, at the contractor's request, issued an injunction prohibiting the owner from drawing down on performance bonds issued by financial institutions until a determination of the merits of the dispute had been made. While the ability of the tribunal to issue such an injunction under artículo 26 of the UNCITRAL Rules was challenged, the tribunal "did go to the effort of attempting to characterize the situation in relation to the subject matter of the dispute" and "concluded that the financing of the construction project was intertwined with any dispute over completion costs and damages arising from delay".
- (15) Cf: *Charles Construction Co., Inc. v. Derderian*, 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992) (AAA Construction Industry Rules, as then in effect, authorized arbitrators to issue interim orders "as may be deemed necessary to safeguard the property that is the subject matter of the arbitration. "The arbitrators' interim award directed respondent to furnish a U.S.\$1 million irrevocable letter of credit as security for the payment of any ultimate award against him. While the court agreed that "in general, in the absence of an agreement or statute to the contrary, an arbitrator has inherent authority to order a party to provide security while the arbitration is continuing" - an authority that "would reasonably be implied from the agreement to arbitrate itself" - in this case, the AAA Rules were thought to "restrict" this authority; held, award vacated).
- (16) The language restricting relief to the "subject-matter of the dispute" is deleted from the current revision draft. See Report of the Working Group on Arbitration, U.N. A/CN.9/547, March 19, 2004, par. 87 (which strengthens the inference that the revision is "probably broad enough to encompass antisuit injunctions"); see, generally *infra* note 156.
- (17) The Uniform Arbitration Act contains no provision on this subject. Nor does the most important American statute, the Federal Arbitration Act, which dates from 1925 and which is now codified as 9 U.S.C., p.p 1-307.

its dual nature—the tension, found in every legal system, between arbitration as “contract”— a form of private settlement and private ordering of commercial affairs - and arbitration as “adjudication”, a quasi-public or quasi-judicial process with the power to render binding decisions in the image of the official tribunals. In the United States, as one might expect, the “contractual” model is by far the predominant one, and it has an influence on almost every issue posed in arbitration in a way that is often surprising to practitioners from other jurisdictions:

[A]s part of a process of private government and self-determination, arbitration should be understood through the lenses of contract rather than of adjudication: With respect to [practically any question posed in arbitration law,] the only serious inquiry ought to be one into the understanding and underlying assumptions of the contracting parties⁽¹⁸⁾.

In consequence, the customary rules laid down in the arbitration statute for the regulation of the arbitral process are usually treated not as mandatory or regulatory rules but rather as nothing more than mere “presumptions”, background, or default rules, that may be varied by contractual arrangement.

In the present context, then, the question as properly posed is not whether “the law” explicitly authorizes the arbitrators to issue interim relief. It is, rather (1) whether the arbitrators have been granted this authority *by the parties* – and then, secondarily (2), whether any positive law can be found that *overrides or forbids* this exercise of private autonomy⁽¹⁹⁾.

a. Custom-tailored arbitration agreements

Custom-tailored arbitration agreements are undoubtedly becoming increasingly popular. The growing use of such clauses – whether intended to diminish the finality of awards or to increase formality in arbitral procedure– is surely but one manifestation of what is often described and decried as the “judicialization” or “legalization” of arbitration. It is, in a sense, the natural consequence of the capture of the ADR movement by lawyers intent on remaking all dispute resolution in the image of the courtroom. The increasingly altered appearance of arbitration may also suggest that one of the principal messages of the ADR movement –that parties can experiment with dispute resolution, shaping and adapting different processes to meet their own particular needs– is at last beginning to percolate through the profession⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ SCOTT RAU, Alan, “Integrity in Private Judging”, 38 S.TEX. L. R. 485, 487, 1997; see, also generally, SCOTT RAU, Alan & PÉDAMON, Catherine, *La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain*, Rev. Arb. p. 451 (2001).

⁽¹⁹⁾ See, e.g., *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255,262 (2d Cir. 2003) (The arbitration panel granted the claimant’s motion to require respondent “to post pre-hearing security pending a final determination” and held that “where an arbitration clause is broad, as here, arbitrators have the discretion to order remedies they determine appropriate, so long as they do not exceed the power granted to them by the contract itself’ (...) it is not the role of the courts to undermine the comprehensive grant of authority to arbitrators by prohibiting an arbitral security award that ensures a meaningful final award.”)

⁽²⁰⁾ SCOTT RAU, “Alan, Contracting Out of the Arbitration Act”, en: *8 Am. Rev. Int’l Arb.*, pp. 225-259-260 (1997).

b. Institutional rules

Nevertheless, the most common contractual source of arbitral authority remains the arbitration rules of the various administering institutions, incorporated into the agreement by reference.

The American Arbitration Association (AAA) Commercial Arbitration Rules provide that:

(T)he arbitrator may take whatever interim measures he or she deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property and disposition of perishable goods⁽²¹⁾.

The AAA's International Arbitration Rules –which provide the default regime for cross-border contracts wherever the AAA is chosen as the administering body⁽²²⁾– are virtually identical⁽²³⁾.

Another possibility is reliance on Rule 43(a) of the AAA's Commercial Arbitration Rules, under which:

The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties,

including, but not limited to, specific performance of a contract.

This rule, it has been held, authorizes arbitrators to order “specific performance to preserve the status quo under the contract”⁽²⁴⁾. For example, in one case an electric utility had initiated arbitration proceedings and asked the arbitrators to rule that it had the right to terminate a coal purchase contract. The arbitrators issued an interim award requiring the utility to “continue performance” by “accepting shipments of coal” until the arbitration panel had rendered a final determination, and the court, relying on Rule 43(a), confirmed the award⁽²⁵⁾.

Finally, the AAA has promulgated a separate set of Optional Rules for Emergency Measures of Protection (“AAA Optional Rules”), which provide for the possibility of interim relief even “prior to the constitution of the panel”⁽²⁶⁾. If the parties have adopted these rules in their arbitration clause or by special agreement, the AAA will appoint within one business day “a single emergency arbitrator from a special AAA panel of emergency arbitrators designated to rule on emergency applications”⁽²⁷⁾. Within two business days after his appointment,

⁽²¹⁾ American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules, July 1, 2003, r. 34(a), available at <www.adr.org> (hereinafter “AAA Commercial Arbitration Rules”).

⁽²²⁾ “Where parties have agreed in writing to arbitrate disputes under these International Arbitration Rules or have provided for arbitration of an international dispute by the International Centre for Dispute Resolution or the American Arbitration Association without designating particular rules, the arbitration shall take place in accordance with these rules, as in effect at the date of commencement of the arbitration, subject to whatever modifications the parties may adopt in writing.” American Arbitration Association International Arbitration Rules, artículo I(1) (*italics added*) (hereinafter “AAA International Arbitration Rules”).

⁽²³⁾ *Ibidem*, artículo 21.

⁽²⁴⁾ *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainerville*, 729 E2d 1046, 1984.

⁽²⁵⁾ *Loc. cit.*,

⁽²⁶⁾ American Arbitration Association Optional Rules for Emergency Measures of Protection, 1999, pp. O-1.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, pp. O-2.

the emergency arbitrator must “establish a schedule for consideration of the application for emergency relief”⁽²⁸⁾; after giving each party a “reasonable opportunity (...) to be heard”⁽²⁹⁾, he may then grant relief in the form of an “interim award if he is satisfied “that immediate and irreparable loss or damage will result in the absence of emergency relief”⁽³⁰⁾.

It should be obvious how very similar these AAA Optional Rules are to the International Chamber of Commerce Court of Arbitration (ICC) Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure⁽³¹⁾. In fact the time limits set down in the AAA Optional Rules appear to be tighter, and thus to promise a speedier process, than the ICC

procedure⁽³²⁾. More fundamentally, both the AAA and the ICC regimes have similar drawbacks at present: Under both, the “emergency” or “referee” procedure must be separately agreed to by the parties - and so may not be called into play merely by a general reference in the arbitration clause that incorporates the rules of either institution⁽³³⁾. Under both, also, the referee or “emergency” arbitrator is not permitted to act on the application of one party alone, unless the other party has been given the opportunity to be heard⁽³⁴⁾.

c. *Explicit authority*

Some older cases seem to reflect a belief that arbitrators may only grant

(28) *Ibidem*, pp. 0-3.

(29) *Loc. cit.*

(30) *Ibidem*, pp. 0-4.

(31) International Chamber of Commerce Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure, Jan. 1, 1990, available at <www.iccwbo.org/court/enghsh/arbitration/rules.asp> (hereinafter “ICC Pre-arbitral Referee Rules”).

(32) Under the ICC Pre-arbitral Referee Rules, after a request is made for the appointment of a referee the other party must answer within eight days, following which, the ICC will appoint a referee “in the shortest time possible.” *Id.* artículo 4(2). The referee must make any order “within 30 days from the date on which the file was transmitted to him”, unless an extension is granted. *Id.* artículo 6(2).

(33) See, DERAIS, Yves / SCHWARTZ, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* 275, 1998. According to these authors there has been “little support” for a proposal to incorporate the ICC Pre-arbitral Referee Rules into the arbitration rules, “primarily because of the general perception that the pre-arbitral rules have not generated a following.”

(34) But see, *Court of Arbitration for Sport, Code of Sports-Related Arbitration at r. 37*, 2004, (“In case of utmost urgency, the President of the relevant Division, prior to the transfer of the file to the Panel, or thereafter the President of the Panel may issue an order upon mere presentation of the application, provided that the opponent is heard subsequently”).

The availability of *ex parte* interim relief has been the most fraught aspect of the ongoing discussions concerning the revision of artículo 17 of the UNCITRAL Model Law. See, *Report of the Working Group on Arbitration*, A/CN.9/547, March 19, 2004, 77,120 (“there remained strongly opposing opinions on the question of including a provision granting the arbitral tribunal the power to grant *ex parte* measures”— as well as on the question of whether such relief should be available to the parties on an “opt-in” or an “opt-out” basis). Artículo 17(7) of the current revision goes further than most institutional rules in providing that the arbitral tribunal may order *ex parte* relief, without the opportunity for prior notice or hearing, if there is an “urgent need” for it. Such a provision has obvious dangers - since unlike the state judge, the arbitrator is nothing but the contractual agent of both parties. However, it also carries obvious advantages - since assets can now be made to disappear from a jurisdiction by a few computer key strokes at the slightest warning. Establishing a balance between these two considerations suggests that any power of the arbitral tribunal to grant *ex parte* interim relief should be closely cabined (for example, as in one variant, by requiring that the object of the order “be given immediate notice of the measure and an opportunity to present its case before the arbitral tribunal within 48 hours of the notice”).

interim relief if the parties' agreement explicitly grants them the authority to do so. In *Swift Industries*⁽³⁵⁾, for example, the arbitrators had ordered the respondent to deliver a cash or surety bond to protect the claimant against possible future tax liabilities for which he would be entitled to indemnification. The court vacated the award - noting that "the parties did not provide for such security in their agreement, although they might have done so", and "we cannot assume" that this omission was accidental. The arbitrators have no power to grant a remedy "which the Agreement by its lack of reference to security seems to exclude rather than intend"⁽³⁶⁾.

d. Inherent power

By contrast, in more recent cases there is a tendency to assume that even

in the absence of some explicit contractual provision, arbitrators have the "inherent power" to issue interim relief - perhaps "derived implicitly from the panel's power to ensure the parties receive the benefit of their bargain"⁽³⁷⁾. (This assumes, of course, that the arbitral tribunal is already in place). This is in effect a default rule as to the parties' intent - which can be reversed only by an explicit expression of intention to the contrary. The notion is that this authority must necessarily be implied as part of the very agreement to arbitrate, since the parties must have intended that their chosen arbitration process "not be fruitless"⁽³⁸⁾. An obvious corollary is that in some cases, the particular language of the parties' agreement may be read so as to overcome that presumption - that is, so as to constrict or narrow the power of the arbitrators to grant interim relief⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ *Swift Industries, Inc. v. Botany Industries, Inc.*, 466 E2d 1125, 1972.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*. See also *Recyclers Ins. Group, Ltd. v. Ins. Co. of North America*, 1992, WL 150662 (E.D. Pa.) (following *Swift Industries*; although the reinsured was required by the contract to provide its insured with collateral to secure its obligations, "nowhere in the Agreement, in the arbitration clause or elsewhere, is it stated that the arbitration panel has the authority to require a party to post security as a condition to having its claims resolved by the panel"; an award that required the reinsured to post collateral "without first conducting a hearing on the merits of the dispute" must be vacated).

⁽³⁷⁾ See, e.g., *Charles Construction*, 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992); *Certain Underwriters at Lloyd's, London v. Argonaut Ins. Co.*, 264 F.Supp.2d 926, 937 (N.D. Cal. 2003) ("There is no question that an arbitration panel has the authority to require escrow to serve as security for an ultimate award; that authority "may be either derived explicitly from the arbitration agreement or implicitly from the panel's power to ensure the parties receive the benefit of their bargain"); *Konkar Maritime Enterprises, S.A. v. Compagnie Belge d'Affretement*, 668 F.Supp. 267, 271 n.3 (S.D.N.Y. 1987) ("The issue of security (...) was implicit in the submission of the main dispute to the Panel").

⁽³⁸⁾ Cf. *Meadows Indemnity Co., Ltd. v. Arkwright Mutual Ins. Co.*, 1996 WL 557513 (E.D. Pa.) (order that the respondent obtain an irrevocable letter of credit in favor of the claimant as prehearing security; held, the arbitrators were empowered "to award relief in any reasonable form or at any stage in the proceeding"; the agreement "grants the arbitrators broad powers without limiting those powers in any way, even though [it] easily could have done so", and "neither expressly authorizes the arbitrators to impose pre-hearing security measures nor prevents them from doing so").

⁽³⁹⁾ See, *Charles Construction*, 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992) ("No property was the subject matter of the arbitration. The arbitration was not a dispute over specific property but rather concerned claims of breach of contract"); see also RUBINS, *supra* note 13, at 343-44, 347-49 (UNCITRAL Arbitration Rules may not permit an arbitral order requiring "security for costs", since "it could be argued that costs are not part of the subject matter in dispute").

With trivial exceptions⁽⁴⁰⁾, arbitral awards of interim relief are not self-executing – but must be enforced by a court, at the request of a party. As the validity of such awards will only be formally determined at the time of a subsequent motion to confirm or to vacate, a more detailed discussion of the types of interim relief that arbitrators may order will be deferred until later. (The forms of interim relief most common in American law are treated *infra* in Section 2.4.; the question of the enforcement by courts of interim arbitral awards is treated *infra* in Section III).

e. Judicial review

There is one final point here: Even if the arbitrator has –in theory– the authority to grant a particular interim measure of relief, his actual exercise of that power may of course be subject to challenge and judicial review on the same substantive grounds as any other arbitral award. In *Swift Industries*, again, the court was willing to assume “arguendo” that the arbitrator had the authority to order a bond, but found that in any event the arbitrator’s award was “completely irrational.” “Can a \$ 6 million cash bond award be deemed rational in view of a maximum \$ 1.5 million liability under the [agreement]? We think not”⁽⁴¹⁾. Compare *Fraulo v. Gabelli*⁽⁴²⁾, where an investor in a joint venture construction project sought rescission of the agreement and a return of his funds on the ground of

misrepresentation and non-disclosure of material facts. Faced with the “imminent sale of the property” by the respondent, the arbitrator issued an interim award prohibiting “further proceedings toward the sale”. The respondent sought to vacate the award on the grounds that the arbitrator had “exceeded his power”, arguing that the order – in dealing with the sale of the property – “went beyond the scope of the original submission.” The award was nevertheless confirmed – the court finding that there had been “an unrestricted submission [by the parties] raising the issue of breach of contract”.

2. INTERIM RELIEF GRANTED BY COURTS IN AID OR ARBITRATION

2.1. The complexities of a federal system

It is difficult to discuss the question of interim relief granted by courts in aid of arbitration without saying at least a few words about the critical, but familiar, proposition that the legal system of the United States is federal in nature. The implications of federalism are infinite, but for our purposes they may be broken down into two related but distinct sets of problems:

- There are fifty bodies of state “arbitration law” as well as a federal law of arbitration. So as to any arbitration-related question, what law is to be applied?

⁽⁴⁰⁾ RUBINS, *supra* note 13, pp. 315, 319 (orders that the plaintiff provide security for costs “differ from other interim measures in that [they] can be implemented directly, without state assistance in enforcement, since the standard enforcement tool is the stay of arbitral proceedings, rather than the seizure of assets or compulsion to take some action”).

⁽⁴¹⁾ *Swift Industries*, 466 F.2d 1125, 1972.

⁽⁴²⁾ 657 A.2d 704, Conn. A, pp. 1995.

- There are fifty parallel state court systems as well as national courts. So when a party seeks interim measures of relief, or the enforcement of an arbitration agreement, or confirmation or vacatur of an award, to which courts d he have recourse?

What follows is a highly abbreviated treatment of these complex subjects; the reader who wishes to avoid dealing with them and proceed directly to a discussion of interim measures of protection may treat this as a digression and proceed to Section 2.2.

2.1.1. What law is to apply?

a. The federal statute

A federal statute, the Federal Arbitration Act (“FAA”)⁽⁴³⁾ applies to all cases “involving” interstate or foreign commerce. The statute as originally enacted in 1925 now constitutes “Chapter 1” of the FAA, though there have been some minor amendments since that date. “Chapter 2” of the FAA –sections 201 through 208– was added in 1970 in order to implement the New York Convention; “Chapter 3” –sections 301 through 307– was added in 1990 in order to implement the Panama Convention. “Chapter 1” is not, however, limited to purely domestic arbitration, since it will have a residual application in Convention cases also –“to the extent that [it] is not in conflict” with

the implementing statutes or the Conventions themselves⁽⁴⁴⁾.

The Supreme Court has recently made it clear that the coverage of the FAA is extremely broad. In *Allied-Bruce Terminix Cos., Inc. v. Dobson*⁽⁴⁵⁾, the court held that the statutory reference to “involving commerce” was the “functional equivalent” of the term “affecting” commerce - and thus “signal[s] a congressional intent to exercise its Commerce Clause powers to the full.” The Act is thus coextensive with Congress’ sweeping constitutional power to regulate commerce. If a transaction “in fact” involves commerce, it is within the FAA even if the parties had never in fact contemplated any connection to interstate commerce. And, if Congress has indeed legislated in the FAA to the full limit of its constitutional authority to regulate economic activity, the FAA would apply even to “activity that is purely intrastate in character”, where the activity, “combined with like conduct by others similarly situated”, “through repetition elsewhere”, or “when viewed in the aggregate”, might come to substantially affect commerce – even though the effect may be de minimis in an individual case⁽⁴⁶⁾.

The last term of the Supreme Court presents one striking example of the FAA being applied to a transaction which taken in isolation appears to be entirely “intrastate.” In *Citizens Bank v. Alafabco, Inc.*⁽⁴⁷⁾, the Supreme Court found that the

⁽⁴³⁾ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C., pp. 51-307.

⁽⁴⁴⁾ Federal Arbitration Act , pp. 208,307.

⁽⁴⁵⁾ 513 U.S. 265, 1995.

⁽⁴⁶⁾ See, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 1942, (upholding the application of the Agricultural Adjustment Act to the growing of wheat within a single state for home consumption).

⁽⁴⁷⁾ 123 S. Ct. 2037, 2003.

FAA applied to a debt-restructuring agreement executed in Alabama between an Alabama bank and an Alabama construction company. The court pointed out that the construction company had engaged in large projects throughout the south-eastern United States. More importantly, it noted “the broad impact of commercial lending on the national economy” stating that “Congress’ Commerce power may be exercised in individual cases without showing any specific effect upon interstate commerce if in the aggregate the economic activity in question would represent a general practice subject to federal control”⁽⁴⁸⁾.

b. Preemption of state law by federal law

Every individual state has its own statute (or indeed statutes) that govern arbitration occurring within its jurisdiction. However, where a transaction involves interstate or foreign “commerce” – and thus comes within the federal statute – the FAA overrides and preempts any state legislation that is in conflict with it. At the very least, federal jurisprudence has established that state law may not disserve federal policy – for example, by disfavoring arbitration

agreements or attributing to them less force or validity than other contracts. Where state law is preempted, state as well as federal courts are expected to apply the federal statute.

The leading case is *Southland Corp. v. Keating*⁽⁴⁹⁾. A California statute enacted for the protection of franchisees was interpreted by state courts to make pre-dispute arbitration agreements unenforceable – and thus to require *judicial* consideration of any claims brought by franchisees; the state courts therefore refused to enforce a provision in a franchise agreement to arbitrate such claims. The Supreme Court held that the state statute violated the Supremacy Clause of the U.S. Constitution. In the FAA (section 2 of which makes arbitration agreements “valid, irrevocable, and enforceable”), Congress had “declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration.” Federal policy therefore required that arbitration agreements be placed “upon the same footing as other contracts”⁽⁵⁰⁾. Other cases have confirmed this limitation on state power⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ It is inevitable that there will be occasional state decisions that demonstrate that there are at least some limits that are thought to be imposed by the FAA’s requirement that a transaction “involve” interstate commerce. In *Porter & Clements, L.L.P. v. Stone*, 935 S.W.2d 217 (Tex. App. 1996), two Texas residents hired a Texas law firm to represent them in a suit brought in Texas against Sam’s Wholesale Clubs, a Delaware corporation with headquarters in Arkansas. The suit concerned the plaintiffs’ right to operate hot dog carts at Sam’s locations throughout the country. The suit failed, and the plaintiffs later brought a claim against the law firm, alleging that the firm had misrepresented to them the potential for recovery in the suit against Sam’s, leading them to reject a settlement offer. Although the fee agreement between the firm and the clients contained an arbitration clause, the court held that the case did not come within the FAA. Even if correctly decided – which is itself a dubious proposition – *Porter G. Clements* is at best a limiting case.

⁽⁴⁹⁾ 465 U.S. 1, 1984.

⁽⁵⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽⁵¹⁾ See, e.g., *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 1987, (state statute barring arbitration of employee claims for payment of wages is invalid); *Allied-Bruce Terminix Cos., Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 1995, (state statute

Given that the American model sees arbitration as little more than a “creature of contract”, it naturally follows that contracting parties are free to “opt out” of federal law if they wish - by choosing in their agreement to be governed by state arbitration law. However, it now seems to be generally accepted that a simple standard “choice of law” clause will not be considered sufficient for this purpose – and such a clause will not in itself be deemed adequate to capture a state’s arbitration law. Henceforth it will take an express reference and an “unequivocal” exclusion of federal law by the parties to accomplish this result⁽⁵²⁾.

c. The continuing use of state law to regulate “procedure” and to fill gaps”

Now in the run-of-the-mill case, it is not likely to make much difference whether state or federal arbitration law governs a particular problem. The general outlines of state and federal law are, after all, quite similar. It is increasingly common to find cases in which courts indulge in lengthy, solemn, ritual inquiries into whether federal or state law is to govern, and then belatedly concede –often in a footnote– that after all, the question makes “no perceptible difference” to the result⁽⁵³⁾. Following two examples

making all predispute arbitration agreements unenforceable is invalid); *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 1996, (state statute requiring prominent notice on the first page of every contract subject to arbitration is invalid); see, also *Securities Industry Ass'n. v. Connolly*, 883 F.2d 1114 (1st Cir. 1989) (state regulations prohibited securities firms from requiring customers to sign a predispute arbitration agreement as a condition to opening an account; held, regulations are “patently inhospitable to arbitration” and are thus invalid); *Saturn Distribution Corp. v. Williams*, 905 F.2d 719 (4th Cir. 1990) (state statute barred nonnegotiable arbitration provisions in contracts between automobile manufacturers and dealers; held, statute prohibiting such agreements “places greater restrictions” upon arbitration than the state “places upon other contractual terms” and is thus *invalid*).

⁽⁵²⁾ See, e.g., *Ferro Corp. v. Garrison Industries, Inc.*, 142 F.3d 926,936 (6th Cir. 1998) (applying the federal rule of “separability” despite a choice-of-law clause calling for the application of Ohio law; since “the relevant provisions of state law and the FAA appear to conflict”, “the state law is pre-empted”; only if the choice-of-law clause had constituted an “unequivocal inclusion” of the state rule — which it did not — could the issue have been preserved for judicial determination); *In re L&L Kempwood Associates*, 9 S.W.3d 125 (Tex. 1999) (arbitration clause provided that the contract was to be governed by “the law of the place where the Project is located”; held, since the clause did not specifically exclude the application of federal law, it would not be read to have that effect: “Houston, where the apartment renovation project was located, is subject to federal law as well as Texas law”). “The notion that state arbitration law which is at odds with the dictates of the FAA can be reintroduced through the device of a choice-of-law clause has been steadily eroding, and is being increasingly ignored. “Alan Scott Rau, Does State Arbitration Law Matter at All?, in *ADR and the Law* 199,207 (15th ed. 1998). In short, “the strong default presumption is that the FAA, not state law, supplies the rules for arbitration”, *Sovak v. Chugai Pharmaceutical Co.*, 280 F.3d 1266, 1269 (9th Cir. 2002).

A decision that is apparently to the contrary is *Security Ins. Co. of Hartford v. TIG Ins. Co.*, 360 F.3d 322 (2d Cir. 2004). In the most wooden and conceptualistic opinion imaginable, the Second Circuit acknowledged that it too had routinely “rejected the argument that a general choice-of-law provision without more evidences the parties’ intent to incorporate [state] decisional law on the allocation of powers between the court and the arbitrator.”

Nevertheless it concluded that a California statute, which permits a court to stay a pending arbitration where one of the parties is also a party to pending litigation arising out of the same transaction, was captured by a contractual choice of- law provision — since the state statute “does not limit the rights of the parties to arbitrate particular issues or the arbitrator’s power to resolve the dispute.”

⁽⁵³⁾ See, e.g., *Ford v. NYLCare Health Plans of the Gulf Coast, Inc.*, 141 F.3d 243, 250 n.7 (5th Cir. 1998).

demonstrate, however, the relationship between the state and federal law of arbitration is rather more subtle and complex than the simple summary above would suggest.

Each state of course maintains a separate court system – and so each naturally has developed its own “procedural” regime to govern the “procedure” in its own courts. In doing so, a state may depart from the practice of federal courts as long as these deviations do not have too great an impact on what are perceived to be the principal “substantive” aspects of the FAA (i.e., the mandate to honor arbitration agreements and to enforce arbitration awards). This procedure/substance dichotomy is as we all know hardly self-defining. And it can prove highly fuzzy along the edges. To illustrate, the party who is resisting arbitration, and who challenges “the making of the arbitration agreement”, is entitled under the federal statute to a trial by jury of that issue. A state, on the other hand, may prefer that this issue be decided by a judge. To have a judge rather than a jury pass on the existence of an arbitration agreement hardly appears to undermine or frustrate the arbitration process. Moreover, a bench trial of the issue should not be expected to “frequently and predictably” lead to different outcomes⁽⁵⁴⁾. It seems critical too that state rules

denying a jury trial are consistent with the summary nature of the proceeding, with the likely result a speedier and more efficient process. Similarly under the federal statute, orders by a trial court that deny a stay of litigation in favor of arbitration are made immediately appealable. State law, however, may make no provision for the appeal of such orders. Some authority to the effect that state courts are not obligated to permit an interlocutory appeal in such cases governed by the FAA does exist. According to one court, it would “boggle the mind” if the substantive rights created by the FAA could in turn become a right “to obtain rewriting of procedural rules and statutes pertaining to the manner” in which a litigant proceeds through state courts⁽⁵⁵⁾.

Second, the federal arbitration statute is nearly eighty years old and, in the style of statutes drafted in that era, it is rather skeletal. It is therefore often said that state arbitration law can still be utilized to “fill gaps” in the federal scheme, answering questions that are not directly or explicitly addressed in the federal statute or in the common law that has grown up around it. For example, the usual rule in domestic arbitrations follows the so-called “American rule” in litigation – under which the prevailing party has no right to recover his attorneys’ fees in the absence

(54) *Rosenthal v. Great Western Financial Securities Corp.*, 926 P.2d 1061 (Cal. 1996) (the provisions of § 4 of the FAA calling for a jury trial on the issue of the existence of an arbitration agreement, do not apply in state courts, even in a case governed substantively by the FAA).

(55) *Batton v. Green*, 801 S.W.2d 923 (Tex. App. 1990); see also *Jack B. Anglin Co., Inc. v. Tipps*, 842 S.W.2d 266 (Tex. 1992); *Weston Securities Corp. v. Aykanian*, 703 N.E.2d 1185 (Mass. App. 1998) (“There is no reason to suppose that the timing of the exercise of the right of appeal from an order compelling arbitration is other than a procedural matter which does not alter the substantive rights of either party - the right of [claimant] not to be bound by an illegal award, and the right of the defendants to enforce a binding agreement to arbitrate”).

of a statute or contractual provision explicitly providing for such awards. A state, on the other hand, may choose to assume –again, in the absence of any agreement to the contrary– that arbitrators in international cases routinely have the power to award attorneys’ fees. The statute is thus aligned with the general consensus in the practice of international commercial arbitration⁽⁵⁶⁾. Moreover, the “silence” of the FAA may also permit state law to supply a presumption to the effect that the parties were willing to consolidate related arbitrations⁽⁵⁷⁾.

In such cases, I would suggest, the use of state law to “fill gaps” amounts to nothing more than supplying some background or default rules with respect to what the parties to the arbitration agreement are presumed to have intended. Default rules are always necessary in contracts, if only as a starting point for pre-dispute planning and drafting. State default rules, however, can hardly come into play *ex proprio vigore* - as regulatory law. Courts may resort to them, first, only by virtue of the parties’ silence. Thus, in the frequent case where such matters are already addressed by institutional rules, the content of state law is simply irrelevant. And second, courts may look to state law only with the permission of federal law. Even if a uniform federal rule

has not yet developed, the courts must still ask whether the state’s background rule will “effectuate federal policy.” In other words, courts may choose to borrow rules of state arbitration law simply as an alternative to fashioning a newly minted uniform federal rule, but only –in Justice Holmes’ typically quotable phrase– as a “benevolent gratuity”⁽⁵⁸⁾.

d. The insurance exception

It should be noted that the question of federal preemption may appear quite different in cases involving the business of insurance. Given the tradition of intense state concern with this industry, Congress enacted the McCarran-Ferguson Act⁽⁵⁹⁾, which provides that:

No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede any law enacted by any State for the purpose of regulating the business of insurance (...) unless such Act specifically relates to the business of insurance.

The FAA of course does not “specifically relate to the business of insurance.” State statutes that focus on “protecting the relationship between the insurer and insured” will therefore not be preempted by the FAA, even if they

⁽⁵⁶⁾ See, e.g., Texas International Commercial Arbitration and Conciliation Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code, pp. 172.145(b) (1)(B).

⁽⁵⁷⁾ See, e.g., *New England Energy Inc. v. Keystone Shipping Co.*, 855 F.2d 1 (1st Cir. 1988) (state statute provided that “a party aggrieved by the failure or refusal of another to agree to consolidate one arbitration proceeding with another or others, for which the method of appointment of the arbitrator or arbitrators is the same (...) may apply to the superior court for an order for such consolidation”); held, “consent is not a prerequisite to application of the [state] consolidation statute”, which is not preempted by federal law); Revised Uniform Arbitration Act. 10 (“court may order consolidation of separate arbitration proceedings” unless “the agreement prohibits consolidation”).

⁽⁵⁸⁾ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 220 (1917).

⁽⁵⁹⁾ 15 U.S.C., p. 1012(b).

purport to bar the submission of disputes in interstate commerce to binding arbitration. The Fifth Circuit has strikingly referred to this as a case of “reverse preemption”⁽⁶⁰⁾.

2.1.2. State or federal courts?

With the qualifications already suggested if a case comes with the FAA the federal statute must equally be applied in state or federal courts.

The overwhelming proportion –well over 95 percent– of litigation in the United States is brought before the courts of individual states rather than federal courts⁽⁶¹⁾.

Even though in principle the same law is to apply in either court system, the proponents of arbitration will in most cases nevertheless prefer to have their case heard in federal court. Federal judges, who are appointed for life, may be expected to deploy a greater sensitivity to federal arbitration policy in distinction to local interests. And it is not too much to say that as a general matter the quality of justice is considerably higher in federal courts. State court jurisprudence applying

the FAA is often eccentric and parochial, but it is rarely policed with a view to ensuring conformity with federal policy.

a. Domestic cases

Federal courts, however, are courts of limited jurisdiction. The mere fact that “interstate commerce” may be involved is not in itself sufficient to invoke the jurisdiction of the federal courts – and so the ability to get into federal court will usually depend on elements that have no functional relationship with arbitration policy. In addition to jurisdiction over the person (or *in rem*), a federal court must possess subject matter jurisdiction that usually is limited to cases:

- (1) “Arising under” the federal constitution, federal laws, or treaties⁽⁶²⁾, or
- (2) Where the parties are:
 - Citizens of different states, or citizens of a state and citizens of a foreign state⁽⁶³⁾, and
 - The amount in controversy is in excess of U.S.\$75,000⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Munich American Reinsurance Co. v. Crawford, 141 F.3d 585 (5th Cir. 1998) (Oklahoma has formulated a “complex and comprehensive scheme of insurance regulation that contains the Uniform Insurers Liquidation Act” and that vests state district courts with “exclusive original jurisdiction” over all delinquency proceedings involving insolvent insurance companies; held, petition to compel arbitration was properly dismissed).

⁽⁶¹⁾ See, <<http://ncsconline.org/D-Research/csp/CSP-Main-Page.html>> (15.1 million civil cases filed in state courts in 1999); <www.uscourts.gov/cgi-bin/cmsd200o.pl> (259,517 civil cases filed in federal district courts in 2000).

⁽⁶²⁾ I.e., “federal question jurisdiction, 28 U.S.C. section 1331.”

⁽⁶³⁾ More accurately, where the parties are “(1) citizens of different States; (2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state; (3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties; and (4) a foreign state as plaintiff and citizens of a State or of different States.” Note that “diversity jurisdiction” is not present where a suit is exclusively between foreign nationals. Nor is it present where one American citizen has been joined in a suit with aliens on each side, i.e., “Alien A v. Minnesota citizen and Alien B.” However, federal jurisdiction will be present in a suit in the form “Alien A and Delaware citizen v. Alien B and Minnesota citizen.”

⁽⁶⁴⁾ I.e., “diversity jurisdiction, 28 U.S.C. section 1332.”

Curiously, the mere fact that a dispute involves the enforceability of an arbitration agreement or the confirmation or enforcement of an arbitral award is not enough to make a case “arise under” federal law for the purposes of section 1331 / even where the FAA provides the applicable rule of decision. The FAA may create a body of federal substantive law, applicable in state and federal courts alike, and requiring that arbitration agreements be honored, yet it does not create any independent federal question jurisdiction⁽⁶⁵⁾. In the absence of some independent source of jurisdiction –such as diversity of citizenship or some other statute– it is assumed “that the state courts are entirely able, as well as required, to apply the [FAA] and compel arbitration pursuant to the Act if the statutory requisites are present”⁽⁶⁶⁾.

i) Diversity of citizenship

Diversity of citizenship “depends only on the citizenship of the parties to the arbitration agreement –that is, parties

who can be named in a petition to compel arbitration. It should therefore not be possible to resist federal enforcement of an arbitration agreement by filing a lawsuit in which individuals who are not parties to the arbitration agreement –and whose citizenship may destroy diversity– are joined, merely on the grounds that such individuals are somehow involved in the “underlying controversy”⁽⁶⁷⁾.

Where a plaintiff chooses to bring a suit in state court, but the requirements of either sections 1331 or 1332 are satisfied –that is, if a federal court would otherwise have jurisdiction– then the defendant may “remove” the case as of right to a federal court. However, if federal jurisdiction is founded only on “diversity of citizenship”, then removal is possible only if none of the defendants is a citizen of the forum state⁽⁶⁸⁾. The reason for this is obvious: If the original purpose of “diversity” jurisdiction was to protect out-of-state parties against the possible prejudice of local tribunals –by assuring them access to national courts– then that policy is not

⁽⁶⁵⁾ *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Const. Corp.*, 460 US. 1.25 n.32 (1983). Section 4 of the FAA (which mandates courts to compel arbitration) explicitly states that a request for an order to compel may be made to “any United States district court which, save for [the arbitration] agreement, would have jurisdiction, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties.” (emphasis added). Section 3 (which mandates a stay of a pending lawsuit in favor of arbitration) also “necessarily presupposes that there must have been some jurisdictional basis for the pending action.” 13B Federal Practice and Procedure: Jurisdiction 3569, at 171 (C.A.Wright, A. Miller, & E. Cooper eds., 2d ed. 1984). And the prevailing view seems to be that independent jurisdictional grounds must also be present before federal courts may grant orders under § 9 (confirming arbitral awards) or § 10 of the Act (vacating arbitral awards). *Id.* See also *Wis. Commissioner of Ins. v. Cal. Reinsurance Management Corp.*, 819 F.Supp. 797 (E.D.Wis. 1993) (§ 9 of the FAA does not create subject matter jurisdiction in federal courts for motions to confirm arbitration awards); *Garrett v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 7 F.3d 882 (9th Cir. 1993) (“§ 10 does not confer federal jurisdiction”); *Kasap v. Folger Nolan Fleming & Douglas, Inc.*, 166 F.3d 1243, 1246-477 (D.C. Cir. 1999) (the argument that § 10 confers federal jurisdiction for motions to vacate awards “has been uniformly rejected”); *Baltin v. Alaron Trading Corp.*, 128 F.3d 1466 (11th Cir. 1997) (collecting cases).

⁽⁶⁶⁾ *Commercial Metals Co. v. Bafour, Guthrie, & Co., Ltd.*, 577 F.2d 264 (5th Cir. 1978).

⁽⁶⁷⁾ *Doctor's Associates, Inc. v. Distajo*, 66 F.3d 438 (2d Cir. 1995) (a “district court should not consider the citizenship of strangers to the arbitration contract”).

⁽⁶⁸⁾ U.S.C., p. 1441.

implicated where an out-of-state plaintiff has chosen to sue a defendant in the latter's own place of residence.

ii) Amount in controversy

In diversity cases, the requirement of 28 U.S.C. section 1332 that the "amount in controversy" exceed US\$ 75,000 must also be satisfied. In most cases, the amount in controversy can be calculated without a great deal of difficulty. The starting point is that the measurement is made on the basis of "the possible award that might reasonably result from an arbitration"⁽⁶⁹⁾, that is, "the difference between winning and losing the underlying arbitration"⁽⁷⁰⁾.

This, however, will not necessarily be the same amount that the claimant might receive in litigation. An interesting recent illustration of the point is *The Barbers v. Bishop*⁽⁷¹⁾. Here, franchisees had brought a class action in state court and had so-carefully provided in their complaint that the damages sought "do not exceed the sum of US\$ 74,950 for each franchisee"⁽⁷²⁾. The franchisor immediately went to federal court and moved to compel arbitration. The court held in turn that it had jurisdiction. The franchisees in this case could always amend their complaint, so any putative cap on damages was simply "illusory." Perhaps more fundamentally, even if no state court would award any of the

⁽⁶⁹⁾ 13B Federal Practice and Procedure: Jurisdiction, supra note 65, 3569, at 173. See, also 14A id. At, p. 3712 ("Interest and Costs").

⁽⁷⁰⁾ See, *Doctor's Associates, Inc. v. Hollingworth*, 949 F.Supp. 77, 82 (D. Conn.1996) (petition to compel arbitration under § 4); *CIGNA Healthcare of St. Louis, Inc. v. Kaiser*, 181 F.Supp.2d 914, 923 (N.D. Ill. 2002) ("we can look at what [claimants] stand to win in an arbitration, what [respondent] stands to lose in an arbitration or a combination thereof"); *America's Moneyline, Inc. v. Coleman*, 360 F. 3d 782 (7th Cir. 2004) ("the appropriate focus is the stakes of the underlying arbitration dispute"; the court rejected the contention of the party seeking to compel arbitration that the value of the litigation was "the value of enforcing the Arbitration [clause]" and thereby avoiding having to finance "an expensive class action in state court").

A somewhat broader view of the "stakes"- beyond the quantum of a possible award - is suggested in Judge Keeton's opinion in *Richard C.Young & Co., Ltd. v. Leventhal*, 298 F.Supp.2d 160 (D. Mass. 2003). Here, the claimant had instituted an arbitration against the respondent in California; the respondent sought to enjoin the California arbitration and to compel arbitration in Massachusetts pursuant to an alleged forum-selection clause in the contract.

The court defined the "amount in controversy" to include (a) "the amount in dispute in the underlying arbitration" (which was U.S.\$59,703), plus (b) the costs to the respondent, including lost revenue, of arbitrating in California, minus (c) the costs that the respondent would in any event have to incur in order to arbitrate in Massachusetts. The court could not conclude "to a legal certainty" that the amount in controversy would not total more than U.S.\$75,000, and so concluded that it had jurisdiction. Where the subject of the suit is not the location of the arbitration, but the very obligation to arbitrate in the first place, the author is not aware of any court that has attempted to quantify the respective costs of arbitration and litigation.

⁽⁷¹⁾ 132 F.3d 1203 (7th Cir. 1998). See, also *In the Matter of the Arbitration between Marcy Lee Mfg. Co. & Cortley Fabrics Co., Inc.*, 354 F.2d 42 (2d Cir. 1965) (the arbitrators "would not have to respect the rule disallowing legal expenses incurred in enforcing indemnity claims").

⁽⁷²⁾ In class actions it is the *amount per plaintiff* that matters, rather than the aggregate stakes for all plaintiffs: Many small claims cannot be aggregated to reach the U.S.\$75,000 threshold. However, if the stakes had exceeded U.S.\$75,000 for at least one franchisee, then others might have been brought into federal court under the "supplemental jurisdiction" of 28 U.S.C., 1367 ("in any civil action of which the district courts have original jurisdiction, the district courts shall have supplemental jurisdiction over all other claims that are so related to claims in the action within such original jurisdiction that they form part of the same case or controversy").

franchisees more than US\$ 74,950, “this does not limit the stakes of the arbitration. An arbitrator might award more”.

Difficulties in valuation are minimized by taking the position that the plaintiffs in federal court are given the “benefit of the doubt”/ and that jurisdiction exists “unless it is legally certain” that the stakes of the arbitration would be US\$ 75,000 or less. On that tolerant standard, an attempt by an amateur wrestler to enforce an award concerning his entitlement to be a member of the U.S. Olympic team was held to be within federal question jurisdiction, as “the value of a position on the Olympic team cannot be said” to be less than US\$ 75,000⁽⁷³⁾.

A frequently litigated situation is the case where the amount at issue in an arbitration was originally in excess of US\$ 75,000, but where the final award is for less than that amount. Where the claimant seeks to confirm the award, or the respondent seeks to vacate it, it seems clear that federal jurisdiction is lacking⁽⁷⁴⁾. On the other hand, one would think that the answer would be different where it is the claimant who is seeking to vacate the award – for he is presumably doing so in order to begin again and “get another shot” at the original damages claimed in a higher amount. Strangely, though, courts have been reticent to assert jurisdiction even in this situation⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ *Lindland v. United States of Am.Wresthng Assoc., Inc.*, 230 F.3d 1036 (7th Cir. 2000). From this perspective an unusual and, I think, incorrectly decided case is *Fidelity Warranty Services, Inc. v. Kidd*, 45 F.Supp.2d 1284 (N.D. Ala.), *aff'd*, 196 F.3d 1262 (11th Cir. 1999). The court here held that there was no subject matter jurisdiction when the defendant in a pending state court suit came into federal court seeking to compel arbitration of the claim against it. The court looked at the matter from the plaintiff's viewpoint alone - and found it “no more than wishful jurisdictional thinking” to say that the plaintiff's right to have the claim against it decided by an arbitrator - rather than by a court and jury — was worth more than U.S.\$75,000; it may be “that an arbitrator would give [the original claimant] more than \$75,000 less than a court and jury would give him, but how can anybody know?”

⁽⁷⁴⁾ See, *Baltin v. Alaron Trading Corp.*, 128 F.3d 1466 (11th Cir. 1997) (in these circumstances, diversity jurisdiction did not exist because “it was a legal certainty that the amount in controversy was less than” the jurisdictional amount; “the maximum remedy sought by [respondents] was the vacatur of the arbitration award of \$36,284.69”).

⁽⁷⁵⁾ See, *Luong v. Circuit City Stores, Inc.*, 356 F.3d 1188 (9th Cir. 2004) (no federal jurisdiction to hear “a challenge to an arbitration award of zero dollars”; jurisdiction should not “turn on contingencies” [sic] such as “the position of the party moving to vacate” or “the potential for rehearing with a larger recovery”; “there is merit to a rule that is clear and applicable across the board”); see also *Goodman V. CIBC Oppenheimer & Co.*, 131 F.Supp.2d 1180 (C.D. Cal. 2001) (claimant originally sought U.S.\$3 million in damages but arbitration panel awarded him only U.S. \$74,000; held, claimant's motion to vacate denied; “the amount in controversy is equal to the arbitration award regardless of the amount sought in the underlying arbitration”).

A much more sensible opinion, by contrast, is that of Judge Posner in *Sirotzky v. NewYork Stock Exchange*, 347 F.3d 985 (7th Cir. 2003). Here, the claimant had sued to vacate an adverse arbitral award; the respondent had removed to federal court but the case was later remanded. The claimant requested an award of the attorneys' fees that she had incurred in getting the case remanded to state court, but the Seventh Circuit held that these fees had been properly denied: Not only had she behaved “frivolously” - “justifying a denial of attorneys' fees otherwise presumptively available” - but in addition, the remand itself was improper in the first place, so that the claimant “cannot get to first base with her claim for an award of fees. “This alternative holding is the key to the discussion here: When the claimant sought to set aside the arbitral award in the respondent's favor, the “natural” “assumption” after all was that she was doing so “so that she could get another shot at the \$242,000 that she claimed were the damages caused her by (respondent's) alleged breach of contract”; “why did she also ask the state court to vacate the arbitral award (...) unless she wanted another crack at (the respondent)?”

iii) Federal question

In the absence of diversity –and much more rarely– federal jurisdiction may be found to exist through the presence of some other “*federal question*”. A rather unusual case is *United Offshore Co. v. Southern Deepwater Pipeline Co*⁽⁷⁶⁾. Here, a joint venture operated a natural gas pipeline transporting gas from the outer continental shelf. A partner sought to remove the joint venture’s operator and –when the management committee deadlocked– sought to have the matter resolved by arbitration. A federal statute, the Outer Continental Shelf Lands Act⁽⁷⁷⁾, granted federal courts jurisdiction over “controversies arising out of or in connection with any operation conducted on the outer continental shelf which involves exploration, development, or production” of minerals; the court held that federal jurisdiction existed because the resolution of the dispute “would affect” the exploitation of minerals on the outer continental shelf⁽⁷⁸⁾.

However, the more fact that the arbitrator would be required to construe or apply federal law in making his award does not confer this federal question

jurisdiction –not does the fact that the “underlying dispute” between the parties involves alleged violations of federal law. The federal law must be a direct element in the plaintiff’s claim and must appear on the face of a “well-pleaded complaint.”

The preceding paragraph is true at least in those cases where a federal court is asked to compel arbitration or stay arbitration proceedings. Where, for example, a customer filed suit against a brokerage firm seeking damages for violations of federal securities laws, the Fifth Circuit held that a federal district court had no jurisdiction to compel arbitration: A party seeking to enforce rights created by the FAA must do so in state court “unless federal jurisdiction is independently established by the allegations of the plaintiff’s own complaint or unless the case is already in federal court”. In this case, the firm’s complaint “seeks one objective: to enforce its rights under the contract with the [customer] and compel arbitration of the dispute. The [customer’s] underlying dispute with Prudential, including claims that Prudential violated the federal securities laws, is not part of Prudential’s complaint”⁽⁷⁹⁾.

Federal jurisdiction also appears to exist where the total amount at stake in an arbitration exceeds U.S. \$75,000, but the proceedings are bifurcated, and a partial award is made in a lesser amount. If enforcement proceedings are brought as to the partial award, the amount in controversy will be measured by the amount at stake in *the entire arbitration* – since any other rule would “impose a penalty (...) on the use of procedural devices such as bifurcation, devices meant only to simple and expedite proceedings.” *Bull HN Information Systems, Inc. v. Hutson*, 229 F.3d 321 (1st Cir. 2000).

⁽⁷⁶⁾ 899 F.2d 405 (5th Cir. 1990).

⁽⁷⁷⁾ 43 U.S.C., p. 1349(b)(1).

⁽⁷⁸⁾ *CJ: Rocket Jewelry Box, Inc. v. Noble Gift Packaging, Inc.*, 986 F.Supp. 231 (S.D.N.Y. 1997), vacated in part and affirmed in part, 157 F.3d 174 (2d Cir. 1998) (district court had “supplemental jurisdiction” to confirm arbitral award arising out of license agreement, because a patent infringement action between the parties was still pending before the court, and the two claims “are so tightly interwoven that the patent infringement claims cannot be resolved without also considering claims arising under the license agreement”).

⁽⁷⁹⁾ *Prudential-Bache Securities, Inc. v. Fitch*, 966 F.2d 981 (5th Cir. 1992). To the same effect, see *Westmoreland Capital Corp. v. Findlay*, 100 F.3d 263 (2d Cir. 1996) (investors initiated arbitration proceeding against

Unfortunately, however, where the question concerns the confirmation or vacatur of an arbitral award, the situation is somewhat murkier. It has been held, for example, that a federal court does have jurisdiction to hear a challenge to an arbitral award on the grounds that the arbitrators had acted “in manifest disregard of federal law” – for in such a case the ultimate disposition of the matter “necessarily depends on resolution of a substantial question of federal law”⁽⁸⁰⁾. The Second Circuit is largely responsible for this expansion of federal jurisdiction – as part of its recent quixotic attempts to breathe new life into the moribund notion of “manifest disregard”⁽⁸¹⁾. The idea is not likely to have much staying power or resonance elsewhere, however⁽⁸²⁾.

b. International cases

i) New York and Panama Conventions.

It is important to note that the situation with respect to federal jurisdiction is dramatically different in cases governed by the New York Convention or by the Panama Convention⁽⁸³⁾. Such cases are always deemed to “arise under” federal law. In consequence, federal courts will always have subject matter jurisdiction in such cases without regard to any diversity of citizenship or the amount in controversy⁽⁸⁴⁾. Defendants in state court are given the right to remove cases falling under the New York Convention to federal court⁽⁸⁵⁾. And – on the assumption that

investment advisor, alleging violations of the Exchange Act, and the investment advisor sought an order enjoining the arbitration; held, federal question jurisdiction is lacking; the FAA does not confer such jurisdiction where the claim of jurisdiction is based merely on “the federal character of the underlying dispute in arbitration”). See also *Gibraltar, P.R., Inc. v. Otoki Group, Inc.*, 104 F.3d 616 (4th Cir. 1997) (dispute between two parties to a joint venture agreement over the ownership of certain trademarks; held, court lacked jurisdiction over a motion to compel arbitration; “the Lanham Act does not confer jurisdiction simply because the subject in dispute is a trademark. In essence, this case is a contract dispute between the two companies over the ownership of property”).

⁽⁸⁰⁾ *Greenberg v. Bear, Stearns & Co.*, 220 F.3d 22 (2d Cir. 2000) (federal courts have “a strong interest in ensuring that arbitrators interpret and apply federal law properly”, and this interest seems to be “far greater than the federal interest implicated by a petition to compel arbitration under, 4”).

⁽⁸¹⁾ See, e.g., *Halligan v. Piper Jaffay, Inc.*, 148 F.3d 197 (2d Cir. 1998) (arbitrators denied claim for violation of the Age Discrimination in Employment Act without “any explanation or rationale”; held, “in view of the strong evidence that (claimant) was fired because of his age and the agreement of the parties that the arbitrators were correctly advised of the applicable legal principles, we are inclined to hold that they ignored the law or the evidence or both”); cf. *Westerbee Corp. v. Daihatsu Motor Co., Ltd.*, 304 F.3d 200 (2d Cir. 2002) (in reviewing arbitral award, “district court should have analyzed whether (New York cases) clearly and explicitly foreclose an award of expectancy damages as a remedy for the breach of a duty to refrain from thwarting the occurrence of a condition precedent”; after lengthy discussion, the Second Circuit concludes “that they do not”).

⁽⁸²⁾ See, SCOTT RAU, Alan, “The New York Convention in American Courts”, en: *7 Am. Rev. Int'l Arb.*, pp. 213-237-239 (1996) (“manifest disregard of the law” is “an empty category”; vacatur on this ground will “hardly ever” happen in our lifetimes). In most federal courts it should be sufficient simply to note that the allegations of the party seeking vacatur “cannot possibly” satisfy the rigid requirements of this ground of attack. *Luong v. Circuit City Stores, Inc.*, *supra* note 75, 356 F.3d at 1195.

⁽⁸³⁾ *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, Jan. 30, 1975, ORG. AM ST. T.S. 42 (entered into force Jun. 16, 1976) (hereinafter “Panama Convention”).

⁽⁸⁴⁾ See, 9 U.S.C. p. 203.

⁽⁸⁵⁾ 9 U.S.C. p. 205. Federal law, which will govern the question of party status for this purpose, generally holds that the plaintiff for the purposes of removal is the party who has asked for judicial intervention — and not

Congress deliberately sought to channel Convention cases into federal courts so that “parties seeking to guarantee enforcement of arbitral contracts and awards could elect to escape the uncertainty of the laws of the fifty states for the comparative uniformity of federal law”⁽⁸⁶⁾ – the rights of removal are much more powerful than the rights granted under the removal statutes generally⁽⁸⁷⁾.

That Convention cases are deemed to “arise under” federal law for purposes of the jurisdiction of federal courts is particularly important – since United States has given a far broader scope to

these Conventions than have most other nations. Note, for example, that under section 202 of the FAA:

- (1) Where the parties to the agreement or the award are not all American citizens then by the terms of section 202 the Convention will apply, even though the arbitration itself is held in the United States⁽⁸⁸⁾. It seems surprising but inevitable, then, that a Texas award, arising out of a transaction in which an American citizen conveys property in Texas jointly to

the party which initiated arbitration, see *Certain Underwriters at Lloyd's v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 51 ESupp.2d 756 (E.D. Tex. 1999).

⁽⁸⁶⁾ *Caringal v. Karteria Shipping, Ltd.*, 108 F.Supp.2d 651,654 (E.D. La. 2000).

⁽⁸⁷⁾ Thus: In most removal cases *all* properly joined defendants must timely file for, or at least consent to, a notice of removal; by contrast, it is *not* necessary in Convention cases under 205 that all defendants consent to removal: “Foreign businesses who understand that their access to federal courts can be denied by one local party defendant are likely to think carefully before contracting with an American business.” *Acosta v. Master Maintenance & Construction, Inc.*, 52 F.Supp.2d 699 (M.D. La. 1999).

In most cases a proceeding can be removed by defendants to federal court only within 30 days of receiving the initial pleading; by contrast, under § 205 a case under the Convention can be removed “at any time before the trial”, although even before “trial” some notions of timeliness may still come into play, and removal may be disallowed if a defendant is held to have “waived” his right to removal by engaging in substantial litigation in state court proceedings; see *Certain Underwriters at Lloyd's*, *supra* note 85 (“although § 205 may have been enacted to facilitate removal of cases coming under the Convention, it certainly was not designed to enable parties to invoke the jurisdiction of the state court and willingly proceed with discovery and trial only to remove when the first bite of what appears to be a ripe apple turns out in fact to be extremely sour”).

The right to remove cases from state to federal court may also as a general matter be “waived” in predispute agreements: Parties to contracts are given considerable freedom in agreeing in advance as to where they will litigate, and in the usual case, alleged waivers in predispute agreements are interpreted using the usual benchmarks of contract construction. By contrast, however, it has been held in Convention cases that a contractual predispute waiver of the right to remove to federal court is not favored — and so to be effective, such a waiver must be “express” and “explicit”, “clear and unambiguous.” *McDermott Int'l, Inc. v. Lloyd's Underwriters of London*, 944 F.2d 1199 (5th Cir. 1991); *Suter v. Munich Reinsurance Co.*, 223 F.3d 150 (3d Cir. 2000) (“Given the historical hostility of state courts to arbitration, it can be argued that doubts concerning waiver of removal rights under the Convention Act should be resolved in favor of the federal forum”).

⁽⁸⁸⁾ See, e.g., *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 E2d 928 (2d Cir. 1983) (charterparty between Norwegian shipowner and Swiss charterer involved transportation of chemicals between the United States and Europe, and called for arbitration in New York); *Trans Chemical Ltd. v. China Nat'l Machinery Import & Export Corp.*, 978 F.Supp. 266, 292-97 (S.D.Tex. 1997), *aff'd*, 161 F.3d 314 (5th Cir. 1998) (contract between Pakistani corporation and Chinese corporation for construction of plant in Pakistan; arbitration took place and award rendered in Texas).

another American citizen and her resident-alien spouse –all three resident in Texas– will be a Convention Award⁽⁸⁹⁾.

- (2) Even though (a) the arbitration is to be held and the award rendered in the United States, and (b) all parties to the arbitration are American citizens, the Convention may still be applicable if there exists “some reasonable relation with one or more foreign states”⁽⁹⁰⁾.

ii) Claims against foreign states.

It should be noted, finally, that federal courts have subject matter jurisdiction (without regard to the amount in controversy) in civil actions against foreign states in which the claim is one “with respect to which the foreign state is not entitled to any immunity”⁽⁹¹⁾.

Any claim of “sovereign immunity” is unlikely to present a problem where an arbitration agreement exists. The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 has

considerably restricted the scope of this defense in U.S. courts. Under the Act, a foreign state is not immune from jurisdiction if it has “waived its immunity either explicitly or by implication”, or if the action “is based upon a commercial activity” carried on by the foreign state in the United States or outside the United States causing a “direct effect” in the United States⁽⁹²⁾. Although there is abundant case law to the effect that a state’s entering into an arbitration agreement constitutes a “waiver” of sovereign immunity⁽⁹³⁾, it is sometimes unclear whether this implication of a “waiver” was warranted when the site of the arbitration itself was not to be within the United States⁽⁹⁴⁾. As a consequence, the Act was amended in 1988 to clarify the matter even further. Under these amendments, there is no sovereign immunity where an action is brought to enforce an arbitration agreement between a foreign state and a private party, or to confirm the resulting award, at least:

If (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United

⁽⁸⁹⁾ RAU, *supra* note 82, at 231, N° 73.

⁽⁹⁰⁾ See, *Lander Co., Inc. v. MMP Investments, Inc.*, 107 F.3d 476 (7th Cir. 1997) (agreement between two American companies by which one was to become the exclusive distributor of the other’s products in Poland); *Fuller Co. v. Compagnie des Bauxites de Guinee*, 421 F.Supp. 938 (W.D.Pa.1976) (contract between two American companies for the design and installation of a plant in Guinea).

⁽⁹¹⁾ “Foreign states” is defined to include “an agency or instrumentality of a foreign state.” 28 U.S.C., 1330(a). Personal jurisdiction also exists whenever there is subject matter jurisdiction under this section, as long as proper service of process has been made. 1330(b).

⁽⁹²⁾ 28 U.S.C., 1605(a)(1), (2).

⁽⁹³⁾ See, *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co. v. Navimpex Centrala Navala*, 989 F.2d 572,578-79 (2d Cir. 1993) (reviewing authority).

⁽⁹⁴⁾ See, *Restatement,Third, Foreign Relations Law of the United States* 456 comment d (the question is “still open under international law (...) whether an agreement to arbitrate waives immunity from the jurisdiction of the courts only at the place chosen as the arbitration site, or is worldwide”); *Creighton Ltd. v. Govt. of the State of Qatar*, 181 F.3d 118 (D.C. Cir. 1999) (agreement to arbitrate in France did not constitute an “implicit” waiver of sovereign immunity, but U.S. court had subject matter jurisdiction under 1988 amendments even though they were added to the statute after the contract was signed).

States, [or] (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, [or] (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section⁽⁹⁵⁾.

The New York Convention “falls squarely within the terms of this exception”⁽⁹⁶⁾.

2.1.3. *Forum non conveniens*

Even where both personal and subject matter jurisdiction are present, U.S. courts frequently assert that they may—in their discretion—refuse to exercise this jurisdiction, and may refrain from hearing a case on the grounds that another more appropriate forum is available. Rooted in the “inherent power of the courts to manage their own affairs so as to achieve the orderly and expeditious disposition of cases”, the doctrine of *forum non conveniens* allows them to reject jurisdiction “for reasons of convenience, judicial economy, and justice”⁽⁹⁷⁾. The Supreme Court made it clear many years ago that courts must weigh a variety of considerations that implicate both the private interests of the litigants and the public interest when exercising their discretion:

An interest to be considered, and the one likely to be most pressed, is the private interest of the litigant. Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive (...) It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, “vex”, “harass”, or “oppress” the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy. But unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice of forum should rarely be disturbed.

Factors of public interest also have place in applying the doctrine. Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach rather than in remote parts of

⁽⁹⁵⁾ 28 U.S.C. 1605(a) (6).

⁽⁹⁶⁾ *Trans Chemical Ltd. v. China Nat'l Machinery Import & Export Corp.*, 978 F.Supp. 266, 291 (S.D. Tex. 1997), *aff'd per curiam*, 161 F.3d 314 (5th Cir. 1998); *International Ins. Co. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, 293 F.3d 392, 397 (7th Cir. 2002) (“By agreeing to a contract designating Chicago, Illinois as the site of arbitration, even if it is a foreign instrumentality, Caja waived its immunity in a proceeding to confirm the arbitral award”).

⁽⁹⁷⁾ *Monegasque de Reassurances S.A.M. v. Nak Naftogas of Ukraine*, 311 F.3d 488, 497 (2d Cir. 2002).

the country where they can learn of it by report only⁽⁹⁸⁾.

The power to refuse to hear an arbitration case on *forum non conveniens* grounds has been reaffirmed in a variety of contexts such as the following.

a. Requests to enforce an arbitration clause

In *Oil Basins Ltd. v. Broken Hill Proprietary Co. Ltd.*⁽⁹⁹⁾, a contract between a Bermudian corporation and Australian corporations concerned the payment of royalties on hydrocarbons produced off Australia. The arbitration clause did not specify the place of arbitration. The court found that it lacked the actual power to compel arbitration in Australia, but at the same time denied the plaintiff's motion for an order to compel arbitration in New York and granted the defendant's motion to dismiss on grounds of *forum non conveniens*. "All the factors point to Australia being the proper forum for litigation in this case"⁽¹⁰⁰⁾. In *CNA Reinsurance Co., Ltd. v. Trustmark Ins. Co.*⁽¹⁰¹⁾, the arbitration clause did not

specify any location for the arbitration either – although one party argued that the clause "incorporates the custom and practice of the London reinsurance market" that would mandate arbitration in London. The parties' conflicting motions to compel arbitration in Illinois and in London were both denied; the court found that "the need to apply foreign law strongly points towards dismissal" on grounds of *forum non conveniens*, since "an English court would have far more experience with London market custom and practice."

b. Requests for interim relief

In the leading case of *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co., Ltd.*⁽¹⁰²⁾, the claimant's application for a preliminary injunction in aid of arbitration was dismissed on the grounds that a Japanese forum would be more appropriate. However, the dismissal was strictly conditional – the court adding that the plaintiff may "reapply" for the preliminary injunction in federal court "if the Japanese court does not decide [its] application [for such relief] within 60 days after it is submitted"⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 (1947). Where the more "convenient forum" is another federal district court, mention should also be made of the federal change of venue statute, 28 U.S.C. 1404(a): As an alternative to dismissal, a federal court may transfer any action to any other district "where it might have been brought" "for the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice." This statute is in a sense a codification of the doctrine of *forum non conveniens*; to say that the alternative tribunal must be one where the action "might have been brought", is to say that the plaintiff would have had the right to bring the action there, the venue being otherwise proper and personal jurisdiction being present.

⁽⁹⁹⁾ 613 F.Supp. 483 (S.D.N.Y. 1985).

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ 2001 WL 648948 (N.D. Ill.).

⁽¹⁰²⁾ 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

⁽¹⁰³⁾ See, also *Great Prize, S.A. v. Mariner Shipping Pty., Ltd.*, 967 F.2d 157 (5th Cir. 1992) (creditor obtained writ of attachment and garnishment, and court dismissed on *forum non conveniens* grounds after requiring the parties to agree to submit to the jurisdiction of Australian courts; held, affirmed: "this country's only nexus with the litigation is the fortuity of a vessel's temporary location within its boundaries"). While the opinion in *Great Prize* is not as clear as might be desired, the time charter in that case may have provided for arbitration

c. Motions to confirm or vacate an award

In one recent Second Circuit opinion, a Monaco insurer started arbitration proceedings in Moscow against a Ukrainian company, and obtained an award in its favor. It later sought to confirm the award in a federal court in New York, and sought to bind not only the Ukrainian defendant but also the government of Ukraine on the grounds that the defendant was nothing but the government’s “agent” or “alter ego”. The court dismissed on *forum non conveniens* grounds⁽¹⁰⁴⁾.

The “private interest” factors mentioned by the Supreme Court do not usually weigh in favor of dismissal since a motion to confirm an arbitral award calls only for a summary proceeding⁽¹⁰⁵⁾. In this case, however, the attempt to bind the government of Ukraine would require “extensive discovery” into factual issues such as the merits of the “agency” and “alter ego” theories and the possible liability of a non-signatory to the agreement – where the likely witnesses were in Ukraine and the pertinent documents in Ukrainian. In addition, because the Monaco plaintiff was foreign, its choice of a U.S. forum was not entitled to the “standard deference” that would

usually be accorded a plaintiff’s preference. (After all, the greater the petitioner’s “bona fide connection to the United States”, the more difficult it would be to gain dismissal for *forum non conveniens*). Finally, dismissal on *forum non conveniens* grounds was thought not to be incompatible with the New York Convention – given that article III merely expects petitioners to take foreign courts as they find them. The doctrine is “more procedural than substantive”, and so the Convention “cannot be read as affecting the discretion of federal courts to decline jurisdiction where judicial economy, convenience, and justice so compel”⁽¹⁰⁶⁾.

2.1.4. The Jurisdiction of State Courts

State arbitration statutes commonly give subject matter jurisdiction to state courts to enforce arbitration agreements, and to confirm or vacate arbitral awards, where an agreement “provides for arbitration in this state”⁽¹⁰⁷⁾ or “provides for or authorizes an arbitration in this state”⁽¹⁰⁸⁾. This deceptively simple formulation has –as one might expect in any common law jurisdiction– given rise to extensive litigation:

- Whatever the precise language of the statute, it is clear that state courts

in England; see *Linea Naviera de Cabotaje, C.A. v. Mar Caribe de Navegacion, C.A.*, 169 F.Supp.2d 1341, 1351 (M.D. Fla. 2001).

⁽¹⁰⁴⁾ *Monegasque de Reassurances S.A.M. v. Nak Naftogas of Ukraine*, 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. *Melton v. Oy Nautor AB*, 1998WL 613798 (9th Cir.) at “2 (Tashima, J., dissenting) (“The Gulf Oil analysis simply does not apply to proceedings to enforce an arbitration award”; [i]n most cases, petitions to confirm arbitration awards are routinely handled as motions on the motions calendar”).

⁽¹⁰⁶⁾ F.Supp.2d 377, 387-88 (S.D.N.Y. 2001).

⁽¹⁰⁷⁾ Uniform Arbitration Act, § 17.

⁽¹⁰⁸⁾ See, e.g., Texas General Arbitration Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 171.081.

- have jurisdiction even where the parties have not explicitly identified the place of arbitration in their agreement – at least if they have agreed to arbitrate under the rules of an administering institution like the American Arbitration Association, which later designates the state as the situs of the arbitration⁽¹⁰⁹⁾.
- In the absence of any provision in the contract, the courts of a state that the parties have chosen as the situs of their arbitration d likely have jurisdiction to enforce any resulting award⁽¹¹⁰⁾.
 - A state that is neither the subject of a contractual choice of forum nor the actual site of the arbitration will probably have no jurisdiction under state law to enforce any award⁽¹¹¹⁾.
 - Even where an arbitration is to be held in another jurisdiction, state courts must still, under their own statutes, stay litigation in their own courts in favor of the arbitration. Some statutes also provide that state courts may issue interim measures of protection in aid of arbitrations that are to be held in other jurisdictions⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ See, e.g., *L.R. Foy Const. Co., Inc. v. Dean L. Dauley & Waldorf Associates*, 547 F.Supp. 166 (D. Kan. 1982) (action to compel arbitration; “while the contract does not state specifically that arbitration is to be held in Kansas, it does provide that arbitration is to be in accordance with the Construction Industry Arbitration Rules of the AAA”, and such rules “provide that the determination of the location of arbitration, when the location is in dispute, shall be made by the AAA).

⁽¹¹⁰⁾ Cf. *State ex rel. Tri-City Const. Co. v. Marsh*, 668 S.W.2d 148 (Mo. App. 1984) (parties made an agreement in Kansas to arbitrate “under the provisions” of the Kansas Arbitration Act but did not specify the actual location of their arbitration; they later appeared and participated in arbitration in Missouri; held, “the jurisdiction [to confirm the award] should lie in the Missouri courts where the parties by common assent undertook to arbitrate”).

Where a contract does explicitly provide for arbitration to take place in one state, but the parties choose instead to arbitrate in another, the situation remains rather murky. In one complex litigation, the parties’ agreement had provided for arbitration in Indiana, but - for the convenience of the three Chicago attorneys named as arbitrators — the parties later agreed to conduct the proceedings in Illinois. The lower courts of Illinois happened to be the first to rule on the validity of the award. See *Northern Indiana Commuter Transp. Dist. v. Chicago Southshore & South Bend R.R.*, 685 N.E.2d 680,695-96 (Ind. 1997) (deferring to the Illinois confirmation, but suggesting that it might still have had “concurrent” jurisdiction to confirm or vacate the award had it been asked to do so earlier). Cf. *Chicago Southshore & South Bend R.R. v. Northern Indiana Commuter Transp. Dist.*, 703 N.E. 7, 10 (Ill. 1998) (same case; held, no subject matter jurisdiction in Illinois courts; seeming to assume that the jurisdiction of one state necessarily excluded the jurisdiction of another, the court noted that although the parties had in practice “consented” to arbitration in Illinois, their agreement to confer jurisdiction on Indiana had never been “formally modified”).

⁽¹¹¹⁾ In *Artrip v. Samons Constr., Inc.*, 54 S.W.3d 169 (Ky. App. 2001), a Kentucky court had stayed litigation in favor of arbitration; while the contract said nothing at all about the place of arbitration the parties, for purposes of convenience, chose to arbitrate in Ohio. It was held that the courts of Kentucky did not have jurisdiction to enforce the award. But cf. *K.P. Meiring Construction, Inc. v. Northbay I & E, Inc.*, 761 So.2d 1221 (Fla. App. 2000) (contract provided that it would be governed by Florida law but that “if the parties can not agree on a forum, the forum shall be Indianapolis, Indiana”; held, the claimant’s “obstinate refusal” to agree to any forum violates the duty of good faith and fair dealing in performance and enforcement of contracts, and so the clause requiring arbitration in Indianapolis “is a nullity” and is “severable”; a stay pending arbitration should be entered under Florida law).

⁽¹¹²⁾ See, e.g., *Texas International Arbitration & Conciliation Act*, *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code* §§ 172.001(b) (with the two following exceptions, Act “applies only to arbitration in this state”), 172.174 (stay of pending judicial proceedings), 172.175 (interim measures of protection “before or during an arbitration”).

2.2. Interim relief in aid of arbitration: domestic cases

A number of state arbitration statutes specifically authorize courts to grant certain interim measures of protection pending arbitration⁽¹¹³⁾. By contrast, the Uniform Arbitration Act (adopted by the National Conference of the Commissioners on Uniform State Laws in 1955 and now in force with minor variations in thirty states) contains no express provision to this effect. Nevertheless, state courts applying the Uniform Arbitration Act have asserted the power to grant interim relief “in recognition of the pro-arbitration policies reflected in the enactment of [the statute]”⁽¹¹⁴⁾.

The federal statute was enacted in 1925, and, as noted earlier, is rather skeletal. It too is silent on the subject of whether judicial remedies like attachment and preliminary injunctions are available in aid of arbitration. But here, the issue “is one that has divided the state and federal courts”⁽¹¹⁵⁾.

While the Supreme Court has never taken a position on this issue, most lower federal courts do assert the power to issue preliminary relief under the FAA, even though the dispute is ultimately to be resolved in arbitration. In one typical case, an employer had sued a former account executive for damages for alleged breach of contract and sought injunctive relief to prevent him from using its records and soliciting its clients. The court held that nothing in the FAA abrogated the equitable power of district courts to enter preliminary injunctions to preserve the status quo pending arbitration. In fact, the decision “would further rather than frustrate the policies underlying the Arbitration Act by ensuring that the dispute resolution would be a meaningful process”⁽¹¹⁶⁾. It seems clear that in those jurisdictions that follow the majority rule, a party who seeks interim relief from a court should not be held to “waive” any right that it would otherwise have to invoke arbitration⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ For example, the Revised Uniform Arbitration Act provides in § 8 that before an arbitrator is appointed and is authorized and able to act, the court, upon motion of a party to an arbitration proceeding and for good cause shown, may enter an order for provisional remedies to protect the effectiveness of the arbitration proceeding to the same extent and under the same conditions as if the controversy were the subject of a civil action. See also Texas General Arbitration Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 171.086; California International Commercial Arbitration & Conciliation Act, Cal. Code Civ. Pro. pp. 1297.91-93, 1297.171.

⁽¹¹⁴⁾ See, e.g., *Langston v. National Media Corp.*, 617 A.2d 354 (Pa. Super. 1992) (preliminary injunction directing respondents to deposit in escrow that portion of the petitioner’s salary to which she would be entitled under her employment agreement, and to pay their share of the arbitration administrative fees).

⁽¹¹⁵⁾ *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. McCollum*, 469 U.S. 1127 (White, J., dissenting from denial of certiorari).

⁽¹¹⁶⁾ *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Bradley*, 756 F.2d 1048 (4th Cir. 1985); see also *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Salvano*, 999 F.2d 211, 214 (7th Cir. 1993). See, e.g., *Teradyne, Inc. v. Mostek Corp.*, 797 F.2d 43 (1st Cir. 1986) (order “which has the attributes of both an attachment and an injunction”, preventing debtor from disposing of U.S.\$4 million of its assets and directing it to set the amount aside in an interest-bearing account to satisfy any arbitration award).

⁽¹¹⁷⁾ Cf. *S & R Co. of Kingston v. Latona Trucking, Inc.*, 159 F.3d 80, 85 (2d Cir. 1998) (AAA’s Commercial Arbitration Rules provide that “[n]o judicial proceeding by a party relating to the subject matter of the arbitration shall be deemed a waiver of the party’s right to arbitrate”; held, this rule applies only to provisional remedies such as attachment and injunctions in aid of arbitration, and does not allow a party to “switch course” after “actively participating in protracted litigation of an arbitrable dispute”).

A minority of courts, however, take the view that granting preliminary relief in an arbitrable dispute runs counter to the “unmistakably clear congressional purpose” embodied in the federal statute: that a contractually chosen arbitration procedure “be speedy and not subject to delay and obstruction in the courts”⁽¹¹⁸⁾. In the Eighth Circuit’s rather curious *Manion* case, the arbitration clause actually stipulated that the agreement to arbitrate was “without prejudice to the right of a party under applicable law to request interim relief from any court.” The district court nevertheless denied interim relief in aid of arbitration, and the court of appeals affirmed because the provision allowing a party to “request” interim relief had been “fulfilled”. The claimant had, after all, filed a motion for a preliminary injunction “and it was *ruled on* by the district court[.]”⁽¹¹⁹⁾.

In jurisdictions inclined toward the minority rule - and which therefore hold

that courts are not permitted under the FAA to grant interim relief in aid of arbitration – it would seem logical that in cases within the scope of the federal statute, any *state* authority for the grant of interim relief would be preempted by federal law.

A few other courts have taken what appears to be a middle position focusing on the sole question of whether the agreement itself “clearly contemplates that the status quo is to continue pending arbitration.” At least such cases, it seems clear that courts will respect what appears to be a contractual choice. In these circumstances, granting preliminary relief will “insure that the arbitration clause of the contract will be carried out as written”⁽¹²⁰⁾. A nice rhetorical device is to suggest that the parties “did not simply agree to arbitration in general”, but that they agreed only to “arbitration that was to take place before the status quo between the parties had been altered”⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ See, e.g., *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Hovey*, 726 F.2d 1286 (8th Cir. 1984) (injunction against former employees to prevent them from using Merrill Lynch’s records and from soliciting Merrill Lynch clients denied); *Pruco Securities Corp. v. Montgomery*, 264 F.Supp.2d (D.N.D. 2003) (similar injunction denied; the parties “expect that an arbitration hearing will be held shortly”, and “it constitutes an abuse of discretion on the part of a district court to grant injunctive relief when the matter is pending before an arbitration panel”; “although the great weight of federal circuit court authority favors consideration of injunctive relief, the law in the Eighth Circuit Court of Appeals does not”); *Galtney v. Underwood Neuhaus & Co.*, 700 S.W.2d 602 (Tex. App. 1985) (a stay is “the only permissible action the trial court may take” in a transaction governed by the FAA, and all judicial proceedings relating to the arbitrable dispute must cease).

⁽¹¹⁹⁾ *Manion v. Nagin*, 255 F.3d 535 (8th Cir. 2001) (emphasis added).

⁽¹²⁰⁾ *RGI, Inc. v. Tucker & Associates, Inc.*, 858 F.2d 227 (5th Cir. 1988) (subcontract provided that in the event of arbitration, “this Subcontract shall continue in full force and effect until [the arbitrator’s] decision is rendered”; held, “[t]his bargained-for provision clearly contemplates that the status quo is to continue pending arbitration”; preliminary injunction “reinstating the subcontract pending arbitration” was justified); *Peabody Coalsales Co. v. Tampa Electric Co.*, 36 F.3d 46 (8th Cir. 1994) (agreement provided that “performance (...) shall be continued in full by the parties during the dispute resolution process”; held, an order under § 4 of the FAA compelling arbitration “in accordance with the terms of the agreement” “must necessarily include an order requiring continued performance”; arbitration will not be delayed and the court’s decision will not impact the ultimate resolution of the underlying dispute” because the court “need only read the contract and order arbitration according to its permissions”).

⁽¹²¹⁾ *Guinness-Harp Corp. v. Jos. Schlitz Brewing Co.*, 613 E2d 468 (2d Cir. 1980).

2.3. Interim relief in aid of arbitration international cases

The New York Convention requires the courts of each contracting state, “when seized of an arbitrable matter”, to “refer the parties to arbitration” at the request of a contracting party. Curiously, some American courts have found this language to be even stronger than the equivalent language in the “domestic” portions of the FAA⁽¹²²⁾. As a consequence, they reason, courts in Convention cases are precluded “from acting in any capacity except to order arbitration” and have no power to take any interim measures in aid of international arbitrations to which the Convention applies.

In *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, S.A.*⁽¹²³⁾, which remains a leading case, New York’s highest court denied an order of attachment on the grounds that “the purpose policy of the [Convention] will be best carried out by restricting prearbitration judicial action to determining whether arbitration should be compelled”. The court relied not only on the “plain language” of article II(3) of the Convention, but also on considerations

specific to writs of attachment. According to the court, the drafters of the Convention had indeed considered the problem of security, and had consciously chosen a solution “that does not contemplate significant judicial intervention until *after* an arbitral award is made”, an apparent reference to article VI. It followed that their intention was for courts to abstain from any pre-award interim measures aimed at providing security. The New York court’s rationale, however, was far broader – as it questioned whether any interim measures of relief were “even necessary in the arbitration context”:

Arbitration, as part of the contracting process, is subject to the same implicit assumptions of good faith and honesty that permeate the entire relationship. Voluntary compliance with arbitral awards may be as high as 85% (...) The essence of arbitration is resolving disputes without the interference of the judicial process and its strictures. When international trade is involved, this essence is enhanced by the desire to avoid unfamiliar foreign law⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ As noted above, the federal statute as originally enacted in 1925 now constitutes “Chapter 1” of the FAA. See text accompanying note 43 supra. Section 3 of this original statute provides that when a suit is brought “upon any issue referable to arbitration”, the court in which such suit is pending must “stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement.” (emphasis added). Section 4 provides in the converse case for a claimant’s remedy: a party who is “aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration” may petition a court for an “order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement.”

⁽¹²³⁾ 442 N.E.2d 1239, 1242-43 (N.Y. 1982); see also *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT S.p.A.*, 501 F.2d 1032 (3rd Cir. 1974) (pre-arbitration attachment is not available in Convention cases because it “seeks to bypass the agreed upon method of settling disputes”).

⁽¹²⁴⁾ See, also *Contichem LPG v. Parsons Shipping Co., Ltd.*, 229 F.3d 426 (2d Cir. 2000) (New York statute, which permits an order of attachment or a preliminary injunction in connection with an arbitrable controversy, “is available only for domestic arbitrations”; although the statute “was enacted after *Cooper*, it was not intended to eviscerate *Cooper*”); *Drexel Burnham Lambert Inc. v. Ruebsamen*, 531 N.Y.S.2d 547 (A.D. 1988) (despite New York statute, *Cooper* “is dispositive here”, since New York Convention applies; pre-arbitration attachment is therefore not available). For the New York statute in question, see *infra* note 179.

Cases like *Cooper* might be justified narrowly on the basis of their particular fact pattern. In that case, in fact, the party seeking attachment was at the same time “vigorously resisting arbitration and was held by the court to be seeking attachment as a means of litigating, rather than arbitrating, the parties’ underlying dispute” in violation of their agreement⁽¹²⁵⁾. Subsequent cases, however, that follow *Cooper* cannot be explained or limited in this way⁽¹²⁶⁾, and the language of the court certainly sweeps much more broadly.

These holdings have been much criticized. Indeed it might well be argued that –given the complexity, delays, and risks inherent in international commercial disputes– judicial intervention is particularly appropriate to insure that an arbitration award will ultimately be

meaningful. It has been said that the United States “stands alone” among all the signatories to the Convention in having case law to the effect that pre-arbitration judicial remedies are incompatible with the treaty⁽¹²⁷⁾.

There is, happily, abundant authority to the contrary in substantial and influential federal courts⁽¹²⁸⁾. In the Second Circuit’s *Borden* opinion, for example, the court sensibly noted that entertaining an application for a preliminary injunction in aid of arbitration “is not precluded by the New York Convention but rather is consistent with its provisions and its spirit” – for in Convention cases “the desire for speedy decisions in arbitration is entirely consistent with a desire to make as effective as possible recovery upon

(125) BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 945 (2d ed. 2001). In *Cooper*, the defendant had demanded arbitration in Switzerland pursuant to the agreement between the parties, and the plaintiff – while its application for a stay of the arbitration was pending – began an action for a money judgment; in aid of this action, he procured an ex parte attachment of a debt owed by a third party to the respondent. The attachment was vacated. See also *Borden, Inc., v. Meiji Milk Prods. Co., Ltd.*, 919 F.2d 822, 826 (2d Cir. 1990) (distinguishing the *Cooper* line of cases; “in the instant case, far from trying to bypass arbitration, *Borden* sought to have the court compel arbitration”).

(126) See, e.g., *Drexel Burnham Lambert Inc. v. Ruebsamen*, 531 N.Y.S.2d 547 (A.D. 1988) (the claimant sought an order of attachment pending arbitration to provide security for its claim against the respondent; held, “all the requirements for activating the U.N. Convention are present here”, and therefore the court is “constrained by [*Cooper*] to find that prearbitration attachment is not available” to the claimant); *Metropolitan World Tanker Corp. v. PN. Pertambangan Minjakdangas Bumi Nasional*, 427 F.Supp. 2 (S.D.N.Y. 1975) (“both plaintiffs and defendants seem clearly amenable to the commencement of arbitration and have asked this court to make an order to that effect”; “to allow a resort to attachment before such proceedings would seem to put an unnecessary and counterproductive pressure on a situation which could otherwise be settled expeditiously and knowledgeably in an arbitration context”).

(127) CRAIG, W. Laurence, *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration N° 27.04*, at 483-484 (3d ed. 2000); Van Den Berg, A., *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 143 (1981) (“there is almost no [national] law which does not permit that a court be requested to order attachment as a provisional remedy in aid of arbitration”).

(128) “The circuits divide into an ambiguous three-way split: (1) The First, Third, Fourth, Eighth and Tenth Circuits are either in or leaning towards [the *Cooper* and *McCreary* cases]; (2) the Fifth, Sixth and Ninth Circuits either adhere or are sympathetic to [the contrary position]; and (3) the Second and Seventh Circuits have, arguably, articulated conflicting understandings of the law. The Eleventh and D.C. Circuits present clean slates, not having considered the issue.” Charles H. Brower, 11, *What I Tell You Three Times is True: U. S. Courts and Re-Award Interim Measures under the New York Convention*, 35 *Va. J. Int'l L.* 971,997 (1995).

awards, after they have been made, which is what provisional remedies do”⁽¹²⁹⁾. In these courts refusing to follow Cooper, the fact that the arbitration is to take place outside of the United States does not appear to be an obstacle to the grant of interim relief⁽¹³⁰⁾. Even in New York, the authority of Cooper has not prevented a court from upholding an order of attachment in aid of arbitration where the respondents were citizens of states which had not yet ratified the New York Convention. In *Intermar Overseas, Inc. v. Argocean S.A.* ⁽¹³¹⁾, the respondents were citizens of Argentina and an Argentine corporation; the arbitration was to take place in New York. Of course, the fact that, at the time, Argentina had not yet ratified the New York Convention was completely irrelevant to the question whether the Convention applied to the transaction

since this was, in any event, a “non domestic” arbitration subject to the Convention under section 202 of the FAA.

But, the court sensibly pointed out that if the claimant should ultimately prove successful in obtaining an award, it would “not have the benefit of the Convention’s enforcement provisions” when it tried to enforce the award against respondents in Argentina.

The Cooper doctrine –to the extent it still survives– is generally represented by older cases without a great deal of vitality. When the doctrine is followed, it is followed grudgingly and apologetically. I would predict that in the course of the development of American jurisprudence –aided by the universal scorn of commentators– these cases will no longer exist in fifteen to twenty years⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ However, the court ultimately dismissed the application for a preliminary injunction on *forum non conveniens* grounds, adding, however, that the plaintiff might “reapply” for the preliminary injunction in federal court “if the Japanese court does not decide [its] application [for such relief] within 60 days after it is submitted. “Borden v. Meiji Milk Products Co., Ltd., 919 F.2d 822 (2d Cir. 1990).

⁽¹³⁰⁾ *China Nat’l Metal Prods. Import/Export Co. v. Apex Digital, Inc.*, 155 F.Supp.2d 1174 (C.D. Cal. 2001) (agreement provided for arbitration in China; “Article II(3) of the Convention does not deprive the court of subject matter jurisdiction over this action and particularly to order provisional relief, e.g., a pre-arbitral award writ of attachment pending reference to arbitration and pending the conclusion of the arbitration proceedings”); see also *Tampimex Oil Ltd. v. Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983) (attachment of defendant’s property held in New York bank account in aid of London arbitration); cf. *Atlas Chartering Services, Inc. v. World Trade Group, Inc.*, 453 F.Supp. 861 (S.D.N.Y. 1978) (maritime attachment; “a London arbitration can proceed in an orderly fashion even though the defendant’s assets have been attached in New York as security for any award rendered by the London panel”); *Venconsul N.V. v. TIM Int’l N.V.*, 2003 WL 21804833 (S.D.N.Y.) (power to grant provisional remedies in aid of arbitration exists “even where the request for remedies does not accompany a motion to compel arbitration or to confirm an award”).

See, also the current draft of a new artículo 17 ter to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, A/CN.9/WGII/WP.125(October 2, 2003), 41 (“General support was expressed in favour of a provision that would give a court power to issue interim measures of protection, irrespective of the country where the arbitration took place”); compare text accompanying note 107 supra and text accompanying note 134 inza (state statutes, modeled after the UNCITRAL Model Law, expressly make an exception to the “rule on territoriality” in order to permit courts to issue interim measures of protection in aid of arbitrations taking place in other jurisdictions).

⁽¹³¹⁾ 503 N.Y.S.2d 736 (A.D. 1986).

⁽¹³²⁾ I readily admits that I may be somewhat naive in my belief that a common law system is, over time, regularly able to arrive at sensible results by gradually shedding obsolete or aberrant doctrine. Cf. TOM CARBONNEAU, *Le Tournoi of Academic Commentary on Kaplan: A Reply to Professor Rau*, INT’L ARB. REP. 1, 5 (April 1997)

Moreover, because there is now a clear division between lower federal and state courts with respect to American treaty obligations, the question may be ripe for a definitive resolution by the Supreme Court⁽¹³³⁾.

2.4. Forms of interim relief

State statutes will often enumerate the most common forms of interim relief that a court is likely to grant in aid of arbitration. For example, the California International Commercial Arbitration and Conciliation Act provides that:

Measures which the court may grant in connection with a pending arbitration include, but are not limited to:

- (a) An order of attachment issued to assure that the award to which applicant may be entitled is not rendered ineffectual by the dissipation of party assets.
- (b) A preliminary injunction granted in order to protect trade secrets or to conserve goods which are the subject matter of the arbitral dispute⁽¹³⁴⁾.

("Rau draws considerable comfort and self-satisfaction from his faith in temperate and clever lawyerly distinctions").

(133) When asked to *enforce the order of a foreign court* in aid of arbitration, American courts would presumably engage in some sort of process that would balance their desire to extend comity to foreign tribunals, the policies represented by the local arbitration statute (for example, the need to withhold relief once an arbitral panel is in place, out of deference to the decision makers chosen by the parties); and the administrative difficulties of enforcement. In an attempt to reconcile these various policies the foreign-country decree may be modified in the course of enforcement; cf. *Cardenas v. Solis*, 570 So.2d 996 (Fla. App. 1990) (in Guatemalan divorce proceeding, a Guatemalan court entered an ex parte injunction freezing the husband's bank accounts in Florida; the Florida court enforced the Guatemala decree at the wife's request, after modifying it so as to freeze one half of the funds in the subject bank accounts — the amount to which the wife had laid claim in the Guatemalan Family Court). But compare *Pilkington Brothers P.L.C. v. APG Industries Inc.*, 581 F.Supp. 1039 (D. Del. 1984). Here, an English licensor had obtained from an English court an interim injunctive order against its American licensee, prohibiting the licensee from copying or disclosing to any third party any technical information or know-how obtained under the license. The licensor did not, in the strict sense of the term, attempt to "enforce" this injunction in the United States, but it did seek a preliminary injunction from a federal district court that would "exactly track the wording of the interim injunctive order" issued by the English court. This request was denied: The American court would wish to avoid being put in the position of having to "interpret and apply" an injunction that had been drafted by a foreign court, leading to "inconsistent interpretations and inconsistent enforcement" and a possible "race to the courthouse"; in addition, requests by one of the parties to modify the continuing injunction "would lead to confusion and procedural tangles in the other jurisdiction."

See, generally Restatement, Second, of Conflicts, 102 ("Existing authority does not warrant the making of any definite statement as to the enforcement [in the United States of valid foreign nation decrees] that order the doing of other kinds of acts [other than the payment of money] or that enjoin the doing of an act"). It is also extremely unclear whether the Hague Evidence Convention will have any application to "requests" by foreign judicial authorities for assistance in obtaining evidence for use in an arbitration: The English text of artículo 1, 2 of the Convention ("A Letter [of Request] shall not be used to obtain evidence which is not intended for use in judicial proceedings, commenced or contemplated") would seem to exclude this possibility - although it has been suggested that the Convention "could possibly be used to obtain evidence located abroad" for this purpose; see Hague Conference on Private International Law, Special Commission Report on the Operation of the Hague Service Convention and the Hague Evidence Convention, 28 I.L.M. 1556,1566-67 (1989).

(134) California International Commercial Arbitration & Conciliation Act, Cal. Code Civ. Pro. 1297.91-.93, 1297.171. See also Texas General Arbitration Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 171.086 (a)(3), which provides that a court may restrain or enjoin the destruction of all or an essential part of the subject matter of the controversy; or the destruction or alteration of books, records, documents, or other evidence needed for the arbitration.

The most common forms of interim relief in aid of arbitration are undoubtedly the preliminary injunction, and the order for the attachment of the defendant's assets. As the California statute expressly suggests, however, an enumeration of such remedies is never considered to be exhaustive, or exclusive of other possible remedies. In addition, although as a general matter, state statutes give authority to local courts to enforce arbitration agreements and awards only where the arbitration is to be held within the state⁽¹³⁵⁾, it is also usually understood that state courts may issue interim measures of protection in aid of arbitrations that are to be held in other jurisdictions. A number of state statutes provide this explicitly⁽¹³⁶⁾.

2.4.1. Preliminary injunctions

a. Required showing

Under the usual formulation, an applicant for a preliminary injunction is expected to demonstrate:

- (i) that he will suffer "irreparable injury" unless the injunction issues;
- (ii) that the threatened injury to him outweighs whatever damages the proposed injunction may cause the opposing party;
- (iii) that it is "substantially likely" that he will eventually prevail on the merits of the dispute, and

- (iv) that the injunction, if issued, would not be adverse to the public interest.

i) "Irreparable injury"

The principle is neatly exemplified in a case in which a subcontractor had provided a letter of guarantee to secure an advance payment made to him by the contractor. After disputes arose between the parties, the subcontractor requested, and the court granted, a preliminary injunction enjoining the contractor from calling the letter. The court noted that the contractor, a Korean corporation, had no fixed assets in the United States. Its only American assets were bank accounts that "could "could easily be depleted or removed". If the arbitrators were later to determine that the subcontractor was entitled to a recovery against the contractor, their award "would be meaningless if [the contractor] were to transfer its liquid assets, increased by the monies securing the letter, out of the reach of this Court". The subcontractor's putative ability to enforce any award *in Korea* was irrelevant - since "the availability of a legal remedy in a foreign country is not sufficient"⁽¹³⁷⁾.

At the opposite extreme, a court is expected to deny injunctive relief in "basic breach of contract actions" where there appears to be little danger that an award will be rendered ineffective, such as when the claimant's damages "are readily cognizable and may be fully recompensed with a monetary award"⁽¹³⁸⁾. Nevertheless,

⁽¹³⁵⁾ See, text accompanying note 107 *supra*.

⁽¹³⁶⁾ See, *supra* note 107.

⁽¹³⁷⁾ *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. v. Dongsan Construction Co.*, 598 ESupp. 754 (S.D.N.Y. 1984).

⁽¹³⁸⁾ *Haulage Enterprises Corp. v. Hempstead Resources Recovery Corp.*, 426 N.Y.S.2d 52 (A.D. 1980) (the gravamen in this action is the respondent's "allegedly improper termination" of the agreement between the parties; held, it was error for the lower court to grant injunctive relief pending arbitration, preventing the

the rule is sufficiently elastic that a number of possible escape routes remain open to a court inclined to avoid it. A court may grant relief by relying not only on the difficulty of measuring damages where the relevant market is thin or nonexistent, but also on:

- (a) the possible insolvency or immunity of the defendant;
- (b) the desirability of avoiding multiple lawsuits; and even
- (c) the threatened loss of a bargained –for “tactical advantage”– for example, the right to submit disputes to arbitration⁽¹³⁹⁾.

ii) “Balance of hardships”

When an employer seeks to obtain an injunction restraining former employees from soliciting the employer’s clients, a court may find that “greater injury will be inflicted on the plaintiff by the denial [of relief] than will be inflicted upon the defendant by granting [it].” The defendant’s argument that he will “suffer

undue hardship by the loss of [the employer’s] clients”, may be found unpersuasive since he retains “the ability to contact new clients.” Denying relief, on the other hand, “would leave [the employer] vulnerable to the same conduct from other employees” and hence “the potential harm plaintiff faces, on several levels, is enormous”⁽¹⁴⁰⁾.

iii) “Likelihood of prevailing on the merits”

The likelihood of prevailing on the merits will always be a critical factor. But, at this point, the concern is often expressed that if a court is truly to make judgments with respect to the claimant’s “probable right to success on the merits”, that this is likely to “threaten the independence” of the arbitrator’s ultimate determination and “interfere” with his independent determination of the issues⁽¹⁴¹⁾. For example, where the likelihood of success on the merits turned on the respondent’s assertion that an agreement was void as a result of “duress” because the claimant had “taken advantage” of its “weak

respondent from entering into any alternative agreement with a third party, since the claimant has “failed to establish irreparable injury and inadequacy of a legal remedy”); see also *Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co.*, 805 E2d 34 (1st Cir. 1986) (court refused a preliminary injunction to prevent the honoring of an international letter of credit; “the principal legally cognizable injury to [the plaintiff] is that it will have to seek recovery of these sums through the contractually agreed upon forum. We do not find irreparable injury where only money is at stake and where the plaintiff has a satisfactory remedy at law to recover the money at issue; “international arbitration provides [the plaintiff an adequate remedy”).

⁽¹³⁹⁾ See, generally Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule 42-48,73-98* (1991). But cf. *Pritchard v. Dent Wizard Int’l Corp.*, 275 F.Supp.2d 903, 919 (S.D. Ohio 2003) (claimant requested a preliminary injunction enjoining the arbitration; held, although being compelled to participate in an arbitration that is later determined to be unenforceable may be “unfortunate”, it does not constitute “irreparable harm”).

⁽¹⁴⁰⁾ See, eg., *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Patinkin*, 1991 WL 83163 (N.D. Ill.). In addition, in this case the employee had been given “a bonus when he joined (his new employer).”

⁽¹⁴¹⁾ *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. McCollum*, 666 S.W.2d 604, 609 (Tex. App. 1984) (held, under FAA, trial court lacked authority to grant preliminary injunction pending arbitration). See Revised Uniform Arbitration Act, 8, comment 2 (a determination as to the probability of success on the merits “[flies] in the face of the underlying philosophy of arbitration that the parties have chosen arbitrators to decide the merits of their disputes”).

financial condition”, the court, in denying interim relief, was at pains to stress its intense skepticism about how doubtful it was that the respondent had made “a prima facie case of economic duress” since “there [was] no indication” that the claimant “caused or contributed to [respondent’s] financial difficulties”⁽¹⁴²⁾.

The cases do recognize that a court’s evaluation of the parties’ chances of success is likely to “have some influence on the result” of the arbitration proceedings. While this is generally thought to be undesirable, a court may be content to note – somewhat disingenuously – that it is not really “inva[di]ng the province of the arbitrator” since its analysis is merely “preliminary” and based on an “abbreviated presentation” by the parties⁽¹⁴³⁾. Or, with this danger in mind, some courts have formulated alternative tests for preliminary injunctive relief: For example, some federal courts permit injunctions on the basis of the first, second, and fourth criteria alone if, in addition, the case involves questions “so serious, substantial, difficult and doubtful as to make the issues (...) deser-

ving of more deliberate investigation”⁽¹⁴⁴⁾. Yet another (rather unusual) alternative test was suggested by a lower New York court in *Saferstein v. Wendy*⁽¹⁴⁵⁾. Here, in order to implement the policy of “keep[ing] ‘hands off’ the arbitrator’s function”, the court restricted its inquiry to the very narrow question of whether the claim was “so utterly without merit or reflected by incontrovertible evidence as to deprive [it] of a rational basis”. Obviously, it will usually be quite easy to give a negative answer to this question; it is hardly surprising, then, that the court was able to conclude that the claimant “has succeeded on the merits test”.

Some statutes also provide that “in considering a request for interim relief”, a court “shall give preclusive effect to a finding of fact of the arbitration tribunal (...) including a finding of fact relating to the probable validity of the claim”⁽¹⁴⁶⁾. As a practical matter such a provision is necessarily limited to cases where a court is being asked to enforce an order of interim relief issued by the arbitral panel itself. And finally, consider the *tour de force* accomplished in *The Guinness-Harp*

⁽¹⁴²⁾ *Teradyne, Inc. v. Mostek Corp.*, 797 F.2d 43 (1st Cir. 1986); *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 854 F.2d 168, 171 (7th Cir. 1988) (“The merits of the contract claim seem threadbare”); cf. *Tampimex Oil Ltd. v. Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983) (plaintiff has demonstrated “probability of success on the merits”; “defendant appears to be in breach”).

⁽¹⁴³⁾ *Hull Municipal Lighting Plant v. Massachusetts Municipal Wholesale Electric Co.*, 506 N.E.2d 140 (Mass. 1987); cf. James M. Wicks & Jennifer M. Mone, *Courts Differ on Standard Applicable When Parties in Arbitration Cases Seek Provisional Remedies*, N.Y. State Bar 35 (September 2000) (“the inquiry into the merits for purposes of deciding a motion for provisional relief is merely a preliminary screening, which would not intrude on the arbitrator’s authority”).

⁽¹⁴⁴⁾ See, *Dominion Video Satellite, Inc. v. Echostar Satellite Corp.*, 2003 WL 21638227 (D. Colo.). Cf. *Hamra v. Gradco Systems, Inc.*, 1992 WL 336740 (D. Conn.) (grant of a preliminary injunction requires a showing of irreparable harm and either the likelihood of success on the merits, or “sufficiently serious question going to the merits to make them fair ground for litigation and a balance of hardships tipping decidedly towards the party requesting relief”).

⁽¹⁴⁵⁾ 523 N.Y.S.2d 725 (Sup. Ct. 1987).

⁽¹⁴⁶⁾ See, Texas International Arbitration & Conciliation Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 172. 175(d).

Corp. v. Jos. Schlitz Brewing Co⁽¹⁴⁷⁾. Here, a beer distributor requested an injunction to preserve the status quo of its distributorship pending arbitration of the brewer's right to terminate the agreement. The court issued the injunction, but it was able to rename the entire issue by claiming that the "merits" of the litigation did not in fact concern the ultimate question of contract termination at all: Instead they concerned "only whether there can be termination in the interval prior to completion of arbitration." As a consequence, the injunction was not a preliminary injunction; it was "a final injunction, albeit one of limited duration."

For the moment, this use of tautology in place of analysis does not seem to have led to an increased willingness to grant interim relief.

iv) "Public interest"

In most "private law" matters, this factor is likely to play a very small role in the decision to grant or withhold interim relief⁽¹⁴⁸⁾. It usually appears as little more than a makeweight. For example, it is common to find the entire discussion of

this factor reduced to a mere ritual invocation of the public "policy favoring arbitration agreements and requiring parties to abide by them"⁽¹⁴⁹⁾.

v) "Balancing"

Although a few cases seem to treat these criteria as independent requirements that must be separately satisfied⁽¹⁵⁰⁾, the American cases appear overwhelmingly to adopt some type of balancing test. In one formulation, a request for a preliminary injunction is evaluated in accordance with a "sliding scale." "The more the balance of irrevocable harm inclines in the plaintiff's favor, the smaller the likelihood of prevailing on the merits he need show in order to get the injunction (...). The common sense of this approach is shown by the limiting case, in which the injunction would do no harm at all to the defendant but denial of the injunction would wreak massive and irrevocable harm on the plaintiff"⁽¹⁵¹⁾. Here, even if the plaintiff had only a modest chance of prevailing when the case was fully tried, "it would make sense to grant the injunction pending the trial, against the chance that he might win after all"⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ 613 F.2d 468, 471 (2d Cir. 1980).

⁽¹⁴⁸⁾ Cf: 11A Federal Practice and Procedure, supra note 65, 2948.4 (courts "have denied preliminary injunctions against the enforcement of statutes or government regulations [such as Treasury regulations, postal regulations, antipollution ordinances or ordinances imposing height limitations on construction] when the public interest would be adversely affected"; conversely, "a federal statute prohibiting the threatened acts that are the subject matter of the litigation has been considered a strong factor in favor of granting a preliminary injunction").

⁽¹⁴⁹⁾ See, e.g., *Pritchard v. Dent Wizard*, supra note 139, 275 ESupp.2d at 920.

⁽¹⁵⁰⁾ See, e.g., *Mississippi Women's Medical Clinic v. McMillan*, 866 F.2d 788 (5th Cir. 1989) (preliminary injunction against protestors picketing abortion clinic; injunction "should only be granted if the movant has clearly carried the burden of persuasion on all four (...) prerequisites"); *Lakeshore Hills, Inc. v. Adcox*, 413 N.E.2d 548 (Ill. App. 1980) (preliminary injunction compelling removal of defendant's "pet, a 12-year old, 575-pound Canadian blackbear, from his property - a lot in the subdivision"; "the party seeking the injunction must prove by a preponderance of the evidence four points").

⁽¹⁵¹⁾ *KOWALSKI*, supra note 142, 854 F.2d at 170.

⁽¹⁵²⁾ *Ibidem*, See, also *Golden v. Kelsey-Hayes Co.*, 73 F.3d 648,657 (6th Cir. 1996) ("a court balances four factors in assessing whether it should issue a preliminary injunction. The degree of proof necessary for

This use of a “balancing test” obviously serves to minimize even further a court’s inquiry into “the merits”⁽¹⁵³⁾.

The grant or denial of the preliminary injunction is usually said to “lie within the sound discretion of the district judge”⁽¹⁵⁴⁾, and an appellate court will find an “abuse of discretion” only where the district court has committed “a clear error of judgment”⁽¹⁵⁵⁾.

It should be noted that this standard to test requests for preliminary injunctions is substantially identical to the current Revised Draft of article 17 of the UNCITRAL Model Law, which sets out the required showing that must be made by a party requesting any interim measure of protection from the arbitral tribunal itself⁽¹⁵⁶⁾. It appears that

each factor depends on the strength of the plaintiffs’ case on the other factors”). For the converse case, cf. SCOTT RAU, Alan, “Fifth Circuit Symposium: Intellectual Property, en: *16 Texas Tech L. REV.* 355, 393 (1985) (the four “prerequisites” cannot be “independent obstacles to injunctive relief”; such a rule, “by calling for the automatic denial of preliminary relief to a plaintiff who is almost certain to win at trial but who is competing for the same limited market as the defendant” “has the potential for serious injustice”).

See, generally LAYCOCK, *supra* note 139, pp. 118-23 (reviewing various formulations of the test and noting that while it is “helpful” in “focus[ing] attention on the point of the balancing process”, it also at the same time “greatly oversimplifies the variables that go into the balance.” “The probability, severity, and degree of irreparability of harm are continuous variables, partly independent”, and an “equation to model them would require at least calculus”).

(153) See, e.g., *Benda v. Grand Lodge of the Int’l Ass’n of Machinists & Aerospace Workers*, 584 P2d 308, 315 (9th Cir. 1978) (“The critical element in determining the test to be applied is the relative hardship to the parties. If the balance of harm tips decidedly toward the plaintiff, then the plaintiff need not show as robust a likelihood of success on the merits as when the balance tips less decidedly (...) The irreducible minimum has been described by one court as a fair chance of success on the merits”).

(154) *Marsellis-Warner Corp. v. Rabens*, 51 ESupp.2d 508 (D.N.J. 1999).

(155) *Ortho Pharmaceutical Corp. v. Arngen, Inc.*, 882 F.2d 806,813 (3rd Cir. 1989).

(156) See, Note by the Secretariat, *Settlement of Commercial Disputes: Interim Measures of Protection*, A/CN.9/WG.II/WP.128 (January 29,2004). This revised draft is in turn based on the United States’ proposal for the amendment of artículo 17, A/CN.9/WG.II/WP.121 (September 24, 2002). This revision is not likely to have any impact on American law, but it raises nevertheless a number of interpretive questions.

The conjunctive language in artículo 17(3)(a) and (b) (“irreparable harm will result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that will result to the party affected by the measure if the measure is granted; and there is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits”) may be read to suggest that the grant of provisional relief is conditional upon a showing that all three criteria have been satisfied & noted, however, it seems preferable not to treat each of these criteria as “independent obstacles to injunctive relief”- but rather, to adopt some sort of balancing test or “sliding scale.”

In particular, the language of artículo 17(3)(b) now talks about the “reasonable possibility” of the claimant’s success, rather than the “substantial possibility” as required in an earlier draft, see CN.9/WG.II/W.123, 16 (April 3,2003). (The usual American standard, by contrast, goes even further, to require a “likelihood of success.”) This latest formulation, by narrowly limiting the inquiry, will undoubtedly reduce the plaintiff’s burden to an even greater degree — and at the same time minimize the likelihood that the arbitrators may be led to “prejudge” the merits at an early stage of the proceedings. Nevertheless, the appropriate model should not involve the search for some precise and satisfactory verbal formula; it should rather involve a recognition that the showing required of the plaintiff should vary, depending on the strength of the showing the plaintiff has made as to the other criteria for relief.

The further proviso that any such determination “shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determinations” is well-meaning and may indeed serve to provide arbitrators with “the necessary level of comfort.” Report of the Working Group on Arbitration, A/CN.9/545 32 (December 8, 2003) - but it is largely hortatory. The practical effect of such a proviso is likely to be minimal, since it is after

arbitrators in the United States are already likely to engage in a similar analysis⁽¹⁵⁷⁾.

b. Notice and hearing

A preliminary injunction may not be issued without notice to the adverse party and a hearing. However, a temporary restraining order may be granted without notice if “it clearly appears from specific facts” shown in an affidavit that “immediate and irreparable injury, loss or damage” will result before the adverse party can be heard in opposition. This temporary restraining order, however, must expire within a maximum of ten days unless it is extended for a like period “for good cause shown”. Where a temporary restraining order has been issued without

notice, a “motion for a preliminary injunction shall be set down for hearing at the earliest possible time and takes precedence of all matters except older matters of the same character; if the adverse party moves for the dissolution of the temporary restraining order, the court shall proceed to hear and determine such motion as expeditiously as the ends of justice require”⁽¹⁵⁸⁾.

c. Security

The party applying for a preliminary injunction will be required to give security—for example in the form of a bond—for the payment of any costs and damages that may be suffered by a party who is later found to have been wrongfully

all an admonition to the same decision-maker — the arbitral tribunal — who has made both the preliminary assessment and, later, the final determination.

Note, finally, that the current revision to artículo 17 imposes in § 3 precisely the same standard for the granting of all types of measures of interim relief. This seems right, as it would be impracticable — and not even particularly desirable — to attempt in statutory language to draw distinctions between, say, preliminary injunctions under, 2(a) or (b) and orders of attachment under 5 2(c). But see Report of the Working Group on Arbitration, A/CN.9/547, 100 (March 19, 2004) (“taking note” of the “concern” that it may “not be appropriate to require in all circumstances that a party applying simply for an interim measure to preserve evidence under paragraph (2) (d) should necessarily demonstrate that exceptional harm would be caused if the interim measure was not ordered”).

In some circumstances an attachment may be a particularly intrusive remedy, in that it may deprive the respondent of the actual use of his personal property. See, *Rogers, Burgun, Shahine & Deschler, Inc. v. Dongsan Construction Co.*, 598 F.Supp. 754.759 n.10 (S.D.N.Y. 1984) (preliminary injunction enjoined a contractor from calling a Letter of Guarantee; while “there is some question about the adability of prejudgment attachment under the Convention”, “the relief sought here is not an attachment. [The respondent] is in no way restricted in its use or possession of its assets, but only in its power to gather more assets from [the claimant] leaving [the claimant] with only the recourse of recovery in Korea”) (emphasis added). But cf. *Brower, II*, supra note 128, at 1000 (“There simply is no operational difference between the two. Only a lawyer could understand the distinction between not being able to dispose of assets because of an order against the assets as opposed to an order against their owner or custodian”). But in any event, considerations of this kind can readily be taken into account by arbitrators in the course of applying the statutory criteria of “irreparable harm” and “balance of the equities.”

⁽¹⁵⁷⁾ See, e.g., *Southern Seas Navigation Ltd. of Monrovia v. Petroleos Mexicanos of Mexico City*, 606 F.Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985) (charterer filed a Notice of Claim of Lien on vessel in the amount of U.S.\$2 million; finding that the charterer’s claims in excess of U.S.\$350,000 were “not colorable”, the arbitrators - noting that the request “presented a situation similar to that a court faces with a motion for a preliminary injunction”- issued an “interim” award ordering a reduction in the Notice of Claim to that amount; held, award confirmed).

⁽¹⁵⁸⁾ Federal Rules of Civil Procedure, r. 65(a), (b).

enjoined⁽¹⁵⁹⁾. For example, in *Saferstein v. Wendy*⁽¹⁶⁰⁾, the claimant/licensee obtained a preliminary injunction preventing the wrongful termination of his license. He had also advanced a claim of reformation of the agreement on the ground of mutual mistake with respect to how the royalties would be calculated. The court ordered that prospective royalties “be held in a separate account subject to further order of the arbitrator or court”. The claimant was also required to furnish security in an amount to cover the prospective royalties, calculated in accordance with the agreement “as it now reads”, for a period of six months. The six month period was chosen as a “realistic [amount of time] to process the arbitration to an award” and thus intended to “deprive respondents of an incentive to delay the arbitration”. On the other hand, in the event that the claimant should “procrastinate”, the court provided that the injunction could be vacated on five days’ notice.

If the respondent is later found to have been “wrongfully enjoined”, he may recover against the security bond any damages that he has suffered as a result of the injunction. The focus of the “wrongfulness” inquiry is “whether, in hindsight in light of the ultimate decision (...) after a full hearing, the injunction should not have issued in the first instance”⁽¹⁶¹⁾. This is not necessarily quite the same thing as saying that the defendant has won “on the merits”. In the *Blumenthal* case, a district court

had issued a preliminary injunction prohibiting former employees from using the employer’s customer records and from soliciting business from the employer’s clients. The court conditioned the injunction on the employer’s posting a US\$ 100,000 bond. The arbitrators later issued a final award in which they terminated this preliminary injunctions “in all respects”. The employer’s request for an injunction along the lines issued by the court was “squarely rebuffed by the arbitrators”. In the view of the Second Circuit, this arbitral award necessarily meant that the employees had been wrongfully enjoined - the employer had not been “entitled to the injunctions it received (...) and [the employees] had all times the right to do business” with its clients. The employees were therefore allowed to prove and recover any damages, up to the amount of the bond, that had resulted from the injunction. The fact that the panel had also awarded the employer monetary damages of U.S.\$80,000 “does not compel a contrary conclusion”⁽¹⁶²⁾.

d. Preliminary injunction to prevent respondent from disposing of assets

In the case of the typical preliminary injunction, the claimant seeks to enjoin –pending a final adjudication on the merits– the very action that he claims is wrongful. The final judgment, if he is successful, establishes that the respondent “should not have been engaging in the conduct that

⁽¹⁵⁹⁾ Federal Rules of Civil Procedure, r. 65.

⁽¹⁶⁰⁾ 523 N.Y.S.2d 725 (Sup. Ct. 1987).

⁽¹⁶¹⁾ *Blumenthal v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 910 F.2d 1049, 1054 (2d Cir. 1990).

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, at 1055. See, also Note by the Secretariat: Interim Measures of Protection - Liability Regime, A/CN.9/WG.II/WP. 127, 29-35 (January 27, 2004).

was enjoined”⁽¹⁶³⁾. For example, in *Hull Municipal Lighting Plant*⁽¹⁶⁴⁾, a municipal electric plant was required by contract to make monthly payments to a wholesaler of electricity. The wholesaler sought a preliminary injunction ordering the plant to continue making payments during the pendency of an arbitration proceeding, given the “irreparable harm” posed to the “very existence” of the claimant’s business by the claimant’s failure to do so⁽¹⁶⁵⁾.

However, a very different situation is presented when a claimant seeks a preliminary injunction merely in order to prevent the respondent from disposing of his assets pending adjudication. The Supreme Court in effect made such relief unavailable in its recent decision in *Grupo Mexicano de Desarrollo v. Alliance Bond Fund*⁽¹⁶⁶⁾. Here, a debtor had defaulted on its contractual obligations and general creditors filed suit for the amounts due, alleging that the debtor was “at risk of insolvency, if not insolvent already”, and “was dissipating its most significant asset” – certain notes issued by the Mexican government. A federal district court found that it was “almost certain” that the creditors would succeed on the merits of their claim, and that there was a danger any judgment in their favor “will

be frustrated” – and so it issued a preliminary injunction enjoining the debtor “from dissipating, disbursing, transferring, conveying, encumbering, or otherwise distributing” any of its rights or interest in the notes. The Supreme Court reversed the ruling in a narrow decision of five to four. The reasoning process was as follows:

- (1) Injunctive relief is “equitable” in the sense that it was a remedy granted by “courts of equity” in England, before the merger of the parallel court systems in the nineteenth century⁽¹⁶⁷⁾.
- (2) The “equity” jurisdiction of federal courts remains frozen, confined to that jurisdiction “exercised by the High Courts of Chancery in England at the time of the adoption of the Constitution” in 1789. There is no “power to create remedies previously unknown to equity jurisprudence”.
- (3) Under “traditional principles of equity jurisdiction”, courts of equity would not interfere with a debtor’s disposition of his own property, at least not at the instance of a creditor who:

⁽¹⁶³⁾ *Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*, 527 U.S. 308, 314-15 (1999).

⁽¹⁶⁴⁾ *Hull Municipal Lighting Plant v. Massachusetts Municipal Wholesale Electric Co.*, 506 N.E.2d 140 (Mass. 1987).

⁽¹⁶⁵⁾ See, also *Marsellis-Warner Corp.*, supra note 154, 51 F.Supp.2d at 519 (“Irrespective of any statutory grant of authority, a Federal court may, in the exercise of its inherent equity powers, enjoin actionable conduct”).

⁽¹⁶⁶⁾ 527 U.S. 308 (1999).

⁽¹⁶⁷⁾ The common law reader may forgive me for reminding others that classifying a remedy as “legal” or “equitable” is largely an exercise in historical analysis — one asks “whether the relief would have been issued by the common law courts or the chancellor prior to the merger of law and equity”, and in this connection whether the remedy relies “on the execution process for enforcement (in which case it will be deemed legal), or whether it issues in personam, backed by the contempt power (in which case it will be deemed equitable).” Wasserman, *Equity Renewed: Preliminary Injunctions to Secure Potential Money Judgments*, 67 Wash. L. Rev. 257, 262 n. 10 (1992).

- himself had no direct property interest in the assets in question, or who
- had not yet obtained a judgment.

As a consequence, the so-called “Mareva injunction” is not part of the general remedial repertoire of federal courts⁽¹⁶⁸⁾. More recent federal cases have confirmed that *Grupo Mexicano* deprives federal courts of the power to issue preliminary injunctions preventing a party from disposing of its assets pending arbitration of the dispute⁽¹⁶⁹⁾.

2.4.2. Attachment

Under Rule 64 of the Federal Rules of Civil Procedure, a plaintiff may have re-

course to “all remedies” made available “by the law of the state in which the district court is held” and which provide “for seizure of person or property for the purpose of securing satisfaction of the judgment ultimately to be entered in the action.” These remedies “include arrest, attachment, garnishment, replevin, sequestration, and other corresponding or equivalent remedies.” The most common form of prejudgment property seizure is attachment; each state has a statute calling for prejudgment attachment⁽¹⁷⁰⁾. By contrast with the preliminary injunction involved in *Grupo Mexicano*, prejudgment attachment is a “legal” remedy, and thus not directed personally at the defendant: Attachment statutes permit a nonpossessory lien to be placed upon the defendant’s real property⁽¹⁷¹⁾ or

⁽¹⁶⁸⁾ *Grupo Mexicano*, supra note 163, 527 U.S. 328-29. For the Mareva injunction, see *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* [1975] 2 Lloyd’s L. Rep. 509 (C.A. 1975) (court has “jurisdiction in a proper case to grant an interlocutory judgment so as to prevent [a debtor] from disposing” of assets, if “there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat [the debt] before judgment”; the creditor may obtain such relief “even before he has established his right by getting judgment for [the debt]”) (Denning, M.R.); Wasserman, supra note 165, at 337 (Mareva “revolutionized English practice”).

Cf. text accompanying notes 163-165 supra: It is important to bear in mind that despite *Grupo Mexicano*, a preliminary injunction still remains appropriate “to grant intermediate relief of the same character as that which may be granted finally.” So, for example, *Grupo Mexicano* does not bar preliminary injunctive relief which freezes a judgment obtained by the defendant-debtor, which the defendant-debtor is said to have fraudulently conveyed to a shell company; such order is “rooted in the ultimate equitable relief to which [the creditor] is entitled under Debtor and Creditor Law.” *Trafalgar Power, Inc. v. Aetna Life Ins. Co.*, 131 F.Supp.2d 341 (N.D.N.Y. 2001); see also *Newby v. Enron Corp.*, 188 E.Supp.2d 684 (S.D.Tex. 2002) (order against former officers and directors of Enron “freezing the proceeds from their sales of Enron securities” after they allegedly concealed adverse financial information from the investing public; such an order is not barred by *Grupo Mexicano* since the shareholders had asserted claims for restitution, constructive trust, equitable accounting, and disgorgement of profits from abuse of fiduciary positions, which claims have “a sufficient nexus to the assets sought to be enjoined”; “when the plaintiff creditor asserts a cognizable claim to specific assets of the defendant or seeks a remedy involving those assets, a court may in the interim invoke equity to preserve the status quo pending judgment”); *Federal Savings & Loan Ins. Corp. v. Dixon*, 835 F.2d 554 (5th Cir. 1987) (“in suing for a constructive trust, an accounting, and restitution of funds milked from [a savings and loan company] in violation of fiduciary duties, [the receiver] is pursuing equitable remedies” and “an asset freeze by preliminary injunction is an appropriate method to assure the meaningful, final equitable relief sought”).

⁽¹⁶⁹⁾ See, e.g., *Contichem LPG v. Parsons Shipping Co. Ltd.*, 229 F.3d 426,430 (2d Cir. 2000); *Trafix, Inc. v. Talk Com Holding Corp.*, 2001 WL 123724 (S.D.N.Y.).

⁽¹⁷⁰⁾ See, the list in *Connecticut v. Doehr*, 501 U.S. 1, 24-26 (1991).

⁽¹⁷¹⁾ See, Michael C. Gilleran, *Massachusetts Prejudgment Security Devices: Attachment, Trustee Process, and Reach and Apply*, 69 Mass. L. Rev. 156, 159 (1984): “The plaintiff maintains security throughout the litigation

authorize the sheriff to find and physically seize other property. (The defendant is usually permitted to post a bond or provide other security, such as a bank letter of credit, to take the place of the assets attached, and thus to obtain a release of the attachment)⁽¹⁷²⁾. In *Grupo Mexicano*, the Supreme Court bolstered its holding with the warning that the preliminary injunction remedy “could render [Rule 64] a virtual irrelevance”. The court posed the question: “Why go through the trouble of

complying with local attachment and garnishment statutes when this all-purpose prejudgment injunction is available?”⁽¹⁷³⁾ The court thus suggested that Rule 64 governing attachment, and its reference to state law remedies, “might more appropriately control” the case before it⁽¹⁷⁴⁾.

It has frequently been noted that the distinction between a preliminary injunction (of the sort involved in *Grupo Mexicano*), and an attachment issued under Rule 64, is “blurry at best”⁽¹⁷⁵⁾.

because the lien remains in effect and permits the plaintiff, upon judgment, to seize and sell in satisfaction of the judgment the property held by the lien (...) [The defendant-owner may continue the physical use of the property (...)] However, since the attachment is an encumbrance or cloud on title, it limits the defendant's ability to sell or mortgage the property at full value.”

(172) In turn the trial court has the discretion to require the claimant to post security for the respondent's costs, which may include bank fees, or premiums for a bond, obtained to release an attachment; see *Rolls Royce Industrial Power (India) V. M/N Fratzis*, 1996WL 185689 (S.D.N.Y.) (and in such a case the respondent is not required to make a showing of “economic necessity” or “a need for security as the result of plaintiffs financial instability”).

(173) *Grupo Mexicano*, supra note 163,527 U.S. 330-31.

(174) 11A Federal Practice & Procedure, supra note 65, 2932 (2003 Supp.). Cases can occasionally be found in which state courts have issued “freeze orders” that enjoin the disbursement of funds on facts arguably similar to *Grupo Mexicano*. In one case a nonprofit organization, alleging that its president had no authority to enter into a contract naming the defendant as the exclusive promoter of the Boston Marathon, sought an order preliminarily enjoining the defendant “from using or in any way alienating any of the funds received from sponsors of the Marathon.”

The court granted the order, noting that “the risk to the BAA is far greater than the risk to [the defendant] (...) If the injunction were denied, if the BAA were to prevail, and if the money were spent by [defendant], the BAA would be put to the time-consuming and sometimes difficult task of trying to exact its damages.” *Boston Athletic Ass'n v. Int'l Marathons, Inc.*, 467 N.E.2d 58 (Mass. 1984). The court did not discuss any possible property interest that the plaintiff might have had in any sums that had been paid to the defendant under sponsorship or endorsement contracts.

But here too, the predominant tendency in state courts is to view such orders as inconsistent with (and so preempted by) the general state attachment statute. See, e.g., *St. Lawrence Co., N.V. v. Alkow Realty, Inc.*, 453 So.2d 514 (Fla. App. 1984) (in dispute over real estate broker's commission, preliminary equitable relief was not justified simply on the grounds that “the complaint alleges uncertainty of collectibility of a judgment if a fund of money is permitted to be disbursed”; “either prejudgment attachment or garnishment, with attendant safeguards, may be available to [the plaintiff under these circumstances; injunctive relief is not”); *Carriage Way Apartments v. Pojman*, 527 N.E.2d 89 (Ill. App. 1988) (withdrawing partners sought injunction to restrain partnership from disbursing proceeds of sale of partnership property; since “the order did not identify specific funds to be deposited in escrow,” it “cannot be said that the funds which were ordered deposited were related to the case”; the order was therefore “a de facto attachment” and invalid because not in compliance with state attachment statute); cf. *Seci, Inc. v. Chafitz, Inc.*, 493A.2d 1100 (Md. App. 1985) (“it has long been the law that, ordinarily, injunctive relief should not be granted to enforce or enhance a monetary claim of a general creditor prior to the entry of judgment on his claim”, this rule “is a necessary complement to the more basic system we have of establishing the priorities among general creditors in the property of a debtor in terms of the entry and recording of judgments”) (dictum).

(175) *Brooks Drug, Inc. v. Repice*, 2001 WL 95705 (N.D. N.Y.); see also *Teradyne, Inc. v. Mostek Corp.*, supra note 142 (district court enjoined respondent from disposing of or encumbering U.S.\$4 million of its assets

“Courts will treat any motion calling for attachment as an attachment motion, even if it is erroneously labeled as a motion for a preliminary injunction⁽¹⁷⁶⁾. In most cases, in order to justify an attachment order, plaintiff must also present a *prima-facie* case on the underlying claim.

It is true, of course, that no attachment statute actually authorizes the direct seizure of property outside the state, while by contrast, a preliminary injunction operates on the person of the defendant and can thus enjoin or compel action outside of the jurisdiction⁽¹⁷⁷⁾. But this distinction between the two remedies may be blurred even further by their potential use *in tandem*. A useful illustration is the recent case of *Lyons Hollis Associates, Inc. v. New Technology Partners*⁽¹⁷⁸⁾. Here, a plaintiff in a federal district court sitting in Connecticut sought to attach property of the defendant in order to secure a claim he was pursuing in arbitration. The defendant argued that attachment was impossible because he

“does not have assets located in Connecticut and there is no law granting Connecticut courts the power to exercise control over property located in another jurisdiction.” The court nevertheless noted that it had personal jurisdiction over the defendant, and thus had the power to order the defendant “to do or refrain from doing certain acts in another state”, such as personally ordering the defendant “to bring such assets into Connecticut for purposes of attachment”.

Nevertheless, there still may be substantial differences between the two remedies, in terms of their availability under the applicable law. Since the right to an attachment is dependent on state law, the showing a plaintiff must make to obtain an attachment varies widely from one jurisdiction to another.

- (1) In some jurisdictions, it is said that pre-trial attachment is indeed “analogous” to preliminary injunctive relief – so that “similar criteria must be satisfied”⁽¹⁷⁹⁾.

and directed it to set that amount aside in an interest-bearing account to satisfy any arbitration award obtained by the claimant; this order “has the attributes of both an attachment and an injunction”).

(176) 11A Federal Practice & Procedure, *supra* note 65, 2932, at 12-13.

(177) Cf. *id.* § 2945 (“Although there is no doubt that if the court has personal jurisdiction over the parties, it has the power to order each of them to act in any fashion or in any place, various considerations may induce it to refrain from exercising this power in certain contexts”; a court, for example, will be “extremely reluctant to issue injunctions affecting foreign land”).

(178) 278 F.Supp.2d 236 (D. Conn. 2002).

(179) *Bridgestone/Firestone, Inc. v. Recovery Credit Services, Inc.*, 147 F.R.D. 66, 68 (S.D.N.Y. 1993) (plaintiff has demonstrated “irreparable injury inasmuch as assets it seeks are likely to disappear unless the application is granted, and probability of success on the merits”); cf. *General Textile Printing & Processing Corp. v. Expromtorg Int’l Corp.*, 862 F.Supp.1070 (S.D.N.Y. 1994) (attachment for security purposes “is a harsh remedy”, and should be granted “only upon a showing that drastic action is required”; held, order of attachment denied because plaintiff has failed to show “that defendant has disposed or is about to dispose of any property in order to frustrate a potential judgment, or to flee the jurisdiction of the Court”).

A New York statute, NYCPLR § 7502(c), provides that a court “may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitrable controversy, but only upon the grounds that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief: The provisions [of New York procedural law governing attachments and preliminary injunctions] shall apply to the application (...) except that the sole ground for the granting of the remedy shall be as stated above.” (emphasis added). This statute seems to impose an identical test to govern the

- (2) In other jurisdictions, however, it is often asserted that a preliminary injunction and an order of attachment are granted under very “different standards”⁽¹⁸⁰⁾.

In *Lyons Hollis Associates*, as noted above, the court ordered the defendant to bring assets into the state for purposes of attachment in aid of arbitration – and remarked that in these circumstances the

plaintiff “need only establish probable cause”. Such an order –although it may indeed “have the effect of an injunction”– need not satisfy the requirements” of Federal Rule of Civil Procedure 65 governing preliminary injunctions⁽¹⁸¹⁾. Conversely, there are state statutes imposing requirements that may be seen as still more stringent than the usual test for preliminary equitable relief, for example, restricting the remedy of

grant of both preliminary injunctions and attachments. In addition, it has been suggested that requiring applicants to show only that an arbitral award “could be rendered ineffectual” without the provisional remedy is “a far more lenient test” than the canonical requirements of irreparable harm, likelihood of success on the merits, and a balance of equities favoring the applicant. James M. Wicks & Jennifer M. Mone, *Courts Differ on Standard Applicable When Parties in Arbitration Cases Seek Provisional Remedies*, N.Y. STATE BAR J. 35 (September 2000); Eric J. Wallach, *Litigating “Raiding” Cases*, 1166 PLI/CORP. 285, 299 (2000) (“In New York State (...) the standard for granting temporary or preliminary injunctive relief in aid of arbitration is a significantly less onerous standard than the normal elements”). However, New York jurisprudence has in fact been characterized by considerable confusion, and the latter proposition in particular is doubtful; in most cases in fact the traditional test seems to have survived. See, e.g., *SG Cowen Securities Corp. v. Messih*, 224 F.3d 79 (2d Cir. 2000) (preliminary injunction against former employee to enjoin violation of noncompetition clause; after reviewing authority the court concluded that the statutory language should be read as “indicating that relief can be denied under the traditional standards and granted only if those standards and the ‘rendered ineffectual’ test are met”; a contrary conclusion “would compel the granting of preliminary injunctive relief (or an attachment) even in circumstances where the applicant had no chance of success and the harm done to the enjoined party would be substantial and irreparable”); *50-09 2nd Street LLC v. Ianvil Associates, Inc.*, 2002 WL 1769973 (N.Y. Sup. Ct.) (when considering a request for a preliminary injunction under § 7502(c), the court applied the usual “three pronged test” of likelihood of success on the merits, irreparable harm, and a balance of the equities; the court enjoined the respondent, “pending the outcome of the arbitration”, from transferring to a third party certain real property that was the subject of an agreement between the parties).

- ⁽¹⁸⁰⁾ *Hasbro, Inc. v. Serafino*, 958 F.Supp. 19, 23 (D. Mass. 1997) (“when seeking an injunction, a plaintiff must typically demonstrate not only a reasonable likelihood of success on the merits of the claim, as in attachment proceedings, but a court must also evaluate” the potential that the plaintiff will suffer irreparable harm if the injunction is not granted; and whether the defendant will suffer greater harm if it is granted. In Massachusetts, then, in order to obtain an attachment a plaintiff need only demonstrate that there is a reasonable likelihood that he will recover a judgment in an amount equal to or greater than the amount of the attachment, over and above any available liability insurance. So it follows that a plaintiff can be granted an attachment even “without demonstrating that he needs the attachment” —without showing, for example, that there is a risk the defendant will dissipate, conceal, or damage the property to be attached— unless he is seeking a remedy *ex parte*. See, GILLERAN, *supra* note 171, at 161, 163; see also *Johnson v. Kopolovsky Foods, Inc.*, 5 F.Supp.2d 48 (D. Mass. 1998) (“the central question on the motion for approval of attachment is whether plaintiff are likely to prevail on the merits and obtain damages in the necessary amount”; no mention of any additional requirements such as “irreparable harm”); *Dartmouth Co. v. Day’s, Inc.*, 419 A.2d 366, 367 n.1 (Me. 1980) (under similar statute, trial judge has no discretion to deny motion for attachment if “likelihood of success” is shown; there is no “requirement of need”).
- ⁽¹⁸¹⁾ *Lyons Hollis Associates*, *supra* note 178, 278 ESupp.2d at 246-47. In addition, “probable cause” was defined for these purposes in a way that seems considerably more lenient than the “likelihood of success” criterion usually applied to requests for preliminary injunctions: “The legal idea of probable cause is a bona fide belief in the existence of the facts essential under the law for the action and such as would warrant a man of ordinary caution, prudence and judgment, under the circumstances, in entertaining it”; the test “does not demand that a belief be (...) more likely true than false.” *Id.* at 245.

prejudgment attachment to circumstances where (through fraud or otherwise) there seems to be a particularly heightened risk that assets may disappear and the plaintiff be left without remedy⁽¹⁸²⁾. In such jurisdictions, cases like *Grupo Mexicano* - despite their reliance on the equity jurisprudence of the eighteenth century - may not be mere historical oddities, but have, rather, considerable continuing relevance.

State statutes uniformly provide that a debtor is, at the very least, entitled to a post-attachment hearing on the validity of the attachment. Most statutes also provide additional and more valuable safeguards for the debtor in the form of *the* right to notice and to a pre-attachment hearing or a requirement that the creditor post a bond to compensate the debtor for any damages suffered as a result of a wrongful attachment.

The Supreme Court held in *Doehr* that the failure to provide a pre-attachment hearing “without at least requiring a showing of some exigent circumstance (...)

clearly falls short of the demands of due process” and is thus constitutionally impermissible⁽¹⁸³⁾. In *Doehr* a majority of the court did not reach the question whether due process also requires a plaintiff to post a bond or other security for the protection of the defendant, but four justices held that a bond was required⁽¹⁸⁴⁾.

In addition to the state attachment statutes made available by Rule 64, there is an occasional federal statute providing for attachment under federal law, such as the Foreign Sovereign Immunities Act⁽¹⁸⁵⁾. This statute provides that the property of a foreign state “used for a commercial activity in the United States” is not immune from “attachment prior to the entry of judgment” if the foreign state “has explicitly waived its immunity” in that respect and if the purpose of the attachment is to secure satisfaction of a judgment that has been or may ultimately be entered against the foreign state “and not to obtain jurisdiction”. Such an explicit “waiver” is readily found in the arbitration context⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸²⁾ Typical is the Georgia statute, under which attachment is permitted only where the defendant “absconds; conceals himself; resists legal arrest; or is causing his property to be removed beyond the limits of the state.” Ga. Code pp. 18-31; see also Ill. Code Civ. Pro. pp. 4-101 (adding the case where “the debt sued for was fraudulently contracted on the part of the debtor”). In addition, both the Georgia and Illinois statutes permit attachment merely on the grounds that the defendant is a nonresident of the state, although today this is of dubious constitutional validity. See, LAYCOCK, Douglas, *Modern American Remedies* 893-94 (3d ed. 2002).

⁽¹⁸³⁾ *Connecticut v. Doehr*, 501 US. 1, 18 (1991) (“even the temporary or partial impairments to property rights that attachments, liens, and similar encumbrances entail are sufficient to merit due process protection”; in the absence of any claim that the debtor “was about to transfer or encumber his real estate or take any other action” while the suit is pending that would render his real estate unavailable to satisfy a judgment, “the interests of an ex parte attachment” “are too minimal”).

⁽¹⁸⁴⁾ But cf. *Result Shipping Co., Ltd. v. Ferruzzi Trading USA Inc.*, 56 F.3d 394,402 (2d Cir. 1995) (“because only a plurality of the Justices addressed this issue in *Doehr*, this Circuit has continued to adhere to our previously established position that a security bond need not be posted in connection with a prejudgment attachment in order to satisfy the requirements of due process”).

⁽¹⁸⁵⁾ 28 U.S.C. 1610(d).

⁽¹⁸⁶⁾ See, *Int'l Ins. Co. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, 293 F.3d 392 (7th Cir. 2002) (by signing the New York Convention and Panama Conventions, Argentina “has waived the immunity protections of the FSIA for

2.4.3. *Antisuit Injunctions*

The paradigm case is one in which the parties had agreed to arbitrate (e.g., in New York), but where the claimant instead files suit in another jurisdiction (e.g., Mexico). Having decided that the claims before the Mexican court “are properly the subject of arbitration, not litigation”, an American court with personal jurisdiction may enjoin the claimants from proceeding with the Mexican suit.

It has been said that the exercise of a court’s discretion is indeed “virtually mandated” because even forcing the respondent “to litigate arbitrability in Mexico when it is entitled to relief here would defeat the parties’ clear choice of forum as embodied in the arbitration clause”⁽¹⁸⁷⁾. An order directing the parties to arbitrate⁽¹⁸⁸⁾ may be useless unless it is accompanied by a corollary order

preventing them from litigating elsewhere. The latter is therefore often added as little more than an afterthought⁽¹⁸⁹⁾.

Even less problematic, I should think, is an injunction against pursuing an arbitration where the court is convinced that no valid agreement exists. It is important to bear in mind that American procedural law has been exceptionally generous in providing an abundance of devices through which challenges to arbitral authority can be made. Legislation “allows an objecting party to seek judicial determination of the scope of consent either before, during, or after an arbitration”⁽¹⁹⁰⁾. As Justice (then Judge) Breyer has remarked, to enjoin a party from arbitrating where an agreement to arbitrate is absent is nothing more than “the concomitant of the power to compel arbitration where it is present”⁽¹⁹¹⁾. Vague

[its] instrumentalities”); cf. *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003) (judicial enforcement of interim arbitral order requiring prehearing security; assuming dubitante that the FSIA applies to commercial arbitration, the posting of security constituted “the functional equivalent of a prejudgment attachment”, but here it was the arbitration clause itself that satisfied the “explicit waiver” requirement of § 1610(d); the contractual provision that the arbitrators “are relieved of all judicial formalities and may abstain from following the strict rules of law” conferred power on them to award prehearing security).

- (187) *Newbridge Acquisition I, L.L.C. v. Grupo Corvi, S.A.*, 2003 WL 42007 (S.D.N.Y.). See also *Curtis, Mallet - Prevost, Colt & Mosle, LLP v. Garza-Modes*, 762 N.Y.S.2d 607 (A.D. 2003) (former partner subject to New York arbitration clause brought suit against firm in Mexico, asserting statutory claims that were not subject to arbitration under Mexican law; held, injunction against further prosecution of the Mexican proceeding was warranted; “New York’s policy favoring arbitration should always be given primacy over a foreign country’s policy disfavoring arbitration where, as here, the parties’ relationship was centered in New York, the parties have expressly agreed to arbitrate all disputes in New York, and the dispute involves only private parties”); *Northwest Airlines, Inc. v. R&S Co. S.A.*, 176 F.Supp.2d 935 (D. Minn. 2001) (court compelled Minnesota arbitration and enjoined Lebanese proceeding brought by respondent; the “business decision” to choose arbitration over litigation “would be undermined unless the Court invokes its injunctive power”; failure to do so will also subject the plaintiff to the risk of simultaneous litigation in Lebanon, and the corresponding risk and uncertainty of inconsistent results”).
- (188) A court order to “direct” or “compel” arbitration - a rather unusual feature of American arbitration law - is provided for by Federal Arbitration Act § 4, and, in *Convention Cases*, by FAA, p. 206.
- (189) See, e.g., *Smith/Enron Cogeneration Limited Partnership, Inc. v. Smith Cogeneration Int’l, Inc.*, 198 F.3d 88, 99 (2d Cir. 1999).
- (190) *Grad v. Wetherholt Galleries*, 660 A.2d 903, 908 (D.C.App. 1995) (state law).
- (191) *Société Générale de Surveillance S.A. v. Raytheon European Management & Systems Co.*, 643 F.2d 863, 868 (1st Cir. 1981); see also *Painewebber Inc. v. Fowler*, 791 F.Supp. 821 (D. Kans. 1992) (two arbitrations

considerations of “comity” hardly require that the United States alter this entire procedural régime to accommodate something like the French version of *compétence/compétence*⁽¹⁹²⁾.

In some circumstances –where the integrity of the arbitral process itself is not directly threatened– considerations of international “comity” may indeed counsel against enjoining foreign lawsuits. For example, in the recent *Karaha Bodas* litigation⁽¹⁹³⁾, a successful claimant in a Swiss arbitration sought to have its award enforced in the United States. The

respondents in turn sought to have the award annulled in Indonesia –on the grounds that even though the arbitral proceedings had taken place in Geneva, the award had been rendered “under” the procedural law of Indonesia. This claim of Indonesian jurisdiction was extremely dubious, but the court nevertheless held that it was an abuse of discretion on the part of the trial court to enjoin the respondents from seeking annulment in Indonesia. Even if the award should have been vacated in Indonesia, this would in no way prevent confirmation in the United States⁽¹⁹⁴⁾. In any event, the régime of the

on different claims are to proceed in two different forums as contemplated by the contract between the parties; the plaintiffs claim for sexual harassment is to be arbitrated before the NYSE, and the parties’ claims referring to promissory notes are to be arbitrated before the NASD – so the plaintiff is “enjoined from seeking any relief from her obligation under the promissory notes in the NYSE proceeding”). cf. *General Electric Co. v. Deutz AG*, 270 F.3d 144 (3d Cir. 2001). Here, the claimant had filed suit in Pennsylvania; the respondent in turn instituted arbitration proceedings before an ICC panel in London and (unsuccessfully) asked the English courts to enjoin the claimant from further proceedings in the United States. After a Pennsylvania jury found that there was no enforceable agreement to arbitrate, the federal district court enjoined the respondent from making any further appeal to the English courts, or from “taking any other action in furtherance of its prosecution of the ICC arbitration” - fearing that such proceedings “threatened the Court’s jurisdiction over the matter at hand”. This injunction was reversed by the appellate court, on the ground of “comity”. But such a result was made considerably easier by the fact that the ICC panel itself had already found that no valid arbitration agreement had ever existed – “that decision colors our ruling”, 270 F.3d at 162.

(192) GAILLARD, Emmanuel, “Il est interdit d’interdire: réflexions sur l’utilisation des anti-suit injunctions dans l’arbitrage commercial international”, en: *Rev. de l’arb.*, 47, 51 (2004) (“it should be enough, I think, to recognize, initially, the autonomy of arbitral procedure vis-à-vis the competing claims of national courts”); 60-61 (“the principle of *compétence/compétence*” should govern situations where national courts “may be tempted to resort to the technique of the antisuit injunction”; antisuit injunctions “ignore the principle” that gives arbitrators the power to determine their own jurisdiction and that requires parties”, at least initially, to submit any grounds for the invalidity of the arbitration clause to the arbitrators themselves”) (my translation). But cf. Scott Rau, Alan, *The Arbitrability Question Itself* 10 *Am. Rev. Int’l Arb.* 287,307 n. 55 (1999) (“At the end of the day nothing obligates us to find the European terminology particularly relevant to American procedure”).

(193) *Karaha Bodas, Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003).

(194) This would be true even if Indonesian law were indeed the law “under which” the arbitration took place: “The Indonesian annulment only has an effect here to the extent that our courts [choose] to recognize it”. 335 F.3d at 370. See, e.g., the celebrated case of *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907 (D.D.C.1996) (enforcing an arbitral award made in Egypt despite annulment of the award by Egyptian courts). But more fundamentally: The proposition that vacatur in Indonesia has no effect whatever on confirmation in the United States is fortiori true once it appears that the true *lex arbitri* was in any event not the law of Indonesia, but the law of Switzerland. When it overturned the antisuit injunction in 2003, the Fifth Circuit surely knew —it did not have to look very far ahead— that Swiss procedural law would ultimately be held to govern the arbitration. See *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 2003 HKCU Lexis 378 (High Court Hong Kong) at 8 (“Had they intended the *lex arbitri* to

New York Convention “necessarily envisions multiple proceedings that address the same substantive challenges to an arbitral award”. In this case, it was easier to conclude that an injunction would “clash with the general principle that a sovereign country has the competence to determine its own jurisdiction and grant the kinds of relief it deems appropriate”, and would “have the practical effect of showing a lack of mutual respect for the judicial proceedings of other sovereign nations”.

2.4.4. Obtaining and preserving evidence

a. Orders by the arbitral tribunal

Section 7 of the FAA gives the arbitrators the power to “summon in writing (...) any person to attend before them”, and to bring with him “any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case”.

It seems increasingly common to find explicit provisions in the arbitration agreement itself, or in institutional rules, that permit limited discovery in the form of document production or even depositions⁽¹⁹⁵⁾. In the absence of any such provisions, however, the availability of any “discovery” in arbitration is considerably more restricted than it is in

American civil litigation generally. This is thought to reflect “the policy underpinnings of arbitration – speed, efficiency, and reduction of litigation costs”. The point is frequently made that by choosing arbitration, the parties have voluntarily accepted the risk that pre-hearing discovery and other “procedural niceties which are normally associated with a formal trial” will not be available to them⁽¹⁹⁶⁾. Limited discovery thus minimizes the complexity and “legalism” that burden adjudication; it may also, however, increase the risk that a party may come to the hearing with only an incomplete understanding of the issues, the nature of the opponent’s case, and the evidence to be presented. Limited discovery may also make it more difficult for some parties to prove claims or assert defenses that depend on access to records or other documents within the control of the other.

i) Issuance or enforcement of a subpoena by the arbitrators is rarely necessary. An informal request for information by an arbitrator at a hearing usually suffices. At least where it is a party who has been request to produce evidence, he will reluctant to antagonize an arbitrator by refusing. In addition, a party would be aware that declining to produce

be Indonesian law, they would have simply arbitrated in Indonesia”); *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 310 (5th Cir. 2004) (“The Award was made in Switzerland and was made under Swiss procedural law”; therefore Switzerland had primary jurisdiction over the award, and so “the Indonesian court’s annulment ruling is not a defense to enforcement under the New York Convention”). I cannot imagine – given the strong presumptions that must surely arise out of the contractual stipulation that “the site of the arbitration shall be Geneva” – why Professor Gaillard terms this rationale “questionable”. Gaillard, *supra* note 192, at 59 n° 29.

⁽¹⁹⁵⁾ See, e.g., *Fernandez v. Clear Channel Broadcasting, Inc.*, 268 F. Supp.2d 1365 (S.D. Fla. 2003) (agreement provided that each party “shall have the right to take up to three depositions unless the arbitrator, on a showing of good cause, approves additional depositions”, and that each party “also shall have the right to require the production of relevant documents from the other party”).

⁽¹⁹⁶⁾ *Burton v. Bush*, 614 F.2d 389 (4th Cir. 1980).

the information would likely cause the arbitrator to draw the inference that complying would have been ultimately unfavorable to him; an arbitrator's mere suggestion that such an inference might be drawn is usually effective to extract the document.

ii) It is clear that a party has no "right" to the issuance of a subpoena. It will therefore be left to the discretion of the arbitrator to decide what materials he needs to resolve the dispute or what materials a party needs to present its case⁽¹⁹⁷⁾. Exercise of the arbitrator's discretion is likely to be limited to demands for documents that can be "described with specificity (for example, if they are internally referenced in documents put into evidence by one side)"⁽¹⁹⁸⁾.

iii) Courts will not intervene directly in this exercise of arbitral discretion. For example, should arbitrators refuse to issue a subpoena requiring individual defendants to attend a hearing—choosing

instead to hear them over the telephone—a court is likely to deem itself "without authority" to compel the testimony in person⁽¹⁹⁹⁾. Cases where an arbitrator's refusal to order the production of evidence leads later to a successful challenge to the award itself are extremely rare⁽²⁰⁰⁾.

iv) Prehearing document production and third parties. The language of Section 7 speaks only of the power of arbitrators to summon "any person to attend before them (...) as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case". Nevertheless, it has been held that arbitrators may issue subpoenas that require the prehearing production of documents. In most cases, too, this power has been thought to extend to subpoenas issued to third parties. As one district court sensibly noted, the arbitrators could of course require nonparty witnesses to appear before the panel "and bring all of the documents at issue to a hearing", but

⁽¹⁹⁷⁾ See, *Nat'l Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184, 187 (2d Cir. 1999) ("§ 7 explicitly confers authority only upon arbitrators; by necessary implication, the parties to an arbitration may not employ this provision to subpoena documents or witnesses").

⁽¹⁹⁸⁾ See, generally TUPMAN, "Discovery and Evidence in U S Arbitration: *The Prevailing Views*", en: 44 *Arb. J.* 27 (March 1989). Cf. *Hunt v. Mobil Oil Corp.*, 654 F.Supp. 1487, 1512 (S.D.N.Y. 1987) (arbitrators rehearsed to issue a "broadcast subpoena" demanding "all documents" of various kinds; such a request "is not uncommon in litigation [but] is precisely the type of production demand that is the exception rather than the rule in arbitration").

⁽¹⁹⁹⁾ See, *Thompson v. Zavin*, 607 F. Supp. 780 (C.D.Cal. 1984) ("if the court were to become involved, such involvement would duplicate the effort of the arbitrators, since they have already considered who should be subpoenaed"). See also *Harleysville Mutual Casualty Co. v. Adair*, 218 A.2d 791 (Pa. 1966) (arbitrator ruled that the claimant was not required to answer interrogatories; court refused respondent's request to enjoin arbitration).

⁽²⁰⁰⁾ See, *Fitigues, Inc. v. Varat*, 1993WL 312888 (7th Cir.) (arbitrator's refusal to sign subpoena did not constitute "misbehavior" justifying vacatur of award; "the arbitrator possessed the discretion to determine that the documents [claimant] sought to subpoena were not relevant"). An unusual case to the contrary is *Chevron Transport Corp. v. AstroVencedor Compania Naviera, S.A.*, 300 F.Supp. 179 (S.D.N.Y. 1969) (arbitrator's refusal to order shipowner to produce the ship's logs, "perhaps the most important items of documentary evidence in any maritime controversy", may be grounds to overturn the award where the other party can show "prejudice" as a result).

“[considering the sheer number of documents addressed by the subpoena (...) this scenario seems quite fantastic and practically unreasonable”⁽²⁰¹⁾.

Even on this point there is authority to the contrary, however. The Fourth Circuit, for example, has held that the FAA “does not authorize an arbitrator to subpoena third parties during prehearing discovery (...) absent a showing of special need or hardship”⁽²⁰²⁾. The Third Circuit has gone even further. In a strikingly literal-minded opinion, the court in the recent *Hay Group* case found that Section 7 “speaks unambiguously to the issue”.

Supposedly the word “and” “makes it clear that a non-party may be compelled ‘to bring’ items ‘with him’ *only when* he is at the same time summoned ‘to attend before [the arbitrator] as a witness’”⁽²⁰³⁾. The court went on to say that “if the FAA had been meant to confer (...) broader power, we believe that the drafters would have said so”⁽²⁰⁴⁾. Nor is there any “textual basis” for allowing some exception

for “special need”⁽²⁰⁵⁾. In attempting to minimize the practical consequences of such a holding, Judge Chertoff’s concurring opinion succeeds only in demonstrating the ultimate silliness of this reading of the statute. As he points out, it is always possible to compel a nonparty witness to appear with documents before, say, a single arbitrator, for instance, who “can (...) adjourn the proceedings” after taking possession of the documents. Indeed, given the inconvenience of a personal appearance, one could expect witnesses regularly “to deliver the documents and waive presence”⁽²⁰⁶⁾.

v) *Other forms of pre-hearing discovery, such as and interrogatories, are virtually unknown in most jurisdictions.* Indeed they are rarely even requested. The Uniform Arbitration Act does authorize the taking of depositions, but only “for use as evidence” in the case of a witness “who cannot be subpoenaed or is unable to attend the hearing”. This “does not authorize a deposition for purposes of discovery”⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰¹⁾ *Meadows Indemnity Co., Ltd. v. Nutmeg Ins. Co.*, 157 F.R.D. 42 (M.D.Tenn.1994). See also *Jas. W. Glover Ltd. v. Derrick Concrete Cutting & Construction, Ltd.*, 2003 WL 22970975 (Hawaii) (arbitrator “may compel production of documents from third parties before a hearing on the merits. A constrictive reading of the statute would limit the ability of the arbitration panel to deal effectively with large and complex cases”); *Amgen Inc. v. Kidney Center of Delaware County, Ltd.*, 879 F.Supp. 878,880 (N.D.Ill.1995), dismissed, no subject matter jurisdiction, 101 F.3d 110 (7th Cir. 1996) (subpoena issued to nonparty; “implicit in the power to compel testimony and documents for purpose of a hearing is the lesser power to compel such testimony and documents for purposes prior to hearing”); *Brazell v. American Color Graphics, Inc.*, 2000 WL 364997 (S.D.N.Y.) (“the case law... supports the arbitrator’s authority to provide for prehearing production of documents from third parties”).

⁽²⁰²⁾ *Comsat Corp. v. National Science Foundation*, 1999WL 638609 (4th Cir.).

⁽²⁰³⁾ *Hay Group, Inc. v. E.B.S. Acquisition Corp.*, 360 F.3d 404, 407 (3d Cir. 2004). While *Hay Group* involved only an arbitral subpoena issued to a nonparty to the arbitration, the language of § 7 itself, of course, makes no such distinction.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 408.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 410.

⁽²⁰⁶⁾ *Ibidem*, p. 413.

⁽²⁰⁷⁾ PIRSIG, “Some Comments on Arbitration Legislation and the Uniform Act 10 Vand”, en: *L. Rev.* 685, 701 (1957). See Uniform Arbitration Act, § 7(b). Some state statutes, by contrast, go further. Section 171.050(a)(2) of the Texas Arbitration Act is unusual in that it authorizes a deposition “of an adverse witness” for “discovery

Under the Federal Act, it has been held that arbitrators completely lack authority to order nonparties to the arbitration to appear for prehearing depositions⁽²⁰⁸⁾.

vi) *Refusal to comply*. Should a party refuse to comply with an arbitral subpoena, a federal district court in the district where the arbitration is to take place has the power to enforce the subpoena by “compel[ing] the attendance” of those summoned, or by “punish[ing] said person or persons for contempt”⁽²⁰⁹⁾. Generally, when asked to enforce an arbitral order, the court will not as a general matter make an “independent assessment of the materiality of the information sought” or

“second-guess” the panel’s judgment. It is recognized that this would undermine the “well-recognized federal policy favoring arbitration,” and would “compromise the panel’s presumed expertise”⁽²¹⁰⁾. However, when a claim is made that certain matters are protected from disclosure on grounds of “privilege” or “confidentiality” or on the grounds that they constitute a “trade secret”, a court is likely to review the arbitral order more closely because of the “important legal rights” implicated by the order of disclosure⁽²¹¹⁾. In such circumstances, a court may also modify the arbitral order by imposing a particular regime for the

or evidentiary purposes”; while under the Uniform Arbitration Act, depositions are to be taken “in the manner and upon the terms designated by the arbitrators”, the Texas statute provides that all depositions are to be taken “in the manner provided by law for a deposition in a civil action pending in a district court.” It does not appear, however, that the possibilities for discovery presented by the Act have in practice been extensively exploited either by counsel or by arbitrators. The new Revised Uniform Arbitration Act also provides broadly that “an arbitrator may permit such discovery as the arbitrator decides is appropriate under the circumstances, taking into account the needs of the parties to the arbitration proceeding and other affected persons and the desirability of making the proceeding fair, expeditious, and cost effective”. § 17(c). The Official Comments to the statute warn that while discretion whether and to what extent to allow discovery rests with the arbitrators”, the default standard of § 17(c) is meant to discourage most forms of discovery”.

⁽²⁰⁸⁾ Integrity Ins. Co. v. American Centennial Ins. Co., 885 F.Supp. 69 (S.D.N.Y. 1995) (“Documents are only produced once, whether it is at the arbitration or prior to it (...) depositions, however, are quite different. The nonparty may be required to appear twice — once for the deposition and again at the hearing”).

⁽²⁰⁹⁾ FAA, 7.

⁽²¹⁰⁾ Security Life Ins. Co. of America v. Duncanson & Holt, Inc., 228 F.3d 865,871 (8th Cir. 2000).

⁽²¹¹⁾ See, Revised Uniform Arbitration Act, 18, comment 1. See also Hull Municipal Lighting Plant v. Mass. Municipal Wholesale Elec. Co., 609 N.E.2d 460 (Mass. 1993) (arbitrator ordered the production of documents held by a state agency, conditional on the execution of a confidentiality agreement, but the agency refused to comply, on the grounds that the documents were protected by the attorney/client privilege; held, records and documents held by public officials are subject to mandatory disclosure under the state public records law, but the arbitrator does not have “the power to determine the scope” of that statute; “only the supervisor of public records (...) or this court is authorized to make such decisions”); Minerals & Chemicals Philipp Corp. v. Panamerican Commodities, S.A., 224 N.Y.S.2d 763 (A.D. 1962) (subpoena issued to third party, resisted on the grounds that the materials requested “contained confidential information relating to customers and the details of their purchases which was entitled to protection as a trade secret”; held, “not having consented to be bound by the procedures of this private forum, nor having taken part in its hearings, [the third party] is entitled, in the first instance, to a judicial determination of the propriety of the subpoena” “without advance disclosure to the arbitrators”; a referee appointed by the court, “working in cooperation either with the parties or with the arbitrators, can insure that only essential data is disclosed”). Granted, the legitimacy of arbitration as a “creature of contract” is at its weakest when the interests of third parties are involved. But given the dramatic expansion in recent years of the presumed competence of arbitrators to decide even statutory and regulatory matters — and the Supreme Court’s virtual abolition of the “public policy” exception to “arbitrability” — the continuing validity of such cases may be doubtful.

production of documents in the interest of protecting confidential information⁽²¹²⁾.

vii) Service of a subpoena. Under the *FAA*, arbitral subpoenas are to be “served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court”⁽²¹³⁾. The Federal Rules of Civil Procedure in turn subject subpoenas to territorial limits. A court’s subpoena must be served:

- (a) at any place within the district of the court by which it is issued; or
- (b) at any place within 100 miles of the hearing; or
- (c) at any place within the state, if a state statute or court rule permits a court of general jurisdiction sitting at the place of the hearing to issue such a subpoena⁽²¹⁴⁾.

It has been held, with some uncertainty, that this rule “also governs the service of arbitration subpoenas”⁽²¹⁵⁾. And in any event a court’s power to enforce an arbitral subpoena is clearly subject to these territorial limits⁽²¹⁶⁾. Rather than conclude that there is a gap in the law, however, one district court, having first concluded that the arbitrator’s subpoena was enforceable, “direct[ed]” the party’s attorney himself to issue a subpoena⁽²¹⁷⁾. This was done with the understanding that this subpoena could then be enforced by the district court where the production of documents was to take place⁽²¹⁸⁾.

b. Court orders in aid of arbitration

The fact that prehearing discovery is so limited in the arbitration process often leads parties to seek discovery that is

⁽²¹²⁾ See, e.g., *Hay Group, Inc. v. E.B.S. Acquisition Corp.*, 2003 WL 21293861 (E.D. Pa.), rev’d on other grounds, 360 F.3d 404, 407 (3d Cir. 2004) (“there is no likelihood of competitive injury to the defendants” from enforcing arbitral subpoena because the court, in an earlier order, “safeguarded sensitive information” by “narrowly tailor[ing] the information to be given to the plaintiff and requir[ing] a confidentiality order to govern all material given”); cf. *Lufman v. Anpol Contracting, Inc.*, 1995 WL 360015 (S.D.N.Y.) (the court directed production of a disputed file for an in camera inspection by the arbitrator).

In *Lufman* the court noted that “the presiding arbitrator is an experienced person well versed in evaluating the alleged claims... that some files contain classified security information involving national defense or plant security, personal health records and other similar confidential data. All of this should be screened from the file, except where the arbitrator determines it to be relevant evidence in the dispute. Even in the latter instances, proper safeguards should be ordered, such as sealing the record or limiting its access to counsel only, so that no necessary harm or prejudice or unnecessary embarrassment may be caused to anyone.”

⁽²¹³⁾ *FAA* § 7.

⁽²¹⁴⁾ F.R. Civ. Pro. R. 45(b)(2).

⁽²¹⁵⁾ *Legion Ins. Co. v. John Hancock Mutual Life Ins. Co.*, 2002 WL 537652 (3d Cir.). But see *Security Life Ins. Co. of America v. Duncanson & Holt, Inc.*, 228 F.3d 865 (8th Cir. 2000) (“whether or not [respondent] is correct in insisting that a subpoena for witness testimony must comply with Rule 45, we do not believe an order for the production of documents requires compliance with Rule 45(b)(2)’s territorial limit. This is because the burden of producing documents need not increase appreciably with an increase in the distance those documents must travel”).

⁽²¹⁶⁾ *Amgen, Inc.*, supra note 201, 879 Supp. at 882 (“although the Act allows the arbitrator to subpoena anyone, it also provides that this court may enforce the arbitrator’s subpoena only in the same manner that it would compel attendance before the court”).

⁽²¹⁷⁾ Under the Federal Rules of Civil Procedure r. 45(a)(3)(B), an attorney authorized to practice in the court in which a proceeding is pending, can himself issue a subpoena — “as officer of the court” — on behalf of any court in the nation in which the witness lives or resides.

⁽²¹⁸⁾ *Amgen Inc.*, supra note 201, 879 Supp. at 883.

ordered and supervised by a court. There are rare cases in which a court has ordered such pre-arbitration discovery, particularly in circumstances where the impact on the arbitral process seems minimal. In one case, for example, this was done where:

- selection of the arbitrators had not yet begun;
- the requested information was “within the defendants’ possession and unavailable to plaintiff without either discovery or cooperation”; and
- the defendants had “been quite uncooperative in working out disputes with plaintiff during the course of the contract”⁽²¹⁹⁾.

Most cases, however, are considerably more restrictive in granting pre-arbitration discovery; “the vast majority of courts that have considered the matter have concluded that allowing discovery on the merits of a case prior to arbitration is inconsistent with the aims of arbitration”⁽²²⁰⁾. Therefore, in most cases where courts are asked to authorize discovery in aid of arbitration, there is a clear tendency to require a showing that such discovery is “necessary” for a party to “present a proper case to the arbitrators”, or even that “extraordinary circumstances” are present.

A good illustration of the point is *Deiulemar Compagnia di Navigazione S.p.A v. M/V Allegra*⁽²²¹⁾. Here, an agreement for a time charter specified that the vessel would maintain a guaranteed speed of twelve to thirteen knots. The agreement also provided for arbitration in London. When the vessel reached its final destination at Baltimore, the charterer claimed that the promised performance specifications had not been met and tried to inspect the vessel in order to gather and preserve evidence to support its claim.

The owner refused, arguing that all of the information sought “could be requested through the arbitration process.” The court granted the charterer’s request for discovery. A marine expert was permitted to inspect the vessel, observe repairs, take photographs, and copy documents. Because the ship’s engine was scheduled for repair, “the circumstances and conditions extant today could not be recreated”. Moreover, because the vessel was scheduled to leave the territorial waters of the United States immediately following the repairs, the charterer “was in danger of losing access to any evidence of the ship’s condition”. “Given the time sensitive nature of [the charterer’s] request and the evanescent nature of the evidence

⁽²¹⁹⁾ See, eg., *Drulcrest Pty. Ltd. v. Jamar Productions, Inc.*, 1986 WL 4547 (S.D.N.Y.) (“permitting limited discovery should not unduly delay the arbitration proceedings”); *Bigge Crane & Rigging Co. v. Docutel Corp.*, 371 F.Supp. 240 (E.D.N.Y. 1973) (subcontractor asserted that it had been given “no explanation” why it had not been paid by the general contractor for work performed, and sought to take depositions of the general contractor’s employees and to obtain inspection of job records, contracts, and other documents; held, “discovery proceedings in the court action can go forward while the selection of arbitrators and scheduling of a hearing is under way (...) without delaying the arbitration”).

⁽²²⁰⁾ *Mississippi Power Co. v. Peabody Coal Co.*, 69 F.R.D. 558, 567 (S.D.Miss. 1976) (discovery “should not proceed any further”; since the FAA permits arbitrators to issue subpoenas, “there should be no necessity for double-barrelled discovery, proceeding simultaneously” under the supervision of the court and the arbitrator); *Recognition Equipment, Inc. v. NCR Corp.*, 532 F.Supp. 271 (N.D.Tex. 1981) (“discovery under the Federal Rules should not proceed pending arbitration”).

⁽²²¹⁾ 198 F.3d 473 (4th Cir. 1999).

sought, [the court] not believe that the district court abused its discretion” in accepting the charterer’s representation that it could not obtain “emergency discovery” from the London arbitrator “in time to preserve the rapidly changing condition of the ship”.

The *Deiulemar* court stressed in particular that the remedy was permissible because the claimant merely “sought to perpetuate, rather than discover, the evidence” on the vessel. All the evidence gathered was to be held in camera and transferred to the pending arbitration in London for use as the arbitrator chose; “this evidence will remain unseen unless the arbitration decides to unseal it”⁽²²²⁾. As the case suggests, where a court order can be characterized not as an order of discovery” to produce evidence for later use in arbitration but merely as an order to “preserve” existing evidence against destruction, judicial relief will be considerably easier to obtain⁽²²³⁾.

It is clear that once the arbitration proceedings have begun, a party seeking discovery will be expected to resort to the discretion of the arbitrators themselves - as supported (if necessary) by the court’s power to enforce compliance with arbitral orders. In one case, a Russian company sought to obtain documents and deposition testimony from a New York company with whom it was involved in arbitrations both in Moscow and in Stockholm. The court held it was inappropriate to grant the request since under Russian and Swedish law “it is the arbitrators, and not the courts, who are to decide the question of what discovery is to be obtained in arbitration proceedings. The court further held that parties to arbitrations in those countries “cannot bypass the arbitrators and go directly to court.” Even if the court had the authority to grant the order, “this basic principle of law” –“which consistent with United States law” – should be honored⁽²²⁴⁾.

⁽²²²⁾ See, also *Ferro Union Corp. v. SS Ionic Coast*, 43 F.R.D. 11 (S.D.Tex. 1967) (foreign flag vessel with foreign crew was about to leave American port; in view of “exceptional situation” and to allow gathering of facts which might otherwise be lost, the court ordered immediate discovery in the form of depositions of master and crew and inspection of vessel and cargo). By contrast, for a case where such “extraordinary circumstances” are absent, see *Harry F. Ortlip Co. v. George Hyman Construction Co.*, 126 F.R.D. 494 (E.D.Pa. 1989) (staying discovery in lawsuit until after conclusion of arbitration between two of the parties on a related matter; depositions were being sought in order to “obtain testimony to be used in the forthcoming arbitration” and “[t]his [plaintiff] may not do”; “extraordinary circumstances” do not include an inability or a failure to obtain discovery for an arbitration proceeding”).

⁽²²³⁾ See, also *Sagot Jennings & Sigrnond v. Sagot*, 2003WL 1873298 (Pa. Com. Pl.) (departing partner of law firm removed files containing client records from the firm premises; court ordered the defendant to “maintain all files” as well as a “comprehensive and accurate list of those files”; “if not enjoined, defendant may act in such a way that the [information contained in the files], which is essential to an arbitrator’s decision, (...) could be disposed of in part or in whole when the case comes before arbitration”).

⁽²²⁴⁾ *In re Application of Technostroyexport*, 853 F.Supp. 695 (S.D.N.Y. 1994). See, also *Suarez-Valdez v. Shearson Lehmad/American Express, Inc.*, 858 F.2d 648, 650 (11th Cir. 1988) (Tjoflat, J., concurring) (trial court acted beyond its authority in allowing discovery to continue during the course of arbitration; “the parties to this action will almost certainly have squabbles over discovery”, but since “the judge will not be involved in the development of the issues as the case proceeds through the arbitration process, he will lack a basis upon which to make informed rulings on discovery matters”); *Transwestern Pipeline Co. v. Blackburn*, 831 S.W.2d 72 (Tex.App.Amarillo 1992) (state law; once arbitration “begins”, court-supervised discovery is unavailable since it “would allow the court to unnecessarily interfere with the arbitration process”; for these purposes, arbitration is deemed to “begin” not when evidence is first introduced at the arbitration proceeding, but as soon as the first arbitrator is selected).

Where the arbitration is to take place abroad, it was for a while thought that parties might possibly be able to take advantage of 28 U.S.C. section 1782. This statute authorizes a federal district court to order an individual “to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal.” However, it now appears settled that this statute simply “does not apply to private international arbitrations [since] it is not likely that Congress would have chosen to authorize federal courts to assure broader discovery in aid of foreign private arbitration than is afforded its domestic dispute-resolution counterpart”⁽²²⁵⁾.

2.4.5. Other forms of provisional relief

Provisional relief in aid of arbitration can take an infinite variety of forms. Many striking recent examples exist. For instance, even before a determination has been made as to the plaintiff’s likelihood of success on the merits, a claimant who has filed a demand for arbitration may obtain an order that the defendant disclose its assets: “considerations of judicial economy, cost, and common sense all suggest that, before unnecessary time and

expense are wasted conducting a more protracted evidentiary hearing as to probable cause *vel non* for the granting of a prejudgment remedy, an inquiry should first be conducted whether assets even exist, where they are located, and what their value is”⁽²²⁶⁾.

When a seller has allegedly refused to deliver certain goods for which the buyer has paid in full, it has been held that a court may grant “injunctive relief in the form of replevin pending arbitration”; such an order would require the seller (upon the buyer’s posting a bond) to “forthwith deliver” to the buyer possession of the goods⁽²²⁷⁾.

It will be noted that this kind of relief fits very uneasily into the notion that the purpose of provisional remedies is merely to “preserve the status quo” pending arbitration. The “status quo”, after all, consists of the seller’s *withholding* the goods. The respondent could plausibly argue that the relief sought would disturb, rather than preserve, that situation. Yet, the required delivery of the goods in exchange for a bond “would accomplish something unattainable by the strict maintenance of the *status quo*”. The buyer would avoid “any alleged irreparable harm” that it would incur if the injunction

⁽²²⁵⁾ Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int’l, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999). See also Nat’l Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc., 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999) (§ 1782 is “intended to cover governmental or intergovernmental arbitral tribunals and conventional courts and other state-sponsored adjudicatory bodies”). The supreme court’s recent decision in Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 124 S. Ct 2466 (2004) (European Commission, “to the extent that it acts as a first-instance decision maker”, is within the ambit 1,8, 1782) might possibly, however, herald a most generous approach.

⁽²²⁶⁾ Insurity, Inc. v. Mutual Group, Ltd., 260 F.Supp.2d 486 (D. Conn. 2003). But cf. Oriental Commercial & Shipping Co., Ltd. v. Rosseel, N.V., 125 F.R.D. 398 (S.D.N.Y. 1989) (plaintiff sought discovery to determine the location of defendant’s assets in order to ensure its ability to enforce any ultimate award; discovery denied; plaintiff is not seeking any evidence for presentation to the arbitrators” or “concerning the subject matter of the suit”; in addition, “the situation in this instance is clearly one of convenience rather than necessity”).

⁽²²⁷⁾ Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. v. Morgan Construction Co., 290 F.Supp. 2d 148 (D. Mass. 2002).

were denied but it succeeded at arbitration; were the buyer unable to acquire the goods in the near future, its contracts with third parties would be “irrefutably jeopardized” and it would be subject to substantial contractual penalties⁽²²⁸⁾.

As the Third Circuit recognized in *Ortho Pharmaceutical*, the phrase “preservation of the status quo” is nothing more than a shorthand for the “need to protect the integrity of the applicable dispute resolution process. “The court went on to say that “if the existing status quo is currently causing one of the parties irreparable injury and thereby threatens to nullify the arbitration process, then it is necessary to alter the situation to prevent the injury”⁽²²⁹⁾. In this spirit, courts have upheld orders requiring a health insurer to pay or make a commitment for “payment for high-dose chemotherapy”

for the claimant’s breast cancer⁽²³⁰⁾, or orders to “promptly deliver seed corn to plaintiff as required” by an exclusive license agreement”⁽²³¹⁾.

2.5. Timing and duration of interim relief: deferring to the arbitrators

The tendency is to hold that once an arbitral panel is in place, courts should refrain from granting interim relief except in the most unusual of circumstances. The Revised Uniform Arbitration Act restates what may be the predominant approach:

After an arbitrator is appointed and is authorized and able to act, a party to an arbitration proceeding may move the court for a provisional remedy only if the matter is urgent and the arbitrator is not able to act timely or the arbitrator cannot provide an adequate remedy⁽²³²⁾.

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 155.

⁽²²⁹⁾ *Ortho Pharmaceutical Corp. v. Amgen, Inc.*, 882 F.2d 806, 814 (3rd Cir. 1989). (Ortho involved a joint marketing arrangement for medical technology; the district court had ordered the licensor, pending arbitration, to submit a joint application to the U.S. Food & Drug Administration including the licensee’s data and identifying the licensee as a distributor, and to communicate and cooperate with the licensee in connection with the process of seeking FDA approval).

⁽²³⁰⁾ *Hughley v. Rocky Mountain Health Maintenance Org., Inc.*, 927 P.2d 1325 (Colo. 1996) (the claimant’s “life expectancy and probability of ultimate survival diminished with each passing day”, and “in the absence of injunctive relief, the evidence before the Court suggests that she may not be alive when this case reaches some determination on the merits”).

⁽²³¹⁾ *Ferry Morse Seed Co. v. Food Com, Inc.*, 729 F.2d 589 (8th Cir. 1984) (license agreement gave distributor the sole right to market the respondent’s new strain of food corn; district court entered a preliminary injunction in aid of arbitration, ordering the respondent not only to refrain from marketing the seed corn to any other party but also to “promptly deliver seed corn to plaintiff as required by the exclusive license agreement”; held, affirmed; “we cannot conclude that the district court abused its discretion in restoring the earlier relationship” by requiring the respondent to turn over the seed corn).

⁽²³²⁾ RUA § 8 (b)(2). See, e.g., *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716 (9th Cir. 1999) (district court correctly denied request for preliminary injunction “since provisional relief is available [under ICC rules] from the Swiss Arbitral Tribunal”); *Prudential Securities Inc. v. Schrimsher*, 179 F.Supp.2d 1306 (N.D.Ala. 2001) (court exercised its discretion to refuse to grant a preliminary injunction enjoining a former employee from soliciting the claimant’s clients; the court “should defer” to the arbitral tribunal since the claimant “has conceded that it can obtain the same relief from the arbitrators that it can obtain from this court”).

See, also *Noah Carolina St.*, pp.1-567.39 (international arbitration; a party may seek interim relief directly from the court where the arbitrator has “not been appointed” or is “unavailable”, but “in all other cases” a party shall seek interim measures “ from the arbitral tribunal and shall have no right to seek interim relief

The Official Comment notes that this rule “avoids the delay of intervening court proceedings, does not cause courts to become involved in the merits of the dispute, defers to the parties’ choice of arbitration to resolve their disputes, and allows courts that may have to review an arbitrator’s preliminary order the benefit of the arbitrator’s judgment on that matter”⁽²³³⁾.

In some cases, in fact, interim relief has been denied simply because the rules of arbitration adopted by the parties would permit the arbitrators to grant such relief, even if the panel is not yet in place⁽²³⁴⁾. *China Nat’l Metal Prods Import/Export Co. v. Apex Digital, Inc.*⁽²³⁵⁾ represents a rather extreme extension of this principle. In denying a writ of attachment, a federal court claimed that the only question it was allowed to investigate was “whether the arbitral rules authorize provisional relief”.

Since the parties had agreed to arbitrate under China’s CIETAC rules, “which provide a method and forum for obtaining provisional relief”, the court felt obligated to “respect that agreement and refrain from awarding” such relief. The CIETAC arbitration rules did not, however, give the arbitral tribunal the power to issue interim relief. Rather, the rules provided only that the panel shall submit the application for relief “to the people’s court” in the place where either the respondent or his property is located. The court acknowledged that because the respondent was not domiciled in China and had no property there, “there [was] no people’s court to which an attachment application could be submitted”. But this was deemed to be simply “irrelevant”, the claimant must “accept the consequences of the provisions of the agreement to arbitrate”⁽²³⁶⁾.

from the superior court, except that a party to an arbitration governed by this Article may request from the superior court enforcement of an order of an arbitral tribunal granting interim measures”; cf. Arbitration Act 1996 5 44(5) (“court shall act only if or to the extent” the arbitral tribunal “has no power or is unable for the time being to act effectively”) (England).

⁽²³³⁾ Comment 2.

⁽²³⁴⁾ In *Ever-Gotesco Resources & Holdings, Inc. v. Pricesmart, Inc.*, 192 F.Supp.2d 1040 (S.D. Cal. 2002), for example, the court denied provisional relief on the grounds that “the arbitral tribunal has the power to grant it” - and at the same time rejected the argument that in fact no existing body had the power to grant such relief “because no arbitral tribunal has yet been constituted.” In the circumstances this rationale is clearly overbroad, and the decision may be explained by a kind of estoppel: The court noted that the plaintiffs position was “disingenuous” — since the plaintiff himself had elected to commence “rigorous litigation” in the Philippines rather than “follow the unambiguous terms of the Agreement” calling for arbitration in Australia; he had therefore “consciously avoid[ed] taking steps that would give the arbitrator the ability to act.” He would not after all have been “without recourse in the arbitral tribunal, which [under the UNCITRAL Rules] retains injunctive powers.”

⁽²³⁵⁾ 155 F.Supp.2d 1174 (C.D. Cal:2001).

⁽²³⁶⁾ In some cases, however, the particular drafting of the arbitration clause itself may lead to somewhat different results. Cf. *American Express Financial Advisors Inc v. Thorley*, 147 F.3d 229 (2d Cir. 1998), in which the contract explicitly stated that the plaintiff was entitled to seek a temporary injunction pending arbitration: The district court refused an injunction on the grounds that the claimant “could just as quickly obtain the same temporary equitable relief from the arbitrator as from a court” — but this was held on appeal to be in error. See also *Koob v. IDS Financial Services, Inc.*, 629 N.Y.S.2d 426 (A.D. 1995) (“The stipulation, in the contract, that [claimant] is entitled to an injunction from a court of competent jurisdiction to keep you from violating these restrictions while the arbitration is pending’ removes the matter from the authority of the arbitrator”).

By a similar reasoning, the tendency is to hold that when a court has granted interim relief, its order should not remain in effect until an award is rendered, but only until the arbitrators have had the opportunity to decide: (i) whether interim relief should be granted, and (ii) how it should be structured. The effect is that the court order would “expire when the issue of preserving the status quo is presented to and considered by the arbitration panel”⁽²³⁷⁾. Where, as sometimes, occurs, courts have ordered interim relief of a longer duration, question we are concerned with does not appear to have been considered in any detail, or with a great deal of care⁽²³⁸⁾.

An earlier New York case offers a particularly clear example of this principle: The parties had entered into a joint venture to renovate and redevelop adjoining buildings. Disputes had arisen over the respondent’s alleged failure to procure mortgage commitments, to obtain official approval of conversion plans, and to remove sitting tenants. Meanwhile, the respondents had entered into a contract of sale to convey the premises to a third party

and the claimant sought injunctive relief to prevent them from doing so. The claimants alleged that it would take “approximately four weeks” before an arbitrator could be appointed, and that (under existing AAA rules) no procedure existed to preserve the status quo “pending the selection of Arbitrators and the submission to the Arbitrators of an application for an Order of Conservation. “The court granted injunctive relief until a request for such an order could be decided on by the arbitrator – nothing that a refusal to do so “might well render the subsequent determination by the arbitrator nugatory;” it cautioned that should the claimant “unreasonably delay the arbitration proceedings, respondents may apply upon notice to terminate the injunction”⁽²³⁹⁾.

It should certainly follow in such cases that any order by a court providing interim relief may subsequently be reviewed by the arbitral tribunal. After a fuller review of the evidence, a tribunal may decide that such relief is not warranted or that it should be modified⁽²⁴⁰⁾.

⁽²³⁷⁾ *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Dutton*, 844 F.2d 726 (10th Cir. 1988) (preliminary injunction preventing former employee from removing customer lists and soliciting former clients).

⁽²³⁸⁾ See, e.g., *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.*, 715 F.2d 348 (7th Cir. 1983) (district court was ordered to enjoin a manufacturer from repudiating a license agreement, and from transferring any of the licensee’s contractual manufacturing rights to a third party, “until the arbitration requested by [the licensee] is completed and this lawsuit (including any appeals) is terminated”).

⁽²³⁹⁾ *Shay v. 746 Broadway Corp.*, 409 N.Y.S.2d 69 (Sup. Ct. 1978); see also *Performance Unlimited, Inc. v. Questar Publishers, Inc.*, 52 F.3d 1373 (6th Cir. 1995) (license agreement; court should issue preliminary injunction requiring licensee “to pay only that amount of royalties necessary to ensure that [licensor] is not driven out of business prior to the time the arbitration proceeds”; “once the arbitration begins, it is for the arbitrators to decide how to maintain the status quo during the pendency of the arbitration process”); *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Salvano*, 999 F.2d 211 (7th Cir. 1993) (authority to grant injunctive relief does not “extend ad infinitum” but only “until the arbitration panel is able to address whether the TRO should remain in effect”).

⁽²⁴⁰⁾ See, Revised Uniform Arbitration Act § 8, comment 6; *Blumenthal v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, text accompanying note 161 *supra*. See, also SCHWARTZ, Eric, *Provisional Remedies in International Arbitration: Perspectives from the ICC and Germany*, 6 *World Arb. & Med. Rep.* 52, 54 (March 1995). Here,

2.6. Proceedings in admiralty cases

For cases within the federal jurisdiction over “admiralty” (i.e., maritime) cases, Section 8 of the FAA provides an alternative method of involving an arbitration clause. Under section 8, a plaintiff “may begin his proceeding (...) by libel and seizure of the vessel or other property of the other party according to the usual course of admiralty proceedings, and the court shall then have jurisdiction to direct the parties to proceed with the arbitration and shall retain jurisdiction to enter its decree upon the award.” Section 8 thus allows a plaintiff to enjoy the advantages of both arbitration and traditional maritime security devices⁽²⁴¹⁾. An important distinction between section 8 and the other provisions of the FAA is that Section 8 “does not

appear to afford the district court discretion to dismiss when the case is referred to arbitration”⁽²⁴²⁾.

An “*in rem*” proceeding is traditionally instituted by seizure of the vessel itself⁽²⁴³⁾. Traditional admiralty attachment is also possible in *in personam* cases⁽²⁴⁴⁾. For instance, when the “defendant cannot be found within the district”, the plaintiff may “attach the defendant’s tangible or intangible property (...) up to the amount sued”, even if unrelated to the claim sued upon.

Such seizure serves both as a means of obtaining jurisdiction, and as a means of obtaining security for any resulting judgment⁽²⁴⁵⁾. Constitutional restrictions on the use of attachment for the purposes of obtaining jurisdiction⁽²⁴⁶⁾ have been

Eric Schwartz describes a ICC case in which, after the file had been transmitted to the arbitrators, the claimant had obtained orders from a court attaching assets of the defendant. The arbitrators concluded that the circumstances leading the claimant to seek the attachment orders at that time were not “exceptional” within the meaning of former articulo 8.5 of the ICC Rules. Since the claimant had thus not been entitled to apply to the court for relief, the arbitral tribunal ordered that the claimant “should take steps to have the attachment orders removed by the courts that had issued them”, at the same time directing the respondent to provide replacement security in the form of a bank guarantee. Schwartz concludes that “whether or not the tribunal would have taken the same decision had the judicial remedies been obtained before the arbitrators had received the file is another matter” - but surely the arbitrators would have been entitled to do so. Cf. Report of the Working Group on Arbitration, U.N. A/CN.9/547, pp. 112-13 (March 19,2004) (noting that “some support was expressed” for the view that “there could be good reasons for allowing the tribunal, once constituted, to modify” interim measures ordered by a court, but concluding that this issue should not be dealt with in the Model Law).

⁽²⁴¹⁾ Result Shipping Co., Ltd. v. Ferruzzi Trading USA Inc., 56 F.3d 394, 400 (2d Cir. 1995).

⁽²⁴²⁾ Fedmet Corp. v. M/V Buyalyk, 194 F.3d 674, 677 (5th Cir. 1999).

⁽²⁴³⁾ See, Federal Rules of Civil Procedure; Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims, Rule C (“Actions in Rem”; “arrest of the vessel or other property that is the subject of the action”).

⁽²⁴⁴⁾ See, Rule B (“Attachment and Garnishment”).

⁽²⁴⁵⁾ See, West of England Ship Owners Mutual Ins. Assoc. v. McAllister Brothers, Inc., 829 F. Supp. 125 (E.D. Pa.1993) (a pending arbitration does not preclude a plaintiff from utilizing the remedy of admiralty attachment as a means of “providing security for the satisfaction of any award in the plaintiffs favor”); see, also Atlas Chartering Services, Inc. v. World Trade Group, Inc., 453 F.Supp. 861 (S.D.N.Y. 1978) (attachment under Rule B; “a London arbitration can proceed in an orderly fashion even though the defendant’s assets have been attached in New York as security for any award rendered by the London panel”).

⁽²⁴⁶⁾ A state’s assertion of personal jurisdiction over nonresident defendants is subject to control under the Federal Constitution, on the grounds of “due process” — a defendant must have “certain minimum contacts” with the state “such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and

held not to apply to attachment in the admiralty context “because the perpetrators of maritime injury are likely to be peripatetic”, and because the power of the federal courts in admiralty cases is the subject of separate constitutional treatment: maritime attachment is “accorded special deference”⁽²⁴⁷⁾. It is also abundantly clear that pre-arbitration attachment in maritime cases is not precluded by the New York Convention⁽²⁴⁸⁾. It follows, finally, that seeking to arrest or attach property in an admiralty case cannot constitute a “waiver” of any right to proceed with arbitration⁽²⁴⁹⁾.

3. ENFORCEMENT OR CONFIRMATION OF PARTIAL OR INTERIM AWARDS

As a practical matter, of course, parties usually voluntarily comply with orders by arbitral tribunals that grant

interim relief⁽²⁵⁰⁾. But provisions must be made for those cases, however rare, when this is not true. “Because the orders of arbitrators are not self-enforcing, a party who receives a favorable ruling with which another party refuses to comply, must apply to a court to have the ruling made an enforceable order”⁽²⁵¹⁾. Arbitral orders of relief, if backed by the courts in this way, can therefore often be an effective way of preserving the status quo pending a final decision.

Even before the conclusion of all arbitration proceedings –that is, “notwithstanding the absence of an award that finally disposes of all the claims that were submitted to arbitration”– a U.S. Court may grant a petition to confirm a “partial award” if the award “finally and definitively disposes of a separate, independent claim”⁽²⁵²⁾. The terms “interim award”, “partial award”, and

substantial justice.” *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945). In *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977), the Supreme Court virtually abolished on constitutional grounds the long-standing practice of “quasi-in rem” jurisdiction, under which courts could assert their jurisdiction merely on the basis of seizure of the defendant’s property prior to judgment, even if the cause of action was totally unrelated to ownership of the property itself.

(247) *Winter Storm Shipping Ltd. v. TPI*, 310 F.3d 263, 271 (2d Cir. 2002) (funds in hands of intermediary bank during implementation of electronic funds transfer were “property” subject to maritime attachment in aid of arbitration in London).

(248) *E.A.S.T., Inc. of Stamford, Connecticut v. M/V Alaia*, 876 F.2d 1168, 1173 (5th Cir. 1989) (“prejudgment attachment under Section 8 — as an aid to arbitration — is manifestly not inconsistent with the aims of the Convention”). The proposition in the text should hold true even in those few courts where the Cooper doctrine — making interim relief generally unavailable in Convention cases — still survives; see text accompanying notes pp. 122-127 supra; *Castelan v. M/V Mercantil Parati*, 1991 WL 83129 (D.N.J.) (refusing to extend *McCreary Tire G. Rubber Co.*, supra note 123, to pre-arbitration vessel arrests; “[because the Convention does not forbid pre-arbitration remedies in maritime cases, such remedies continue to be valid under the FAA”]; the court gave the parties three days to demand arbitration in London pursuant to their contract, warning that “if none of the parties demands arbitration within that period, the Court will entertain a renewed motion to vacate the arrest”).

(249) See, *Valero Refining, Inc. v. M/T Lauberhorn*, 813 F.2d 60 (5th Cir. 1987).

(250) See, Note by Secretariat, *International Commercial Arbitration: Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration*, A/CN.9/460,118 (April 6,1999) (“in order to avoid responsibility for costs caused by the failure to implement the measure, or because they are reluctant to displease the arbitral tribunal”).

(251) Revised Uniform Arbitration Act 18, comment 1.

(252) *Eurolines Shipping Co., S.A. v. Metal Transport Corp.*, 491 E.Supp. 590 (S.D.N.Y. 1980).

“preliminary award” seem to be used indiscriminately⁽²⁵³⁾, and no distinction is drawn among them in terms of the availability of judicial review⁽²⁵⁴⁾.

Such cases most commonly involve the following.

3.1. Interim awards granting provisional relief

Cooperation between courts and arbitrators is nicely exemplified by the sequence of events in *Sperry Int’l Trade, Inc. v. Government of Israel*⁽²⁵⁵⁾. Sperry agreed to build a communications system for the Government of Israel; the Government’s obligation to make any payments was conditioned on its receipt of an irrevocable Letter of Credit in its favor. After a dispute arose, Sperry initiated arbitration. Thereafter:

- On January 27, 1982, the Government of Israel furnished the issuer of the Letter of Credit with the contractually-required Sight Draft and Certification which were necessary to allow it to draw down the funds, and requested the issuer to transmit the proceeds to it. (On February 2, the issuer acknowledged that these documents were in order so far as it was concerned.).

- On January 31, however, a state court had issued an order of attachment of the Government’s account, and a Warrant of Attachment was served on the issuer. The action was then removed to federal court.
- On February 9, after both parties had appeared before the arbitrators and made submissions, the panel handed down an award requiring the parties to escrow in a joint account the amount of the proceeds of the Letter of Credit, pending final resolution of the dispute.
- On February 10, Sperry moved to confirm, and the Government moved to vacate, the award; on the same day, the federal court enjoined the Government of Israel from “taking any action to collect the proceeds of the letter of credit or to remove the proceeds resulting from any payment of that letter of credit” pending a hearing on these motions. This restraint was continued until February 24.
- On February 24, the district court found the award –“as a final award on a clearly severable issue”– subject to confirmation, and then proceeded to confirm it. It stated that “the Solomonic resolution of the award to

⁽²⁵³⁾ Cf. Rolf Tritanann, ¿When Should Arbitrators Issue Interim or Partial Awards and/or Procedural Orders?, 20 J. Int’l Arb. 255, 256, 258-60 (Nº 3,2003), who notes that while in legal systems other than Germany these terms “seem to be used interchangeably”, the distinction between “partial” and “interim” awards is “a particularly important distinction in practical terms.” I did diligently attempt to grasp this “distinction”, but confess to having failed dismally. Compare *id.* at 259 (examples of “interim awards” “include decisions as to the law governing the dispute”) with *id.* at 260 (examples of “partial awards” include “matters regarding the applicable law”).

⁽²⁵⁴⁾ See, e.g., Texas International Arbitration & Conciliation Act, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 172.143 (arbitration tribunal “may, at any time during the arbitration, make an interim arbitration award on a matter with respect to which it may make a final award,” and such an award “is enforceable in the same manner as a final award”).

⁽²⁵⁵⁾ 532 F.Supp. 901 (S.D.N.Y. 1982).

take the money from both parties of course does not decide the merits [but] makes rational sense at this stage of the Arbitration”.

There are many similar and more recent cases. In *Yonir Technologies, Inc.*, for example, the parties were involved in an arbitration over the dissolution of their joint venture. The arbitrators ordered one party to engage a CPA firm to audit the joint venture and to pay the venture’s ongoing bills. The court held even this to be a reviewable “final” award because it both “disposes of a separate, legally independent request for relief” and “can be seen as an interim equitable order, necessary to preserve the assets of the joint venture.” In addition, the arbitral tribunal had itself negotiated an agreement with a third party, by which the third party was designated to “evaluate and divide” the physical inventory of the joint venture, and the tribunal had ordered that each party execute the agreement. This award was also confirmed⁽²⁵⁶⁾.

The power of arbitrators to preserve the status quo may be reinforced when they have engaged in an exercise of contractual interpretation that clearly implicates “the merits” and to which courts must therefore defer. For example,

in *Certain Underwriters at Lloyd’s, London v. Argonaut Ins. Co.*⁽²⁵⁷⁾, the panel’s first interim award was that the respondent “establish an escrow in the amount of \$2,535,491.32 to be held by counsel for the [claimant] under the control of the panel (...), the form of the escrow to be mutually agreed upon by the parties.” However, the parties failed to agree, and so the panel then issued an additional interim award that required the respondent to “either make an interim cash payment to the claimant or post a Letter of Credit” in the amount of U.S.\$2.5 million. The court confirmed this second award also, on the grounds that the panel’s conclusion—to the effect that the claimant was entitled to “immediate payment or funding”—was an arguable construction of the contract.

3.2. Awards of sums clearly or admittedly due

An arbitral tribunal will often be asked to render an “interim” or “partial” award ordering the immediate payment of amounts that are undisputed between the parties. The readiness of courts to confirm and enforce such awards is undoubtedly a response to the potential ability of debtors to “exert a good deal of economic

⁽²⁵⁶⁾ *Yonir Technologies, Inc. v. Duration Systems (1992) Ltd.*, 244 F.Supp.2d 195 (S.D.N.Y. 2002). Similar cases include *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991) (interim order required the members of a reinsurance pool to contribute to an escrow account during the pendency of the arbitration as security for any final award; held, court enforcement of the award “is not an undue intrusion upon the arbitral process, but is essential to preserve the integrity of that process”); *Banco de Seguros del Estado v. Mutual Marine Offices, Inc.*, 230 F.Supp.2d 362 (S.D.N.Y. 2002) (panel’s interim order that reinsurer post, as prejudgment security, irrevocable letter of credit constituted reviewable “arbitral award” under Panama Convention); *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984) (interim award required claimant to continue performance of a coal purchase contract until panel rendered a final award; held, award disposed of one “separate, discrete, independent, severable issue”, namely, “whether the [claimant] is required to perform the contract during the pendency of the arbitration proceedings.”

⁽²⁵⁷⁾ 264 F.Supp.2d 926,937 (N.D. Cal. 2003).

leverage” by withholding payments – with the intent to force the creditor to compromise disputed claims simply in order to obtain payment of amounts admittedly due⁽²⁵⁸⁾.

Judicial willingness to enforce is likely to find its limits in situations of arbitral overreaching –for example, where

the amount of “outstanding balances currently due” under a contract is linked to or dependent on other questions, such as the ultimate question whether grounds may exist to rescind the contract⁽²⁵⁹⁾, or where an arbitral decision that has awarded “sums admittedly due” includes at the same time an award of other relief that has not yet been quantified⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁸⁾ See, *Home Ins. Co. v. RHA/Pennsylvania Nursing Homes, Inc.*, 127 F.Supp.2d 482 (S.D.N.Y. 2001) (insurance company requested an interim arbitral award that would direct the policyholder to pay all undisputed premiums; the arbitration panel found that respondent had conceded that it owed the claimant U.S.\$408,000, and ordered it to pay that sum “without further delay”; held, award confirmed). See also *Metallgesellschaft A.G. v. M/V Capitan Constante*, 790 F.2d 280 (2d Cir. 1986) (in dispute arising out of a charterparty for the carriage of fuel oil, the arbitrators made a “partial final award” in favor of the shipowner for the freight admittedly due and owing, even though the charterer had asserted still-pending counterclaims for alleged short delivery and fuel contamination; held, award should be enforced, since under the contract and the applicable law the owner’s claim for freight was an “independent obligation payable regardless of any [other] claims”, which were thus “legally irrelevant”); *Compania Chilena de Navegacion Interoceanica, S.A. v. Norton, Lilly & Co., Inc.*, 652 F. Supp. 1512 (S.D.N.Y. 1987) (dispute arising out of agency agreement; respondent’s final accounting showed that respondent owed claimant U.S.\$48,010 from debts collected for the claimant, although the claimant asserted that more was due; arbitrators made a “partial award” of U.S.\$48,010 plus interest, “based primarily on defendant’s accounting”, and indicated that they would resolve the remainder of plaintiff’s claims at a later date; held, partial award confirmed, since it was “separate from plaintiff’s other claims, which will require the consideration of more extensive evidentiary sources”).

While many of the functions of the French *juge des référés* are performed by state or federal courts in the United States when they are asked to order interim relief, some measures commonly ordered under the *référé* procedure are extremely unlikely to be ordered by U.S. courts in the presence of an arbitration clause. Notable examples are *référé* order to make a payment (*provision*) in cases where the existence of the obligation to pay is not seriously in doubt (“*n’est pas sérieusement contestable*”), or his appointment of a technical expert. It is virtually certain that in the United States any judicial action of this sort would be seen as an impermissible interference with the discretion of the arbitral tribunal: Both the appointment of an expert, and the payment of amounts “undoubtedly due”, can be expected to have a serious impact on arbitral procedure and on the tribunal’s direct appreciation of the merits. On the *référé-provision*, see Hélène Gaudemet-Tallon, Note, Rev. de L’Arb., 637,639 (1990) (“it is striking that very often, the judge will allow a provision equal to 100% of the claim... In reality then the action of the *juge de référés* can be analyzed as an actual decision on the merits of the case”).

⁽²⁵⁹⁾ In such cases it would be error for the arbitral tribunal to deprive respondent of possession of the funds, thereby “substantially chang[ing] the position of the parties from the outset of arbitration.” See, *TIG Ins. Co. v. Security Ins. Co. of Hartford*, 2003 WL 22289273 (D. Conn.) (award vacated; if the agreement “is found to have been rescinded, then there necessarily is no obligation to pay pursuant to the same; [t]he issues of rescission and obligation to pay therefore are dependent, the resolution of the former affecting awards of damages for the latter”). But cf. text accompany, note 257 supra.

⁽²⁶⁰⁾ Cf. *Puerto Rico Maritime Shipping Authority v. Star Lines Ltd.*, 454 F.Supp. 368 (S.D.N.Y. 1978). Here the respondent, as agent for the claimant/shipowner, collected freight payments from shippers who shipped goods on the shipowner’s vessel. There were a number of claims and counterclaims between the parties, among them the shipowner’s claim that the respondent was in possession of U.S.\$550,000 in freight monies belonging to it. In response to this claim the agent “admitted” that it had collected U.S.\$180,000 in freight which was due to the respondent. As an “interim determination”, the arbitrators directed the respondent to pay U.S.\$180,000 and also to “pay over to [claimant] such other freight monies as or are may come into its possession.” The court vacated the award: It conceded that *if the arbitrators had only ordered the payment of the U.S.\$180,000* - or if the arbitrators “had fully determined [the respondent’s] freight money claim” -

3.3. Arbitral orders that one party should turn over certain records

In one recent case, the claimant—an American partner to a joint venture—requested that the arbitral panel order its French partner to provide it with certain tax records that the claimant needed to file with the U.S. Internal Revenue Service and the Securities and Exchange Commission. The panel granted this request, and the court found this to be a final and reviewable award subject to confirmation. The court stated that “a ruling on a discrete, time-sensitive issue may be final and ripe for confirmation even though other claims remain to be addressed by arbitrators. “The panel in this case “explicitly carved out the tax records issue for immediate action from the bulk of the matters still pending”⁽²⁶¹⁾.

It should be noted that the arbitral tribunal had labeled its decision as an “order” rather than an “award” – and that this did not affect the result. A court can “go beyond a document’s heading and delve into its substance and impact to determine whether the decision is final. “To claim that a document that fails to bear the word “award” is necessarily unenforceable would be “extreme and untenable formalism”.

3.4. Arbitral declaration of liability alone without an award of damages in “bifurcated proceedings”

In *Hart Surgical, Inc. v. Ultracision, Inc.*⁽²⁶²⁾ the parties had agreed to bifurcate the arbitration into “liability” and “damages” phases. After the arbitrators found that the respondent had wrongfully terminated the distribution agreement, the respondent moved to vacate the award. The court held that this was a final partial award reviewable by the district court.

There is a necessary caveat, however. The court stressed that both the parties and the arbitrators had understood the determination of liability to be a “final award”, and that the parties had submitted all evidence going to the issue of liability in a discrete proceeding. Allowing review here would therefore advance “the primary policy behind the FAA”, the resolution of disputes in the manner intended by the parties. But the court took care to limit its holding to the situation where there was a “formal, agreed-to bifurcation at the adjudication stage.” The court reserved judgment on what would happen if the arbitrator had issued an initial decision on liability on his own initiative. The court also warned of the possible risks of using such a standard of “finality” for arbitral awards, one that is

then the award might have been confirmed. However, the latter part of the award was “quite simply, an insufficient and unconfirmable resolution of the freight monies dispute”, which “leaves the question of the amount of money owing unanswered and the possibility of further disputes between the parties open. “An award “that fails to lay any one issue to rest” is not “final” and thus not confirmable; the two portions of the freight monies claim were not “separable”.

⁽²⁶¹⁾ *Publicis Communication v. True North Communications, Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000).

⁽²⁶²⁾ 244 F.3d 231 (1st Cir. 2001).

quite different from the usual standard used to govern the finality of lower court judgments. If the losing side were to choose to wait until all arbitration proceedings were complete, it might have been found to have “forfeit[ed] an appeal” on the liability issue by having come in conflict with the FAA’s statute of limitations for vacating the partial award⁽²⁶³⁾.

Contrary results can therefore be expected where neither the parties nor the arbitrators “understand the determination of liability to be a final award”. The level of explicitness required in such cases as *Hart Surgical* seems at times to amount in effect to a presumption to the contrary. The risk that a partial award rendered abroad and dealing with liability alone might be overtaken by subsequent events at the situs would seem to call for particular caution in treating such awards as immediately reviewable⁽²⁶⁴⁾.

It therefore seems unlikely that the requisite “understanding” was present in the leading case of *Michaels v. Mariforum*

Shipping, S.A.⁽²⁶⁵⁾. Here, the charterer of a vessel instituted arbitration proceedings against the owner. The arbitrators issued an interim award that held the charterer liable on four of the owner’s counterclaims. The tribunal “deferred” consideration of another counterclaim until a final damages award was made. However, in addition, it made no award as to the owner’s damages, nor to any of the claims that the charterer made. The court held that a motion to vacate the award should be dismissed because the award was simply not reviewable: The award “does not purport to be final”, but is merely a “first step” in deciding all claims submitted to arbitration”.

Because the interim award did not decide any of the charterer’s claims, it clearly was not a final determination of all issues submitted. Moreover, “the award did not finally dispose of *any* of the claims submitted, since it left open the question of damages on [four of the owner’s counterclaims] and reserved decision on the fifth”.

⁽²⁶³⁾ See, also *Andrea Doreen, Ltd. v. Building Material Local Union 282*, 350 F.Supp.2d 107 (E.D.N.Y. 2003) (the parties agreed during the arbitration hearing to bifurcate liability from remedy, and “there is nothing in the record that even remotely suggests that the parties and the arbitrator believed that the arbitrator’s decision on liability would be anything less than final”; held, the liability award can be confirmed notwithstanding the absence of an award that finally disposes of the remedy submitted to arbitration”).

⁽²⁶⁴⁾ See, e.g., *Gulf Petro Trading Co., Inc. v. Nigerian Nat’l Petroleum Corp.*, 2003 WL 22429699 (N.D. Tex.). In this dispute arising out of a joint venture between the claimant (a Texas corporation) and the respondent (a Nigerian state-owned company), an arbitration was held in Geneva. The tribunal issued a partial award in favor of the claimant to the effect that the respondent had breached the contract, and deferred ruling on the question of quantum until “a later date.” Subsequently, however, the tribunal rendered a final award holding that the claimant did not –after all– have “standing or capacity” to assert its claims. The claimant unsuccessfully sought to have this final award vacated in the Swiss courts. Only afterwards did it seek to have a U.S. court confirm and enforce the partial award. The court understandably refused to do so: “Because the issue has already been decided by the Swiss court, a review of that issue by this court would violate principles of res judicata and international comity”; the Swiss court, in sustaining the final award to the effect that the claimant had no capacity to maintain any of its claims, had “followed civilized procedural rules” and had given all parties the “opportunity to be heard”. Query what would have happened had the partial award been presented first for confirmation in the United States?

⁽²⁶⁵⁾ 624 F.2d 411 (2d Cir. 1980).

3.5. Consequences of a valid partial or interim award

If the arbitral panel has issued a valid partial or interim award, one obvious consequence is that the award can then be judicially confirmed or vacated⁽²⁶⁶⁾. The partial or interim award will therefore be subject to the same statutory regime that governs confirmation or vacatur, and when a court confirms an award, its judgment will have “the same force and effect, in all respects, as (...) a judgment in an action; and it may be enforced as if it had been rendered in an action in the court in which it is entered”⁽²⁶⁷⁾. It also follows that the arbitral award may be “modified” in only

the most limited of circumstances⁽²⁶⁸⁾. Another consequence would be that a later award cannot be challenged on the grounds that the arbitrators—having earlier made an interim award—had become “*functus officio*”⁽²⁶⁹⁾.

The Revised Uniform Arbitration Act provides that a “preaward ruling” by an arbitrator may, at the request of a party, be “incorporate[d] into an award”, which must then be confirmed by a court unless there are grounds for vacatur. The rationale is typically confused⁽²⁷⁰⁾.

Decisions by foreign arbitral tribunals granting interim relief should

⁽²⁶⁶⁾ If there is an arbitral “award”, it may of course be vacated on the grounds that the arbitrators lacked jurisdiction to decide the dispute, FAA § 10(a)(4). The current formulation of the proposed artículo 17 bis of the UNCITRAL Model Law — under which a court may refuse to enforce an order for interim relief if it is merely satisfied that “there is a substantial question relating to” the jurisdiction of the tribunal — is an unwieldy attempt to accommodate notions of “compétence/competence”; as such it is simply irrelevant to American jurisprudence. See Report of the Working Group on Arbitration, A/CN.9/547 21,27-28 (March 19,2004) (current draft refers to the grounds for refusal of enforcement of awards listed in the Model Law, artículo 36(a)(i) and (a)(iii); 33 (it is “crucial that the power of the arbitral tribunal to decide its own jurisdiction should be preserved and that courts should not preempt determination by the arbitral tribunal of its competence in the first instance”).

⁽²⁶⁷⁾ FAA., 13.

⁽²⁶⁸⁾ For example, where “the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them and the award may be corrected without affecting the merits of the decision upon the issues submitted.” Uniform Arbitration Act. 13(a). FAA., 11 permits a court to modify an award where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted”: The syntax here seems garbled, but the meaning is certainly the same as the UAA provision — and for that matter, the same as the New York Convention, artículoV(I)(c).

⁽²⁶⁹⁾ See, *Wright v. Land Developers Construction Co., Inc.*, 564 So.2d 1000 (Ala. 1989) (interim award ordered contractors to repair damage to homeowner’s residence and to complete unfinished items specified by the tribunal’s expert; a later final award chose to grant damages to the homeowners “in lieu of performance” because performance would “exceed that intended or contemplated by the parties when they entered into the contract”; held, final award confirmed; the arbitrators clearly indicated that the interim order “was not intended to be final”, and the later order “handled new issues that arose after the interim order”).

⁽²⁷⁰⁾ RUAA., 18. The stated rationale is that since “courts are very hesitant to review interlocutory orders”, such orders must “thus” be “enforced” by courts unless the standard for vacatur is satisfied. Comment 1 (18 is “currently the law in almost all jurisdictions”). But this grossly distorts the state of current law, which — although the comment betrays no recognition of the fact — attempts to distinguish between (a) those arbitral orders reviewable under statutory standards, and (b) those that may neither be vacated nor enforced at all. At least the formal procedure of a party “request” to “incorporate the ruling into an award” does serve, in Lon Fuller’s terminology, a “signaling function” — that of indicating to a court just what the intent of the arbitrators was with respect to finality — although the comment does not actually attempt to justify § 18 in this way.

equally be enforceable in American courts to the extent that such decisions “finally and definitively dispose of a separate, independent claim”. Foreign awards can certainly be termed “binding” within the meaning of article V(1) (e) of the New York Convention, even if they are perhaps not “final”⁽²⁷¹⁾. By contrast, the situation in other jurisdictions with respect to the coverage of the New York Convention is rather doubtful⁽²⁷²⁾.

3.6. Distinguishing reviewable “interim awards” from “interlocutory orders”

As is demonstrated by the *Michaels* case⁽²⁷³⁾, it is sometimes exceedingly difficult to distinguish reviewable interim awards, from purely “interlocutory orders” (i.e., preliminary orders

issued in the course of the arbitration proceeding).

a. “Interlocutory orders” are not subject to immediate judicial review

Purely “interlocutory” orders are not subject to judicial review before an award is rendered (and indeed may only be reviewable to the extent they may be thought to have “tainted” the ultimate award)⁽²⁷⁴⁾. The obvious policy is to prevent delaying tactics, and to minimize judicial interference with the actual proceedings before the arbitral panel.

Therefore, only awards that “purport to resolve finally the issues submitted” to the arbitrators are subject to judicial review⁽²⁷⁵⁾. The principle is rather abstract and is best illustrated by a number of concrete examples. The following arbitral orders have been held merely to constitute

⁽²⁷¹⁾ The formulations used in the Convention do not seem to have been chosen with any eye to the particular problem of interim awards. cf. ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 333-46 (1981) (“The Working Party agreed that the award should not be enforced if under the applicable arbitral rules it was still subject to an appeal which had a suspensive effect, but at the same time felt it would be unrealistic to delay the enforcement of an award until all the time limits provided for by the statutes of limitations had expired or until all possible means of recourse have (...) been exhausted and the award had become ‘final’”).

⁽²⁷²⁾ The UNCITRAL Secretariat has in fact suggested that “the prevailing view, confirmed also by case law in some States, appears to be that the Convention does not apply to interim awards”. Note by the Secretariat, International Commercial Arbitration: Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration, A/CN.9/ 460, 121 (April 6, 1999); see also Report of the Working Group on Arbitration, A/CN.9/524, 47 (June 2, 2003) (“In the view of various delegations, strictly speaking, no interim measure should be regarded as an arbitral award, since it was ephemeral in nature and did not attempt to solve definitively all or part of the dispute”). To the same effect, see, LEW, Julian D.M., et al, *Comparative International Commercial Arbitration* 635- 36 (2003) (while some courts have enforced interim awards under the New York Convention “like any other awards” (citing U.S. authority), the “prevailing position” is that interim awards are not enforceable under the Convention (citing Australian and Austrian authority to the effect that “unlike a partial award, an interim award cannot be challenged independently from the final award,” nor can it be enforced). It seems extremely unlikely that any universally acceptable formula can be devised to reverse this result.

⁽²⁷³⁾ See, supra note 265.

⁽²⁷⁴⁾ See, e.g., infra note 280 (arbitral ruling that claim has been timely filed).

⁽²⁷⁵⁾ *Sperry Int'l Trade, Inc. v. Government of Israel*, supra note 255, 532 F.Supp. at 906. See also *Home Ins. Co.*, supra note 258, 127 F.Supp.2d at 487-88 (“the award in question here certainly is final in a very important respect — it has determined that [claimant] is entitled to possession of the \$408,000 during the pendency of the arbitration”).

- “preliminary” or “procedural” orders and thus do not constitute reviewable awards:
- (i) orders that copy of all the bank statements of a joint venture be forwarded to the respondent⁽²⁷⁶⁾;
 - (ii) orders determining which version of the ICC Rules were applicable to the arbitration⁽²⁷⁷⁾;
 - (iii) AAA determinations as to the location of the arbitration⁽²⁷⁸⁾;

⁽²⁷⁶⁾ *Yonir Technologies, Inc. v. Duration Systems (1992) Ltd.*, 244 F.Supp.2d 195 (S.D.N.Y. 2002) (this order “does not dispose of any separable claim contained in the parties’ arbitration demands”, and “is too attenuated from asset preservation to be considered an award for interim equitable relief”). It is instructive to compare *Yonir Technologies* with *Publicis Communication*, discussed supra note 261. In *Publicis* the claimant had urged —and the arbitral tribunal appeared to accept— that its need for the tax records in question was “extremely urgent” so that it would be able to comply with governmental regulations. While a mere —unreviewable— “discovery order” would involve “compiling information” as “an early step in moving toward the end result”, by contrast the claimant’s entitlement to the records in *Publicis* was thought to be at least one of “the very issue[s]” that the claimant “wanted arbitrated”.

⁽²⁷⁷⁾ See, *Mobil Oil Indonesia Inc. v. Asamera (Indonesia) Ltd.*, 372 N.E.2d 21 (N.Y. 1977) (“there is no authority for this court (...) to intervene at this state of the progression of the arbitration proceeding”; “for the court to entertain review of intermediary arbitration decisions involving procedure or any other interlocutory matter, would disjoint and unduly delay the proceedings”).

⁽²⁷⁸⁾ *Aerojet General Corp. v. American Arbitration Ass’n*, 478 F.2d 248 (9th Cir. 1973) (judicial review of such a ruling “prior to the rendition of a final arbitration award should be indulged, if at all, only in the most extreme cases”). In *Aerojet* the parties had never agreed on the location of the arbitration, and so pursuant to its rules, the AAA itself was to make the initial determination. (See, the current version of the Commercial Arbitration Rules, r. 10: “The parties may mutually agree on the locale where the arbitration is to be held... If a party objects to the locale requested by the other party, the AAA shall have the power to determine the locale, and its decision shall be final and binding.”). Compare *Richard C. Young & Co., Ltd., v. Leventhal*, 298 F.Supp.2d 160 (D. Mass. 2003). Here, the agreement did say something — that any dispute “will be submitted for arbitration to the AAA in Boston, Massachusetts.” The claimant instituted an arbitration in California, and over the respondent’s objection, the AAA agreed that the arbitration should proceed there; the respondent then moved to enjoin the pending California arbitration and to compel arbitration in Massachusetts. The federal district court first determined (1) that the arbitration clause was “ambiguous.” (2) Since the determination on venue had not been made by the actual arbitrator, but only by the AAA, the court was “not preempted by an arbitrator’s decision”; if, on the contrary, the ruling had been made by the arbitrator himself, the court could review it “only in very narrow circumstances”. (3) Instead, it was now the court that had “the authority to (...) interpret” the clause. And (4) the court ultimately determined that the clause was not really a forum-selection clause — it merely required that requests for arbitration be submitted to the AAA’s Boston office, with no obligation to conduct the actual proceedings there.

All this is surprisingly incoherent. Note that the decision is not at all conceived in terms of “review”, but instead as both an initial and final determination by a court as to a matter within its exclusive authority. But of course, if the court is indeed the appropriate decisionmaker, then it should not matter in the slightest whether or not the arbitrator has “gone first” and made a ruling: His decision would be entitled to the usual deference only \$the parties had originally entrusted him with the contractual authority to make it — and if they did, this deference would be due both prospectively and after the fact. See *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995) (“because the Kaplans did not clearly agree to submit the question of arbitrability to arbitration, the Court of Appeals was correct in finding that the arbitrability of the Kaplan/First Options dispute was subject to independent review by the courts”). In addition, since the only question that remains is the scope of consent, the author cannot see why it matters whether the determination as to the site of the arbitration was made by the AAA — pursuant to its rules — or by the arbitrators themselves, nor why it should matter whether the agreement contains a provision that requires construction, or whether (as in *Aerojet*) it is instead totally silent. It is in fact the former case that the author thinks particularly calls for deference to the supposed expert ability of arbitrators. Curiously, the court in *Richard C. Young* showed no awareness of the Supreme Court’s earlier decision in *Pacificare Health Systems, Inc. v. Book*, 2003 WL 1791225 (U.S.) (did a contractual provision that “punitive damages shall not be awarded” bar an arbitral

- (iv) “gag orders” prohibiting a party from sharing information obtained during the course of the arbitration with any of its coreinsurer⁽²⁷⁹⁾; and
- (v) orders finding that the claimant had timely filed its request for arbitration and allowing it to amend its claim⁽²⁸⁰⁾.

Most cases will be abundantly unproblematic. In *Lincoln v. C & N Group, Inc.*, an arbitration clause in a residential warranty agreement provided for a two-tier process of arbitration. After a dispute was submitted to arbitration and an award rendered, either party had the right to appeal to an “appellate arbitrator”, whose decision would be final.

The parties had completed the first step of the arbitration process, but one of them had appealed the initial award. The court held, correctly, that since “a final award has not yet been determined” there was simply nothing for the trial court to confirm. Confirmation was refused even though the losing party had not filed a formal motion to vacate⁽²⁸¹⁾.

b. Vacatur for failing to make a “final” award

Section 10(a)(4) of the FAA provides grounds for the vacatur of awards when the arbitrators have “so imperfectly executed [their powers] that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.” In theory, this is a different objection from the question discussed in the preceding section. In Part I, above, the problem was that the arbitrators may have made no “award” at all - but merely an interlocutory order. By contrast, it is only when arbitrators “imperfectly execute” their powers by making an award “that purports to be [a final award], but is in fact not,” that vacatur is appropriate under Section 10(a)(4)⁽²⁸²⁾. In theory, then, Section 10(a)(4) simply has no application to an interim award that the arbitrators did not intend to be their final determination on the issues submitted to them. Strictly speaking, then, the Michaels case, discussed above, did not really rely on Section 10(a)(4). “The interlocutory nature of the interim award rendered

award of treble damages under Rico? Since the terms of the agreement were “ambiguous” and the intent of the parties “uncertain”, the courts should not take upon themselves “the authority to decide the antecedent question of how the ambiguity is to be resolved”, and the arbitrators must first be called on to tell us just what the agreement means). See ALAN SCOTT RAU, *Everything You Really Need to Know About “Separability” in Seventeen Simple Propositions*, 14 AM. REV. INT’L ARB. 1, 103 - 4 (2003).

(279) *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe Ltd. v. Continental Casualty Co.*, 840 E Supp. 578 (N.D. Ill. 1993) (gag order was “a wholly procedural and largely... discovery-oriented ruling” and therefore not an “award”).

(280) *Ligon Nationwide, Inc. v. Bean*, 761 F.Supp. 633 (S.D. Ind. 1991) (not a “final award” but “purely procedural and precursory to a final arbitration”). Such determinations are now clearly within the virtually non-reviewable discretion of the arbitral tribunal under *Howsam*, see, RAU, *supra* note 278, at 101-3; of course, they can still be tested on a motion to vacate.

(281) *Lincoln v. C & N Group, Inc.*, 1997 WL 672626 (Tex.App.).

(282) *Michaels v. Mariforum Shpping, S.A.*, *supra* note 265, 624 F.2d at 414.

premature [any] challenge to it under” that section.

By contrast, true cases implicating Section 10(a)(4) are the cases in which the arbitral award has left open matters like “accrued expenses, interest, and the like”, which, in the future, could “entail large sums and disagreements⁽²⁸³⁾. The same would be true in instances where

the arbitrators had “delegated” to accountants the task of preparing an accounting that was to be binding on the parties⁽²⁸⁴⁾.

Whether operating at such a very high level of subtlety serves any functional purpose, is one of the recurring questions with which common law is often plagued⁽²⁸⁵⁾. ^[2]

⁽²⁸³⁾ *Cofinco, Inc. v. Bakrie & Bros., N.V.*, 395 F.Supp. 613 (S.D.N.Y. 1975) (the “goal of the proceedings was, and remains, a money award”).

⁽²⁸⁴⁾ *Pyramid, Inc. v. Nat. Telefilm Assoc. Inc.*, 243 N.Y.S.2d 170 (N.Y.Cty.Sup.Ct. 1963) (arbitral award directed an accounting, subject to audit by “a national firm of independent certified public accountants”, who, if they found the accounting unfair, were directed themselves to prepare an accounting which would be binding; held, award was not “final” because the arbitrator had delegated to the accountants his power to decide the amount due). See also *Puerto Rico Maritime Shipping Authority v. Star Lines Ltd.*, supra note 260; *Chaco Energy Co. v. Thercol Energy Co.*, 637 P.2d 558 (N.M. 1981) (award was “incomplete because the arbitrators failed to decide an issue specifically submitted to them”, i.e., the date for performance; held, arbitrators do not have authority under Uniform Arbitration Act to amend decision in order to fix such a date). But cf. *University Mednet v. Blue Cross & Blue Shield of Ohio*, 710 N.E.2d 279 (Ohio App. 1997) (billing dispute between physicians’ association and health insurer; “the fact that the award instructs the parties to provide each other with additional information so that such award can be carried out does not render the award indefinite”; “the arbitrators could not be expected to provide specific monetary figures when the information necessary to determine such figure was not provided to them”).

⁽²⁸⁵⁾ Cf. 3 Federal Arbitration Law, 37.6.1.3 (Jan Macneil et al. eds., 1994) (“Courts should not draw too fine a line between these statutory grounds for vacating a purported award and using the same factors of mutuality, finality, and definiteness to determine whether any award has been made at all”).

RENUNCIA AL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO: ALCANCES Y ANÁLISIS COMPARATIVO

Por: DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Alcances de la renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el Perú. 3. Legislación comparada. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las características principales del sistema de arbitraje en materia comercial internacional hoy en día es la limitada intervención judicial. Esta intervención tiene principalmente dos funciones. La primera es la de apoyar el arbitraje antes (por ejemplo, la obligación del juez de referir las partes –a instancia de una de ellas– a arbitraje ante la existencia de una cláusula arbitral), durante (por ejemplo, con la ejecución de medidas cautelares o con el nombramiento de árbitros) y después (con la ejecución del laudo) del procedimiento. La segunda es

la de ejercer un control *a posteriori*, si así es requerido, mediante los mecanismos del recurso de anulación del laudo y el de su ejecución.

Mi ponencia se centra en esta última función judicial, en particular en lo referente al recurso de anulación. Como es sabido, el sistema de arbitraje internacional moderno permite como único recurso contra el laudo el de anulación⁽¹⁾, recurso con causales limitadas y que no implica una revisión sobre el fondo. Este recurso se ejerce en el país de la sede del arbitraje, cuyos jueces son los únicos competentes para anular el laudo⁽²⁾. Se puede decir

(*) Consejera Especial en Carey y Cía., Santiago de Chile. Ex Directora para América Latina de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

(1) Ver artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI. En Perú, artículo 123 de la Ley General de Arbitraje de Perú (en adelante, LGA).

(2) Ver artículo V(1)(e) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York).

que con permitir únicamente este recurso el sistema brinda un equilibrio entre los intereses del país “anfitrión” del arbitraje, el interés de las partes en obtener finalidad y la necesidad de supervisar, aunque limitadamente, el trabajo del árbitro.

Un laudo anulado en su sede es de difícil ejecución, aun en jurisdicciones distintas a la de la sede. Esto es debido a la importancia que tiene, en el esquema actual, la sede del arbitraje la cual es, de cierto modo, el domicilio del arbitraje. Sin embargo, existe una corriente que aboga por una “deslocalización” del arbitraje internacional para llegar a un arbitraje verdaderamente transnacional⁽³⁾. Para quienes cuestionan el rol de la sede en el control del laudo, dicho control debe recaer en las jurisdicciones donde se vaya a ejecutar, con la aplicación –por regla general hoy en día– de la Convención de Nueva York.

Si observamos cuidadosamente la Ley General de Arbitraje del Perú (en adelante, “LGA”), notaremos que contiene

varias disposiciones que siguen esta tendencia: el artículo 101 permite que los árbitros sean de cualquier nacionalidad⁽⁴⁾, el artículo 108 le da la libertad a las partes para que sean representadas por abogados de cualquier nacionalidad y en el artículo 111 se estipula la libertad en cuanto al idioma del arbitraje. Por otro lado, en los artículos sobre anulación y ejecución del laudo (99 y 129 respectivamente), se habla no de “orden público” como lo estipula la Ley Modelo, sino de “orden público internacional”.

Las disposiciones relativas al idioma del arbitraje⁽⁵⁾ y a la nacionalidad de los árbitros son tan comunes –y necesarias– que se nos olvida que son de tendencia “deslocalizadora”. Hablar de orden público internacional significa un paso hacia la transnacionalización mencionada, aunque siempre la cuestión de orden público –nacional o internacional– queda sujeta a interpretaciones. Pero hay una disposición adicional en la LGA que es tremendamente “deslocalizadora” y que llama poderosamente la atención:

(3) Ver, por ejemplo, PAULSSON, Jan, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment”, en: *ICC ICArb Bulletin*, Vol. 9, Nº 1, 1998, p. 29. Así, alguna jurisprudencia francesa: *Hilmarton Ltd. V. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* del 23 de marzo de 1984, *Pabalk Ticaret Sirketi v. Norsolor S.A.* del 9 de octubre de 1984 y *Ministry of Public Works of Tunisia v. Société Bec Frères* del 24 de febrero de 1994. Ver también, GAILLARD, Emmanuel / EDELSTEIN, Jenny, “Baker Marine and Spier Strike a Blow to the Enforceability in the United States of Awards Set Aside at the Seat”, en: *International Arbitration Law Review* (2000) 37-43. Ver también JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, “La madurez del arbitraje internacional: de laudos extranjeros a laudos internacionales”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 4, 2006, p. 179 (la autora admite que hay grados de “internacionalidad”). En contra, VAN DEN BERG, Albert Jan, “The New York Arbitration Convention of 1958”, en: *Kluwer Law and Taxation Publishers*, pp. 81-120 y SAMPLINER, G.H., “Enforcement of Foreign Arbitral Awards After their Annulment in their Country of Origin”, in: *MeaLey Nºs International Arbitration Report* (1996), pp. 22-30. Estos autores plantean que el sistema actual no permite la deslocalización, sin necesariamente estar en contra de ella para un futuro (*de lege ferenda*).

(4) Este permiso lo da además la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida como la “Convención de Panamá”, en su artículo 2.

(5) En Brasil, para arbitrajes relacionados con asociaciones público-privadas (esquema utilizado sobre todo para obras públicas), el idioma debe ser portugués y el derecho aplicable es el brasileño, según la Ley Nº 11079, de diciembre de 2004. Esta es una excepción a la regla plasmada en la Ley brasileña de Arbitraje de 1996.

Artículo 126.- Renuncia al recurso de anulación.

Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, **se podrá acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior, la renuncia a interponer recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a uno o más de las causales** dispuestas en el Artículo 123°. Cuando las partes hayan hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretenda ejecutar en el Perú, será de aplicación analógica lo dispuesto en el Capítulo Octavo de esta Sección, referido al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

Para abordar este tema, primero analizaré los alcances de esta disposición (2) y después mencionaré la experiencia comparada (3).

2. ALCANCES DE LA RENUNCIA AL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO EN EL PERÚ

A la luz del derecho peruano se pueden plantear las siguientes preguntas en relación con los alcances del artículo 126 de la LGA: ¿cuáles son las condiciones para que la renuncia sea efectiva?, ¿subsisten otros recursos, como la acción de amparo, a pesar de dicha renuncia? Lo que sigue es una aproximación a las respuestas, puesto que no hay jurisprudencia peruana sobre este tema, por lo menos en materia de arbitraje internacional.

Condiciones para que la renuncia sea efectiva

El primer requisito para que la renuncia al recurso de anulación opere es que “(...) *ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú.*” La intención del legislador probablemente fue evitar que los bienes de personas peruanas sean afectados por una decisión arbitral peruana sin ningún tipo de control. Si los bienes pertenecen a personas extranjeras, probablemente se pensó, el control peruano puede ser omitido por voluntad expresa de las partes. Éstas están libres de decidir si quedan sometidas solamente al control del juez de ejecución en el lugar donde se encuentren los bienes.

Debido a que la legislación no prevé excepciones, si las partes en el arbitraje son extranjeras pero filiales de empresas peruanas, o si sus obligaciones están respaldadas por garantes peruanos, éstas deben tener cuidado al renunciar al recurso de anulación, puesto que los bienes que quedarían eventualmente sin protección serían peruanos. De todos modos, la misma disposición prevé para esos casos el filtro del artículo 129, que contiene las mismas protecciones ofrecidas en la Convención de Nueva York a la hora de ejecutar laudos extranjeros.

Paso al segundo requisito: la renuncia al recurso de anulación contra el laudo debe ser por escrito. En lo relevante, la disposición reza como sigue: “[las partes podrán] *acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior (...)*”. Esta exigencia es la misma que se pide en la Convención de Nueva York y en muchas legislaciones,

incluyendo la peruana, para un acuerdo de arbitraje válido⁽⁶⁾.

Aquí puede saltar la siguiente duda: las expresiones “expresamente” o “por escrito”, ¿equivalen a “firmado por las partes”? Esta pregunta es relevante especialmente cuando se trata de acuerdos arbitrales que incorporan disposiciones de reglamentos institucionales según los cuales se renuncia a los recursos contra el laudo. A manera de ejemplo, veamos las disposiciones de dos instituciones internacionales: el artículo 28(6) del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 26(9) del Reglamento de la LCIA. El primero dice:

Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.

El segundo es ligeramente diferente, al establecer que:

“(…) las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada”⁽⁷⁾.

La pregunta entonces es si se puede interpretar que las partes, al referir sus casos a alguno de estos reglamentos, están efectivamente incorporando la renuncia permitida por la LGA al recurso de anulación. Parece que en el Perú esta pregunta no se ha planteado y no hay jurisprudencia al respecto⁽⁸⁾. El artículo 98 de la LGA referente al acuerdo de arbitraje establece que cuando éste se incorpore por referencia, la referencia “(…) *debe implicar que la cláusula forma parte del contrato*”. ¿Qué quiere decir “implicar”? Mientras no haya claridad sobre el asunto, es aconsejable que aun en el caso de una cláusula de arbitraje CCI o LCIA, o cualquier otra institución que permita la renuncia, las partes que deseen renunciar al recurso de anulación anticipadamente lo hagan expresamente en la cláusula de arbitraje.

Ahora bien, podemos pensar en ocasiones en las cuales las partes eligen una institución pero no eligen la sede y, al surgir el arbitraje, no se ponen de acuerdo en este respecto. En esos casos, la institución por lo general fijará la sede - ¿será justo que la institución, en esa hipótesis, por una especie de mandato, renuncie en nombre de las partes al recurso de anulación? Parece que no.

Paso a una segunda pregunta relacionada con el alcance de la renuncia prevista en el artículo 126 de la LGA: ¿a qué

⁽⁶⁾ Artículo II de la Convención de Nueva York, artículo 7(2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, artículos 10 (arbitraje nacional) y 98 (arbitraje internacional) de la LGA.

⁽⁷⁾ Es de notar que el Reglamento del LCIA es a primera vista ser más limitativo que la misma LGA, al mencionar “cualquiera vía de recurso de apelación o revisión”. Pareciera que en este punto la debilidad nace de la traducción al español de la misma disposición en inglés: “*appeal, review or recourse*”. Según el LCIA, la versión oficial es la inglesa, por lo que podemos afirmar que ambas, la LGA y el reglamento de la LCIA, se refieren a la renuncia al recurso de anulación.

⁽⁸⁾ Como se verá más adelante, en Suiza sí hay jurisprudencia sobre este punto.

tipo de recurso se puede renunciar? La LGA sólo habla del recurso de anulación, al igual que lo hacen las leyes de arbitraje internacional de otros países⁽⁹⁾. ¿Qué sucede, entonces, con acciones constitucionales, en particular, la acción de amparo?⁽¹⁰⁾ Subsistirá, ¿aun con una renuncia válida al recurso de anulación? Este tema es delicado⁽¹¹⁾.

Esta pregunta es interesante porque la acción de amparo se ejerce, *inter alia*, cuando se alega una violación al debido proceso, causal que está amparada bajo el recurso de nulidad que ha sido, en nuestra hipótesis, renunciado por las partes. Aunque en principio las renunciaciones deben interpretarse restrictivamente, no parecería sensato que partes extranjeras –partes por cuyos bienes el ordenamiento peruano no siente especial deber de protección– a quienes se les permita renunciar al recurso de anulación y que así lo hayan hecho, puedan utilizar el recurso constitucional para frenar la ejecución de un laudo. La tendencia “deslocalizadora” de la LGA se vería mermada.

Con estas preguntas sin respuestas, paso al estudio comparado, el cual resulta un tanto escueto pero no por ello sin provecho.

3. LEGISLACIÓN COMPARADA

La legislación comparada muestra que los requisitos de la LGA no son únicos. Para las leyes belga, suiza, sueca y tunisina, la renuncia al recurso de anulación es permitida sólo a partes extranjeras. El caso panameño es distinto:

Artículo 36 del Decreto - Ley N° 5:
 “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 previsto en el artículo anterior”.

Es de destacar que no sólo no existe el requisito de la nacionalidad de las partes, sino que pareciera permitir la renuncia por referencia (a un reglamento

⁽⁹⁾ Como se verá más adelante, éstos son Bélgica, Panamá, Suecia, Suiza y Túnez.

⁽¹⁰⁾ Según sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 28 de febrero de 2006, en *dictum*:

“(…) es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral”.

Sin embargo, es de notar que esta opinión se dio en la decisión que denegó el recurso de habeas corpus solicitado por un árbitro en el contexto de un arbitraje nacional. En España, por el contrario, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) N° 9/2005 del 17 de enero se confirmó lo que jurisprudencia reiterada venía estableciendo, y es que un laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación por medio del recurso de amparo.

⁽¹¹⁾ Para un interesante análisis sobre la “constitucionalización” del arbitraje, ver DE JESÚS O., Alfredo, “La Sala Constitucional y el Arbitraje Comercial”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, p. 63. Para analizar el tema sobre los recursos contra el laudo en el arbitraje nacional en el Perú, ver ABANTO TORRES, Jaime David, “El Arbitraje en las Sentencias del Tribunal Constitucional y la Procedencia del Amparo contra Laudos Arbitrales”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, p. 149 y LOHMANN, Juan Guillermo, “Interferencia Judicial en los Arbitrajes”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, 2005, p. 279.

institucional). Lamentablemente, cualquier análisis de esta norma carece de sentido, debido a que ella fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en su fallo del 7 de octubre de 2005. En esa decisión, la Corte Suprema consideró que dicha disposición violaba el artículo 32 de la Constitución panameña consagrado al debido proceso. Manifestó que “(...) *una norma con jerarquía legal que permita a las partes renunciar anticipadamente y en abstracto al ejercicio de un medio de impugnación es contraria a la garantía fundamental del debido proceso*”. Es de notar que estas razones son similares, si no idénticas, a las razones por las cuales en ciertas jurisdicciones se prohibía el pacto arbitral y se requería el compromiso hace algunas décadas.

Por otro lado, el caso belga es interesante, ya que en la ley de arbitraje de 1985 había una presunción de renuncia cuando las partes eran extranjeras; sin embargo, en 1998 se modificó la norma para agregar el requisito de la expresión de la voluntad de las partes:

“Article 1717(4) Code Judiciaire: Les **parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou par une convention ultérieure**, exclure tout recours en annulation d’une sentence arbitrale lorsque aucune d’elle ne soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, sois une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale”.

Esta renuncia expresa también la exigen las leyes sueca, suiza y tunisina. En

particular, en Suiza la jurisprudencia ha confirmado la necesidad de que la renuncia se manifieste por escrito y sea clara. Así, por ejemplo, el fallo de la Primera Sala Civil del 4 de febrero de 2005 analizó la siguiente cláusula de arbitraje incluida en un contrato entre partes que no eran suizas, a raíz de que la demandada solicitara la anulación del laudo sobre jurisdicción, rechazada en primera instancia:


“All and any awards or other decisions of the Arbitral Tribunal shall be made in accordance with the UNCITRAL Rules and shall be final and binding on the parties who exclude all and any rights of appeal from all and any awards insofar as such exclusion can validly be made”.

Debido a que en Suiza se ha establecido que la renuncia debe ser expresa, la Corte analizó el lenguaje de la cláusula y concluyó que los términos usados (“*all and any rights of appeal*”) dejaban ver claramente que las partes deseaban excluir el recurso de anulación contemplado en la ley suiza. En *dictum* también se aludió a precedentes suizos que excluyen la posibilidad de que la renuncia se tenga como válida por el hecho de referir el arbitraje a un reglamento institucional que permita dicha renuncia, pregunta que fue planteada más arriba.

4. CONCLUSIÓN

Buscar cuál es la lógica detrás de permitir la renuncia al recurso de anulación es una cuestión difícil y que, además, sobrepasa los límites de esta ponencia. En efecto, cada jurisdicción puede tener razones distintas para permitir la renuncia,

sobre todo tomando en cuenta que la legislación panameña ni siquiera la restringe a extranjeros, cuando las demás, incluyendo la peruana, sí lo hace. Lo que sí se puede afirmar es que eliminar el recurso de anulación del laudo es un paso hacia la deslocalización del arbitraje, lo que, a su vez, fortalece la Convención de Nueva York y la deja como el instrumento único de control de los laudos.

El Dr. Lohman bien dijo que “*el arbitraje va allá donde quieren las partes*”⁽¹²⁾ y éste es un perfecto ejemplo de ello. El laudo internacional es así empujado por las partes hacia el vacío, pero con la red protectora de la Convención de Nueva York⁽¹³⁾. Esto, claro está, siempre que las legislaciones locales así lo permitan y sólo en la medida en que lo hagan. En ese sentido, la LGA da muestras de ser futurista. 

(12) LOHMANN, Juan Guillermo, “Interferencia Judicial en los Arbitrajes”, cit., p. 268.

(13) O una red aun más favorable, según su propio artículo VII.

IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAUDOS ARBITRALES. EL CASO "CARTELLONE" - UN LAMENTABLE RETROCESO

Por: HÉCTOR MÉNDEZ (*)

SUMARIO: 1. El fallo "Cartellone". Introducción. 2. El antecedente del caso "Meller". 2.1. La postura de la mayoría. 2.2. Inadmisibilidad del R.E.F. 2.3. Las disidencias. 3. "Cartellone": Nuevamente el compromiso de intereses estatales. 3.1. Un pronunciamiento sin disidencias. 3.2. La nulidad del laudo por extralimitación decisoria. 3.3. La revocación del laudo respecto al cómputo de los intereses. 4. Análisis del fallo. 4.1. La anulación por exceso decisorio. 4.2. La revocación por ilegitimidad. 4.3. Nuestra postura crítica. 5. Los efectos de "Cartellone". La reciente sentencia de 1º instancia en "Yacireta". 6. Las modernas concepciones en el tema. 7. Conclusiones.

1. EL FALLO "CARTELLONE". INTRODUCCIÓN

Luego de un año y medio de haberse expedido en el sonado caso Meller⁽¹⁾, la C.S.J.N., en su nueva integración, vuelve a pronunciarse en Cartellone⁽²⁾ respecto de la impugnación judicial de laudos

arbitrales, cambiando drásticamente el rumbo mantenido hasta el primero luego de muchos años de difícil laboreo.

Con el *voto unánime* de los antiguos integrantes Dres. Enrique S. Petracchi; Augusto C. Belluscio; Carlos S. Fayt; Adolfo R. Vazquez; y de los recientemente

(*) Director de la Comisión de Arbitraje de la Federación Argentina del Colegio de Abogados (FACA).

(1) "Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones" fallado el 5 de noviembre de 2002. La carátula correcta del expediente en el que se expidió la Corte es "Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa "Meller Comunicaciones S.A. U.T.E" (M.681.XXXV).

(2) "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. C/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. c/Hidronor S.A. s/ Proceso de Conocimiento", sentencia del 1 de junio de 2004.

incorporados Dres. Juan C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, la C.S.J.N. produce una fractura en su anterior línea de pensamiento enmarcada en el muy restrictivo y excepcional control judicial contra las decisiones (laudos), dictados por árbitros o tribunales arbitrales.

No se nos escapa que este cambio se acompaña con las nuevas ideas políticas y económicas que nutren al gobierno electo en el año 2003, al que la C.S.J.N. pretende acompañar, cuyo análisis no es propósito de este trabajo, direccionando al examen del tema a la luz del derecho, desde una óptica objetiva.

Desde siempre y hasta el anterior caso Meller –inclusive–, que ha marcado a fuego a la C.S.J.N., ésta transitó por un camino relativamente firme y *previsible* en el tema. Pero lo cierto es que lo resuelto en ese caso, al afectar los intereses del Estado, en una decisión que se consideró injusta, fue duramente cuestionado por los poderes políticos, que esperaban una decisión revocatoria del laudo contrario a esos intereses. El desagrado fue de tal entidad que lo resuelto en

ese caso fue una de las causales del juzgamiento político de los magistrados de la C.S.J.N., sentando también así, en este último aspecto, un peligrosísimo precedente, que de aquí en más permitirá juzgar las conductas de los jueces por el contenido de sus fallos⁽³⁾.

Es que el laudo del tribunal arbitral de Obras Públicas de la Nación (en adelante “el TADOP”) en el caso Meller – que la corte al denegar la queja por denegatoria del Recurso Extraordinario Federal (en adelante R.E.F.), confirmó– pareciera haber sido la gota que colmó el vaso respecto del cuestionado desempeño de este particular tribunal que funcionaba en la órbita de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, a tal extremo que poco después del laudo, por Decreto 1349 del 26 de octubre de 2001, del presidente De la Rúa se resolvió lisa y llanamente su disolución.

Junto a una inédita reprimenda pública del titular del Poder Ejecutivo al entonces presidente de la C.S.J.N., Dr. Julio Nazareno, el 4 de julio de 2003, pidiendo su juicio político⁽⁴⁾, el Congreso impulsó

(3) Desde que hace 200 años, en que el Senado de los EE.UU., cuya constitución fuera fuente directa de la argentina de 1853, rechazó el juicio político promovido al Juez de la Corte Suprema CHASE, Samuel, acusado por la Cámara de Representantes, que consideró sus sentencias como arbitrarias, opresivas e injustas por su espíritu de persecución e injusticia, en una decisión en la que se pretendió salvaguardar la independencia del Poder Judicial, no se discute que la conducta de los jueces no puede ser juzgada por el contenido de sus sentencias, sin perjuicio de la frecuente tentación de los gobernantes de contar con Cortes adictas o al menos permisivas –conferencia, GONZÁLEZ CAMPAÑA, German, “Juicio Político a los Jueces de la Corte Suprema por el contenido de sus sentencias: ¿Hacia una casación política de los criterios jurídicos?”, en: *L.L., Sup. de Derecho Constitucional*, 20 de febrero de 2004, pp. 60 y ss.

Ese principio tiene además, validez universal. En tal sentido cabe recordar por ejemplo que el artículo 15.2. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, establece que “no podrá exigírseles (a los Jueces de esa Corte) en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones”.

(4) Un titular del Diario La Nación, de ese mismo día 4 de julio de 2.003, anunciaba “Los cambios en la justicia: ponen en la mira a otro juez de la llamada mayoría automática de la Corte. Comenzó el enjuiciamiento político a Moline”, p. 6.

este mecanismo contra cada uno de los ministros acusados de integrar la llamada "mayoría automática", que habían votado en el mismo sentido en Meller, esto es por el rechazo del R.E.F. deducido. Ello provocó hasta el momento una purga sin precedentes del máximo tribunal judicial argentino, con la renuncia de tres de sus integrantes Dres. Nazareno; López y Vázquez, y la destitución de Moline O'Connor, que decidió afrontar los cargos sometiéndose a ese juicio político⁽⁵⁾. A ello se suma, la reciente decisión de

impulsar el enjuiciamiento del Dr. Antonio Boggiano, acusado de acompañar a esa mayoría en muchos de sus cuestionados pronunciamientos como en Meller.

En todos los casos, lo resuelto por los ministros que hicieron mayoría en el caso Meller, constituyó una de las causas tomadas como indicativas del mal desempeño –tal vez la mas importante–, tanto para el órgano acusador (Cámara de Diputados), como para el Juzgador (Cámara de Senadores)⁽⁶⁾, por considerarse

(5) Debe recordarse también la inicial y decorosa renuncia del Dr. Bossert, Gustavo, en el año 2002, cuando se comenzó a analizar la posibilidad de iniciar juicio político a todos los miembros de la Corte acusados de integrar la mayoría automática.

(6) Se produce así otra fractura de lo que fuera un pilar básico en materia de control político de la actividad de los jueces de la C.S.J.N. Siempre se ha entendido, como se vio en nota 3, que su remoción no se puede basar en el contenido (justicia o injusticia) de sus fallos, porque para ello están los recursos previstos por el régimen constitucional y legal vigente. Salvo que constituyeran un instrumento para la comisión de algún ilícito en el ejercicio de sus funciones, como prevaricato, cohecho, etc. Pero si ello no se demuestra no existe órgano alguno en la estructura constitucional argentina, que pueda considerarse por encima de las decisiones jurisdiccionales del máximo tribunal, para juzgar si lo resuelto en un caso determinado, resulta justo, equitativo, legítimo o constitucional.

Tampoco pueden ser motivo de "mal desempeño" determinante del juicio que prevé el artículo 53 de la Constitución, las sentencias dictadas a favor o en contra de ciertas posiciones doctrinarias o precedentes jurisprudenciales, siempre discutibles según épocas y circunstancias, porque ello afectaría la independencia de los jueces. "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales". Documento del 24 de julio de 2003 "La Corte Suprema de Justicia", ED. 2 de setiembre. 2003, Nº 10.829.

La cuestión es gravísima porque que si el Congreso de la Nación se considera con facultades para juzgar a los jueces tomando como causa el contenido de sus fallos o sentencias, habrá comenzado una practica o sentado un precedente que bien podría repetirse en otras oportunidades y por otras integraciones políticas del mismo, contra otros jueces, con lo cual la independencia del poder judicial, engranaje esencial de todo gobierno democrático, desaparecería.

Se ha dicho, en tal sentido que juzgar políticamente a los jueces, por el contenido de sus sentencias, es transmitir hacia el futuro una debilidad congénita al resto de los jueces. El juicio político ya no será entonces un elemento republicano de control del desempeño, sino una instancia revisora de las sentencias. Una suerte de Corte Suprema fuera del poder judicial. – BIANCHI, Alberto B., "Los jueces juzgados por sus fallos", en: *Diario La Nación*, 27 de julio de 2003.

Cabe recordar que de acuerdo a esa –hasta Meller indiscutida doctrina–, la C.S.J.N., ha rechazado los pedidos de juicio políticos a magistrados basados en el contenido de sus sentencias.

Así en el caso "Weide y Compañía s/Pedido de Juicio Político al Sr. Juez Nacional en lo comercial Dr. Alegría, Héctor", resuelto el 31 de julio de 1968 (Fallos 271:175), al rechazar esa denuncia, destacó que: "Con prescindencia del juicio que pueda merecer lo decidido respecto de su acierto, es obvio que el posible error de las resoluciones cuestionadas en materia opinable, no puede conducir al enjuiciamiento del magistrado".

En el mismo sentido, en el caso: "Arigos, Dr. Carlos R. (Juez de Instrucción) –se solicita su enjuiciamiento–, resuelto el 15 de setiembre de 1969 (Fallos 274:415), se rechazo dicho pedido, señalando entre otros argumentos:

que en ese fallo, al convalidar una decisión arbitral que hizo lugar al cuantioso reclamo dinerario de esa firma –contratista de la ex Entel–, pese a las objeciones de la SIGEN y de la Procuraduría General, no solo se habían perjudicado los intereses del Estado sino que “se había legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento”. Esa causal fue fundamental en la destitución del Dr. Moline Ó Connor⁽⁷⁾.

Tan grave ha sido entendida la decisión tomada en ese caso, que precisamente los tres magistrados que votaron en disidencia (Fayt; Petracchi y Belluscio), son los únicos que –hasta el momento– han quedado al margen del enjuiciamiento político por mal desempeño.

Lo cierto es que en Cartellone sea por el efecto “Meller”, o por algún otro motivo que se podrá deducir, como directa consecuencia del cuestionado funcionamiento del disuelto TADOP, se ha abierto la puerta, con nociva amplitud, a la revisión judicial de las decisiones (laudos) arbitrales, poniendo la jurisdicción judicial por encima de la arbitral, produciendo con ello la desnaturalización del arbitraje, como medio no estatal de resolución definitiva de conflictos en materia disponible, que en su esencia pretende fundamentalmente, por válida decisión de los propios actores interesados, evitar la intervención de aquella jurisdicción estatal. Creemos que la solución relacionada con los laudos dictados por aquel extinto

“Que el principio de la independencia del Poder Judicial es uno de los pilares básicos de nuestra organización institucional. Por ello, los constituyentes, se preocuparon de asegurar la inamovilidad de los jueces, creando la garantía de que “conservaran sus empleos mientras dure su buena conducta” –considerando 1.

Que el fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia, fin que no se realizaría si los jueces carecieran de plena libertad de deliberación y decisión en los casos que se someten a su conocimiento. –considerando 2.

Que es obvio que este presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, en tanto y en cuanto –por supuesto– ellas no constituyan delitos reprimidos por las Ley N°es o traduzcan ineptitud moral o intelectual que inhabilite para el desempeño del cargo. –considerando 3.

Que es obvio, asimismo, que en el ejercicio de su delicada función, una de las virtudes del juez debe ser la prudencia, la circunspección, la mesura y la estimación respetuosa y comedida de todos los integrantes de la sociedad que de un modo u otro, cumplen su misión dentro de un orden republicano. –considerando 4.

En el mismo sentido, luego de la reforma constitucional de 1.994, el Jurado de Enjuiciamiento que trató el Jury promovido al Juez Bustos Fierro, Ricardo, aplicando la norma reglamentaria de ese consejo que establece que “queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia de contenido de las sentencias” (artículo 14 inc. b de la Ley N° 24.939), rechazó la acusación de “ignorancia manifiesta del derecho” del Juez, por haber autorizado al ex presidente MENEM, Carlos a postularse interinamente a un tercer mandato presidencial.

Dijo el Jury, en esa oportunidad, que las decisiones jurídicas que adoptan en sus sentencias o el criterio que informa a las mismas entran dentro de una “zona de reserva de los jueces” y que la independencia judicial abarca también la independencia de criterio del magistrado, con la finalidad de garantizar la inamovilidad funcional mientras dure su buena conducta –considerando 3 y 5.

(7) Así lo entendió el Senado de la Nación, en el fallo del 3 de diciembre de 2003, al destituir al Dr. O’CONNOR, Moliné. Se consideró también que lo votado en este caso implicó “negar al Estado la vía judicial de revisión de una resolución administrativa que ilegítimamente lo perjudica en centenares de millones de pesos, omitiendo el tratamiento de los serios planteos del recurso, las disidencias judiciales y la existencia del proceso penal, lo que, hace presumir ante lo manifiesto de las irregularidades y arbitrariedad del caso, que no obró como juez sino por otros intereses” y “ haber abdicado de manera arbitraria constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48, artículo 59 de la Constitución Nacional”.

tribunal si su funcionamiento era considerado disvalioso irregular, debió haberse buscado con inteligencia y razonabilidad por otras vías, sin destruir el arbitraje.

Si bien podrá decirse que ésta modificación aparece motivada por la búsqueda del valor justicia, aún entendiendo a éste como la férrea protección de los intereses del Estado, creemos que el fin, —aunque fuera el indicado—, no justificaba el medio utilizado.

Es por ello que, nos anticipamos a entender, que en tanto no se modifique o clarifique esa doctrina, el fallo Cartellone debe ser tomado no solo dentro de su muy particular contexto, sino con las necesarias reservas y salvedades. Si por el contrario, se pretende extraer una nueva doctrina de la Corte, que se desentienda de las muy especiales —y limitantes— circunstancias de la causa, se podría llegar a conclusiones seguramente poco venturosas, no solo para el arbitraje interno o doméstico que perdería virtualmente su finalidad y objetivo, sino también para el arbitraje internacional y con ello para nuestro país, en su inserción comercial internacional. Sobremanera, en momentos en que se encuentra demandado en varias causas ante órganos arbitrales internacionales a raíz de la pesificación y sus consecuencias sobre los servicios privatizados.

Si bien, lo resuelto en Cartellone aparece como la decisión más justa y —fundamentalmente— conveniente a los intereses fiscales comprometidos frente a la condena arbitral a *Hidronor S.A.* (en liquidación) al

pago de importantísimas sumas, afectando con ello al interés general de todos los argentinos, entendemos que las consecuencias de esa decisión en lo mediato y definitivo, podrían llegar a ser mas perjudiciales aún para nuestro país que el fin buscado al resolver ese caso, profundizando su alejamiento del comercio internacional. Solo el paso del tiempo, con su indiscutible experiencia vital, dará la respuesta.

No podrá negarse que es muy difícil razonar con absoluta objetividad en el tema, despejándose de subjetivismos y parcialidades, ya que como argentinos quisiéramos estar equivocados en nuestro pronóstico sobre los posibles efectos de este fallo, que como se advertirá no es bueno⁽⁸⁾. Tampoco quisiéramos ser tildados de antipatriotas, por quienes tal vez desde una postura demagógica, analicen la cuestión con una folklórica óptica parcial, con olvido de los riesgos de ser juez y parte.

Es que el derecho y su función como ciencia social, que tiene como fin el mejoramiento humano, no solo nos permite analizar nuestros actos de hoy, sino que también nos obliga a predecir sus consecuencias en el futuro. Sobremanera cuando se trata de cuestiones que se alejan del ámbito chico de lo doméstico y van mas allá, escapando a nuestro poder de decisión, ingresando en lo que hoy se ha denominado la *aldea global* (internacional), que con sus críticas y errores, constituye una realidad que no puede ser soslayada. Menos aún pretender en quijotesca porfía su modificación unilateral y aislada⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Es que en este importante tema debemos actuar con objetividad y razonabilidad, tratando de adoptar decisiones jurídicas que se acompasen con la necesaria y paulatina reinserción de nuestro país en el concierto mundial, recobrando el crédito internacional, sin el cual difícilmente se pueda salir de la difícil situación en que se encuentra.

⁽⁹⁾ No nos atrevemos a pensar que el fallo Cartellone esté preparando el camino para una eventual postura argentina frente a laudos arbitrales adversos en los organismos arbitrales internacionales en los que se

2. EL ANTECEDENTE DEL CASO “MELLER”⁽¹⁰⁾

dirimen actualmente varias controversias en la que se la encuentra en el rol de legitimada pasiva. Pero aún considerando hipotéticamente que así lo sea, carecería de virtualidad mas allá del arbitraje interno o doméstico, porque serán siempre otros y no nosotros, quienes juzgarán nuestro accionar, aunque unilateralmente nos autojuzguemos pretendiendo liberarnos de responsabilidades.

- ⁽¹⁰⁾ E.D., T. 204, p. 312, con nota de PALACIO, Lino E., “El Arbitraje Voluntario y el Recurso Extraordinario Federal (el caso “Meller”)”, L.L. t. 2003-B, pp. 905 y ss. con nota de COLERIO, Juan Pedro, “La Revisión del Laudo Arbitral por el Recurso Extraordinario”.

Antecedentes del caso: Según las constancias del dictamen del Sr. Procurador General y de la sentencia, surge que en 1986, “Meller S.A. en U.T.E. con GTE Directories Corporation”, y Entel celebraron un contrato para la confección y distribución de seis ediciones de guías telefónicas. Entel concedió a las citadas empresas el derecho exclusivo de publicación de las guías telefónicas de la Ciudad de Buenos Aires y alrededores, a cambio de un precio fijo y un porcentaje variable (entre el 8% y el 25% según la edición), de las ganancias que estas obtuvieran de la publicidad vendida a los interesados que publicaran avisos en dichas guías.

Las empresas se encargaban de conseguir y contratar con los avisadores, el precio y demás condiciones de la publicidad, comunicando a Entel los importes convenidos con aquellos, a cuyo efecto le hacía entrega de una cinta magnética que la empresa estatal incorporaba a su sistema informativo y los incluía en las facturas emitidas periódicamente a los abonados, importe que percibía junto con el abono telefónico, “en nombre y representación de Meller S.A.”.

Sobre la base de la información recibida de Entel S.A. por los importes facturados a los abonados, Meller S.A. emitía un estado o resumen de cuenta, que la empresa estatal debía abonar dentro de los 10 días de revisada y aprobada la liquidación respectiva.

Una vez finalizada la facturación correspondiente a cada edición anual, las partes debían formular la rendición final de cuentas respectiva.

El 28 de junio de 1995, Meller S.A. solicitó a Entel (e.l), que le entregara toda la información relativa a los deudores por avisos publicados en las guías editadas en los años 1988, 1989 y 1990, a la vez que le requirió la rendición final de cuentas del contrato.

Ante la información de Entel de que en sus archivos no tenía la documentación respaldatoria relativa a quienes adeudaban a Meller S.A. la publicidad incluida en las guías editadas en esos años, esta última formuló su propia liquidación final de cuentas sobre la base de su propia contabilidad por la suma de \$ 43.664.253,01 (a valores al 31 de agosto de 1994), a la vez que solicitó la apertura a prueba de las actuaciones administrativas y la designación del perito contador que propuso.

Habiéndose ordenado la apertura a prueba de las actuaciones administrativas, produciéndose la ofrecida por las partes, y los dictámenes legales, informe pericial de contador público, e informe de auditores. Entel (e.l), formuló su propia liquidación final de las cuentas del contrato, del que resultaba un crédito a favor de Meller S.A. por \$ 28.942.839.

Luego de producido el dictamen de la Gerencia de Asuntos Legales, el 8 de noviembre de 1996, la representante del Estado Nacional y liquidadora, dictó la resolución 146/96 en la que dispuso ordenar el pago de la suma antes indicada en Bonos de Consolidación de la Deuda Pública, suscribiéndose los respectivos formularios de requerimiento de pago de la deuda consolidada.

Remitido el expediente a la Sindicatura General de la Nación, esta puso en duda la razonabilidad del mecanismo de ajuste aplicado para calcular el importe de la liquidación final, aconsejando su pase al Ministerio de Economía de la Nación. La Dirección de Asuntos Jurídicos advirtió que Meller S.A., ya habría percibido el saldo de liquidación final del contrato y renunciado a todo reclamo relacionado con la publicidad de las guías telefónicas editadas en los años 1988, 1989 y 1990, en ocasión de reconocérsele en Exp. 8946/94 el reclamo por la liquidación final de la publicidad correspondiente a la edición telefónica del año 1990.

Meller S.A. discrepó con esa opinión, respecto al alcance de esa renuncia, expresando que había renunciado a reclamar las diferencias de liquidación relacionadas con los avisos publicados en las guías telefónicas de esos años, pero no al derecho de formular la liquidación final del contrato y reclamar todas las diferencias dejadas de percibir por razones imputables a Entel.

En la causa Meller⁽¹¹⁾, se trató de un R.E.F. por arbitrariedad interpuesto directamente contra una decisión del TADOP (laudo 2814 del 6 de agosto de 1999) aclaratorio de otro anterior (laudo 2813 del 7 de julio de 1998), por el que se declaró extinguida la resolución Entel (e.l.) 18/98, por la que se habían suspendido los efectos de la Resolución 146/96, precisándose que esta resolución que había reconocido la procedencia del reclamo de rendición de cuentas y cobro de pesos formulado por Meller recobró su fuerza ejecutoria. Ante la denegatoria (por ex-temporáneo) del R.E.F., se dedujo la queja que dio lugar al pronunciamiento de la Corte⁽¹²⁾.

2.1. La postura de la mayoría

El máximo tribunal, por los votos de los Dres. Julio A. Nazareno (según su voto); Eduardo Moline O'Connor; Antonio Boggiano (según su voto); Guillermo F. López y Adolfo R. Vazquez (según su voto), –y con las disidencias de los Dres. Carlos S. Fayt; Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi–, compartiendo lo dictaminado en el mismo sentido por el señor procurador general (Dr. Nicolás E. Becerra), manteniendo lo que había sido su doctrina legal hasta ese momento, respecto de la inadmisibilidad del R.E.F. contra las decisiones del TADOP reseñada supra, desestimó la queja deducida por Entel (e.l.), confirmando así lo resuelto por el citado tribunal arbitral⁽¹³⁾.

Remitidas las actuaciones a la Procuración del Tesoro de la Nación, su titular dictaminó que la Resolución 146/96, era nula de nulidad absoluta e insanable y que por tratarse de un acto irregular debía ser inmediatamente revocada en sede administrativa según lo prescripto por el artículo 17 de la Ley Nº 19549.

Ante esa objeción la liquidadora de Entel dictó la Resolución 18-98 por la que se suspendieron los efectos de la Resolución 146/96.

- (11) Contra la Resolución 18/96 Meller S.A. (U.T.E.), interpuso recurso de apelación ante el tribunal arbitral de Obras Públicas, que fue resuelto en el inicial laudo 2813 (del 7-VII-1999), hizo lugar a la apelación, estimando que la suspensión ordenada por aquella Resolución se hallaba extinguida por haberse satisfecho la condición a la que se había subordinado su cumplimiento, esto es a la opinión favorable de estacados juristas.

Meller S.A. (U.T.E.), presentó recurso aclaratorio ante el citado tribunal arbitral, entendiendo que este había resuelto lo solicitado solo en forma implícita.

Ello motivo el dictado del segundo laudo 2814 (del 4-VIII-1999), en el que el tribunal arbitral afirmó que "resulta obvio que la resolución 146-96 ha recobrado su fuerza ejecutoria (...) por lo que en las actuales circunstancias (...) debe ser cumplido".

- (12) La apelante solicitó la apertura del remedio federal sobre la base de argumentos que pueden resumirse así: a) que se halla abierta la vía recursiva del artículo 14 de la Ley Nº 48 para Entel (e.l.) parte que se vio forzada a la vía jurisdiccional administrativa puesta en marcha por el contratista, el laudo emanado de la instancia administrativa debe tener control judicial suficiente, máxime en el supuesto de grosera arbitrariedad, b) que el fallo carece de fundamento pues resuelve por vía de una llamada "aclaratoria" que la resolución 146-96 debe ser cumplida, con total omisión de los motivos determinantes de la nulidad que fueron destacados en el dictamen 14-98 de la Procuración del Tesoro de la Nación, c) que el laudo incurre en el absurdo de ordenar el cumplimiento de un acto administrativo nulo sin expedirse sobre el fondo de la discusión, esto es, sobre las razones fácticas y jurídicas que justifican semejante sanción.
- (13) Los fundamentos del dictamen del Procurador General Dr. Becerra, Nicolás E., para propiciar el rechazo de la queja por denegación del R.E.F., se circunscribieron a los siguientes conceptos:

2.2. Inadmisibilidad del R.E.F

2.1.1. Dos son los argumentos sustanciales que se utilizan en los votos de los Dres. Moline O'Connor y López, para fundamentar la desestimación resuelta:

- i) En el primero, se funda la inadmisibilidad del R.E.F., remitiéndose a lo resuelto por la Corte en la misma integración “ampliada”, en el caso “*Pirelli Cables c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones*”⁽¹⁴⁾, – cons. 1, primera parte.

En ese fallo del 9 de marzo de 1999, por el voto unánime de los 9 jueces, se resolvió que según jurisprudencia de esa Corte, de acuerdo a lo prescripto en la normativa reglamentaria del TADOP, no cabe recurso judicial alguno respecto de las decisiones del tribunal arbitral de Obras Públicas –cons.2⁽¹⁵⁾.

Se decidió también que la pretensión de la demandada (Entel.) de acceder a esa instancia extraordinaria, a

pesar de lo dispuesto en las normas citadas, en tanto supone un planteo de inconstitucionalidad de aquellas, resulta inadmisibile puesto que el Estado Nacional no está legitimado para plantear la invalidez constitucional de las normas que el mismo dicta –cons. 3⁽¹⁶⁾.

- ii) En el segundo, con cita de lo resuelto en la causa “*Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/Entel*”⁽¹⁷⁾ sostiene que tampoco se advierte arbitrariedad en la decisión atacada que justifique la intervención de esa Corte –cons. 1, última parte.

Sobre este caso, en tanto pareciera abrir la amplia brecha de la arbitrariedad para impugnar los laudos arbitrales, nos remitimos a lo señalado en el iii) del numeral 2.1.3 infra y nota 31.

2.1.2 En el voto del Dr. Vázquez, por su parte, se reitera solo el argumento de la inadmisibilidad citado en el i) del numeral 2.1.1. supra.

Desde el precedente de Fallos: 252:109 reiterado en Fallos: 261:27, 308:116 y 322:298, la C.S.J.N. estimó, con arreglo a lo prescripto por los artículos 7 de la Ley Nº 12910, 6, 7 y 8 del Decreto 11511-47, su aclaratorio 4517-66 y en el Decreto 1098-56, que no cabe recurso judicial alguno respecto de las decisiones del tribunal arbitral de Obras Públicas.

Ello se fundamenta en la naturaleza optativa del régimen en cuestión, en cuyo ámbito puntualizó la elección del proceso administrativo importa la renuncia del judicial, incluso del recurso extraordinario (Fallos: 252: 109 y 308:116), y en la falta de legitimación del Estado Nacional para plantear la invalidez constitucional de las previsiones por él mismo dictadas planteo que V.E. juzgó implícito en la pretensión estatal de acceder a esta instancia extraordinaria pese a lo previsto en las normas citadas (v. Fallos: 322:298).

El artículo 6 del Anexo C del decreto 1496-91, al precisar la responsabilidad primaria del tribunal arbitral de Obras Públicas a saber: Ejercer la función jurisdiccional que le encomiendan las Ley Nºes de Obras Públicas 13064, decretos 11511-47, 1978-64 y 772-64, de Consultoría 22-460 y de Concesión de Obra Pública 17-520 enumera entre las acciones del órgano la de “(...) resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones que los particulares le sometan a su jurisdicción, sobre los temas de su competencia(...)” (ap. 4 del artículo 6).

(14) Fallos: 322:298

(15) Se reiteró la doctrina de Fallos: 252:109, 261:27 y 308:116

(16) Se reitero la doctrina de Fallos: 122:73, 132:101, 134:37, 284:218, 296:723 -considerando 4- doctrina de Fallos: 303:1.039 y 307:630 y 311:1.237.

(17) Conf. Causa A 269.XXXV, pronunciamiento del 29 de agosto de 2000.

2.1.3. Finalmente, en el voto de los Dres. Nazareno y Boggiano, se basa la inadmisibilidad del R.E.F. en los siguientes argumentos:

- i) A partir del precedente de Fallos 252:109 (1962)⁽¹⁸⁾, reiterado en otros pronunciamientos⁽¹⁹⁾, la Corte ha establecido que con arreglo a lo prescripto por las normas regulatorias del TADOP, no cabe recurso judicial alguno respecto de las decisiones de ese tribunal arbitral, añadiendo que tratándose de un régimen optativo, la elección del procedimiento administrativo importa la renuncia del judicial, incluso del recurso extraordinario –cons. 7.
- ii) Aclara que si bien de un rápido repaso de la jurisprudencia de la Corte, surge que ésta ha procedido a la revisión de laudos arbitrales, que lo hizo por la vía del R.E.F. deducido contra pronunciamientos (judiciales) de las instancias ordinarias que decidieron las apelaciones que contra aquéllos autoriza el ordenamiento procesal (y no directamente contra

las resoluciones de los tribunales arbitrales).

- iii) Añade también que según la doctrina de ese tribunal, la jurisdicción arbitral consentida excluye la que normalmente corresponde a los jueces sin que resulten admisibles en aquella hipótesis, otros recursos que los que consagran las leyes procesales, por cuyo medio ha de buscarse reparar los agravios ocasionados por el laudo respectivo⁽²⁰⁾. Con la salvedad de aquellos casos en que el tribunal arbitral se constituyó en instancia originaria de la Corte y ésta efectuó la revisión por vía de acción (autónoma) de nulidad⁽²¹⁾ –cons. 8.

Como ejemplo de lo anterior, cita diversos precedentes en que la Corte, generalmente por vía de R.E.F., intervino en cuestiones arbitrales tratadas en pronunciamientos judiciales, que resolvieron cuestiones relacionadas con recursos de nulidad contra laudos arbitrales, respecto de los que se dedujeron recursos ante la Corte⁽²²⁾ –cons. 9 primer párrafo.

(18) Se trata del caso Servente y Magliola fallado el 12-III-1962. En esa oportunidad dijo la C.S.N. que con arreglo a la normativa regulatoria del funcionamiento del TADOP, respecto de las decisiones de la Comisión Arbitral Ley Nº 12910, no cabe recurso judicial alguno. Tratándose de un régimen optativo, la elección del proceso administrativo importa la renuncia del judicial, incluso del R.E.F. (Fallos: 189: 156, 237:392, 241:203).

(19) Fallos: 261:27, 308:116 y sus citas, 322:298

(20) Fallos: 118:247, 237:392, 250:408, 274:323, 296:230.

(21) Fallos: 110:185, 137:33

(22) Cita como ejemplos los Fallos 1: segunda serie, p.180 en que ese Tribunal declaró nulo un fallo del Juez Seccional por considerar que el laudo de peritos arbitradores debe contener la mención expresa de las disposiciones del Código que se aplican, y ser signada por escribano público. También Fallos: 290:458 que al tratar un R.E.F. revocó la sentencia de la cámara y, en uso del artículo 16, segunda parte de la Ley Nº 48, dejó sin efecto el laudo, haciendo lugar al recurso de nulidad interpuesto. En otras ocasiones se rechazaron R.E.F. deducidos contra sentencias que denegaron o declararon admisible el recurso de nulidad contra el laudo, porque las cuestiones traídas a su conocimiento, remitían a un punto de derecho común y procesal y no había arbitrariedad en lo resuelto (Fallos: 214:202, 244:203, 255:13, 262:398, 301:198, 305:1365). También dejó sin efecto, sentencias que se apartaron de su anterior pronunciamiento

Se precisa también que, en otro precedente, se admitió una revisión restringida contra el fallo del juez de sección, por vicios en la forma o errores de procedimiento y no de la injusticia que se atribuya al laudo respecto del fondo⁽²³⁾. En el mismo sentido –añade– lo hizo por vía de R.E.F. en ciertos casos⁽²⁴⁾, mientras que en otros revisó por la vía de excepción decisiones de jueces ordinarios que habían

desestimado la impugnación de laudos a fin de impedir el desconocimiento de las garantías constitucionales que le incumbe preservar⁽²⁵⁾ –cons. 9 segundo párrafo. El mismo criterio se utilizó en otras causa sustanciadas en instancia originaria de la Corte⁽²⁶⁾ –cons. 9 tercer párrafo.

Recuerda que en la disidencia del Dr. Boggiano, en el Fallo 317:1527 “*COLOR S.A.*” (1994)⁽²⁷⁾, se sentaron principios

que había dejado sin efecto un laudo de amigables componedores (Fallos: 295:597) y, además, se expidió sobre el alcance de las facultades de los árbitros (Fallos: 196:562) y sobre la constitución del tribunal arbitral (Fallos: 298:123)

(23) Fallos 16:60, segunda serie (con cita de Fallos: 3:322. primera serie, 7:36, segunda serie, contra el fallo del juez de sección, 8:240 segunda serie, 9:91, segunda serie, 13:371, segunda serie).

(24) Fallos: 237:392, 250:408 y 301:198.

(25) Fallos: 277:442, 306: 2172.

(26) Fallos, 110: 185, y 137:33.

(27) Se trata del precedente “*Color S.A. C/ Max Factor Suc. Argentina S/Laudo Arbitral S/ Pedido de Nulidad del Laudo*”, fallado el 17 de noviembre de 1994.

Se trató de un R.E.F. por arbitrariedad deducido contra la sentencia de la Sala D de la Cam. Nac. de Apel, en lo Comerc., que por mayoría había rechazado el recurso de nulidad deducido contra el laudo de un tribunal arbitral (juicio de árbitros) denunciando faltas esenciales de procedimiento, y extralimitación de los puntos propuestos en el compromiso, fue declarado inadmisibles mediante la aplicación del artículo 280 del C.P.C.

El Dr. Boggiano, en su disidencia, consideró que correspondía declarar parcialmente admisible el R.E.F. y dejar sin efecto la sentencia apelada.

Al fundar su voto el magistrado realizó importantes consideraciones en punto al tema, que para evitar su desvirtuación interpretativa, se transcriben:

“Que en primer lugar cabe hacer una sucinta consideración sobre la posibilidad de revisar la sentencia apelada, en tanto que se pronunció acerca de la validez de un laudo arbitral. Para ello, debe tenerse presente que el arbitraje importa la prorrogación o la sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del poder judicial, que es transferida a jueces particulares que sustanciarán y decidirán las contiendas que se sometan a su consideración.

En el subjuicio, los contratantes advirtieron y sacaron provecho de las múltiples ventajas que este procedimiento supone -celeridad, economía, informalidad, conocimientos técnicos de los juzgadores, la menor animadversión al cumplimiento de lo resuelto, entre otras cosas-, y libremente convinieron el sometimiento de sus controversias a la autoridad de los árbitros que ellos mismos seleccionaron. Sin embargo, y sin negar el respeto que merece la voluntad de las partes, esta administración privada de justicia no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente. Ello así, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de “promover la justicia”, y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa, cumpliendo ciertos recaudos, a los laudos arbitrales. La mayor o menor amplitud de aquel control depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él en oportunidad de pactar el arbitraje, en cuyo caso el tribunal interviniente tendrá jurisdicción para volver sobre el fondo de la cuestión, o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales, en el supuesto de que, con el objeto de optimizar la rapidez y eficacia en la solución de sus conflictos, los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y solo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral, el cual suele circunscribirse a errores

sobre el control judicial de los laudos arbitrales. Ello obedece a una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de “promover la justicia” y también de las garantías de la defensa en juicio, de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa, cumplidos ciertos recaudos, a los laudos arbitrales. La mayor o menor amplitud de aquel control depende de la misma volun-

tad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él en oportunidad de pactar el arbitraje, en cuyo caso el tribunal interviniente tendrá jurisdicción para volver sobre el fondo de la cuestión; o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales, en el supuesto de que, con el objeto de optimizar la rapidez y eficacia en la solución de sus conflictos, los contratantes

en el procedimiento. En este marco, al Juez le corresponde respetar esas renunciaciones –a la jurisdicción judicial natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del estado, en particular–, sin atender a las posteriores retractaciones que solapadamente pueden intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, so pena de desnaturalizar el instituto del arbitraje, privándolo de sus mas preciosos beneficios. –considerando 6.

“Que en tal sentido, dictada una sentencia sobre nulidad de laudo arbitral por el tribunal superior de la causa y llenados los demás requisitos formales y sustanciales de admisibilidad exigidos por esta excepcional instancia federal, a esta Corte le corresponde solo una limitadísima revisión sobre la eventual violación de los derechos y garantías constitucionales en que pudiera haber incurrido aquella sentencia. Si las partes libremente y en materias disponibles se sustrajeron a la autoridad decisoria de los jueces estatales, no es competencia de esta corte suplir mediante la vía indirecta de la revisión amplia de la sentencia del *a quo* –comprensiva en definitiva del laudo mismo– las deficiencias de juicio o de criterio de los árbitros, la mayor o menor equidad de su pronunciamiento o su acierto o error. –considerando 7.

“Teniendo especialmente en cuenta lo expresado en los considerandos anteriores, el R.E.F. es inadmisibile respecto de todos los agravios contenidos en él, excepto uno –el que se refiere al modo en que la Cámara resolvió lo relativo al derecho aplicable. Ello es así, por cuanto la interpretación de las normas y actos procesales, hecha por el *a quo* no adolece de una manifiesta arbitrariedad que haga procedente su subsanación por vía de este excepcional remedio, sino que por el contrario, aquellas fueron entendidas y aplicadas en una de las distintas y razonables maneras en que era posible hacerlo. –considerando 8.

“Que en lo que respecta al agravio referente a la falta de consideración del derecho aplicable al caso, después de afirmar que aquel defecto existía y que constituía un vicio de procedimiento del laudo arbitral, la cámara decidió que Max-Factor carecía de interés en denunciarlo pues el derecho nacional aplicado coincidía con el californiano desechado. Afirmó tal coincidencia sobre la base de lo señalado en este sentido por el árbitro designado a propuesta de Max-Factor. Pero este árbitro, que votó en disidencia, sostuvo que el derecho nacional era idéntico al derecho del Estado de California, en la inteligencia de que ambos daban la razón a Max-Factor. Por otro lado, la Cámara había reconocido que los árbitros que, respecto de este punto, integraron la mayoría del tribunal arbitral, omitieron considerar el derecho extranjero designado por las partes para regir el contrato de licencia. En tales condiciones, es patente la arbitrariedad en que incurrió, pues, una vez definido aquel vicio como de procedimiento, calificación respecto de la cual esta corte no abre juicio, no podía soslayar su tratamiento sobre la base de la autocontradictoria argumentación reseñada. Esto es, de la misma sentencia de Cámara se desprende que la afirmación relativa a la coincidencia entre el derecho nacional y el extranjero, que tornaría abstracta la petición de Max-Factor no surge de la decisión mayoritaria en la causa sometida a arbitraje, sino de un voto disidente, que además, había entendido la identidad referida en un sentido favorable al peticionante. Razón por la cual no puede afirmarse que esta parte careciera de interés para pedir la nulidad. –considerando 9.

“En tales condiciones, el pronunciamiento apelado debe descalificarse, pues se basa en afirmaciones dogmáticas que comprometen gravemente la defensa en juicio (artículo 18 C.N.). Ello no implica inexorablemente pronunciamiento sobre la alegada nulidad del laudo arbitral, toda vez que como el mismo recurrente lo admite, lo atinente a las modalidades de aplicación de las normas indicadas por las partes a los árbitros admite múltiples alternativas en virtud de los variados métodos aceptados en la práctica del arbitraje internacional”. Por ello se declaró parcialmente admisible el R.E.F.

hayan renunciado aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral, el cual suele circunscribirse a errores de procedimiento. En ese marco, –precisa– al juez le corresponde respetar esas renunciaciones a la jurisdicción natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del Estado, en particular, sin atender a las ulteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, so pena de desnaturalizar el instituto del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios. En consecuencia, el laudo es revisable cuando las objeciones propuestas ponen de manifiesto una seria lesión a los derechos de defensa y propiedad ⁽²⁸⁾ –cons. 10.

Se argumentó también, a través de lo que entendemos como una errónea interpretación de lo resuelto en la causa *AION*⁽²⁹⁾, se precisó los alcances de la doctrina de los precedentes citados en el considerando 7, pues si bien remitió a lo

resuelto en Fallos: 322:298 (“*Pirelli Cables*”)⁽³⁰⁾, lo hizo en la inteligencia de que “no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte” –cons. 11⁽³¹⁾.

Concluye que si el laudo arbitral no es revisable directamente por la vía del recurso extraordinario sin que medie previa declaración judicial de nulidad, el laudo apelado es insusceptible de revisión por la vía intentada –cons. 12 segundo párrafo, agregando que si la ley excluye la revisión judicial, como ocurre en este caso (artículo 1° del Decreto 4517/66), no es posible prescindir de esta norma sin declararla inconstitucional –cons. 12 tercer párrafo.

Haciendo referencia al arbitraje en general, destaca que nada obsta a que tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas puedan excluir la revisión judicial, porque son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta,

(28) Fallos: 306:2172. Se trata del caso “Sergio O. Quiroga v. Alberto Quiroga”, en el que la Corte hizo lugar al R.E.F., revocando la decisión que había rechazado una demanda de nulidad de laudo arbitral de amigables componedores por comprobarse que la decisión de la Cámara no consideró que los amigables componedores habían decidido con apartamiento de lo alegado por las partes, implicó una seria lesión a los derechos de defensa y propiedad.

(29) Cit. nota 17

(30) Caso “Pirelli Cables c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, cit. en nota 14.

(31) Es necesario efectuar ciertas aclaraciones trascendentes, para evitar que la conclusión de este considerando 11 –que entendemos no muy feliz–, pueda sacar de contexto lo resuelto, o al interprete.

Si bien es cierto que en el fallo “Aion, S.A.I.C.y A. y Natelco S.A.I.C. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones” la Corte se remitió a lo resuelto en Fallos: 322:298 (“Pirelli Cables C/ Entel”), de la lectura de aquel fallo (AION), surge que solo se remitió lisa y llanamente a lo resuelto en este caso, (donde a su vez se remitió a los mismos precedentes citados en el considerando 7 de Meller), sin efectuar precisión alguna de los alcances de dichos precedentes.

En Aion, con intervención de los mismos 9 jueces de la llamada “Corte ampliada”, al rechazarse una queja deducida por denegatoria de un R.E.F., considerando que las cuestiones debatidas son sustancialmente análogas a las resueltas en Fallos: 322:298, la Corte se remitió a los fundamentos de este fallo, en razón de brevedad “toda vez que no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte”.

De allí que la no detección de arbitrariedad, no se refiere por cierto a la resolución del tribunal arbitral, sino a la resolución del Tribunal Judicial que denegara el R.E.F. que fuera apelada en vía extraordinaria, lo cual es muy distinto.

al azar o –incluso–, renunciar a ellos. Por ello –añade–, es claro que las partes pueden pactar la exclusión de la jurisdicción judicial de revisión si les conviene. Tales alternativas son propias al arbitraje mismo, al que pueden quedar sujetas materias susceptibles de transacción en la que hay concesiones recíprocas guiadas por la equidad de los árbitros –cons. 12 tercer párrafo.

Se dijo además que tratándose de asuntos disponibles para ellas, las partes pueden llegar hasta la renuncia de un derecho, si esta alternativa conviene a sus intereses. Y si pueden abdicar de un derecho de modo directo, nada impide que lo sometan al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aún pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino –cons. 12, cuarto párrafo, primera parte.

Cabe destacar que finalmente este voto introduce otro argumento –obiter dicta– que estimamos innecesario y que tal vez pudo haber dado pie a lo resuelto posteriormente en Cartellone, aunque en sentido opuesto. Considera que si el laudo, al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo, pero advierte que en el caso en análisis, nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte. Si las partes quisieron excluir apelaciones judiciales (artículo 1º del Decreto 4517/66) y tal exclusión es válida –concluye– no han de llamar a las puertas de los tribunales estatales –cons. 12, cuarto párrafo, segunda parte.

2.3. Las disidencias

2.2.1. Los Dres. Fayt y Petracchi y Belluscio, por la minoría aconsejaron un

cambio de doctrina de la C.S.J.N., respecto de la posibilidad de impugnación de los pronunciamientos del desaparecido TADOP, teniendo en consideración la especial naturaleza de ese específico tribunal, cuyo desempeño obviamente no se consideraba satisfactorio, abriendo una brecha que, sobre otros fundamentos de mayor amplitud, se concretó en Cartellone.

Por razones de espacio, no podemos realizar un análisis in extenso de los fundamentos de estos votos disidentes.

Tan solo señalamos que luego de un extenso y detenido examen de los antecedentes del caso –considerandos 1 a 13–, se argumenta:

- i) Que la “opción” por la jurisdicción arbitral ante el citado tribunal sólo puede ser ejercida por la contratista y la “renuncia” a interponer recursos judiciales (derivada del ejercicio de esa “opción”) sólo debiera valer para ella, y nunca para la administración que habría quedado sometida a la jurisdicción arbitral forzosa por la exclusiva voluntad de la parte contraria, de ninguna manera ha renunciado a su derecho de impugnar judicialmente el laudo –cons. 14.
- ii) La “renuncia” a todo recurso judicial posterior, establecida por el régimen regulatorio del TADOP no puede tener un alcance mayor que la renuncia a interponer recursos judiciales, prevista en el artículo 760 del C.P.C. y C.N, para los supuestos de arbitraje propiamente dicho, voluntariamente estipulada por las partes al celebrar el respectivo compromiso arbitral. Por ello, tal renuncia nunca implica la imposibilidad absoluta de impugnar

- judicialmente la sentencia arbitral, especialmente cuando los árbitros fallan sobre puntos no sometidos a su jurisdicción, u omitan hacerlo sobre los puntos sobre los que constituía su deber expedirse –cons. 15 al 18.
- iii) Los árbitros, sean privados o integren un tribunal administrativo, deben resolver la controversia según lo alegado y probado y conforme a la ley, declarando el derecho de los litigantes y condenándolos o absolviéndolos⁽³²⁾, es por ello que –se añade– desde Fallos 137:33 en adelante y sin excepciones, la Corte admitió la invalidación de los laudos dictados por los jueces arbitrales en exceso o defecto de su jurisdicción –cons. 19.
- iv) Es inherente al arbitraje la libre elección de los árbitros y su imparcialidad,
- para que no exista un privilegio a favor de alguna de las partes⁽³³⁾, y por ello entiende que en el caso de ese tribunal no se cumplen a su respecto con las dos premisas antes referidas que hacen a la esencia del arbitraje y, por lo tanto concluye no puede considerarse a la Comisión aludida como un verdadero tribunal arbitral –cons. 20.
- v) Si bien el sometimiento a ese régimen arbitral es voluntario para el contratista (artículo 7 de la ley), no lo es en cambio para el Estado Nacional, quien se ve compelido al arbitraje por su contraparte. En tales condiciones, se trataría de un verdadero arbitraje obligatorio o forzoso, toda vez que el Estado Nacional no puede eludirlo⁽³⁴⁾ y quedaría así excluido de la inter-

(32) En tal sentido, se trae la cita de COLMO, “El árbitro no representa a quien lo nombra, sino a la justicia del derecho de éste, no es un representante, sino un funcionario y un juez” (J.A. 19-200). En el mismo sentido, Rocco afirmaba que “la función de los árbitros es pública o de Estado, y la institución de los árbitros mismos es uno de los casos en que a un particular se le reconoce la facultad de ejercitar funciones públicas, o en general, servicios públicos” (Rocco, Ugo, “*Derecho Procesal Civil*” (trad. de TIENA, Felipe), Editorial Porrúa Hnos. & Cía. México, 1944, p. 89). Por tal razón consideraba que las sentencias dictadas por los tribunales arbitrales en grado de apelación eran susceptibles del recurso extraordinario de casación.

(33) Se señala que para ello, deberá tenerse en cuenta que “arbitraje es la institución por la cual un tercero, resuelve las diferencias que enfrentan a dos o más partes, en ejercicio de la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos mismos” (conforme JARROSSON, Charles, *La Notion D’Arbitrage*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987).

En tal sentido se ha dicho que “la contrapartida a la admisión de la renuncia de las partes al derecho constitucional a obtener la tutela jurisdiccional pública (artículo 24.1 Constitución Española) es la más amplia garantía de que aquéllas se encuentran en una situación de absoluta igualdad respecto de la designación de los árbitros” (REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1991) y en cuanto a la importancia de la imparcialidad, basta con señalar que el artículo 24 ap. a de la Arbitration Act de 1996 de Inglaterra, autoriza al juez a remover a un árbitro cuando “existan circunstancias que den lugar a justificables dudas acerca de su imparcialidad” (RUTHERFORD, Margareth / SIMS, John, “Arbitration Act 1996: a practican guide”, en: *FT Law and Tax*, London) y que el artículo 9.3 de la Ley Nº 36/1988 de arbitraje de España sanciona con la nulidad al “convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros”.

(34) Cita en apoyo de lo afirmado a BALLERSTER PASTOR, María Amparo, *El arbitraje laboral*, editorial Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993, p. 22 ap. c, punto 8).

Como afirma esa autora, “doctrinalmente resulta unánime la atribución de naturaleza administrativa al arbitraje obligatorio” con cita, entre otros, de GARCÍA, Alonso, “La solución de los conflictos colectivos del

vención de la justicia ordinaria o pública –cons. 21, primer y segundo párrafo.

- vi) Cuando el tribunal arbitral es constituido por la propia administración, no es otra cosa que un verdadero juez administrativo cuyas decisiones, si pretenden tener efecto de cosa juzgada (cfr. Fallos: 181:450), no pueden ser inmunes a la revisión judicial –cons. 22. El TADOP no es otra cosa que un tribunal administrativo dotado de funciones jurisdiccionales, condición no menguada por la circunstancia de que está integrado por dos representantes del Estado Nacional y uno de las empresas constructoras⁽³⁵⁾. Se trata de un “organismo en quien (sic) el Poder Ejecutivo ha delegado facultades para resolver las discrepancias producidas respecto del régimen de variaciones de costos en los contratos de obras públicas”⁽³⁶⁾ y por ende de una verdadera jurisdicción administrativa predispuesta, a la cual optativamente pueden recurrir solamente los contratistas con el propósito de resolver las controversias suscitadas por la liquidación de los mayores costos derivados de los riesgos imprevisibles experimentados durante la ejecución de las obras públicas –cons. 23.

Y por ello sus decisiones son judicialmente revisables en las mismas condiciones que lo son las emanadas de cualquier otro tribunal administrativo, con la única restricción de que ejerza atribuciones judiciales otorgadas por ley e irrevisables por vía de acción o de recurso⁽³⁷⁾, señalando que por lo demás, el carácter revisable de las decisiones de los tribunales administrativos está al margen de toda discusión⁽³⁸⁾ –cons. 24.

El sometimiento voluntario o forzoso a la instancia administrativa arbitral no importa la sujeción absoluta e indiscriminada a cualquier cosa que en dicha instancia se decida, ni la renuncia tácita a cuestionar la autoridad de lo resuelto por los jueces administrativos, cuando tal resolución violente las más elementales reglas de justicia –cons. 25.

- vii) La doctrina de la Corte en punto a la inadmisibilidad de la revisión extraordinaria de las sentencias del TADOP⁽³⁹⁾ sólo pueden ser entendidas con el alcance de que en tales casos no justificaban la apertura de la instancia extraordinaria en razón de que, en los R.E.F. respectivamente considerados, se proponían cuestiones propias de las acciones “renunciadas” al ejercer la opción por la ju-

trabajo”, MONTAYA MELGAR “El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo” y MATIA y otros, “Huelga, cierre patronal y conflicto colectivo”, según obra ya citada, página 23, ap. 11 y nota (25). Por último, para Ph. FOUCHARD, “aquellos que llaman arbitraje obligatorio, o arbitraje forzoso (...) no es un verdadero arbitraje, porque no descansa sobre una base convencional” “La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des differends iranoaméricains”, en: *Cahiers du Cedrin*, ler. Journé d'actualité internationale, 19/4/84).

(35) Según lo dispone el artículo 1 del decreto 1978 de 1964.

(36) Decreto 4517 de 1966.

(37) Fallos: 238:283 y 380, entre otros.

(38) Fallos: 230:261 y 232:663 entre otros.

(39) Fallos: 252:109, 308:116 y 322:298.

jurisdicción arbitral, esto es se referían a cuestiones ajenas a las hipótesis que justifican la revisión de la sentencia arbitral ante la Corte Suprema en la medida en que, en definitiva, configuran supuestos de irrazonabilidad de ese pronunciamiento⁽⁴⁰⁾ –cons. 27.

Por todo ello el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se dirige contra una sentencia definitiva como lo es la Decisión 2184 del citado tribunal porque ella manda “cumplir” la Resolución 146/96 y, en consecuencia, ocasiona directamente el gravamen contra el cual se alza el recurrente, siendo que se ha puesto en tela de juicio el alcance de sendos actos de la autoridad nacional (las resoluciones 146/96 y 18/98), así como la inteligencia de los preceptos de derecho federal invocados para dictarlas y la decisión final del conflicto ha sido adversa a los derechos que el apelante funda en tales preceptos (doctrina de Fallos: 320:1003, 321:174 y sus citas) –cons. 28.

viii) Al dictar los laudos 2813 y 2814, el tribunal omitió pronunciarse sobre la procedencia del reclamo de Meller S.A. y la consecuente regularidad o

irregularidad de la Resolución 146 de 1996, que era el punto central sometido a su jurisdicción.

La Resolución 18 de 1998 debía ser cumplida si y sólo si constituía un acto regular y legítimo. De lo contrario, debía ser declarada lesiva del interés público y dejada sin efecto en la sede correspondiente⁽⁴¹⁾ –cons. 29.

También omitió examinar en particular las cláusulas del contrato que unía a las partes; los recibos y estados de cuenta en poder de Meller S.A.⁽⁴²⁾ –cons. 30, primera parte.

ix) Los citados laudos constituyen la antítesis de lo que debieron ser verdaderas decisiones jurisdiccionales, que examinaran el fondo del asunto materia de la controversia y se expidieran, con los mínimos fundamentos exigibles a cualquier sentencia, sobre la procedencia del reclamo de Meller S.A. y la legitimidad de la resolución 146/96, que lo había declarado procedente –cons. 30 segunda parte.

La Administración tenía también sobrados motivos para declarar lesiva la Resolución 146/96, máxime dadas las numerosas irregularidades

⁽⁴⁰⁾ Ver cita de este fallo en nota 17 y muy especialmente aclaración de su correcto sentido en nota 31.

⁽⁴¹⁾ Doctrina de Fallos: 302:545, cfr., además GUAITA, Aurelio, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1953, esp. pp. 67 y 112.

⁽⁴²⁾ Que demostrasen cuánto había percibido en virtud del contrato, el método de actualización del saldo de la liquidación final: lo dispuesto en el artículo 73 del Código de Comercio con respecto a qué parte del negocio le corresponde probar la inexactitud de los estados de cuenta y en qué término, lo expuesto en el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación con respecto a que Meller S.A. ya había percibido y renunciado a percibir los conceptos reclamados al percibir el importe que la Liquidadora había ordenado pagarle mediante la resolución 60/95 (dictada en el expediente Exp. Entel 8946/94), la circunstancia de que por tratarse de una empresa privatizada varios años atrás dudosamente cabra aplicarle lo dispuesto en el tercer Par del artículo 63 del Código de Comercio, con respecto al valor que cabe asignar a la ausencia de asientos contables, así como el sinnúmero de irregularidades con que tramitaron las actuaciones administrativas.

verificadas en el procedimiento administrativo que precedió al dictado de ella (artículo 17 de la ley 19.549)⁽⁴³⁾, –cons. 31.

Por todo ello, se propició dejar sin efecto las decisiones (así llama a los laudos, para denotar su carácter administrativo) 2813 y 2814 y devolver las actuaciones al TADOP, a fin de que dicho organismo, debidamente integrado y teniendo a la vista todos las actuaciones administrativas y elementos relacionados con el asunto (incluso el expediente Exp. Entel 8946/94), se pronuncie nuevamente sobre la procedencia o no del reclamo planteado por Meller S.A. –cons. 32.

2.2.2. La disidencia del Dr. Belluscio, por su parte, luego de reseñar los antecedentes del caso en los considerandos 1 al 6, entiende que:

- i) Corresponde precisar (o adecuar) la doctrina del tribunal en el sentido de cerrar todo acceso a la revisión judicial, incluso a la vía extraordinaria del control de constitucionalidad, según el régimen especial que rige las funciones de este tribunal arbitral de Obras Públicas al que también considera sin duda, un organismo administrativo dotado por la ley de facultades jurisdiccionales –cons. 7.
- ii) La supresión de todo recurso judicial por voluntad de las partes o por sujeción a un régimen especial (no impugnado por inconstitucional por quien tiene legitimación para hacerlo), no tiene consecuencias en la competencia de esta Corte por vía extraordinaria federal, cuando se configura una lesión constitucional fundada. Añade que tal situación no se presentó en los precedentes de Fallos 322: 298 (“*Pirelli Cables*” del 9 de marzo de 1999), ni en la causa “*Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones*”, fallada el 29 de agosto de 2000, en la que se dejó explícitamente a salvo la posible intervención de este tribunal en el supuesto, no configurado, en esos autos, de que se advirtiese el vicio de arbitrariedad⁽⁴⁴⁾.
- iii) El sometimiento voluntario o forzoso a la instancia administrativa arbitral no puede comportar una sujeción absoluta a toda decisión de jueces administrativos, cualquiera que sea el acto emitido, incluso cuando comprometa gravemente la defensa en juicio –cons. 8.
- iv) Al dictar los laudos 2813 y 2814, el tribunal arbitral omitió pronunciarse sobre la procedencia sustancial del reclamo de Meller S.A. y la regularidad o irregularidad de la resolución

⁽⁴³⁾ Destaca el voto disidente que en el procedimiento administrativo no fueron acompañados los estados de cuenta y recibos emitidos por Meller S.A., ni fueron calculados los pagos parciales percibidos por la contratista, ni explicada la razón por la cual el saldo de 1.621.312,47 pesos, a valores de 1989 y 1990, pudo transformarse en 57.650.463,07, a septiembre de 1996, según lo informado por el perito contador FLORINI, Dante, ni las similares desproporciones resultantes de los restantes informes de los auditores contables y de la liquidación formulada por los funcionarios de la propia empresa estatal en liquidación.

⁽⁴⁴⁾ Ver cita del fallo en nota 17 y muy especialmente aclaración de su correcto sentido en nota 31.

146/96, que se ordenó cumplir sobre la base de afirmaciones dogmáticas y formales, que dan por satisfechos aquellos extremos que debieron ser, precisamente, objeto de investigación y pronunciamiento, que era el punto central sometido a su jurisdicción, e imprescindible ante las objeciones del Procurador del Tesoro de la Nación, que debían ser desvirtuadas fundadamente con el propósito de poner fin a un litigio en el que están gravemente comprometidos los intereses públicos –cons. 9, primer párrafo.

- v) Concluye por ello que la decisión recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias comproba-

das de la causa, por lo que se impone su descalificación como acto jurisdiccional, hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto las Decisiones 2813 y 2814 –cons. 9, segundo párrafo.

3. “CARTELLONE”: NUEVAMENTE EL COMPROMISO DE INTERESES ESTATALES⁽⁴⁵⁾

Entrando al análisis de este reciente fallo que nos ocupa y preocupa, cabe advertir que al igual que en Meller se trató de una impugnación deducida por empresas estatales (en el caso “*Hidronor S.A. –en liquidación–*”) contra una decisión del TADOP, que se consideró altamente perjudicial a los intereses del Estado⁽⁴⁶⁾. La

(45) El fallo ha sido publicado y comentado en varios medios: E.D. sup. Derecho Administrativo, 30 de junio de 2004, p. 11 y ss., J.A. fascículo Nº 7, del 18 de agosto de 2004, 2004-III, p. 10 con nota de MORILLO, Augusto Mario “*El Arbitraje en la encrucijada*”, p. 14 y ss, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El caso “Cartellone c/ Hidronor. La Corte Suprema Establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, en: *L.L. del 23 de agosto de 2004*, p. 3 y ss, PALACIO, Lino E., “Un disparo fatal contra el arbitraje”, en: *E.D. 17 de agosto de 2004*, p. 1 y ss, BOSCH, Juan, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje (a propósito de la sentencia Cartellone c/Hidronor)”, en: *E.D 24 de agosto de 2004*, MARCHESINI, Gualtiero Martin, “Arbitraje y Recurso Extraordinario”, en: *L.L. del 28 de septiembre 2004*.

(46) Antecedentes de la causa: Del análisis del fallo de segunda instancia del 28 de agosto de 2001, y de los considerandos del pronunciamiento de la C.S.J.N. surge que la firma “José Cartellone S.A.” celebró con “Hidroeléctrica Norpatagónica S.A.” (luego “Hidronor S.A.” en liquid.) un contrato administrativo de obra pública (Nº 532 Reubicación de la ruta nacional Nº 237), por licitación que fue adjudicada a esa firma. Finalizada la obra quedaron pendientes algunos puntos de controversia, que las partes sometieron a arbitraje de acuerdo a lo comprometido en el acta del 23 de junio de 1988.

En el contrato de Obra Pública se previó la sumisión a juicio arbitral de cualquier divergencia o controversia entre el comitente y el contratista, previa interposición de un reclamo en sede administrativa. También se estableció que la sentencia arbitral sería definitiva e inapelable (cláusula 65.I, Vol. II del pliego de condiciones del contrato,) –considerando 1.

Debido a reclamos recíprocos entre las partes que no hallaron solución en sede administrativa, estas sometieron a arbitraje varias cuestiones respecto de las que tenían conflicto. En el compromiso respectivo se volvió a pactar la inapelabilidad del laudo. También se acordó que, en caso de discrepancia entre los árbitros de las partes, el árbitro tercero dictaría el laudo “total y definitivo” –considerando 2.

Cartellone interpuso demanda arbitral a fin de que se le abonaran los “mayores costos efectivamente devengados y no reconocidos por irrepresentatividad sobreviniente del sistema de reajuste de precios” y la diferencia entre los montos que se le abonaron por la ejecución de ciertos ítems y trabajos, del contrato de obra pública que vinculaba a las partes. También solicitó que a las sumas reclamadas se adicionaran intereses a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina para los documentos sobre certificados de obra para operaciones a 30 días –considerando 3.

nota distintiva, en cuanto a la competencia de la C.S.J.N. se da porque la misma se encontró abierta por vía de la apelación ordinaria ante el máximo tribunal, prevista por el artículo 254 del C.P.C. y C.N., y no por el canal de la apelación extraordinaria de los artículos 256 y 257 del cod. cit. (artículo 14 de la Ley 48).

De los antecedentes del caso surge que al igual que en Meller dicho tribunal arbitral, por mayoría de votos (o por el voto decisivo del árbitro tercero), resolvió hacer lugar a la demanda entablada por la empresa contratista Cartellone, contra "Hidronor S.A.". (en liquidación), y condenó a ésta a abonarle a la actora la suma de \$ 32.799.583, actualizada desde enero de 1985, a valores enunciados al 1° de abril de 1991. Se estableció también que entre enero de 1985 y el 1° de abril

de 1991, debían adicionarse los intereses previstos en el artículo 48 de la Ley 13.064, de acuerdo a las pautas de la resolución del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos 1516/93.

Contra esa decisión, la demandada interpuso recurso de nulidad (artículos 760 y 761 del C.P.C. y C.N.), ante la Cámara Nación de Apelación en lo Civil y Comercial Federal, que por su Sala III, intervino como alzada, rechazándolo, por considerar que lo resuelto por el tribunal no constituyó laudo mas allá de lo comprometido y ni falló "ultra petita", como sostiene el recurrente, aclarando además que esta vedado a ese tribunal, dada la naturaleza restrictiva y de excepción de esta vía recursiva, expedirse acerca de la justicia o equidad de la decisión adoptada por el árbitro⁽⁴⁷⁾.

El laudo arbitral, por mayoría de votos resolvió hacer lugar a la demanda entablada por CARTELLONE, contra Hidronor S.A. (en liq.), y se condenó ésta a abonarle a la actora la suma de \$ 32.799.583, actualizada desde enero de 1985, a valores enunciados al 1 de abril de 1991. La parte demandada Hidronor S.A.(en liq.) interpuso recurso de nulidad ante la alzada (artículos 760, 761 del C.P.C.y C.N.)

(47) La Cámara basó su razonamiento, según los siguientes fundamentos que se extraen de los considerandos del fallo:

En virtud de sus limitados alcances, el recurso interpuesto solo puede fundarse en: falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos –cons II, 1 Par.

Tiene resuelto desde antiguo la C.S.J.N., que no son viables para fundar este recurso las razones que tienen a demostrar la injusticia del laudo (Fallos, 45:78), lo cual no parece que pueda ser de otra manera, si se atiende a que tales razones solo pueden encontrar acogida por vía del recurso de apelación, que ha sido renunciado en el propio compromiso –considerando II, Par 2.

No corresponde entonces que ese Tribunal aprecie la justicia o equidad del laudo impugnado –aspecto sobre el cual, aclaró, no abre juicio– y teniendo en cuenta el muy limitado ámbito del recurso interpuesto, consideró que procede desestimar sin otra consideración las argumentaciones vertidas –en tal sentido– en el escrito de apelación, ya que han sido esgrimidas con el único fin de demostrar los errores en que habría incurrido el árbitro y la injusticia que de ellos deriva –considerando II, Par 3.

En tal sentido consideró que solo procede examinar, aquellos otros argumentos que sobre la base de una pretendida extralimitación de las facultades decisorias del árbitro, llevan a la recurrente a concluir que al haberse pronunciado el laudo mas allá del punto comprometido, se incurrió en una incongruencia y contradicción, produciéndose una decisión *ultra petita* configurándose la causal de nulidad prevista por el artículo 760 del C.P.C. y C.N. –considerando III, Par 1.

El agravio de la recurrente sostiene que en el laudo se determinó que la actualización de los reclamos debe efectuarse desde enero de 1985, cuando en el compromiso arbitral se estableció que el reclamo dinerario debía ser actualizado desde febrero de 1985 (punto 3 del acta compromisorio) –considerando III, Par 2.

El sentido de esta cláusula, atento su naturaleza contractual debe ser interpretado dentro del contexto de que forma parte, como un acto único y no un conjunto de actos independientes cuyas cláusulas puedan ser analizadas separadamente. De acuerdo a los principios aplicables en materia contractual, tiene

3.1. Un pronunciamiento sin disidencias

Esta vez, por el voto unánime de los Dres. Petracchi; Belluscio; Fayt; Vazquez y de los recientemente incorporados Dres. Juan C. Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni, se declaró parcialmente procedente el recurso ordinario de apelación (artículo 254 del C.P.C. y C.N.), deducido por “*Hidronor S.A.*”. (e.l.), y se resolvió la nulidad (parcial) del laudo arbitral, en los términos de los considerandos 9 al 19 del fallo, en cuanto: a) extralimitándose en las cuestiones sometidas

a su decisión, dispuso actualizar los valores reclamados desde enero de 1985, por considerarse que debió hacerlo a febrero de ese año, como se previó en el compromiso arbitral, y b) a la tasa de interés (del Banco Nación) aplicada respecto de las sumas adeudadas hasta el 1 de abril de 1991.

La sentencia resuelve los dos grandes temas planteados que abarcan aspectos bien diferenciados, que son tratados en los considerandos 9 al 12 y 13 al 19, respectivamente.

importancia el que autoriza a establecer el alcance de las cláusulas debatidas atendiendo a los actos subsiguientes de las partes que guarden vinculación con el problema controvertido –considerando III, 3 y Par 9–.

Dicha cláusula, establece –en su parte pertinente– que “*las cuestiones que se someten al presente juicio arbitral, por parte de la actora, son las que se consignan específicamente en la carta documento del 22 de octubre de 1.985, con precios actualizados a febrero de 1.985, que son las siguientes reclamaciones, a saber(...)*” –considerando III, Par 4.

Destaca además que la actora previó en el compromiso, la posibilidad de mejorar los fundamentos en el escrito de demanda. Además, la Cámara estimó que para determinar el sentido de la misma y el alcance de sus términos, no corresponde atenerse a criterios estrictos de interpretación, sobremanera si se atiende al que la actora y demandada otorgaron al árbitro amplias facultades para resolver toda la materia de las cuestiones planteadas, de las que fueran meramente accesorias y de aquellas cuya consideración hubiera quedado consentida según lo dispuesto por el artículo 754 in fine del C.P.C. y C.N., que presta apoyo normativo a una interpretación amplia. –considerando III, Par 5.

Lo que estaba vedado modificar en los escritos de demanda y contestación eran las fundamentales cuestiones concretamente especificadas en el acta compromiso (en el que bien pudo omitirse la breve fundamentación y la estimación en cifras de los créditos invocados por las partes) y que tal prohibición –por no llevar en definitiva a una modificación de las cláusulas de compromiso– no alcanza a los aspectos dependientes y accesorios, como lo era en el caso la determinación precisa del monto de cada uno de los reclamos, aun en lo relativo al mecanismo de reajuste. –considerando III, Par 6.

Por ende si la parte actora pudo validamente plantear el procedimiento de reajuste en la forma efectuada en su escrito de demanda, fluye como consecuencia natural que el árbitro pudo pronunciar la condena tomando ese mecanismo, sin que ello importara laudarse allá de lo comprometido. –considerando III, Par 7.

Aclara que el tema del mecanismo de actualización y desde cuando debe comenzar fue introducido por la actora en el acta compromisorio, luego fue concretada y precisada en el escrito de demanda, contestada por la accionada en su responde y resuelto por el árbitro, ya que formaba parte de la cuestión a decidir. Pero no puede requerir invalidación de lo decidido por el árbitro, con el argumento de que lo resuelto sobre el punto no le satisface o es erróneo. –considerando III, Par 8.

Siendo así –concluyó la alzada–, no resulta dudoso que las sumas consignadas en el compromiso eran solo estimativas e indicativas, por lo que su determinación correspondía al tribunal arbitral, incluyendo ello el hecho de que dichas sumas no constituían precios actualizados al mes de febrero de 1985, sino a valores de enero de 1985. –considerando III, Par 10.

En consecuencia, finaliza reconociendo que lo resuelto por el árbitro no constituyó laudarse mas allá de lo comprometido y no falló *ultra petita*, como sostiene el recurrente, estando vedado a este Tribunal, dada la naturaleza restrictiva y de excepción de esta vía recursiva, expedirse acerca de la justicia o equidad de la decisión adoptada por el árbitro –considerando III Par 11.

Por todo ello, se rechazó el recurso de nulidad interpuesto por “*Hidronor S.A.*”.(en liq.) contra el laudo arbitral dictado, con costas a cargo del recurrente.

3.2. La nulidad del laudo por extralimitación decisoria

Se basó en los siguientes argumentos:

- 1° Tanto en el compromiso arbitral como en la audiencia celebrada el 23 de junio de 1988, en la que quedaron taxativamente determinados los rubros que integrarían el reclamo de la actora, se consignaron valores actualizados a febrero de 1985. En cambio, en la demanda la contratista aumentó las sumas reclamadas, expresándolas a valores al mes de enero de 1985 –cons. 9 y 10.

En el mismo sentido, si al formular su reclamo en sede administrativa la contratista actualizó esas sumas a febrero de 1985 y ante la falta de resolución de aquél sometió esa misma cuestión y esos mismos valores a decisión arbitral, no estaba habilitada posteriormente a pedir (en la demanda) que aquéllos se actualizaran desde enero, pues de ese modo no determinaba o cuantificaba definitivamente el reclamo sino que sumaba un mes a la actualización, lo que suponía variar lo pactado en el compromiso arbitral –cons. 11, segundo párrafo in fine.

- 2° Si bien en el compromiso se señaló que los reclamos serían materia de una “expresión circunstanciada” en el escrito de demanda, esa expresión no puede legítimamente implicar la posibilidad de variar los períodos por los cuales se reclamaría actualización, que fueron precisados en el compromiso arbitral. Por ello, resulta inadmisibles lo expuesto por la actora en su escrito inicial, en el sentido de que las sumas consignadas en

el compromiso eran sólo estimativas y estaban expresadas a título puramente indicativo por lo que su determinación y cuantificación definitivas constituían la tarea encomendada al tribunal arbitral –cons. 11, primer párrafo y segundo párrafo (primera parte).

- 3° El compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto o *thema decidendum* del proceso arbitral (artículo 740, inciso 3°, del C.P.C. y C.N) y cumple una función sustancialmente análoga a la que corresponde en el proceso judicial de conocimiento, a los escritos de demanda, contestación y reconvencción en su caso. Por ello, es requisito objetivo básico del laudo arbitral su estricta adecuación a las cuestiones incluidas en el compromiso (artículo 754 párrafo 1° del código cita o) –cons. 12, primer y segundo párrafo.
- 4° En consecuencia, es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso (Fallos: 290:458). Yerra la Cámara al afirmar que el compromiso pudo quedar definido y, como en el caso, modificado en la demanda arbitral y, en consecuencia, debe declararse la nulidad (parcial) del laudo en cuanto dispuso actualizar los valores reclamados desde enero de 1985, ya que debió hacerlo desde febrero del mismo año. –cons. 12, segundo párrafo.

3.3. La revocación del laudo respecto al cómputo de los intereses

Respecto a los intereses adicionados a las sumas reclamadas hasta el 1° de abril

de 1991, consideró la C.S.J.N. que también debe revocarse⁽⁴⁸⁾ lo dispuesto por el tribunal arbitral.

Esa conclusión se estructura sobre la base del siguiente razonamiento.

Los alcances de la renuncia a la apelación⁽⁴⁹⁾:

1. Si bien esta renuncia implicaba, en principio, una cuestión disponible conforme al principio general enunciado en los artículos 1197 y 19 del Código Civil, el artículo 872 de este último mismo cuerpo legal, prohíbe que sean objeto de renuncia los derechos concedidos en mira del interés público, a lo que se agrega la interpretación restrictiva que corres-

ponde aplicar en el ámbito de esta institución jurídica (arg. artículo 874 del código citado) –cons. 13.

2. No puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever que al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio –cons. 14 primera parte.

Por ende, la renuncia (a apelar) formulada por las partes en el contrato y en el compromiso no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses⁽⁵⁰⁾ –cons. 15.

⁽⁴⁸⁾ Adviértase que en este caso, la Corte creemos que utilizando los términos precisos, no habla en este aspecto de anulación del laudo por vicios de su estructuración –cuestiones propias del recurso de nulidad–, sino de su revocación por error en el mérito o fondo de la cuestión resuelta –temas propios del recurso de apelación–, aunque luego al resolver anula parcialmente el fallo, por ambas cuestiones por igual.

⁽⁴⁹⁾ Artículo 760, Par 1 del C.P.C. y C.

⁽⁵⁰⁾ Cuestionamiento a la tasa de interés aplicada: Se observa también en el considerando 15 que el laudo aplico los intereses del artículo 48 de la Ley Nº 13064 conforme a las pautas de la resolución del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos 1516/93, resolución que fue dictada para los casos de negociación de certificados de obra en los términos del decreto 2611/78 circunstancia que, por lo demás, no se ha acreditado en el caso y que estableció un índice diario para actualizar capitales desde el 1 de enero de 1969 hasta el 31 de marzo de 1991.

Se añadió en tal sentido –considerando 16– que el mecanismo de actualización basado en el empleo del método bancario de capitalización de intereses sólo constituye un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, mas cuando el resultado obtenido se vuelve objetivamente injusto debe ser dejado de lado, en tanto dicha realidad debe prevalecer sobre abstractas fórmulas matemáticas (Fallos: 315:2980).

Que ha dicho esta Corte que la aplicación de este tipo de tasas conduce a un resultado desproporcionado e irrazonable, que supera ostensiblemente la pretensión del acreedor y produce un inequívoco e injustificado despojo al deudor, lesivo de su derecho de propiedad (Fallos: 325:1454), prescinde de la realidad económica y altera la relación entre el monto originariamente reclamado y la cuantía de la condena establecida en el laudo (Fallos: 318:912), de modo contrario a las más elementales reglas de la lógica y de la experiencia, con grave menoscabo de la verdad jurídica objetiva (confr. Fallos: 324:4300), debido al cómputo acumulativo de intereses que aplican en forma exponencial tasas que incluyen la actualización del capital para los efectos inflacionarios. –considerando 17, primer Par.

La aplicación de esta jurisprudencia –añadió la Corte– se torna imperativa si se advierte que, según explicó la perito contadora, si se utilizan las pautas contractuales para el caso de mora de la comitente en los pagos actualización por índices más intereses del 5% anual, la suma a reconocer a la actora se incrementaría, desde febrero de 1985 a abril de 1991, 8,0525 veces, mientras que si se aplican las tasas de interés del Banco Nación, esto es, las que resultan del laudo el factor de multiplicación asciende a 29,5580. –considerando 18.

3. Si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, su decisión –en cambio– podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223)⁽⁵¹⁾ –cons. 14 segunda parte.
4. La aplicación del mecanismo de actualización basada en el empleo del método bancario de capitalización de intereses (del Banco Nación), constituye un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder del crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres⁽⁵²⁾, en cuya observancia está interesado el orden público, que ha sido así vulnerado por la decisión arbitral en cuanto decidió la aplicación al caso de las referidas tasas de interés –cons. 17 segundo párrafo.
5. Por esas razones, resolvió la Corte, debe dejarse también sin efecto el laudo en cuanto aplicó las tasas de interés del Banco Nación para fijar la suma adeudada al 1° de abril de 1991.

Pero además, asumiendo competencia positiva y resolviendo la apelación ordinaria en tercera instancia como si ésta hubiera estado abierta, a su vez, por una previa e inexistente apelación ordinaria en

segunda instancia, no solo anuló esta parte del laudo, sino que también resolvió definitivamente el fondo, estableciendo que con el fin de adoptar una pauta razonable de actualización e intereses a adicionar a las sumas reclamadas⁽⁵³⁾, cabe aplicar las previsiones originarias del contrato celebrado entre las partes⁽⁵⁴⁾.

Por ello, ordenó que conforme a las pautas de esta sentencia, en la etapa de ejecución deberá practicarse nueva liquidación de los montos adeudados, en la que consideró que además podrá plantearse, –en su caso–, la aplicación de la Ley N° 24.283.

4. ANÁLISIS DEL FALLO

4.1. La anulación por exceso decisorio

Como se anticipara, el fallo trata dos aspectos bien diferenciados. Uno, el relativo a declaración de nulidad parcial del laudo por extralimitación decisoria (vicios extrínsecos) que encuadra en una de las clásicas causales del recurso de nulidad del laudo en el juicio arbitral (de derecho), aunque mediase expresa renuncia al recurso de apelación (artículo 760; 761 del C.P.C. y C.).

En este aspecto, sin perjuicio del acierto o desacierto de la decisión de la C.S.J.N. respecto a la configuración de esta causal, al entender que existen

⁽⁵¹⁾ La cita de Fallos 292:223 corresponde a la sentencia del 7 de julio de 1975, dictada en autos "Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda s/ Expediente Administrativo N° 12.663/67 del Ministerio de Trabajo", que será motivo de análisis infra nota

⁽⁵²⁾ Arg. Artículos 953 y 1071 C. Civ. Fallos: 318:1345, 320:158

⁽⁵³⁾ Que deberán ser determinadas a febrero de 1985 conforme a lo expuesto en los considerando s 10 a 13 –considerando 19 primera parte.

⁽⁵⁴⁾ Es decir, (sic) –añadió la Corte– un ajuste sobre la base del índice de precios al por mayor no agropecuarios total, más un 5% anual en concepto de intereses (cláusula 58.6, fs. 442) que deberán ser determinadas a febrero de 1985 conforme a lo expuesto en los considerandos 10 al 13 –considerando 19 segunda parte.

divergencias entre el compromiso arbitral y lo demandado y resuelto (artículo 754 primera parte del C.P.C. y C.), aplicando tal vez un criterio más restringido o estricto que el habitual, lo cierto es que la C.S.J.N. se encontró habilitada y con jurisdicción para decidir, como lo hizo.

En efecto, si bien se puede decir que el fallo se ha desentendido de la voluntad de las partes, en tanto ambas, en el compromiso dejaron abierta la posibilidad de que en la demanda se expresaran en forma circunstanciada los reclamos, lo cual hubiera admitido su consideración por los árbitros por tratarse de una cuestión tanto accesoria, como de sustanciación ante los árbitros, consentida por las partes, según lo establecido en el artículo 754 segundo párrafo del C.P.C. y C.N., no podrá dudarse que en lo formal se encontró habilitada para resolver esta cuestión, como lo hizo, al existir un vicio de la decisión arbitral “ultra petita”. Ello así, por vía del irrenunciable recurso de nulidad ante la alzada previsto en el artículo 761 –segundo párrafo del código cit–, primero, y luego mediante el recurso ordinario de nulidad ante la Corte Suprema, previsto en el artículo 254 del mismo código.

En suma, en este aspecto la resolución puede ser no compartida, pero pareciera no resultar pasible de achaques de falta de jurisdicción para resolver.

4.2. La revocación por ilegitimidad

El otro aspecto, que nos suscita dudas y cierta perplejidad, se relaciona con la revisión de la tasa de interés (del Banco Nación) aplicada en el laudo, (verdadero vicio intrínseco) con relación a las sumas adeudadas hasta el 1° de abril de 1991, que como se vio primero (tal

vez en un acto fallido) se ha considerado como *revocación* –cons. 13– esto es como una típica causal de revisión por ilegitimidad y que finalmente, se la incluye como anulación parcial –parte dispositiva del fallo–.

Habiéndose producido una doble y válida renuncia al excepcional recurso de apelación en cuanto al fondo de la cuestión, tanto en oportunidad del pacto de arbitraje, como en el compromiso arbitral, tal como surge de los antecedentes de la causa y lo reconoce el fallo, la competencia de la C.S.J.N., –en la tercera instancia del recurso ordinario previsto por el artículo 254 del C.P.C. y C.N.– solo pudo tener cabida para resolver, previa intervención de la Cámara de Apelaciones que operó de Alzada ordinaria, por el carril del recurso de nulidad deducido por “*Hidronor S.A. (en liquidación)*” (artículo 760 y 761 del C.P.C. y C.), como lo hizo en la causal anterior. Y nada más.

El máximo tribunal, ni siquiera intenta encauzar el reanálisis del laudo a través de alguna de las cuatro taxativas causales de anulación del laudo que prevé el C.P.C. y C.N. (artículos 760;761), sino que directamente encara el tema como si la competencia de Alzada ordinaria, hubiese estado abierta por un recurso de apelación validamente admisible que le posibilitara revisar lo resuelto, en cuanto a la injusticia (o inequidad) del fondo de la cuestión.

4.3. Nuestra postura crítica

Creemos que ninguno de los argumentos utilizados para así resolver, tiene entidad suficiente como para habilitar la intervención revisora de la Corte, como lo hizo, como así también, sobre

el preconcebido objetivo (fin) de revisar una decisión arbitral que se consideró injusta, se buscaron los fundamentos (medios) que se consideraron precedentes. Para ello, se debió forzar el razonamiento, desinterpretando en ciertos aspectos el sentido de algunos precedentes, mientras que en otros directamente se dejó de lado la doctrina sentada en fallos durante un siglo.

Como consecuencia de lo anterior, se profundiza –en nuestra opinión– la inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las conductas estatales, que afecta a nuestro país.

La renuncia a la apelación y el orden público

En primer lugar, la Corte descalifica o ataca la renuncia a la apelación, considerando que ella no comprendería *la renuncia a derechos* concedidos en mira del *interés público*, –artículo 872 del C. Civil– (cons. 13) como así tampoco cuando el laudo dictado contraría el *orden público* (cons. 14, primera parte).

Estimamos que ninguna de las razones que se indican justificó la intromisión de la C.S.J.N. para resolver sobre el fondo del asunto –como es lo referente a la tasa de interés aplicable–. Y si bien en el caso no se trató de una decisión de la C.S.J.N. tomada por vía del R.E.F. sino a

través de un recurso ordinario de apelación ante ese órgano del artículo 254 del C.P.C. y C.N., que constituye un tercer grado de conocimiento pleno del asunto debatido⁽⁵⁵⁾, la cuestión en cuanto a la validez de la renuncia no varía.

En primer término porque conforme a la esencia del arbitraje y la doctrina legal fijada la C.S.J.N., el sometimiento al arbitraje, cuando es voluntario e incondicionado, *es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte*.

En esa senda, el máximo tribunal ha venido señalando reiteradamente –como regla básica en el tema–, que la jurisdicción arbitral libremente pactada, *es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de esta Corte y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales, en las cuales ha de buscarse remedio a los agravios que el laudo hubiese podido ocasionar*⁽⁵⁶⁾.

La doctrina más calificada, acompañando también esa postura, considerando que la prorrogación de la jurisdicción judicial a favor de órganos privados (árbitros o tribunales arbitrales), que implica el arbitraje, cuando es libremente pactada, no solo es irrevocable⁽⁵⁷⁾, sino que tiene como efecto, en principio, la exclusión de la

(55) Se trata de un recurso originariamente instituido por la Ley Nº 4055, y luego modificado por Leyes posteriores, que prevé la posibilidad de interposición de este recurso contra las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras Nacionales de Apelación, entre otros casos: Causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a una suma determinada Conf. PALACIO-ALVARADO VELLOSO, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 6, 264.1, pp. 211 y ss. Ver in extenso en TRIBIÑO, Carlos R., "El Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema", Fundación de Derecho Constitucional José Manuel Estrada, ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Junio 2004, pp. 47 y ss.

(56) Fallos 118: 247, 237:392, 250:408, 255:13, 274:323, 250:408, 296:230, 306:455 entre otros.

(57) La palabra irrevocable, integra también como elemento esencial la definición conceptual del arbitraje, en tanto –en nuestra opinión– ha de ser concebido como la prorrogación convencional (o legal) e irrevocable de la jurisdicción judicial estatal, a favor de órganos jurisdiccionales privados (o no estatales).

intervención de la justicia estatal, inclusive la de la propia C.S.J.N.⁽⁵⁸⁾

De allí que autores como CARNELUTTI, caracterizan al proceso arbitral como **equivalente al proceso de conocimiento** que culmina con el dictado de una decisión definitiva e irrevisable, aunque solo pueda ser ejecutada en instancia judicial⁽⁵⁹⁾.

Sin perjuicio del principio general de la exclusión de la jurisdicción judicial, se admiten por excepción –como se vio– los recursos ordinarios especialmente consagrados por las leyes procesales que constituyen la única vía para buscar remedio a los agravios que el laudo arbitral pueda ocasionar⁽⁶⁰⁾.

A fortiori no resulta razonable ni atendible, a la luz de la doctrina de los propios actos, enraizada en el principio de la buena fe, que a posteriori de ese sometimiento, pacto o acuerdo respecto de la jurisdicción arbitral y a la expresa re-

nuncia a la apelación, tanto en el pacto como en el compromiso arbitral, por parte del mismo Estado que estableció, instrumento y reguló la procedencia del TADOP que luego de haberse dictado decisión arbitral desfavorable a sus intereses, se pretenda sostener que existirían razones de orden público que descalificarían esa renuncia a la apelación, habilitando la renunciada vía judicial.

Por lo demás, cabe señalar en cuanto a la renuncia al recurso de apelación, que el artículo 872 del C. Civil, que se cita en el fallo como prohibiendo de renuncia los derechos concedidos en miras del *interés público*, no se refiere a éste, sino a los derechos concedidos en miras del *orden público* –los cuales no son susceptibles de renuncia– conceptos que no son sinónimos. En tal sentido, tanto la renuncia irrevocable a la jurisdicción judicial, que implica el pacto de arbitraje, como la doble renuncia a la apelación, no encontraron en su momento, la valla del

(58) En sentido similar se expida la doctrina más calificada. Conf. MORILLO, A.M., *El Recurso Extraordinario*, Ed. Platense, 1987, p. 99. Cita como ejemplo de ello, lo resuelto en el caso de haberse propuesto R.E.F. contra el fallo del Tribunal de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. caso "Echenique y Sanches Galarce S.A. c/ TIETAR S.A.", sent. del 22/5/84, Fallos 306:455, GUASTAVINO, E. P., destaca que la razón en que se asienta ese principio –añade– es que en los laudos no existe proceso judicial, dándose en su contra recursos ante los jueces ordinarios, *Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad*, Editorial La Rocca, 1992, T. I, *142 p. 226, PALACIO, L., por su parte, con su habitual y sencilla claridad, recuerda la sumisión voluntaria al arbitraje implica la renuncia a la jurisdicción que ejercen los órganos del poder judicial y culmina con la de la C.S.J.N.. Aunque aclara que dicha sumisión –añade– debe resultar de la libre determinación de los litigantes, con prescindencia del carácter circunstancial o permanente del tribunal arbitral, *El Recurso Extraordinario Federal*, Teoría y Técnica, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, * 6.2, p. 58, LUCONES, Narciso., recuerda también –coincidiendo con las opiniones de los autores antes citados– que la C.S.J.N. ha dicho que la jurisdicción arbitral libremente pactada por los interesados, es excluyente de la intervención judicial, que culmina con la Corte Suprema y no permite otros recursos que los consagrados por las Leyes procesales. Trae como ejemplo de esto a las disposiciones del C.P.N. que admiten, en el juicio arbitral, los recursos propios de una sentencia –aunque acepta la renuncia a la apelación, no a la aclaratoria ni a la nulidad–, mientras que respecto de los amigables componedores su decisión es inapelable, aunque cabe el recurso de nulidad. *Recurso Extraordinario*, segunda edición actualizada, Lexis Nexis, Depalma. Buenos Aires, 2002, pp. 43-44.

(59) CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, Vol. I, pp. 115 y ss.

(60) Caso "Echenique y Sanches Galarce S.A. c/TIETAR S.A.", sent. del 22/5/84, Fallos: 306:455, Fallos: 237:392, 255:13, 274:323, 250:408, entre otros.

orden público, ni afectaron esos actos, habida cuenta que lo trascendente en este supuesto, es si la cuestión o cuestiones sometidas a arbitraje, eran o no renunciadas, por tratarse o no de aspectos de libre disposición por las partes.

Respecto al *orden público* (interno) en relación con el contenido del laudo, que pareciera ser el tema al que se apunta, sin perjuicio de que se trata de un concepto no siempre preciso a tal extremo que ha sido considerado como confuso, enigmático y cambiante⁽⁶¹⁾ no existe previsión legal que prevea la posibilidad de revisión del fondo del asunto, sobre la base del eventual sentido del laudo, contrario al mismo, y en todo caso, la facultad judicial revisora (artículo 953 C. Civil), necesita que el órgano judicial tenga jurisdicción para ello, en la medida de una impugnación validamente deducida.

Frente a las dos acepciones del término *orden público* como impedimento a la aplicación de la ley extranjera (internacional), o como un límite al principio de la autonomía de la voluntad (interno), según estándares o principios considerados de interés general, estimamos que en el caso, el fallo se pretende referir a esta última, razón por la cual, en materia de arbitraje pareciera que la cuestión estaría ligada, en principio, a las materias o cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje, por no resultar de libre disposición de las partes, las que tampoco podrían ser

tratadas por los fallos, en sentido contrario a las leyes o normas que se consideran de orden público.

La misma Corte, viene sostenido en tal sentido desde precedentes de vieja data que ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares. Y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato, debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197 C. Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse, ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes⁽⁶²⁾.

Mientras que, del lado de la decisión arbitral, se ha reconocido también que "las sentencias que deciden cuestiones con respecto a la nulidad de laudos arbitrales, resuelven extremos de hecho y de derecho común, carácter este al que no obstaría tratarse de la interpretación de preceptos de **orden público**"⁽⁶³⁾.

Por todo ello, entendemos que no resulta razonable la conclusión a la que se arriba en el cons. 15, de que no obstante la doble renuncia a la apelación (sumada a la renuncia a la jurisdicción que presupone el pacto de arbitraje), no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses.

(61) PARDO, Juan Alberto, prólogo al libro, *El Orden Público*, RUCHELLI, Humberto F. y HORACIO FERRER, Carlos, Editorial Abeledo Perrot, 10 de octubre de 2001.

Señalan los autores que al variar su contenido en el tiempo y en el espacio y conjugándose ambos elementos en el momento de realización del acto, su aplicación resulta discrecional en manos de los jueces, p. 10.

(62) Fallos 133:61.

(63) Fallos: 255:31, 276:321 y las citas de ambos, L.L. T.110 p. 699, Rep. L.L. XXXI, p. 1653, sum. 251, L.L. T. 1978-B, p. 423, en: *Revista Aceros Ohler S.A.*, sent. del 11 de octubre de 1977.

Creemos en suma, que al no existir la posibilidad formal de un recurso de apelación para analizar la justicia o injusticia del laudo (en cuanto al fondo de la cuestión), por haber sido este validamente renunciado (en dos oportunidades), por tratarse de cuestiones patrimoniales susceptibles de esa renuncia –aunque estuviese comprometido el interés del Estado–, la C.S.J.N. *careció de jurisdicción* para resolver en esa cuestión, como lo hizo, habida cuenta que esta había sido prorrogada (o renunciada) a favor del Tribunal Arbitral, renuncia que, como se dijo, según la clara jurisprudencia del mismo máximo tribunal, resulta irrevocable, y comprende incluso la de esa C.S.J.N. para resolver cualquier aspecto fuera de los expresamente contemplados en el artículo 761 del C.P.C. y C.N.

Prórroga de jurisdicción en los casos en que la nación es parte

Cabe tener en cuenta, por lo demás, que la situación no varía por el hecho de que una empresa nacional sea parte, por cuanto interpretando el artículo 116 de la C.N. (100 de la Constitución de 1.853), se ha entendido que mientras la competencia en razón de la materia, la cuantía y el grado son improrrogables, si lo es la establecida en razón de las personas y territorio, salvo la excepción que fija la ley⁽⁶⁴⁾. Es que en los casos en que la Nación es parte demandada, la jurisdicción no emana de la Constitución Nacional, sino del Congreso. Por ello, se ha entendido

que la Nación puede ser sometida a la jurisdicción de tribunales arbitrales, ya sea que actúe como parte actora o demandada y es prorrogable, bajo dos condiciones:

- a. Siempre que esa jurisdicción haya sido establecida por el congreso y no por el Poder Ejecutivo; y,
- b. Que la Nación actúe en el carácter de persona jurídica, pues cuando actúa como poder público su responsabilidad se rige por principios y disposiciones de carácter nacional cuyo conocimiento, si corresponde, en forma privativa a los jueces federales por razón de la materia⁽⁶⁵⁾.

La prorroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales, cuando el Estado es parte, para que sea válida, debe ser manifestada por sus órganos competentes y siendo el congreso la única autoridad que puede prescribir excepciones al fuero federal, es decir, quien tiene la facultad de declinar la jurisdicción, son nulos de nulidad absoluta los actos del Poder Ejecutivo que la establezcan sin autorización legislativa⁽⁶⁶⁾.

Concordante con ello, la C.S.J.N., en fallos de viejo cuño, ha admitido esta prorroga de jurisdicción en los casos en que la ley los autoriza, sea que la disposición provenga de los códigos comunes o de leyes especiales⁽⁶⁷⁾.

Por su parte la prorroga de jurisdicción (incluso a favor de la arbitral), esta limitada a los casos en que la Nación ha

(64) HARO, Ricardo, *La Competencia Federal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 19.91/92, Fallos: 242:292 y 494, 241:407, 247:414, 255:341, 294:62, 286:203, 258:116, 269:431

(65) GONDRA, Jorge M., *Jurisdicción Federal*, Editorial J.A., Buenos Aires, 1944, pp. 143 y ss.

(66) Fallos 195:155, GONDRA, *Jurisdicción Federal*, cit., p.144.

(67) Fallos 160:133.

actuado en su carácter de persona jurídica, es decir que no es admisible respecto de cuestiones de derecho que afecten el orden público o que conciernan al poder público del Estado⁽⁶⁸⁾.

Si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, su decisión –en cambio– podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223).

El control judicial en los casos de inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad

Como se vio en el punto 3. del numeral 3.3 supra, la Corte con la sola cita de Fallos 292:223, ha establecido también otro peligroso principio general que estimamos se encuentra extralimitado y fuera del marco concreto de la causa que diera lugar a dicho precedente.

En efecto, cierto es que en el caso citado fallado el 7 de julio de 1975 ⁽⁶⁹⁾, la

Corte dijo efectivamente que “la cláusula compromisoria no deja inerte al legitimado contra abusos en que pudiera incurrir el órgano arbitral, porque dígallo o no la respectiva cláusula, el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta mas atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto, y que si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho es función del arbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que hubiese incurrido al laudar (conf. 787 y 788 Cod. Proc.)”.

Pero consideramos que ese caso difiere sustancialmente de Cartellone, impidiendo la aplicación de la doctrina de lo resuelto como precedente, porque se trata de situaciones muy distintas que así lo impiden. En efecto, el fallo citado se trató de un R.E.F. interpuesto con relación a un pronunciamiento de un Tribunal Paritario Nacional que constituyó un explícito supuesto de arbitraje *obligatorio*⁽⁷⁰⁾,

⁽⁶⁸⁾ GONDRA, *Jurisdicción Federal*, cit., p. 144.

⁽⁶⁹⁾ “Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda s/ Expediente administrativo N° 12.663/67 del Ministerio de Trabajo”.

⁽⁷⁰⁾ Se trató de una denuncia efectuada ante el Departamento Provincial de Trabajo de Santa Rosa (La Pampa) por el Sindicato de Luz y Fuerza de Bahía Blanca, contra la Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda, por negarse ésta a reconocer un trabajador la asignación que le correspondería en virtud de reemplazos efectuados en otra categoría que la suya.

La cuestión fue llevada y resuelta por el Tribunal Paritario Nacional para Trabajadores de Luz y Fuerza, según lo previsto en la Ley N° 14.250 y en Convención Colectiva de Trabajo respectiva, el que se pronunció en la Resolución 3/69 haciendo lugar al reclamo efectuado por el sindicato. La decisión fue apelada ante el Secretario de Estado y Trabajo, que desestimó el recurso y confirmó la decisión del Tribunal Paritario Nacional, decisión esta contra la que la Cooperativa dedujo R.E.F. que previa denegaron y queja fue declarado procedente por la C.S.J.N.

La C.S.J.N., aclaró que se trataba de un compromiso de carácter obligatorio para los trabajadores y entidades empresarias que participaran en el convenio colectivo del que forman parte, a lo que añadió que el órgano arbitral es también general y preestablecido por todos los casos que se suscitan –considerando 5.

Puntualizó además que se trató de una controversia planteada exclusivamente sobre el artículo 13 de la Convención Colectiva de Trabajo, tratándose de una situación respecto de la cual los intereses en disputa solo pueden encontrar sustento normativo en las disposiciones creadas por el propio Convenio. –considerando 7.

en el que, como se vio –supra–, la jurisprudencia de la Corte siempre ha considerado que se encontraba excluido de irrecorribilidad por vía del R.E.F., lo cual dio lugar a que la Corte, aplicara la citada doctrina, que no resulta aplicable a los supuestos de arbitraje voluntario en el que, rige el principio opuesto de la inimpugnabilidad judicial por errores in iudicando.

Conforme a la resuelto reiteradamente por la Corte, esta limitación –como cualquier otra limitación a la revisión judicial de los laudos arbitrales– solo rige con relación a los casos en que la jurisdicción a favor de los órganos arbitrales han sido libremente pactada y proviene de la libre determinación de los interesados⁽⁷¹⁾, y no cuando se trata de competencia arbitral obligatoria por haber sido instituida por la ley (arbitraje obligatorio legal), en que siempre se encuentra abierta la posibilidad de revisión judicial.

Como una consecuencia de ello, destaca Palacio⁽⁷²⁾ la C.S.J.N. ha entendido que procede el R.E.F. contra las decisiones o laudos de los tribunales arbitrales, si la competencia arbitral es *obligatoria*, por haber sido instituida por la ley (arbi-

traje obligatorio legal), y median supuestos que así lo ameritan, como cuando el órgano correspondiente haya actuado en ejercicio de específicas funciones judiciales⁽⁷³⁾ o cuando se ponga en tela de juicio la validez constitucional de dicho órgano que sustrae a la justicia el conocimiento de determinadas causas⁽⁷⁴⁾, siempre que no haya mediado voluntaria sujeción a su competencia⁽⁷⁵⁾.

El único y principal argumento de la Corte para justificar su intervención revisora para reanalizar el fondo de la cuestión, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o simplemente de irrazonabilidad, queda así descartado.

Los tribunales arbitrales y las cuestiones de constitucionalidad

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, entendemos que el argumento del control de constitucionalidad, aun dentro del contexto del arbitraje voluntario, no habilita la revisión judicial de los laudos arbitrales de derecho, cuando se ha renunciado al recurso de apelación. Ello así por cuanto no solo la doctrina⁽⁷⁶⁾ sino también la propia jurisprudencia incluso

Como así también que se trato de un compromiso arbitral incluido dentro del contenido lícito y posible de un convenio laboral, referido a los conflictos colectivos o individuales, motivados por las reclamaciones que se formulen sobre la aplicación del propio convenio en que se lo instituye, con el mismo carácter obligatorio que es propio de la naturaleza del acto del cual emana –considerando 8.

La C.S.J.N., finalmente, confirmó la Resolución de la Secretaría de Estado de Trabajo, a su vez confirmatoria de la decisión del Tribunal Paritario Nacional.

(71) Fallos: 237:392, 255:13, 274:323, 250:408, entre otros

(72) PALACIO, Lino E., *El Recurso Extraordinario Federal*, Abeledo Perrot, 1992, pp. 58-59.

(73) Fallos: 242:353, 277:442 y 305:1365.

(74) Fallos: 267:169, 275:489.

(75) Fallos: 249:15, 252:208, 256:17 entre otros.

(76) PALACIO, Lino, "Arbitraje. control de Constitucionalidad y Recurso Extraordinario", L.L. t. 2003. F. Sec. doctrina pp. 1184 y ss., "Otra vez sobre el Arbitraje y el control de constitucionalidad", L.L. sup. Derecho Constitucional 24-V-2004, MORILLO, Augusto M., "Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las Leyes", en: *E.D.*, pp. 198-464.

de la C.S.J.N. ha admitido que atento los efectos de la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales para resolver toda cuestión entre las partes, y considerando el sistema de control difuso de constitucionalidad que establece nuestro sistema constitucional a favor de los jueces (comprensivo de los árbitros, cuando cuentan con jurisdicción para resolver el fondo de la cuestión), los tribunales arbitrales pueden pronunciarse en las cuestiones constitucionales o de interpretación de leyes nacionales, siempre que ellas no aparezcan como parte central y principal del pleito, sino como cuestiones anexas al mismo.

La C.S.J.N., en tal sentido, ha resuelto que la dilucidación de cualquier asunto civil o comercial sometido a la justicia ordinaria, federal o arbitral, puede suscitar la aplicación e interpretación de principios legales contenidos en los códigos comunes o en la Constitución. Es que, tal como también se resolvió el contrato, la ley y la constitución, en cuanto pueden tener entre sí una vinculación mas o menos directa, forman un conjunto indivisible de preceptos que deben consultarse u observarse en su integridad para llegar a la solución que se busca, ya que no es posible interpretar el primero sin referirlo a la ley, ni esta sin referirla a la Constitución. Aplicando aquella con prescindencia de ésta podría llegarse a conclusiones parciales, incompletas y tal vez contradictorias. Supondría diluir la sentencia en

varios y sucesivos pronunciamientos, emanados acaso de jurisdicciones diversas, según a naturaleza de las alegaciones hechas, las que difícilmente podrían conciliarse y concretarse en un fallo definitivo, malogrando así los mejores propósitos de la justicia. No es pues, posible ni menos conveniente destruir la unidad propia del contenido de una causa. Los árbitros juris pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, de carácter mixto o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales, el hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal. Por lo menos la ley no lo faculta⁽⁷⁷⁾.

5. LOS EFECTOS DE CARTELLONE. LA RECIENTE SENTENCIA DE 1ª INSTANCIA EN "YACIRETA"

Lamentablemente, los efectos de Cartellone no tardaron en hacerse notar, y a los tres meses de su dictado se produce un pronunciamiento de primera instancia del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3 del 27 de setiembre de 2004, recaído en la causa 26.444/04⁽⁷⁸⁾.

(77) Fallos 173:221

(78) YACIRETA demanda ante la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo a ERIDAY para que dicha UTE concorra a formalizar el texto del Acta Misión que incluya las postulaciones de la actora, en los términos del artículo 742, 3 Par del C.P.C. y C.N., y a los árbitros designados, en los términos del artículo 747 del mismo Código, para que se aparten del proceso arbitral. En ese marco, y como medida cautelar, solicita el dictado de una medida de no innovar, para que el Tribunal Arbitral –con jurisdicción abierta– se abstenga de proseguir las actuaciones a las que refiere esa litis y se disponga la suspensión de los procedimientos en el proceso arbitral, en los términos del artículo 747 in fine del mismo Código, hasta tanto se resuelva la recusación de los citados árbitros –considerando 1 y 2 del fallo.

En esos autos, ante una demanda promovida por la citada entidad binacional (también de carácter público y estatal), se decretó una medida cautelar de no innovar, respecto de la aprobación del Acta de Misión y de los actos posteriores correspondientes a un proceso arbitral de derecho en pleno trámite ante el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-Paris), promovido por la empresa ERIDAY, funcionando con sede del caso, en Buenos Aires, según las normas procesales acordadas y el Reglamento Arbitral de esa entidad, a la que se habían sometido voluntariamente esa entidad binacional y empresa citada, habiéndose aprobado el compromiso arbitral y designado los árbitros, que luego fueron recusados por la primera⁽⁷⁹⁾.

En el compromiso arbitral se estableció la competencia de la Justicia Federal de la Capital Federal, frente al posible recurso de nulidad a deducir contra el laudo definitivo.

En los fundamentos de la decisión judicial ordenatoria de la cautelar, con nuevamente con expresa y errónea cita del antes referido caso de Fallos 292:223 (*“Cooperativa Eléctrica v. Anexos de General Acha Limitada”*), que como se vio infra, se refiere a un supuesto de arbitraje obligatorio y no voluntario como el que nos ocupa, se dice que el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no importa más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto. Además, que, se añade que, aunque sea función de los ár-

bitros la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho, no queda excluida la posibilidad de impugnar judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que los árbitros hubieren incurrido. Se aclara que ese mismo criterio aparece plasmado en el pronunciamiento del alto tribunal en Cartellone, en el que, según entiende, la Corte reafirma la pertinencia de la tesis amplia respecto del control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, acudiendo a la expresión “supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público”, añadiendo que dicho control corresponderá también cuando “(...) la decisión sea inconstitucional, ilegal o irrazonable”.

Con lo cual se reitera, a nuestro modo de ver, el error de desinterpretación de ese precedente cometido en Cartellone, con el agravante de que en Yacireta, no se trata de una impugnación frente aun laudo arbitral definitivo que resolviera las cuestiones planteadas que incurra en vicios que importen faltas o violaciones esenciales del procedimiento, y con ello del derecho de defensa (artículo 18 de la C.N.), que viabilizarán la acción impugnatoria de nulidad canalizante de una eventual revisión judicial. Sino directamente de actos procesales iniciales dictados en una jurisdicción arbitral abierta (y en pleno trámite) que por esencia y naturaleza, importa —como se vio— una proroga irrevocable a su favor, de la jurisdicción estatal —incluso la de la propia Corte—, la cual solo admitiría permitir su recuperación mediante una acción de impugnación, ex-

⁽⁷⁹⁾ De los antecedentes del fallo surge que trata de un proceso arbitral identificado como Caso CCI N° 11.841/KGA. promovido por “Empresas Reunidas Impregilo –Dumez y Asociadas para Yacireta– Erida Y Ute (Eriday)” reclamando el cobro de diferencias (o mayores costos) surgidos como consecuencia de la ejecución de la obra de Yacireta, por una millonaria suma en dólares.

clusivamente por vía de un posible recurso de nulidad del laudo definitivo, como las partes acordaron y el mismo fallo lo reconoce.

6. LAS MODERNAS CONCEPCIONES EN EL TEMA

Solo nos resta observar que el criterio fijado por la Corte, en tanto pueda ser entendido fuera del expreso marco de la causa, y con los alcances antes indicados, se encuentra en las antípodas del camino que siguen las más modernas corrientes en la materia, en tanto como principio general, no prevén instancia recursiva judicial alguna frente a la justicia o injusticia del laudo arbitral sea de árbitros de derecho y de amigables componedores, sino tan solo una demanda autónoma de nulidad ante la justicia competente, únicamente por expresas y concretas causales, que hacen fundamentalmente a defectos de procedimiento, pero nunca con relación a la cuestión de fondo resuelta.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Uncitral), aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985⁽⁸⁰⁾, establece como principio general, en el artículo 5, que en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Es por ello que, en materia de impugnación del laudo, se establece que "contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un Tribunal (judicial), mediante una petición (o demanda judicial) de nulidad en las causas que taxativamente

determina, fundamentalmente relacionadas con la incapacidad de las partes, invalidez del acuerdo según la ley, graves errores de procedimiento, exceso decisorio respecto de una controversia no prevista, cuestiones no susceptibles de arbitraje o laudo contrario al orden público del Estado -artículo 3".

Y luego de ella, lo han hecho todas las leyes que siguieron sus lineamientos, en la mayoría de los países del mundo.

Cabe destacar en tal sentido, que la reciente Ley española 60 del 23 de diciembre de 2003, reitera, como principio general una limitadísima y excepcional intervención judicial, disponiéndose que en los asuntos que se rijan por dicha ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo los casos en que ésta así lo disponga (artículo 7).

Mientras que respecto de la anulación del laudo, se establece que contra un laudo definitivo solo podrá ejercitarse la acción (judicial) de anulación (artículo 40) en los casos expresamente previstos en el artículo 41, relacionados con vicios graves de procedimiento, con la resolución de cuestiones no sometidas a arbitraje.

En la exposición de motivos de la norma (ap. VIII), se destaca que "respecto de la anulación del laudo, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de la anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros".

⁽⁸⁰⁾ B.O.E. Num. 309, del 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109.

Es importante tener en cuenta que, con esta nueva ley española, tal como se precisa en el ap. I de su exposición de motivos, se tuvo por mira basar ese nuevo régimen jurídico en la citada Ley Modelo Uncitral, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional, según las nuevas exigencias en la materia. Su redacción -se añade- facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y recientes relaciones comerciales. Los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por lo tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en ese país, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar de arbitraje. Añadiendo, mas adelante que la legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas.

Por ese camino, que la C.S.J.N. en *Cartellone* pareciera esquivar, transita el mundo.

7. CONCLUSIONES

Creemos que el fallo *Cartellone*, es poco feliz y auspicioso tanto para el arbi-

traje interno como internacional, si se lo despoja de sus expresos y concretos antecedentes condicionantes, con las necesarias reservas y salvedades, para evitar otras perjudiciales desinterpretaciones. Entender como doctrina emergente del mismo que los laudos arbitrales, no obstante la renuncia a la apelación judicial, pueden ser igualmente impugnables en esa sede por causales tan amplias, como la existencia de razones de orden público, inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad, implica desnaturalizar el arbitraje o desconocerlo como instrumento jurisdiccional de resolución de conflictos.

Si se pretendió lograr la justicia del caso, pudo buscarse la solución por otras vías encajadas en la interpretación de alguna de las causales propias del recurso de nulidad, pero no entrando lisa y llanamente a revisar el fondo de la cuestión, sobre la base de argumentos tan laxos como incorrectos.

Habiéndose suprimido el TADOP, cuyas decisiones contra los intereses del Estado inspiraran directamente su dictado, sería conveniente que la Corte, en un próximo fallo, recuperara la senda perdida, volviendo el arbitraje a sus cauces naturales. A ello colaboraría, por lo demás, la urgente sanción de una Ley de Arbitraje postergada (iniciativa que cuenta con estado parlamentario) siguiendo los lineamientos generales de la Ley Uncitral, como lo han hecho las más modernas y avanzadas legislaciones del mundo. ^[2]

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE EJECUTAR UN LAUDO EXTRANJERO

Por: ALEXIS MOURRE (*)

SUMARIO: A. Laudos privados. B. Laudos CIADI. C. Laudos del *Iran - US Claims Tribunal*.

1. Reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros es una obligación internacional del Estado cuando es prevista por una convención bilateral o multilateral. Aunque existen vigentes algunos acuerdos bilaterales de cooperación judicial que se aplican al reconocimiento, no sólo de fallos judiciales, sino también a laudos proferidos en otro Estado, la convención internacional por excelencia con vocación universal para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es la Convención de New York de 1958. Existen, sin embargo, otros instrumentos internacionales de carácter multilateral en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros con vocación regional. Tal es el caso de la Convención Europea

de 1961 o de la Convención de Panamá de 1975. En materia de inversiones, el artículo 54 - 1 de la Convención de Washington de 1965 (Convención CIADI), consagra la obligación de los Estados de reconocer el carácter obligatorio de laudos proferidos bajo su reglamento, con el deber de asegurar la ejecución de las obligaciones impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia en firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. En el caso del *Iran - US Claims Tribunal*, el artículo IV de la Declaración sobre arreglo de disputas de los Acuerdos de Argel prevé que los laudos proferidos por el tribunal no son susceptibles de recurso y podrán ser ejecutados contra el Estado.

(*) Miembro de la Law Society (Foreign Lawyer) de Londres. Miembro del Consejo del Instituto de Derecho Internacional de los Negocios de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro fundador del despacho Castaldi, Mourre & Asociados, París y Milán.

2. Se plantea por lo tanto la cuestión de saber cuales son las consecuencias de un incumplimiento de dichas obligaciones del Estado. La respuesta parece deber ser que, en dicha hipótesis, el Estado compromete su responsabilidad internacional. Hay, sin embargo, que distinguir entre varias posibles situaciones.

A. LAUDOS PRIVADOS

3. La hipótesis aquí planteada es que la jurisdicción de un Estado se niega, en violación manifiesta de sus obligaciones internacionales, a reconocer y ejecutar un laudo arbitral. Que éste laudo sea proferido entre partes privadas o implique que el Estado mismo no tiene relevancia al respecto. El hecho que nos interesa aquí es que la jurisdicción del Estado incumple las obligaciones a su cargo en virtud de la Convención de New York o de cualquier otro instrumento internacional que prevea la obligación de reconocer y ejecutar el laudo arbitral. Igual problemática sería planteada en términos idénticos, si las jurisdicciones del Estado se negaran a prestar su colaboración al arbitraje, como por ejemplo negándose a declararse incompetentes o negándose a designar un árbitro. Un tal comportamiento sería contrario a la obligación prevista en el artículo II de la Convención de New York de reconocer sus efectos a las convenciones de arbitraje.

4. Bajo ésta hipótesis, se podría imaginar que el acreedor privado recurriera a la protección diplomática, pero ésta vía sería seguramente difícil y se arriesgaría a encontrarse con objeciones relati-

vas a la independencia del poder judicial local. En cambio, perfectamente se puede concebir que estas circunstancias pueden constituir, no solamente una violación a la Convención de New York (o de cualquier otro instrumento internacional que obligue al Estado a reconocer el laudo arbitral), sino también a un tratado bilateral de protección de las inversiones.

5. Esto es lo que consideró por primera vez un tribunal arbitral del CIADI en un laudo del 21 de marzo de 2007⁽¹⁾. El caso consistía en un litigio entre una sociedad italiana (Saipem) y una sociedad pública de Bangladesh (Petrobangla), en relación con un contrato de construcción de un pipe-line. El contrato preveía una cláusula de arbitraje CCI, y la sede del arbitraje estaba situada en Dhaka en Bangladesh. Durante el procedimiento, Petrobangla tomó la iniciativa de acudir a la jurisdicción de Bangladesh por diversos motivos; primero, para solicitar la revocación de los árbitros; segundo, para aplazar el procedimiento arbitral, y finalmente para obtener una *anti-suit injunction*. El 24 de noviembre de 1997, la Corte Suprema de Bangladesh ordenó a Saipem el suspender el arbitraje. Posteriormente, el 5 de abril de 2000, el tribunal de Dhaka revocó el tribunal arbitral, quien, no obstante, continuó con sus operaciones, estimando que la recusación de los árbitros era de la competencia exclusiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Luego, la corte de Bangladesh ordenó a Saipem, una vez más, poner fin al arbitraje. El tribunal arbitral, no obstante, decidió proferir su laudo reconociendo las pretensiones de Saipem. Petrobangla acude

⁽¹⁾ International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID Case N° ARB/05/07. Asunto: Saipem S.p.A v. The people's Republic of Bangladesh.

entonces a los tribunales de Bangladesh, solicitando la anulación de dicho laudo arbitral. La Corte Suprema de Bangladesh, mediante decisión del 21 de abril de 2004, rechaza el recurso, considerando que el laudo arbitral estaba desprovisto de cualquiera existencia legal, y no podía por lo tanto ser objeto de ningún recurso⁽²⁾.

6. Posteriormente, diversos procedimientos de ejecución se adelantaron en Bangladesh e Italia, que tenían por objeto prohibir el pago de una garantía bancaria a favor de Petrobangla. En octubre de 2004, Saipem inicia una acción contra el Estado de Bangladesh ante un tribunal del CIADI, con fundamento en el tratado bilateral de protección de las inversiones firmado el 20 de marzo de 1990 entre Italia y Bangladesh, recriminando el comportamiento de Bangladesh, equivalente a una expropiación al derecho del Saipem de someter sus pretensiones a un tribunal arbitral, siendo éste un derecho contractual concebido en el marco de las previsiones del tratado bilateral.

7. El Estado de Bangladesh respondió controvirtiendo la competencia del tribunal arbitral, afirmando, que a su juicio, Saipem no había realizado una inversión y además, por una parte, que el tratado bilateral excluía el consentimiento del Estado para las consecuencias de los actos de sus jurisdicciones, y de otra parte, que Saipem no había apelado la decisión del tribunal de Dhaka que revocaba el tribunal arbitral CCI, lo cual privaba al Estado de la posibilidad de rectificar dicha decisión. Finalmente, el Estado afirmó que

Saipem, al aceptar la sede del arbitraje en Dhakha, había aceptado la competencia de las jurisdicciones de éste país.

8. Después de haber considerado que la operación litigiosa constituía una inversión en el sentido del artículo 25 de la Convención CIADI y del tratado bilateral, el tribunal no estimó necesario el determinar si el laudo, en si mismo, podía ser calificado de inversión, toda vez que:

“the rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the contract. The ICC Award crystallized the parties’ rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within article 1(1) (c) of the BIT”⁽³⁾.

9. El tribunal estimó que el comportamiento del Estado de Bangladesh, tendiente a privar de efectos el procedimiento arbitral CCI acordado por las partes, era equivalente a una expropiación ilícita ya que :

“it is widely accepted under general international law that immaterial rights can be the subject of expropriation. Moreover, as the European Court of Human Rights unequivocally held, rights under judicial decisions are protected property that can be the object of an expropriation (...)”⁽⁴⁾

(2) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 36: “(...) it was misconceived and incompetent inasmuch as there is no Award in the eye of the law, which can be set aside”.

(3) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 127, p. 35.

(4) ICSID Case N° ARB/05/07, N° 130, p. 36.

10. El tribunal rechaza el argumento según el cual la actuación de la corte de Bangladesh estaría excluida de las disposiciones contenidas en el tratado bilateral, ya que a su juicio:

“(…) there is no reason why a judicial act could not result in an expropriation. Nothing in the BIT indicates such a limitation. Moreover, Bangladesh did not cite any decision supporting the opposite view. Quite to the contrary, The Tribunal notes that the European Court of Human Rights had no hesitation to hold that court decisions can amount to an expropriation. Indeed, this is at least implicitly conceded by Bangladesh when it insists on the fact that consent to jurisdiction over the purported expropriation by acts of the judiciary is excluded by article 5.1 of the BIT”⁽⁵⁾.

11. El tribunal continua:

“According to Saipem, interpreting the last phrase of this provision as an exclusion of the consent to arbitrate with respect to judicial acts would result in negating the protection which BIT grants investors. It stresses the “in almost all instances expropriations occur as a result of actions which directly or indirectly derive from an action contemplated in a law or a judgment” and that accepting the Respondent’s position would render the State’s actions immune from the rules of the BIT”⁽⁶⁾.

Y considera:

“In the Tribunal’s opinion, Article 5 (1) (1) in fine cannot be understood as creating immunity in favour of the judiciary power. This provision merely affirms the principle that, “ in order to escape being considered an internationally wrongful act, a State measure limiting or excluding an investor’s rights of ownership, control or enjoyment can only be considered legal if it has been adopted by law or by a judicial decision”⁽⁷⁾.

12. Finalmente, el tribunal estimó, con una motivación muy importante, que las eventuales violaciones de la Convención de New York cometidas por el Estado de Bangladesh no eran exclusivamente relevantes en las relaciones contractuales entre Saipem y Petrobanga, sino que también podían comprometer la misma responsabilidad internacional del Estado:

“In the Tribunal’s view, the essence of Saipem’s case is that the courts of Bangladesh acted in violation of the New York Convention and in an “illegal, arbitrary and idiosyncratic” manner amounting to a violation of the protection afforded to foreign investor under Article 5 of the BIT. Saipem does not request relief under the contract; it does not raise contract claims over which the Tribunal would have no jurisdiction”⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 132, p. 37.

⁽⁶⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 136, p. 38.

⁽⁷⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 137, p. 38.

⁽⁸⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 141, p. 39.

13. A este respecto, el tribunal estimó que el arbitraje CIADI no podía ser considerado como una vía indirecta para obtener la ejecución de laudo arbitral y convertirse en un procedimiento abusivo, tal y como se deduce de los considerandos 155 a 158 del laudo arbitral:

“(...) the present proceedings are not aimed at enforcing an award which is inexistent according to the courts of Bangladesh. The Tribunal understands Saipem’s case to claim that Bangladesh has frustrated its rights by unlawfully interfering in the arbitration process. The fact that the indemnity claimed in this arbitration matches the amounts awarded in the ICC arbitration at least to some extent, does not mean in and of itself that this Tribunal would “enforce” the ICC Award in the event of treaty breach. To avoid any ambiguity, the Tribunal stresses that Saipem’s claim does not deal with the courts’ regular exercise of their power to rule over annulment or setting aside proceedings of an award rendered within their jurisdiction. It deals with the court’s alleged wrongful interference”⁽⁹⁾.

“Finally, Bangladesh invokes “an abuse of process (...) because this whole claim goes against party autonomy”. In substance, Bangladesh insists that, by choosing a seat of the arbitration in Dhaka, Saipem has ac-

cepted the supervisory powers of the local courts and thus assumed the risk of such courts interfering. It argues that a determination by this Tribunal not recognizing the nullity of the ICC Award would be contrary to party autonomy”⁽¹⁰⁾.

“In the Tribunal’s opinion, it is true that the choice of Dhaka as seat of the arbitration implied the acceptance on the jurisdiction of the local courts in aid and control of the ICC Arbitration and the acceptance of the related litigation risk. It is also true that –contrary to Saipem’s submission– the latter was not compelled to accept that risk”⁽¹¹⁾.

“But this is not the question here. By accepting jurisdiction, this Tribunal does not institute itself as control body over the ICC Arbitration, nor as enforcement court, nor as a supranational appellate body for local court decisions. This Tribunal is a treaty judge. It is called upon to rule exclusively on treaty breaches, whatever the context in which such treaty breaches arise”⁽¹²⁾.

14. El tribunal, sin embargo, no resolvió la objeción según la cual la reclamación de Saipem estaba en realidad fundada en una denegación de justicia, la cual hubiera implicado, en derecho internacional consuetudinario, que las vías de recursos internas hubieran sido agotadas:

⁽⁹⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 155, p. 43.

⁽¹⁰⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 156, p. 43.

⁽¹¹⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 157, p. 43.

⁽¹²⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 158, p. 43.

“Whether Saipem’s treaty claim is well-founded is a different issue which will be decided when dealing with the merits of the dispute. For instance, it is not for the Tribunal to rule at this stage on Bangladesh’s submission that “the Claimant is in essence asserting that the Bangladesh’s court acted in a way to deny it justice” and that such a breach of international law presupposes the exhaustion of local remedies, or on the allegation that the courts of Bangladesh actually breached the New York Convention or other principles of international law. These are matters which will have to be reviewed during the merits phase of this arbitration”⁽¹³⁾.

15. Pero el tribunal estimó que en el plano de la admisibilidad de la demanda bajo el tratado bilateral, la objeción sustentada en el agotamiento de las vías de recurso interno era infundada. El tribunal trata, entonces, el asunto del agotamiento de las vías de recurso internos como un asunto de fondo en la medida que la demanda debiera ser considerada sustentada en una alegación de denegación de justicia, y no como un asunto de competencia en el sentido del tratado bilateral:

“It is Bangladesh’s submission that Saipem did not exhaust all the local remedies available against the court decision issued in relation to the arbitration, in particular the decision to revoke the arbitrator’s authority.

Moreover, Bangladesh submits that there is no evidence before the Tribunal that it would have been futile for Saipem to take such further judicial steps”⁽¹⁴⁾.

“To the extent that this submission is regarded as a bar to the admissibility of the claim and/or to the jurisdiction of the Tribunal, the Tribunal cannot follow it. Article 26 of the ICSID Convention dispenses with the requirement to exhaust local remedies. It is true that such requirement does apply to claims based on denial of justice, but this is not a matter of the claim’s admissibility but a substantive requirement. As a matter of principle, exhaustion of local remedies does not apply in expropriation law. Since Saipem’s claim is brought on the ground of expropriation there appears to be no ground to deny jurisdiction for the reason that Saipem did not exhaust the judicial remedies available in Bangladesh”⁽¹⁵⁾.

“That said, it is true that in the present case the alleged expropriation authority is a judicial body. This raises the question whether an analogy should be made between expropriation and denial of justice when it comes to exhaustion of local remedies. Bangladesh actually argues that Saipem is in essence asserting that the Bangladesh’s courts acted in a way to deny it justice”⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 142, p. 39.

⁽¹⁴⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 150, p. 41.

⁽¹⁵⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 151, p. 41.

⁽¹⁶⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 152, p. 42.

“Whether the requirement of exhaustion of local remedies may be applicable by analogy to an expropriation by the acts of a court and whether, in the affirmative, the available remedies were effective are questions to be addressed with the merits of the dispute. The relevant test for jurisdictional purposes requires that the facts alleged may constitute a breach of article 5 of the BIT. Saipem’s contention that the courts of Bangladesh expropriated its investment and the available remedies were futile meets this test. If they were proven, they may constitute breaches of article 5 of the BIT”⁽¹⁷⁾.

16. Las conclusiones que pueden ser deducidas de ésta decisión son entonces claras: la violación manifiesta por un Estado de sus obligaciones consagradas en la Convención de New York o en cualquier otra convención internacional relativa al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional y dar lugar al pago de una indemnización en favor de la parte acreedora. Es necesario, sin embargo, para esto, que la operación con ocasión de la cual el litigio nació pueda ser calificada de inversión en el sentido del tratado bilateral aplicable y

eventualmente del artículo 25 de la Convención de Washington en el caso de un arbitraje CIADI.

17. El interrogante a resolver es el de saber a partir de que momento las decisiones de los tribunales de un Estado pueden ser equiparadas a una violación de la Convención de New York o de cualquier otro instrumento internacional aplicable. Esta pregunta no fue resuelta en el laudo Saipem. Se puede pensar que la anulación de un laudo por las jurisdicciones de un Estado diferente de aquel de la sede del arbitraje constituiría una tal violación⁽¹⁸⁾. Igualmente, el rechazo por las jurisdicciones del Estado de reconocer un laudo extranjero por motivos otros que aquellos previstos por la Convención constituiría una violación⁽¹⁹⁾.

18. La hipótesis del asunto Saipem es más delicada, toda vez que la decisión de revocación del tribunal arbitral fue tomada por las mismas jurisdicciones del país donde el arbitraje tenía su sede, y la competencia de los tribunales para este tema no es un asunto regulado por la Convención de New York. Igual, la anulación del laudo arbitral, proferida por los tribunales del país de la sede del arbitraje, basada en una interpretación extensa de la noción de orden público o de arbitrabilidad, podría difícilmente, según nosotros,

⁽¹⁷⁾ ICSID Case N° ARB/05/07, N° 153, p. 42.

⁽¹⁸⁾ Tal hipótesis es ciertamente excepcional, pero hay por lo menos un ejemplo de esto: Tribunal de Djakarta, 27 de agosto de 2002, *KBC c. Pertamina*, citado por E. Gaillard en: *Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annullées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine: JDI* 2003, 1009. Véase también, el caso de una decisión de incompetencia proferida por una corte americana ante la cual una parte pedía la anulación de un laudo proferido en el extranjero: *Internacional Standard Electric v. Bidas Petrolera*, YBK 1992, 639.

⁽¹⁹⁾ Véase por ejemplo, el caso de la anulación de un laudo porque los árbitros habían decidido, de conformidad con la práctica internacional, interrogar los testigos sin hacerlos prestar juramento: Corte de apelación de Dubai, 8 de junio de 2003, *Bechtel c. Dirección General de la Aviación Civil de Dubai*, *Stockholm International Arbitration Review*, 2005:3, 172. En este caso se trataba, sin embargo, de un laudo proferido en Dubai.

ser elevada a nivel de una violación de las obligaciones internacionales del Estado.

Los desarrollos del asunto Saipem deberían permitirnos obtener de pronto una respuesta a estos interrogantes. Es de todas maneras deseable que el derecho internacional permita garantizar mejor la eficacia de la Convención de New York con el fin de reforzar la ejecución de laudos.

B. LAUDOS CIADI

19. El tema aquí planteado es el de la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo CIADI. El numeral segundo del artículo 54 de la Convención CIADI aligera las formalidades para la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI. Es suficiente que el interesado aporte una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario, quien dará fe de la autenticidad del laudo y verificará que no se ha declarado suspensión del laudo. Cabe mencionar que la solicitud de aclaración, revisión o anulación del laudo no tiene por efecto automático suspender su reconocimiento y ejecución. La Convención CIADI, en el mismo artículo 54, prevé la obligación de los Estados de ejecutar los laudos CIADI como si fueran fallos definitivos de sus tribunales internos. Esta obligación subsiste tanto para el Estado parte en el procedimiento arbitral como para el Estado cuyo nacional es parte del mismo procedimiento. Esta obligación no debe ser confundida con aquella contenida en el artículo 53, la cual se predica en relación a las partes del procedimiento, quienes re-

conocen el carácter obligatorio del laudo, comprometiéndose a cumplirlo en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en la misma Convención. Las obligaciones contenidas en estos dos artículos son predicables tan pronto el laudo es proferido.

20. Las normas vigentes locales para la ejecución de laudos CIADI son las normas locales aplicables al procedimiento de ejecución, y no las aplicables a los recursos contra laudos, no siendo los laudos CIADI sujetos a cualquier recurso de derecho interno. Por tanto, no podría el Estado poner limitaciones a la ejecución del laudo. Por ejemplo, la Corte de apelación de París anuló una decisión del juez del *exequatur* francés que había puesto como limitación a la ejecución de un laudo CIADI que el tribunal habría debido autorizar medidas de ejecución. La Corte de París falló que:

“El juez de primera instancia, actuando bajo requerimiento conforme con el artículo 54 de la Convención de Washington, no podía, sin exceder su competencia, involucrarse en asuntos posteriores relativos a la ejecución, a los cuales se refiere el asunto de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros”⁽²⁰⁾.

21. Sin embargo, el artículo 55 de la Convención CIADI permite expresamente al Estado prevalerse de su inmunidad de ejecución para resistirse a la ejecución del laudo si tal inmunidad fuera también aplicable a un fallo de sus tribu-

⁽²⁰⁾ TGI Paris, 23 de diciembre de 1980, *Benvenuti c. Congo*, *JDI* 1981, 365; Corte de apelación de París, 13 de enero de 1981, *JDI*, 1981, 843.

nales internos. Que la ejecución del laudo sea imposible debido al ejercicio de su inmunidad de ejecución constituye, no obstante, una violación de la obligación del Estado de cumplir al laudo, tal y como dicha obligación es prevista por el artículo 53 de la Convención CIADI⁽²¹⁾. Como falló el Comité *Ad Hoc* en el asunto *Mine c. Guinea*: “State immunity may well afford a legal defense to forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award. (...) Non compliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions”⁽²²⁾.

22. ¿Entonces, cuales serían las vías o acciones con las que contaría el interesado en la ejecución para satisfacer las acreencias que le fueron reconocidas en el laudo arbitral? La vía sería la protección diplomática o la promoción de una reclamación internacional contra el Estado recalcitrante. Así está concebido en el artículo 27 numeral 1 de la Convención CIADI, según el cual:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

23. Este artículo debe ser interpretado en el sentido que el inversionista reinaría su derecho de acudir a la protección diplomática en el caso de imposibilidad de ejecución de un laudo CIADI debido al ejercicio de la inmunidad de ejecución del Estado. La protección diplomática es una institución del derecho internacional consuetudinario que permite a un Estado hacer suya la reclamación de uno de sus nacionales contra otro Estado. Esta institución, que se ha desarrollado en una época en la cual todavía no existía acceso directo para los privados a la justicia arbitral internacional para arreglar disputas con Estados, supone una serie de condiciones para su ejercicio. Primero se debe establecer la nacionalidad del solicitante cuyo lazo de nacionalidad debe existir continuamente desde el momento de la comisión del daño hasta la resolución de la reclamación. Segundo, la reclamación debe basarse en un acto injusto a la luz del derecho internacional. Tercero, presupone el agotamiento de todos recursos internos en el Estado autor del acto injusto. No obstante el cumplimiento de las mencionadas condiciones, el inversionista no goza automáticamente de la protección diplomática, toda vez que ésta depende de la discrecionalidad política de su gobierno, quien podrá decidir no adelantar ninguna reclamación internacional, suspenderla, renunciar o llegar a un acuerdo para terminarla⁽²³⁾.

24. Como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática, el Estado del inversionista podría plantear una demanda ante la Corte Internacional de

(21) SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, 2001, N° 107, p. 1140.

(22) Orden provisional N° 1 en la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo del 12 de agosto 1988; 4 CIADI Reports 115/6.

(23) SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, cit., p. 398.

Justicia, conforme con el artículo 64 de la Convención CIADI:

“Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo”.

25. Posiblemente, sin embargo, se podrá también aplicar una cláusula de arbitraje entre Estados prevista en el tratado bilateral de protección de las inversiones como consecuencia del incumplimiento de laudo CIADI proferido. La posibilidad para los Estados de acordar otro modo de solución de sus conflictos está expresamente prevista en el mencionado artículo 64 de la Convención CIADI.

26. Finalmente vale la pena mencionar, en relación con la ejecución de laudos CIADI, el rol del Banco Mundial, quien serviría de incentivo para los Estados en el cumplimiento y ejecución de dichos laudos. No obstante que el CIADI es un ente autónomo del Banco Mundial, la inejecución de un laudo CIADI sería tenida en consideración por el Banco Mundial, tal y como lo resalta Andrea Giardina, al momento de formular su política de crédito en relación con el Estado recalcitrante⁽²⁴⁾. Es conocido que el Se-

cretario General del CIADI, quien es generalmente también Consejero General del Banco mundial, ha comunicado oficialmente a las partes recalcitrantes su obligación de cumplir con los laudos proferidos⁽²⁵⁾. Sin embargo, el Banco Mundial no se ha referido públicamente acerca de las consecuencias para nuevos créditos para Estados partes que no han honrado sus obligaciones derivadas de un laudo y de la Convención CIADI⁽²⁶⁾.

C. LAUDOS DEL IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL

27. El caso de los laudos emitidos por el *Iran-US Claims Tribunal* es particular. Recordemos que fue a través de un tratado internacional del 19 de enero de 1981, los Acuerdos de Argel, que éste tribunal fue instituido. El artículo IV de la Declaración sobre el arreglo de conflictos de los Acuerdos de Argel prevé que los laudos proferidos por el tribunal son definitivos y obligatorios para las partes. Posteriormente, estipula que todo laudo que haya sido proferido en contra de uno de los Estados podrá ser ejecutado contra dicho Estado ante los tribunales de cualquier Estado de conformidad con su legislación interna. Sin embargo, los Acuerdos de Argel no consagran un régimen especial de ejecución de laudos, como es el caso de la Convención de Washington en su artículo 54⁽²⁷⁾. Solo se prevé que Irán se compromete a mantener en una cuenta

⁽²⁴⁾ GIARDINA, Andrea, “L’ exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”, en: *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 293.


⁽²⁵⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, 2001, N° 33, p. 1088.

⁽²⁶⁾ BALDWIN, Edward / KANTOR, Mark y NOLAN, Michael, *Limits to enforcement of ICSID Award*; *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, N° 1, february 2006, p. 22.

⁽²⁷⁾ POUURET y BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, p. 867.

una suma suficiente para asegurar los pagos debidos ordenados en los laudos proferidos por el tribunal. Los Estados Unidos han presentado ya dos reclamaciones ante el tribunal con el fin que sea ordenado a Irán el restablecimiento del equilibrio en la mencionada cuenta. En un primer caso (N°A/28), como la cuenta no estaba por debajo del monto previsto, el tribunal no ordenó su restablecimiento pero manifestó que esperaba que llegado el caso Irán cumpliría con dicha obligación⁽²⁸⁾. En un segundo caso (N°A/33) nuevamente los Estados Unidos presentaron reclamación, y el tribunal concluyó que “Iran es obligado a cumplir con su compromiso de restablecer el equilibrio en la cuenta de seguridad tal y como le fue determinado por el tribunal en su decisión en el caso N° A/28”⁽²⁹⁾.

28. Al prever que los Estados se comprometen a ejecutar los laudos, los Acuerdos de Argel pueden ser interpretados, en

ausencia de cláusula en sentido diferente, como una renuncia a la inmunidad de ejecución. ¿Sería entonces responsable el Estado que se negase a ejecutar el laudo? La respuesta debe ser positiva. En el caso *Gould*, Irán planteó una demanda ante el *Iran-US Claims Tribunal* contra Estados Unidos por no haber ejecutado un laudo anterior del mismo tribunal, emitido en un caso *Avco*. Los tribunales estadounidenses, en efecto, se habían negado a ejecutar el laudo *Avco* basándose en el artículo V de la Convención de New York⁽³⁰⁾. El tribunal admitió dicha reclamación de Irán⁽³¹⁾, y condenó a Estados Unidos al pago de los montos a los cuales habían sido condenados en el laudo *Avco*. El tribunal estimó que sin importar cual fuera la solución adoptada a la cuestión de saber si sus laudos eran sometidos a la Convención de New York, el Estado compromete su responsabilidad internacional al negarse a ejecutar un laudo del *Iran-US Claims Tribunal*. 

(28) Decisión N° 130-A28-FT, 19 de diciembre de 2000, 26YB Comm Arb, p. 560.

(29) Decisión N° 132-A33-FT, 9 de septiembre de 2004, 30YB Comm Arb, pp. 279-302.

(30) POUURET y BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 910.

(31) YCA 1999, 512.

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LAUDOS ANULADOS

Por: EDUARDO ZULETA (*)

SUMARIO: 1. Los criterios establecidos en la Convención de Nueva York para determinar qué laudo se aplica. 2. La jurisprudencia en materia de reconocimiento y ejecución de laudos anulados. 2.1. Los antecedentes. 2.2. El caso *Hilmarton*. 2.3. El caso *Chromalloy*. a. Francia b. Estados Unidos. (i) Interpretación del texto en inglés del artículo V de la Convención de Nueva York. (ii) Aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York. (iii) Interpretación del texto de la cláusula arbitral. 2.4. El caso *Sonatrach*. 2.5. El caso *Radenska*. 2.6. El caso *Baker Marine*. 2.7. El caso *Termorio*. 3. La anulación de un laudo en un Estado no impide necesariamente su reconocimiento y ejecución en otro Estado.

Si llegare a prosperar alguna de las causales de anulación previstas en la ley, se declarará la nulidad del laudo. Así lo dispone, por regla general, la normatividad de todos los países en los que se consagra el recurso de anulación como un recurso extraordinario contra las decisiones arbitrales. Anulado el laudo, cesan sus efectos y no será ya posible ejecutarlo en el país en el que fue proferido. Pero, ¿puede afirmarse que existe una “internacionalidad” de la anulación? En otras palabras, ¿la anulación de un laudo arbitral también impide su reconocimiento y eje-

cución en un país diferente a aquel en el cual se decretó la anulación? La respuesta parece sencilla.

En efecto, el artículo V (1)(e) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York) dispone que podrá negarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esa parte prueba que la sentencia arbitral “ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente

(*) Socio de Zuleta & Partners Legal Group Colombia. El autor agradece la invaluable colaboración de Rafael Rincón Ordóñez en la elaboración de este artículo.

del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.”

Dos serían entonces los supuestos para impedir el reconocimiento de un laudo anulado.

En primer lugar, la alegación de parte. Quien se opone debe invocar y probar la causal del citado artículo V (1) (e) pues esta no es de aquellas que puede ser declarada de oficio por el juez. Durante la vigencia de la Convención de Ginebra de 1927, la parte que solicitaba el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral tenía la carga de probar que el laudo cumplía con las condiciones establecidas en la referida Convención para el reconocimiento y ejecución del laudo. Este principio fue modificado por la Convención de Nueva York en lo que “representa un enorme progreso y refleja un cambio de actitud radical frente a los laudos arbitrables”⁽¹⁾. Significa esto que es la parte contra quien se va a hacer efectivo el laudo la que debe alegar y probar una de las causales de denegación previstas en la Convención de Nueva York. Si no la alega o no la prueba, el juez competente otorgará el reconocimiento y ejecución del laudo, a menos que encuentre aplicable una de las dos causales en que la Convención de Nueva York autoriza la negativa de oficio, es decir, arbitrabilidad y orden público.

En segundo lugar, que la sentencia de anulación haya sido proferida por la

autoridad competente del país en el cual se haya proferido el laudo o en el país conforme a cuya ley se haya dictado la sentencia arbitral⁽²⁾.

Sin embargo, atendiendo a los criterios de la Convención de Nueva York en lo que se refiere al laudo arbitral y teniendo en cuenta la jurisprudencia en materia de reconocimiento y ejecución de laudos anulados, la anulación del laudo en un Estado no impide necesariamente su reconocimiento y ejecución en otro Estado.

1. LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK PARA DETERMINAR A QUÉ LAUDOS SE APLICA

La Convención de Nueva York, como su mismo título lo indica, se aplica a las “sentencias arbitrales extranjeras”.

El artículo I de la Convención de Nueva York, establece dos criterios para precisar a qué laudos se aplica.

El primer criterio es eminentemente territorial. Un laudo es extranjero cuando ha sido dictado “en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución”. Basta, en consecuencia, a la luz de este primer criterio, que el laudo se haya proferido en un país diferente de aquel en el cual se pretende su reconocimiento y ejecución⁽³⁾.

(1) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *On international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 968.

(2) Esta segunda hipótesis se refiere al evento en que una corte tenga jurisdicción para anular un laudo proferido por fuera del territorio del Estado de esa corte, por ejemplo, porque en el arbitraje respectivo se aplicó su *lex arbitri*. Por razones prácticas las legislaciones modernas de arbitraje limitan la jurisdicción del juez de anulación a los casos de laudos proferidos dentro de su territorio, a fin de evitar decisiones contradictorias de jueces correspondientes a foros diferentes, frente a un mismo laudo.

(3) Pese a que en el Proyecto de Convención preparado por la CCI se hacía referencia a “laudo arbitral internacional”, buscando una desvinculación del laudo de toda legislación nacional, en el texto final se

De conformidad con el segundo criterio, la Convención de Nueva York se aplica a aquellos laudos arbitrales que no sean considerados como nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución. Quedarán entonces amparadas por la Convención de Nueva York, aquellos laudos arbitrales que, no obstante haber sido proferidos en el mismo país del juez que conoce de la solicitud de reconocimiento y ejecución, no califiquen como laudos arbitrales nacionales de acuerdo con la *lex fori* del citado juez. Así, por ejemplo, cortes de los Estados Unidos de América han considerado que no califican como laudos arbitrales nacionales aquellos “que están sujetos a la Convención no porque hayan sido dictados en el exterior, sino porque han sido dictados bajo el marco legal de otro país, por ejemplo, dictados de acuerdo con una ley extranjera, o porque involucran partes domiciliadas o que tienen su asiento principal de negocios fuera de la jurisdicción en que se pide el reconocimiento y ejecución”⁽⁴⁾.

En síntesis, el juez del Estado requerido deberá determinar si el laudo fue proferido fuera del territorio de ese Estado y en caso afirmativo, tendrá que aplicar el primero de los criterios señalados. Si el laudo fue proferido en el mismo Estado

en el cual se solicita el reconocimiento y ejecución, el juez tendrá entonces que determinar, bajo su *lex fori*, si el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se solicita es o no nacional. Si lo fuere, descartará la aplicación de la Convención de Nueva York. Si concluye que el laudo no es nacional, aplicará la Convención de Nueva York bajo el segundo de los criterios señalados.

Aunque no es materia de este análisis, los criterios antes mencionados unidos al texto del artículo V de la Convención de Nueva York, sugieren que el carácter de “laudo” de una providencia emitida por un tribunal arbitral debe definirse a la luz de la ley convenida por las partes o, en su defecto, la ley del país en el que se profirió el laudo⁽⁵⁾.

2. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS

La doctrina más autorizada está dividida entre quienes estiman que es posible el reconocimiento en una jurisdicción de un laudo anulado en otra y quienes estiman que la anulación en una jurisdicción debe respetarse en todas las demás⁽⁶⁾.

adoptó la referencia a “sentencia arbitral extranjera”. Debe tenerse en cuenta que, bajo este criterio finalmente adoptado por la Convención de Nueva York, el carácter nacional o internacional del arbitraje que dio origen al laudo no tendría incidencia alguna en la aplicación de la Convención; lo que prevalece es el lugar en que se profirió el laudo. Por ende, un laudo arbitral proferido en un determinado país dentro de un arbitraje puramente doméstico podría hacerse efectivo en otro país al amparo de la Convención de Nueva York. El arbitraje sería nacional pero el laudo, para efectos de la Convención de Nueva York, sería extranjero.

(4) Corte de Apelaciones del Decimoprimer Distrito; Yearbook Comm. Arb. XXIV (1999), p. 823.

(5) En este sentido, resultaría equivocado análisis de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en providencias de 26 de enero y 1 de marzo de 1999 en las que concluye que la calificación para determinar si una providencia es o no un laudo debe hacerse atendiendo únicamente a la ley del Estado requerido (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente N° 7474).

(6) Véase, por ejemplo, PAULSSON, Jan, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, ICC ICARB. BULL.14 (Nov. 1998); PAULSSON, Jan, “The case for disregarding local standard annul-

Decisiones proferidas en cuatro países signatarios de la Convención de Nueva York en las que, por razones diferentes, se aceptó el reconocimiento de laudos arbitrales anulados contribuyeron al debate. Después de algunos antecedentes en los que se sentaron las bases de la teoría, los casos conocidos como *Hilmarton*; *Chromalloy*; *Sonatrach*, *Radenska*, pusieron en entredicho lo que parecía obvio: que la anulación de un laudo obligaba al juez del Estado requerido a denegar su reconocimiento y ejecución en aplicación del artículo V (1)(e) de la Convención de Nueva York. Más recientemente, los casos *Baker Marine* y *TermoRio* han generado nuevos debates acerca de la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, un laudo anulado en una jurisdicción pueda ser reconocido en otra.

2.1. Los antecedentes

En 1984, en el conocido como caso *Norsolor*⁽⁷⁾ la Corte de Casación francesa aceptó la posibilidad de reconocer un laudo que había sido anulado en otro país.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Viena declaró la nulidad de un laudo arbitral proferido dentro de la controversia suscitada entre *Pabalk Ticaret Sirketi* y *Norsolor*. La decisión fue apelada ante la Corte Suprema de Austria y mientras se encontraba pendiente la apelación, el laudo fue presentado para reconocimiento y ejecución en Francia. Aunque inicialmente el reconocimiento y ejecución fue-

ron denegados por la Corte de Apelaciones de París con fundamento en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, la Corte de Casación Francesa revocó la decisión de la Corte de Apelaciones. En su decisión, la Corte de Casación, con fundamento en el artículo VII de la Convención de Nueva York, consideró que las disposiciones de la citada Convención representan las obligaciones mínimas que adquieren los Estados en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y que en consecuencia no impiden el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero bajo las reglas francesas que fueren más favorables.

La Corte Suprema de Austria, a su vez, revocó la decisión de anulación inicialmente tomada por la Corte de Apelaciones de Viena, por lo que el laudo quedó en firme y terminó la discusión –al menos a nivel judicial– por sustracción de materia.

En 1993 la Corte de Casación Francesa en el caso *Polish Ocean Line*⁽⁸⁾ confirmó la decisión tomada por la Corte de Apelaciones de Douai en el sentido de otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo que había sido suspendido en Polonia. En esa decisión la Corte de Casación sostuvo que, a la luz de la normatividad vigente, las cortes francesas no podían negar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros con fundamento en el artículo V (1)(e) de la Convención de Nueva York. Dijo la Corte de Casación

ments under the New York Convention", 7 *Amer. Rev. Int'l Arb.* 99 (1996); VAN DEN BERG, Albert Jan, *Enforcement of Annulled Awards?*, ICC ICARB. BULL. 15 (Nov. 1998). VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981); GHARAVI, Hamid, *The International Effectiveness of Annulled Awards*, Kluwer, 2002

(7) *Yearbook Comm. Arb.* XI, 1986, p. 484.

(8) *Societè Polish Ocean Line v. Societè Jolasry*, *Yearbook Comm. Arb.* , 1994, p. 662.

que de conformidad con el artículo VII de la Convención de Nueva York, de la cual son partes Francia y Polonia, las disposiciones de la misma no “privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. En consecuencia, sostuvo la Corte de Casación que un juez francés no puede negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero que ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que fue proferido, si la causal para negar el reconocimiento y ejecución –aunque esté mencionada en el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York– no está incluida dentro de las causales de denegación del Código de Procedimiento Civil francés.

Aunque en este caso particular, por decisión de las cortes de Polonia, el laudo se encontraba suspendido mientras se decidía la anulación, la Corte de Casación Francesa no solamente aceptó el reconocimiento y ejecución de un laudo suspendido, sino que aceptó como premisa que igual principio se aplicaría si el laudo ya hubiese sido anulado.

2.2. El caso *Hilmarton*⁽⁹⁾

La sociedad francesa *Omnium de Transaction et de Valorisation* (OTV) celebró un Contrato de Intermediación (el Contrato de Intermediación) con la sociedad inglesa *Hilmarton Ltd.* OTV buscaba participar bajo las mejores condiciones en una licitación relativa a un proyecto de drenaje y alcantarillado organizada por el

Gobierno de Algeria. En vista de lo anterior, OTV contrató a *Hilmarton* para que le prestara una asesoría en aspectos tributarios y económicos relativos a la licitación y pactó unos honorarios con base en el contrato producto de la licitación. El contrato de Intermediación estaba regido por el derecho suizo, y contenía una cláusula de arbitramento bajo las reglas de la CCI que señalaba a Ginebra como sede del tribunal arbitral.

OTV ganó el proceso de licitación pero decidió pagar la mitad de los honorarios pactados con *Hilmarton*. En consecuencia, *Hilmarton* convocó a un tribunal arbitral con sede en Ginebra según lo estipulado en el Contrato de Intermediación. OTV argumentó la nulidad del referido contrato con base en una ley de Argelia de 1978 que, con el propósito de prevenir prácticas corruptas, prohibía el uso de intermediarios en transacciones comerciales internacionales.

El árbitro decidió que el Contrato de Intermediación era contrario a la ley de Argelia de 1978, y señaló que el propósito de dicha ley, además de legítimo a la luz del derecho interno, era compartido por la mayoría de los Estados europeos. En consecuencia, el árbitro decidió que el Contrato de Intermediación era contrario al orden público internacional (*transnational public policy*) y opuesto a la moral y las buenas costumbres (*bonos mores*) en el derecho suizo, razón por la cual declaró su nulidad y rechazó las pretensiones de *Hilmarton*.

Hilmarton presentó recurso de anulación ante la Corte de Justicia del Cantón de Ginebra. La referida Corte anuló

⁽⁹⁾ Yearbook Comm. Arb., 1994, p. 665.

el laudo bajo la causal de “arbitrariedad” consagrada en el literal (f) del Artículo 36 del Concordat Intercantonal de Arbitraje. La sentencia de anulación fue apelada ante la Corte de Apelaciones suiza.

Por su parte, OTV solicitó el reconocimiento en Francia del laudo que declaró nulo el Contrato de Intermediación. Hilmarton se opuso alegando que el laudo había sido anulado por las cortes suizas y que, en consecuencia, a la luz del artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, debía negarse el reconocimiento del laudo. El 27 de febrero de 1990 el Tribunal de Gran Instancia de París concedió el reconocimiento solicitado. Estimó el Tribunal de Gran Instancia que la norma aplicable era el artículo VII de la Convención de Nueva York y que, en consecuencia, por cuanto en el artículo 1502 del Código de Procedimiento Civil Francés⁽¹⁰⁾ no se contempla la anulación del mismo como una de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, era necesario, a la luz del citado artículo VII de la Convención de Nueva York, aplicar la norma más favorable, la del estatuto procesal francés.

El 17 de abril de 1990, casi dos meses después de expedida la mencionada sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, la Corte de Apelaciones suiza

confirmó la anulación del laudo y ratificó la sentencia de la Corte de Justicia del Cantón de Ginebra.

Hilmarton apeló la decisión del Tribunal de Gran Instancia de París, y en consecuencia fue la Corte de Apelaciones de París quien vino a considerar la sentencia que decretaba el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en su país de origen. Hilmarton argumentó que aún si el estatuto aplicable fuere el Código de Procedimiento Civil Francés, el reconocimiento de un laudo anulado iría contra el orden público y en consecuencia procedería la denegación solicitada por estar comprendida en las causales del artículo 1502 citado, por la vía del orden público.

La Corte de Apelaciones de París confirmó la decisión del juez de instancia y finalmente la Corte de Casación, en decisión de 23 de marzo de 1994 ratificó que se debía otorgar el reconocimiento del laudo no obstante su anulación. En su decisión la Corte de Casación estableció:

“la decisión del inferior sostuvo correctamente que, mediante la aplicación del Artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958, OTV podía fundamentarse en la ley francesa de arbitraje internacional relativa al reconocimiento y ejecución de

⁽¹⁰⁾ El artículo 1502 del Código de Procedimiento Civil francés dispone:

“Sólo podrá recurrirse en apelación la resolución que otorgue el reconocimiento o la ejecución en los supuestos siguientes:

1. Si el árbitro se ha pronunciado sin que existiera convenio arbitral o sobre la base de un convenio nulo o caducado;
2. Si el tribunal arbitral se ha constituido de forma irregular o si el árbitro único ha sido designado también de forma irregular;
3. Si el árbitro se ha pronunciado sin atenerse a la misión que le hubiere sido encomendada;
4. En caso de que no se haya respetado el principio contradictorio;
5. Si el reconocimiento o la ejecución resultan contrarios al orden público internacional.

Versión en español de Legis France disponible en: Legisfrance.gouv.fr

laudos arbitrales internacionales proferidos en el exterior (...) (...) “el laudo proferido en Suiza es un laudo internacional que no está integrado en el sistema legal de dicho Estado, por lo que mantiene su existencia aunque sea anulado (...)” y “(...) su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional”⁽¹¹⁾.

En este caso la Corte de Casación francesa sustentó su decisión con argumentos adicionales a la interpretación del Artículo VII de la Convención de Nueva York. A la interpretación del artículo VII de la Convención de Nueva York, la corte francesa añadió un nuevo razonamiento que parte de la premisa de que el laudo internacional no tiene foro (*delocalization*) y en consecuencia mantiene su vida internacional a pesar de su anulación. Sostuvo la Corte de casación francesa que el laudo proferido en Suiza era un laudo internacional que no estaba integrado en el sistema legal de ese Estado, y que por lo tanto mantenía su existencia aún si había sido anulado y su reconocimiento en Francia no era contrario al orden público francés.

2.3. El caso *Chromalloy*⁽¹²⁾

Las decisiones proferidas en el llamado caso *Chromalloy* han marcado un hito, particularmente en los Estados Unidos, en lo que se refiere a la jurisprudencia sobre reconocimiento y ejecución de laudos anulados.

La sociedad *Chromalloy Aeroservices, Inc.* (“*Chromalloy*”) celebró un contrato con el Ministerio de Defensa de la

República Árabe de Egipto (“RAE”) para el suministro de partes, mantenimiento y reparación de helicópteros. La RAE dio por terminado el contrato en diciembre de 1991. *Chromalloy* rechazó la terminación del contrato y con fundamento en la cláusula arbitral pactada, inició el procedimiento arbitral. El tribunal de arbitramento profirió su laudo en agosto de 1994 a favor de la sociedad *Chromalloy* por considerar que el contrato había sido indebidamente terminado por la RAE.

En octubre de 1994, *Chromalloy* solicitó a la Corte de distrito de los Estados Unidos, distrito de Columbia, el reconocimiento y ejecución del laudo.

En noviembre de 1994, la RAE presentó un recurso de anulación ante la Corte de Apelaciones del Cairo. La RAE solicitó, además, en marzo de 1995 a la Corte de distrito de los Estados Unidos, distrito de Columbia la suspensión del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.

El 4 de abril de 1995 la Corte de Apelaciones del Cairo suspendió el laudo. En diciembre 5 de 1995, la citada Corte de Apelaciones anuló el laudo invocando la ley egipcia de arbitraje (artículo 53(1), ordinal (d)), de conformidad con la cual el laudo podrá ser anulado “si el tribunal de arbitramento deja de aplicar la ley acordada por las partes al asunto materia de la controversia”. Consideró la Corte de Apelaciones que el contrato en cuestión era un contrato administrativo y que en consecuencia la referencia hecha en el pacto arbitral a la “Ley Egipcia” era necesariamente una referencia a la ley de contratación administrativa de

(11) Traducción libre del autor.

(12) *Yearbook Comm. Arb.* XXII, 1997, pp. 692-693.

ese país. En consecuencia, concluyó la Corte de Apelaciones, en la medida en que el tribunal de arbitramento había aplicado el Código Civil egipcio como ley sustantiva en el arbitraje, dicho tribunal había dejado de aplicar la ley acordada por las partes.

Mientras tanto, Chromalloy había solicitado igualmente el reconocimiento y ejecución del laudo en Francia.

Tanto Francia como los Estados Unidos otorgaron el reconocimiento y ejecución del laudo pese a la decisión de anulación de la Corte de Apelaciones egipcia.

a. Francia

En Francia, el laudo fue presentado antes de su anulación por la Corte de Apelaciones del Cairo, y el Tribunal de Gran Instancia de París concedió el reconocimiento y ejecución. Cuando se dio la anulación del laudo, la RAE solicitó a la Corte de Apelaciones de París la revocatoria de la decisión del Tribunal de Gran Instancia amparándose en el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York. La Corte de Apelaciones, en decisión confirmada por la Corte de Casación, reiteró su tesis en el sentido que el artículo VII de la Convención de Nueva York exige la aplicación de la ley francesa en materia de reconocimiento y ejecución de laudos en cuanto las disposiciones de esta sean más favorables que las de aquella, y concluyó que, como la ley francesa no consagra la anulación del laudo como causal para denegar su reconocimiento y ejecución, debía negarse la petición de la RAE.

Según la Corte de Apelaciones

“Un juez francés puede negarse a otorgar el exequátur solamente en los casos especificados y taxativamente enumerados por el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC) que es su ley nacional en la materia y en la cual puede basarse Chromalloy. El artículo 1502 NCPC no contiene unas causales para denegación del reconocimiento y ejecución de laudos de las que contiene el artículo V de la Convención de 1958, cuya aplicación en consecuencia no puede darse⁽¹³⁾.

Además, la corte francesa reiteró la tesis de la “internacionalidad” del laudo y de su “deslocalización” al señalar que:

“El laudo proferido en Egipto es un laudo internacional que, por definición, no está integrado en el orden legal de dicho Estado por lo que su existencia permanece a pesar de haber sido anulado y su reconocimiento en Francia no constituye una violación del orden público internacional. Por lo tanto, la causal desarrollada por la República Árabe de Egipto carece de fundamento”⁽¹⁴⁾.

b. Estados Unidos

La Corte de distrito de Estados Unidos, distrito de Columbia, en su decisión de julio 31 de 1996 decidió otorgar el reconocimiento y ejecución del laudo que

⁽¹³⁾ Chromalloy Aeroservices, Inc. v. República Árabe de Egipto, Corte de Apelaciones, enero 14 de 1997. Traducción libre del autor.

⁽¹⁴⁾ Traducción libre del autor.

había solicitado Chromalloy a pesar de que el mismo había sido anulado por la Corte de Apelaciones del Cairo. Dicha decisión tiene tres fundamentos esenciales que es necesario analizar: una interpretación del texto en inglés del artículo V de la Convención de Nueva York; la consideración de que el artículo VII de la misma Convención consagra un principio de favorabilidad; y, la interpretación del texto de la cláusula arbitral como una renuncia a los recursos judiciales, particularmente a la anulación.

(i) *Interpretación del texto en inglés del artículo V de la Convención de Nueva York*

La Corte de Distrito consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York no impone al tribunal del Estado requerido la obligación de rechazar la solicitud de reconocimiento y ejecución cuando el laudo ha sido anulado en el país de origen, sino que le concede una facultad discrecional para admitir o rechazar la solicitud aunque se haya demostrado la anulación del laudo. Para sustentar su aserto, la Corte de distrito acudió al texto en inglés del citado artículo V de conformidad con el cual “El reconocimiento y ejecución del laudo podrá ser denegado, a solicitud de la parte contra la cual se invoca, solamente si dicha parte suministra a la autoridad competente del lugar donde se solicita el reconocimiento y ejecución, prueba de que (...)” (*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party provides to*

the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that (...))”

De la lectura del texto referido concluyó la Corte de distrito en la referida decisión de julio 31 de 1996 que:

“Bajo la Convención, “El reconocimiento y ejecución del laudo podrá ser denegado” si Egipto presenta ante esta corte prueba de que (...) el laudo (...) ha sido anulado 8 (...) por una autoridad competente del país en que o confirme a cuya ley ha sido proferido” Convención, artículo V81) & V (1)• (énfasis añadido), 9U.S.C. nota 201. En el presente caso, el laudo fue proferido en Egipto, bajo las leyes de Egipto, y ha sido anulado por la corte designada por Egipto para revisar laudos arbitrales. Por lo tanto, la Corte podrá, a su discreción, negarse a ejecutar el laudo⁽¹⁵⁾.

(ii) *Aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York*

Al igual que la Corte de Casación francesa, la Corte de distrito aplicó el artículo VII de la Convención de Nueva York para conceder el reconocimiento y ejecución del laudo anulado. Señaló que al ser posible interpretar dicho artículo en forma similar al principio de la nación más favorecida, y dado que la anulación de un laudo no estaba prevista como causal de denegación del reconocimiento y ejecución del mismo en la el Federal Arbitration Act (FAA), dichos reconocimiento y ejecución debían otorgarse.

(15) Traducción libre del autor.

Dijo la Corte de Distrito que:

“Mientras el artículo V establece un criterio discrecional, el artículo VII de la Convención exige que “las disposiciones de la presente Convención no (...) privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país en donde dicha sentencia se invoque

(...) En otras palabras, bajo la Convención, Chromalloy Aeroservices mantiene todos los derechos para la ejecución de este laudo arbitral que habría tenido en ausencia de Convención. En consecuencia, la Corte encuentra que, si la Convención no existiera, el Federal Arbitration Act (“FAA”) le daría a Chromalloy Aeroservices un legítimo derecho para la ejecución de este laudo arbitral⁽¹⁶⁾.

Analizó también la Corte de distrito analizó si era posible denegar el reconocimiento y ejecución del laudo al amparo de la tesis del “*manifest disregard of the law*”⁽¹⁷⁾. Como el Federal Arbitration Act no consagraba la anulación como causal para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, se preguntó la Corte si era aplicable la tesis del “*manifest disregard of the law*” y respondió negativamente por considerar que la aplicación por parte de los árbitros de la ley civil egipcia en lugar

de la ley de contratación administrativa era, en el peor de los casos, un error de ley que no era susceptible de revisión.

Sobre el particular señaló la Corte de distrito:

“Un laudo arbitral también será anulado si se expide en manifiesto desprecio de la ley. (...) El manifiesto desprecio de la ley estará presente si los árbitros entendieron y correctamente determinaron la ley pero procedieron a ignorarla (...) esto implica más que un error o mal entendimiento respecto de la ley (...).

Con respecto al argumento egipcio de que la ley administrativa egipcia debía regir el contrato, la mayoría del tribunal arbitral sostuvo que no importaba que ley sustantiva aplicaban, la administrativa o la civil. En el peor de los casos, esta decisión constituye un error de ley, y por lo tanto no está sujeto a revisión por esta Corte,

(...) [L]as partes acordaron aplicar la ley egipcia al arbitraje pero, más importante, acordaron que el arbitraje termina con la decisión del tribunal arbitral (...). La política de orden público de los Estados Unidos a favor de un arbitraje final y obligatorio para disputas comerciales es inequívoca, y está respaldada por tratado, por ley y por precedente (...) Una decisión de esta Corte reconociendo la decisión de la corte

⁽¹⁶⁾ Traducción libre del autor

⁽¹⁷⁾ Bajo los precedentes judiciales de Estados Unidos (*case law*) era posible anular un laudo si el mismo fuera expedido con *manifest disregard of the law* (término que podría traducirse como “manifiesto desprecio de la ley”), evento que se presentaría si los árbitros identificaron y determinaron correctamente la ley y la entendieron, pero procedieron a ignorarla.

egipcia violaría esta clara política de los Estados Unidos”⁽¹⁸⁾.

Finalmente la Corte consideró que cuando una corte extranjera anula un laudo, dicha anulación no afecta la jurisdicción de la corte de reconocimiento. Señala que establecer una regla según la cual una corte de los Estados Unidos deba desestimar el reconocimiento de un laudo anulado por una corte extranjera violaría las provisiones que la Convención de Nueva York trae sobre el tema.

(iii) Interpretación del texto de la cláusula arbitral

Finalmente, la Corte de distrito se refirió al texto mismo del pacto arbitral, de conformidad con el cual la decisión de los árbitros será “final y obligatoria y no estará sujeta a apelación u otro recurso”⁽¹⁹⁾. Consideró que el pacto arbitral indicaba la clara intención de las partes de que ninguna decisión de los árbitros fuera apelable ante ninguna corte de manera que el arbitramento terminara con la decisión del tribunal arbitral y en consecuencia, como el reconocimiento de pactos arbitrales válidos hace parte del orden público de los Estados Unidos, el reconocimiento de la sentencia de anulación de las cortes egipcias violaría el referido orden público.

2.4. El caso *Sonatrach*⁽²⁰⁾

Se presentó a la Corte de Primera Instancia de Bélgica un laudo proferido

en Argelia que resolvía las diferencias entre Societè Nationale pour la Recherche, le Transport et la Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) y Ford, Bacon and Davis, Inc., laudo que había sido anulado por la Corte de Apelaciones de Argelia. La Corte belga concedió el reconocimiento y ejecución del laudo y su decisión fue recurrida con fundamento en el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York. En el recurso se solicitó a la Corte belga reconsiderar su decisión y suspender el reconocimiento y ejecución del laudo hasta que se hubieran agotado todos los recursos contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Argelia de anular el laudo.

En providencia del 6 de diciembre de 1996, la Corte de Primera Instancia de Bélgica se negó a revocar su decisión inicial y a suspender los efectos del laudo. Sostuvo la referida Corte que la parte que se oponía al reconocimiento y ejecución del laudo no había demostrado ninguna de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución previstas en el Código Judicial de Bélgica, causales que no incluyen la anulación del laudo en el país en que o conforme a cuya ley fue expedido. Indicó además que:

“La sede del arbitraje, acordada por las partes, es Argelia. Bélgica ratificó la Convención mediante Ley de junio 5 de 1975; sin embargo, hizo uso de la posibilidad, prevista en la Convención, de limitar la aplicación

⁽¹⁸⁾ Traducción libre del autor.

⁽¹⁹⁾ The decision of the arbitrators “shall be final and binding and cannot be made to any appeal or other recourse” (Traducción del autor)

⁽²⁰⁾ Yearbook Comm. Arb. XV(1990), p. 370.

de la Convención a laudos preferidos en otros Estados Contratantes. De acuerdo con los documentos que han sido aportados, la República de Argelia adhirió a la Convención de Nueva York solamente mediante su Ley de julio de 1988, publicada en la Gaceta Oficial (n° 88-18). En ausencia de una disposición que permita la aplicación retroactiva de la Convención (cuya existencia no ha sido alegada), la Convención no era aplicable con respecto a Argelia al momento de proferirse el laudo, ni al momento en que la Corte de Apelaciones de Argelia decidió que el laudo no tenía efectos (...) (...) ni cuando el Presidente de La Corte de Primera Instancia otorgó el reconocimiento y ejecución⁽²¹⁾.

Si bien la Corte belga no tuvo que acudir a la interpretación del artículo VII de la Convención de Nueva York dado que Argelia no era parte de la referida Convención al momento de tomarse la decisión, tampoco consideró que el reconocimiento y ejecución en Bélgica del laudo anulado en Argelia fuera contrario al orden público belga, posibilidad que tenía en cuanto el Código Judicial Belga consagra como causal de denegación el evento en que el reconocimiento y ejecución del laudo sea contrario al orden público belga.

2.5. El caso *Radenska*⁽²²⁾

La sociedad austriaca Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH (“Kajo”) celebró en 1970 un contrato con la compañía eslovena DO Zdravilicse Radenska (“Ra-

denska”) mediante el cual aquella otorgó a esta el derecho a comercializar una bebida en Yugoslavia. En 1983 Radenska terminó unilateralmente el contrato y Kajo inició arbitramento ante la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio Yugoslava en Belgrado. El tribunal arbitral aplicó la ley yugoslava y condenó a Radenska a pagar perjuicios a Kajo.

Radenska solicitó la anulación del laudo en Eslovenia y después de haberle sido negada su solicitud por la respectiva Corte de Primera Instancia y la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema de Eslovenia en decisión de julio 3 de 1992 revocó las decisiones de las cortes mencionadas y anuló el laudo por considerar que el contrato entre Kajo y Radenska creaba, si no una situación de monopolio, al menos una situación privilegiada para Kajo y en consecuencia violaba el orden público de Eslovenia.

Entre tanto, Kajo solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo en Austria. Las cortes de primera instancia lo concedieron, pero la Corte de Apelaciones de Graz revocó la decisión y denegó la incorporación del laudo en Austria. La Corte Suprema de Austria, en decisión del 20 de octubre de 1993 revocó la decisión de la Corte de Apelaciones y concedió el reconocimiento y ejecución del laudo. Radenska intentó obtener la anulación del laudo en Austria pero su pretensión fue denegada por las cortes de primera instancia, la Corte de Apelaciones y finalmente la Corte Suprema en una decisión en la que confirmó los argumentos de la decisión de 20 de octubre de 1993.

⁽²¹⁾ Traducción libre del autor.

⁽²²⁾ Yearbook Comm. Arb. XXIV, 2001, p. 922.

En su decisión relativa al reconocimiento del laudo, la Corte Suprema de Austria aplicó el artículo IX (1) de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (la Convención Europea) de conformidad con el cual la anulación en un Estado contratante de un laudo arbitral, solamente será causal para denegar su reconocimiento o ejecución en otro Estado contratante si se dan dos condiciones: que la anulación haya tenido lugar en el Estado en que, o conforme a cuya ley se haya proferido el laudo; y, que la causal de anulación sea de las previstas en el artículo IX de la Convención Europea.

Sostuvo la Corte Suprema de Austria:

“En el presente caso es dudoso que el laudo haya sido anulado en el Estado en que o conforme a cuya ley fue expedido, porque en ambos casos ese Estado fue Yugoslavia y Eslovenia no es un estado sucesor de Yugoslavia. Sin embargo, es innecesario decidir sobre este punto porque una simple lectura del Artículo IX muestra que la anulación de un laudo arbitral por violación del orden publico del Estado Contratante donde fue proferido no está dentro de las causales taxativamente listadas en el artículo IX (1) de la Convención Europea para justificar la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.”

Se llega entonces bajo un raciocinio diferente y aplicando un estatuto diferente a la misma conclusión. Es posible otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo no obstante haber sido anulado en

el Estado en que o conforme a cuya ley fue proferido.

2.6. El caso *Baker Marine*⁽²³⁾

La argumentación de Chromalloy fue invocada ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en los Estados Unidos de América en los casos conocidos como Baker Marine.

Se trataba de sendos laudos proferidos en Nigeria. El primero de ellos relativo a un contrato celebrado entre Baker Marine (Nigeria) Ltd y Chevron (Nigeria) Ltd y el otro a un contrato entre la primera de las sociedades citadas y Danos and Curole Marine Contractors, Inc. Los dos laudos, favorables a Baker Marine (Nigeria) Ltd., fueron anulados por la Alta Corte Federal de Nigeria, entre otros, porque los árbitros habían de manera incorrecta liquidado daños punitivos (*punitive damages*), habían condenado *ultra petita*, habían admitido pruebas de manera incorrecta y habían proferido laudos inconsistentes.

No obstante la anulación, Baker Marine (Nigeria) Ltd. intentó obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos en Estados Unidos y para el efecto invocó en su favor los argumentos del caso Chromalloy. El reconocimiento fue denegado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en decisión del 12 de Agosto de 1999.

Consideró la referida Corte que la controversia relativa al reconocimiento de los laudos estaba, en este caso particular, regida por la Convención de Nueva York porque Baker Marine estaba buscando el

(23) Yearbook Comm. Arb. XXIV(2001), p. 922.

reconocimiento de laudos proferidos en el territorio de un Estado diferente de aquel en el cual se pretendía el reconocimiento. Estimó la Corte, sin embargo, que no era posible dar aplicación al artículo VII de la Convención de Nueva York y rechazó en consecuencia el argumento de Baker Marine en el sentido que los laudos habían sido anulados por las cortes de Nigeria por causales que no eran reconocidas bajo las leyes de los Estados Unidos como válidas para la anulación de un laudo.

La Corte de Apelaciones fundó su negativa a aplicar el artículo VII de la Convención de Nueva York en el hecho de que los contratos celebrados por Baker Marine no hacían referencia alguna a la ley arbitral de los Estados Unidos como ley aplicable.

Señaló la Corte de Apelaciones:

“Baker Marine argumenta que la decisión de la corte de distrito no dio efectos al artículo VII de la Convención, que dispone que la Convención privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. (Artículo VII (1)). Baker Marine sostiene que los laudos fueron anulados por las cortes de Nigeria por razones que no serían reconocidas bajo las leyes de los Estados Unidos como causales válidas para anular un laudo arbitral, y que

bajo el artículo VII, esta puede invocar la ley arbitral nacional de este país, no obstante la acción de la corte nigeriana.

Nosotros rechazamos el argumento de Baker Marine. Es suficiente respuesta que las partes contrataron en Nigeria que sus controversias serían arbitradas bajo la ley de Nigeria. Los contratos no hacen referencia alguna a la ley doméstica arbitral de los Estados Unidos para regir las controversias. Nada sugiere que las partes tuvieran la intención de que la ley doméstica arbitral de los Estados Unidos rigiera sus controversias. El propósito primario del FAA es “asegurar que los acuerdos privados se ejecuten de acuerdo con sus términos”⁽²⁴⁾.

Con respecto al razonamiento que se había presentado en el caso *Chromalloy* en el sentido de que el artículo V (1) (e) de la Convención, la Corte de Apelaciones señaló:

“Baker Marine argumenta que este uso del permisivo “podrá”, contrario a un término obligatorio, implica que la corte podría haber ejecutado los laudos a pesar de su anulación por las cortes nigerianas. Es suficiente respuesta que Baker Marine no ha mostrado una razón adecuada para rechazar las decisiones proferidas por la corte nigeriana⁽²⁵⁾.

Finalmente, la Corte de Apelaciones hace referencia al pacto arbitral y,

⁽²⁴⁾ Traducción libre del autor.

⁽²⁵⁾ Traducción libre del autor

citando el antecedente de Chromalloy, señala que:

Contrario al caso del peticionario en Chromalloy, Baker Marine no es un ciudadano de los Estados Unidos, y no solicitó inicialmente confirmación del laudo en los Estados Unidos. Más aun, Chevron y Danos no violaron ninguna promesa al recurrir la decisión arbitral en Nigeria. El reconocimiento de la decisión nigeriana en estos casos no está en conflicto con la política de los Estados Unidos⁽²⁶⁾.

No obstante la negativa a reconocer los laudos, la Corte de Apelaciones dejó algunas dudas que permitirían pensar en la vigencia de las tesis que habían surgido en Chromalloy. En primer lugar, al sostener que no aplicaba el artículo VII de la Convención de Nueva York porque no había pacto de aplicar la ley de Estados Unidos, dejó abierta la posibilidad de que, en presencia de tal pacto, se aplicara el artículo 1 del Federal Arbitration Act, dejando de lado el artículo VII y permitiendo el reconocimiento de los laudos anulados. En segundo lugar, al afirmar que Baker Marine no había demostrado una razón adecuada para que se negara la validez de las decisiones proferidas en Nigeria, reconoció el carácter permisivo –no obligatorio– del artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York. Es decir, aceptó que en presencia de una causal para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo el juez respectivo, al menos en los Estados Unidos, tiene discreción para

reconocer o no el correspondiente laudo. Finalmente, con su referencia al pacto arbitral parecería haber llegado a la misma conclusión de Chromalloy en el sentido de que una estipulación en el pacto arbitral que señale que el laudo es final y no sujeto a recurso, impediría la presentación de un recurso de anulación y permitiría al juez de reconocimiento y ejecución desconocer una decisión de anulación del laudo.

2.7. El caso *Termorío*⁽²⁷⁾

El caso Termorío se enmarca a partir del debate que han generado los pronunciamientos del Consejo de Estado colombiano y la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia.

Este caso tiene origen en un contrato de compra de energía (PPA) suscrito en 1979 entre Termorío S.A. E.S.P. (Termorío) y Electricadora del Atlántico S.A. E.S.P. (Electranta), ambas sociedades colombianas.

Con posterioridad a la celebración del contrato las partes acordaron mediante un otrosí suscrito en 1998, que las diferencias que se presentaran entre ellas en relación con el contrato se someterían a arbitraje, bajo las reglas de la CCI. Adicionalmente pactaron la aplicación de la ley sustancial colombiana y a Barranquilla, Colombia, como sede del Tribunal.

Alegando incumplimiento del contrato por parte de Electranta, Termorío convocó un tribunal de arbitramento bajo las reglas de la CCI. Los árbitros designados

⁽²⁶⁾ Traducción libre del autor

⁽²⁷⁾ United States District Court, District of Columbia. TERMORIO S.A. E.S.P., et al., Plaintiffs, v. ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. E.S.P., et al., Defendants. No. Civ.A. 03-2587 (PLF). March 17, 2006.

eran de nacionalidad colombiana. Se trató entonces de un arbitraje entre dos sociedades colombianas que tenían su domicilio o lugar principal de negocios en Colombia. La sede del arbitraje era una ciudad colombiana como era colombiana la ley aplicable y colombianos los árbitros.

El laudo final condenó a Electranta a pagar aproximadamente US\$ 60.3 millones a Termorío. Electranta interpuso el recurso de anulación y después de varias vicisitudes, el Consejo de Estado anuló el laudo por considerar que el pacto arbitral suscrito en 1998 estaba viciado de nulidad absoluta. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo colombiano, señaló que el pacto tenía un objeto ilícito, ya que las partes habían pactado un procedimiento arbitral contrario al permitido por las leyes procesales colombianas.

Dos de los razonamientos del Consejo de Estado merecen destacarse por cuanto fueron parte del debate al intentarse posteriormente el reconocimiento y ejecución del laudo en las cortes de los Estados Unidos.

En primer lugar, el Consejo de Estado consideró que si bien las causales de anulación invocadas por Electranta no estaban consagradas en la ley como causales de anulación de laudos proferidos en arbitramentos que involucraran con-

tratos estatales –como es el caso del laudo en cuestión– el juez, tiene la obligación legal de verificar la validez del pacto arbitral y en consecuencia declarar de oficio su nulidad si llegare a establecer la misma⁽²⁸⁾.

Respecto de este punto el Consejo de Estado manifestó:

“En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no solo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la existencia de la nulidad absoluta del contrato, aun en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales, como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, con ocasión de estudiar y decidir la validez del pacto arbitral, habida cuenta de la naturaleza contractual que reviste dicho acuerdo entre las partes del contrato.

Ahora bien, en materia de contratos estatales, como ya se indicó, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no está legalmente prevista como causal o motivo de

(28) A la luz de la Ley N° 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal Colombiana, el contrato celebrado entre Termorío y Electranta calificaría como un contrato estatal y, en consecuencia, las causales de anulación del laudo respectivo serían las consagradas en la citada Ley N° 80. Para la fecha en que se profirió la decisión del Consejo de Estado, la Ley N° 80 incluía dentro de las causales de anulación de laudos proferidos en relación con contratos estatales las siguientes: 1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas. 2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. 3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento. 4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. 5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. No estaba incluida dentro de las causales la nulidad del pacto arbitral.

procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan solo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo; pero ese hecho, en modo alguno impide o elimina la facultad que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente las nulidades absolutas del contrato que encuentre acreditadas en el proceso”⁽²⁹⁾.

En consecuencia, el Consejo de Estado, consideró que pese a que el recurso de anulación de laudos arbitrales es de naturaleza extraordinaria, y procede respecto de ciertas causales taxativas, dichas causales solo establecen las razones que pueden ser invocadas por quien solicita la anulación pero no restringen la facultad del Consejo de estado para decretar las nulidades absolutas que encuentre, aunque las mismas no hubiesen sido alegadas.

En segundo lugar, y como se advirtió anteriormente, el Consejo de Estado estimó que el pacto arbitral era nulo en cuanto se trataba de un arbitraje puramente nacional en el que el procedimiento debía regirse por el Código de Procedimiento Civil colombiano, por lo que el acuerdo de aplicar las Reglas de Arbitraje de la CCI conllevaba la nulidad del pacto. Res-

pecto de la naturaleza nacional del arbitraje, el Consejo de Estado manifestó:

“En ese contexto entonces, se tiene que, por razón de la nacionalidad y domicilio de las partes contratantes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales objeto del arbitraje y la sede de éste, el arbitraje pactado por Electranta y Temorío es de orden nacional y no internacional, toda vez que, para esto último, no se cumple ninguno de los dos tipos de presupuestos que para ello exige, expresamente y de modo concurrente, la ley N° 315 de 1996”.

El argumento del Consejo de Estado no se aparta del texto de la ley N° 315 de 1996. En efecto, a partir de un estudio de los elementos de internacionalidad consagrados en el artículo 1 de la mencionada norma, no sería posible concluir que el arbitraje sea internacional a la luz de la legislación colombiana⁽³⁰⁾. El domicilio de las partes es Colombia, el contrato se ejecutó en Colombia y es Colombia la sede del arbitraje.

Si bien la sociedad Termorío tenía capital extranjero y la ejecución del PPA podría implicar alguna transferencia internacional de bienes y servicios, sería difícil sostener que la internacionalidad del

⁽²⁹⁾ Véase Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto 1 de 2002.

⁽³⁰⁾ De conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 315 de 1996 “Será Internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: 1. Que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes. 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal. 3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral. 4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las Partes así lo hayan convenido expresamente. 5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral, afecte directamente e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

arbitraje surgiría a partir del literal e) del artículo 1 de la Ley N° 315 (según el cual el arbitraje es internacional cuando “la controversia sometida a decisión arbitral, afecte directamente e inequívocamente los intereses del comercio internacional”). Al respecto cabe señalar que, hasta donde conocemos, la jurisprudencia colombiana, contrario a la jurisprudencia francesa, no se ha pronunciado respecto de la interpretación del literal mencionado, y por ende no existe un criterio definido para establecer el tipo de controversias que afecten directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional. Sin embargo, es procedente anotar que la disposición colombiana es más exigente que la francesa en cuanto no basta que se afecten los intereses del comercio internacional, sino que esa afectación debe ser, según las voces de la Ley N° 315, directa e inequívoca.

En este caso particular, en donde actúan dos partes de nacionalidad colombiana y domiciliadas en Colombia, en ejecución de un contrato en territorio colombiano y bajo ley sustancial colombiana, y de donde surge una controversia referida al incumplimiento de dicho contrato que las partes someten a un arbitraje con sede en Colombia y con árbitros colombianos, y en el que no aparecen elementos que permitan concluir que existe una afectación directa e inequívoca a los intereses del comercio internacional, sería difícil sostener que el arbitraje era internacional. Sin embargo, este análisis escapa al objetivo del presente artículo, y será materia de otros estudios.

Respecto del procedimiento que podía o no pactar las partes dentro del arbitraje, el Consejo de Estado ha elaborado uno de los razonamientos que mayor

controversia ha generado durante los últimos años en la materia que nos ocupa. En efecto, para el Consejo de Estado, las partes debieron pactar un procedimiento consagrado en la ley procesal colombiana, y al alejarse de dicho procedimiento, surge un objeto ilícito que vicia de nulidad el pacto. Al respecto el Consejo de Estado sentenció:

“Por consiguiente, el convenio por ellas celebrado en tales condiciones, resulta violatorio de la normatividad que estaban obligadas a respetar, dado que no podían, por convenio, derogar las normas procesales legalmente preestablecidas, situación que pone en evidencia la clara e insana violación de los preceptos contenidos en los artículos 6, 16, 1519 y 1523 del Código Civil y 6 del Código de Procedimiento Civil, dado que aquellas disposiciones de orden procesal del decreto N° 2279 de 1989 y de la ley 23 de 1991 son de orden público, en cuanto corresponden a reglas de procedimiento judicial, reguladoras precisamente de la habilitación a particulares para que cumplan la función pública de administrar justicia, investidura y actuación que, en manera alguna, por expreso mandato constitucional, puede ejercerse por fuera de los términos señalados en la ley (artículo 116).

En otros términos, ni los particulares, como tampoco las entidades estatales, pueden válidamente investir de función jurisdiccional a particulares en la condición de árbitros por fuera de los límites y exigencias que para tal fin establecen la Constitución y la ley, toda vez que, ni aquéllos ni ellas pueden abolir por convención

las normas de derecho público, como lo son, entre otras, las que regulan el arbitramento como forma alternativa de administración de justicia.”

Respecto de este argumento, el Consejo de Estado parece haber dejado de lado la posibilidad legal que tienen las partes en Colombia, en materia de arbitraje, de pactar su propio procedimiento, posibilidad que está consagrada en la Ley N° 446 de 1998 y que fue ratificada por la jurisprudencia constitucional colombiana⁽³¹⁾.

Posteriormente, en el año 2005 Termorío fue liquidada y cedió todos sus derechos litigiosos a LeaseCo, una sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Oregon. Pese a la anulación del laudo por parte del Consejo de Estado colombiano, LeaseCo y Termorío buscaron el reconocimiento del mismo ante la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Columbia, curiosamente la misma que había decidido el caso Chromalloy. La Corte negó el reconocimiento del laudo⁽³²⁾.

Aunque una lectura desprevenida de la decisión en el caso Termorío podría llevar a la conclusión de que con la misma terminó la saga de Chromalloy y se cerró la posibilidad de reconocer laudos anulados –al menos en las cortes de los Estados Unidos– un análisis más detallado permite concluir que la Corte mantuvo algunos parámetros bajo los cuales ese reconocimiento sería posible.

En su decisión la Corte advierte que los hechos en el caso Termorío son sustancialmente distintos de los de Chromalloy y señala cuatro aspectos diferenciadores. En primer lugar, no hay una parte de los Estados Unidos de América involucrada en este caso, como la había en Chromalloy. En este aspecto retoma la Corte el argumento que se había utilizado en Baker Marine. En segundo lugar, señala que no hay jurisdicción bajo la excepción de actividad comercial del Foreign Sovereign Immunities Act en este caso, como lo hubo en Chromalloy. En tercer lugar, señala la Corte que en el caso Chromalloy fue fundamental para la decisión el pacto arbitral de conformidad con el cual la decisión sería final y obligatoria y no sujeta a apelación, pacto que no existía en esos términos en el caso Termorío donde simplemente se decía que el laudo sería obligatorio para las partes. Finalmente, para la Corte fue fundamental el hecho de que en el caso Chromalloy los reclamantes solicitaron el reconocimiento del laudo antes de que Egipto presentara la solicitud de anulación y hay en los Estados Unidos, al decir de la Corte, una clara política de favorecimiento a quien demanda primero en el tiempo.

Señaladas las diferencias, la Corte de distrito manifiesta de manera categórica que el hecho de que un corte extranjera haya anulado un laudo no siempre determina si la corte de los Estados Unidos de América tiene jurisdicción sobre el laudo y añade que:

(31) El argumento de que no era posible en arbitraje que las partes pactaran su propio reglamento, que había hecho carrera en las altas cortes colombianas, fue controvertido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-174 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda. Dicho pronunciamiento reconoció la facultad de las partes de pactar su propio procedimiento.

(32) United States District Court, District of Columbia. TERMORIO S.A. E.S.P., et al., Plaintiffs v ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. E.S.P., et al., Defendants., No. Civ.A. 03-2587(PLF). Marzo 17, 2006, F.Supp.2d, 2006 WL 695832 (D.D.C.).

“(…) establecer una regla según la cual una corte de Estados Unidos debe rechazar el caso porque una corte extranjera anuló el laudo violaría la disposición de la Convención de Nueva York (...) Si la decisión de una corte extranjera automáticamente privara de jurisdicción para considerar el caso a la corte de Estados Unidos, las sentencias extranjeras obtenidas de manera fraudulenta, por ejemplo, no tendrían control alguno en las cortes de Estados Unidos”⁽³³⁾.

Al analizar el argumento de los demandantes de que la sentencia del Consejo de Estado colombiano violaba el orden público, la Corte de distrito señaló que para que una decisión judicial extranjera fuera contraria al orden público de los Estados Unidos, la misma tenía que ser repugnante frente a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en que se solicita el reconocimiento, situación que no se daba en el caso de la sentencia del Consejo de Estado colombiano.

Así mismo la Corte sostuvo que existiría una violación del orden público de los Estados Unidos si se determinara que se contrariaron los objetivos y propósitos del Foreign Sovereign Immunities Act. Este punto tampoco fue analizado por la Corte ni alegado por una de las partes.

En el razonamiento de la Corte de distrito se echa de menos el texto del Artículo VII de la Convención de Nueva York, ya que ninguna mención se hace del mismo sino que la Corte se limita a realizar un análisis del reconocimiento y eje-

cución de laudos anulados a la luz del orden público de los Estados Unidos de América.

La Corte parece sustentar su decisión en el hecho que Lease Co y Termorío no sustentaron debidamente sus proposiciones en cuanto a la violación del orden público de los Estados Unidos. Sin embargo, cabe señalar que la Corte reconoció que, a la luz de los tratados suscritos por los Estados Unidos, existe una política pública encaminada a que se reconozcan y ejecuten laudos arbitrales internacionales en los Estados Unidos.

Cabría preguntarse entonces, si con base en esta política, Lease Co y Termorío podrían haber argumentado que este laudo debía ser reconocido y ejecutado ya que la decisión de anularlo se fundó en una causal que no estaba consagrada en la *lex arbitri* aplicable. En otras palabras, se podría plantear el argumento de que al haber anulado el laudo con base en una causal no invocada por el recurrente y no establecida como causal de anulación por la ley aplicable, el Consejo de Estado habría contrariado y desconocido su propia ley, dejando sin efectos un laudo que reconoce los derechos de una persona jurídica constituida bajo las leyes de los Estados Unidos, con lo cual se estaría contrariando el orden público de los Estados Unidos. Así, la Corte de Distrito habría realizado un análisis en cuanto a si el reconocimiento y ejecución del laudo salvaguarda esos intereses y por ende fortalece el comercio internacional. La salvaguarda de dichas políticas podría haber sido mérito suficiente para reconocer y ejecutar el laudo.

⁽³³⁾ Traducción libre del autor. La disposición se refiere al artículo V (1) (e).

Pese a sus frases críticas a Chromalloy, de la decisión de la Corte de Circuito en el caso Termorío se pueden extraer tres puntos que hacen pensar que el camino para el reconocimiento de laudos anulados sigue abierto y que la decisión Termorío no es la muerte de las tesis sostenidas en Chromalloy.

El primero, la Corte de Circuito mantuvo la interpretación de que el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York es potestativo y en consecuencia el juez no está en la obligación de negar el reconocimiento de un laudo por el solo hecho de haber sido anulado por una corte extranjera. Si la decisión de anulación viola el orden público de los Estados Unidos –de acuerdo con los parámetros fijados en la decisión que se comenta– el juez de reconocimiento puede otorgar el reconocimiento al laudo anulado.

El segundo, sugiere la decisión que otro podría haber sido el resultado si las partes hubieran pactado una cláusula en la que hubieran acordado que el laudo era obligatorio, final y no sujeto a algún tipo de recurso. En tal caso, la interposición del recurso de anulación podría considerarse por el juez de los Estados Unidos como violatoria de su orden público.

El tercero y último, bajo el raciocinio de la Corte de Circuito, el hecho de que se presente el laudo para reconocimiento antes de que se solicite su anulación puede ser un factor determinante para que el juez de reconocimiento considere, sumados los demás factores, la posibilidad de reconocer un laudo anulado.

El debate sigue entonces abierto y la sola negativa de la Corte de Circuito a ejecutar el laudo de Termorío –cuyos hechos y circunstancias originarias eran di-

ferentes– no podría interpretarse como el fin de la posibilidad de reconocer un laudo anulado. Sin embargo, el razonamiento utilizado en el caso Termorío, y particularmente la ausencia de mención al artículo VII de la Convención, el exceso de importancia asignado a argumentos menos relevantes como el referente al texto del pacto arbitral o al orden de presentación de los recursos, arrojan serias dudas sobre la coherencia de la doctrina en la materia por parte de las cortes de los Estados Unidos.

3. LA ANULACIÓN DE UN LAUDO EN UN ESTADO NO IMPIDE NECESARIAMENTE SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN OTRO ESTADO

Los argumentos aducidos por las cortes de Francia, Estados Unidos, Bélgica y Austria que se han esbozado anteriormente no están exentos de problemas y han dado lugar a apasionadas críticas y defensas. En todos los casos mencionados, en los cuales se permite el reconocimiento y ejecución de laudos anulados, la posibilidad de reconocimiento resulta de la interpretación judicial de las normas y no de una disposición legal que lo autorice de manera expresa o tácita. Algunas de las bases de las decisiones son bastante controvertibles y la polémica aún no termina.

La tesis de la Corte de Casación francesa, en el sentido que un laudo internacional, por definición, no está integrado en el orden legal de un Estado por lo que sigue existiendo a pesar de haber sido anulado ha dado lugar a interrogantes y cuestionamientos. Si bien puede justificarse la teoría admitiendo que en el arbitraje internacional el laudo no tiene foro, sería

necesario definir lo que se debe entender por “laudo internacional” por ser este tipo de laudos a los que se aplica la referida teoría. Pero resulta que la misma Corte de Casación francesa en decisión de octubre 17 de 2000, bajo el mismo razonamiento de los casos aquí referidos, otorgó el reconocimiento y ejecución de un laudo proferido en un arbitraje puramente doméstico en Senegal, que había sido anulado por las cortes de dicho país, con lo que parece haber extendido la teoría a cualquier tipo de laudos extranjeros, independientemente de que hayan sido pronunciados en arbitraje internacional⁽³⁴⁾.

También se ha discutido el por qué la Corte de Casación francesa considera que el laudo proferido en arbitraje internacional no está integrado en el orden legal de ningún Estado, cuando el mismo Código de Procedimiento Civil Francés dispone que las cortes francesas pueden anular laudos proferidos en territorio francés tanto en arbitraje nacional como en internacional. Si no está integrado en el orden legal de ningún Estado, ¿por qué está sujeto al recurso de anulación en ese Estado? El argumento de la no integración en el sistema jurídico tendría más fuerza en el caso de Bélgica cuyo estatuto arbitral permite la renuncia al recurso de anulación con lo que habría, allí sí, un arbitraje sin foro.

La teoría de la discrecionalidad fundamentada en la interpretación literal del texto en inglés del artículo V de la Con-

vención de Nueva York también ha sido cuestionada. Por una parte, si el texto se lee en su integridad (“Solo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución (...)” – “*Recognition and enforcement of the award may be refused (...) only if*”) no parece que el término “podrá” (*may*) esté refiriéndose a una facultad discrecional del juez.

Por otra parte, el texto francés del mismo artículo V de la Convención está redactado en el modo imperativo y no obstante, la Corte de Casación francesa ha otorgado el reconocimiento y ejecución de laudos anulados sin que haya considerado, con fundamento en una lectura como la que hizo la Corte del Distrito de Columbia, que el modo imperativo obliga a las cortes francesas a denegar el reconocimiento y ejecución cuando se demuestra la causal invocada. Finalmente, los antecedentes de la Convención de Nueva York indican que no fue la intención de los Estados Contratantes otorgar una absoluta discrecionalidad al juez del reconocimiento y ejecución para decidir si aplica o no la respectiva causal.

Se ha criticado igualmente la tesis de la Corte del distrito de Columbia según la cual al pactarse en una cláusula arbitral que la decisión de los árbitros será final y no sujeta a apelación existe una renuncia irrevocable a la interposición del recurso de anulación. Por una parte, el recurso de anulación no es una apelación;⁽³⁵⁾ por la otra, la renuncia al recurso de anulación, si

(34) Issakha N'Doye v. ASECNA, Yearbook Comm. Arb. XXIV, 2001, p. 767.

(35) Salvo bajo la tesis del Consejo de Estado colombiano en el sentido de que se trata de una “apelación restringida”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de Febrero de 2002, rad. 20467. Consejero Ponente: CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María. Entre otras consideraciones, el Consejo de Estado señaló: “El recurso de anulación, ni es ordinario, ni es extraordinario, según el artículo 166 del Decreto N° 1818 de 1999, pero contra la decisión que profiera el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación, procede el recurso extraordinario de revisión. Teniendo en cuenta la normatividad precitada y los controles y efectos establecidos para la providencia que decide el recurso de anulación, se hace notorio que éste por


lo permitiere la ley aplicable, tendría que ser clara y en la mayoría de las veces expresa. La cláusula, que es ya de estilo, indicando que la decisión final de los árbitros es obligatoria y no sujeta a apelación no se refiere al recurso de anulación sino a recursos ante el mismo tribunal arbitral.

En fin, podría decirse que la interpretación que hace la Corte Suprema de Austria de la Convención Europea es acorde con el texto y el espíritu de la misma; o que la interpretación del artículo VII de la Convención de Nueva York que hacen las cortes francesas para abstenerse de aplicar el artículo V(1)(e) no corresponde a la intención de los redactores; o que dicha interpretación dejaría sin efectos el artículo VI en cuanto la decisión de si se suspende o no el reconocimiento y ejecución mientras se tramita la anulación resultaría irrelevante si la anulación no es causal para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo; o que la no consagración expresa de la anulación del laudo como causal de denegación no impide negarse al reconocimiento y ejecución del laudo anulado invocando el orden público que es causal de denegación en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos.

Cualquiera que sea la posición que se adopte frente a esta tendencia en el arbitraje, estamos frente a dos hechos ciertos: Por una parte, hoy es posible el reconocimiento y ejecución de laudos anulados: (i) en los países miembros de la Convención Europea de 1961; (ii) en los países miembros de la Convención de Nueva York que acepten la tesis de que el artículo V de la misma otorga al llamado juez del *exequatur* una facultad discrecio-

nal para otorgar o negar el reconocimiento y ejecución del laudo, según las premisas ya vistas; y, (iii) en los países que no tengan la anulación del laudo dentro de las causales para negar su reconocimiento y ejecución y adopten la interpretación del artículo VII de la Convención de Nueva York tantas veces mencionada. Por la otra, existe la tendencia cada vez más marcada en los estatutos arbitrales y en las decisiones de las cortes a evitar que se prive a un laudo de su eficacia en otros Estados con fundamento en causales que no sean aceptables internacionalmente, o con fundamento en particularidades propias de la idiosincrasia del país o de las minucias de los estatutos procesales locales.

Los casos que hemos mencionado fueron el comienzo de una serie de disertaciones y de construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados, según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local. Por el contrario, y como se vio en los diversos pronunciamientos citados, tienen que preguntarse si esa anulación es o no internacionalmente efectiva, si la causal invocada y el fundamento de la anulación es aceptable por las cortes en las que se puede hacer efectivo el laudo por corresponder a situaciones internacionalmente aceptadas como eventos en los que se debe anular el laudo.

El omitir dichos cuestionamientos llevará a que los laudos que han anulado por simples consideraciones locales resuciten y cobren vida en otro Estado ante la impotencia de quienes se han empeñado en anularlos. 

sus particularísimas características, es de naturaleza *sui generis*, es especial, y si de calificar se tratara, podría decirse que constituye una apelación restringida".

LA INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

Por: MONTSERRAT GUZMÁN PECES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Notas en torno al arbitraje en España a partir de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de modificación de la Ley 36/1988. 3. La adopción de medidas cautelares en contratos con cláusula arbitral. 4. Peculiaridades del contrato de transporte de mercancías a bordo de buque. 5. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, núm. 401/2006 de 19 de abril de 2006. 5.1. Antecedentes en Primera Instancia. 5.2. Apelación ante la audiencia provincial de Valencia. 5.3. Casación ante el Tribunal Supremo. 6. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la resolución de controversias por medios distintos a los judiciales, es una práctica cada vez más habitual en el comercio internacional. El auge del arbitraje internacional es debido fundamentalmente al creciente aumento de los intercambios comerciales en un escenario global que busca desvincularse de legislaciones y jurisdicciones estatales. Las ventajas son innegables puesto que como se señala en la Ley

Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (CNUDMI) de 2002 el uso de estos métodos de solución de controversias genera importantes beneficios, ya que se consiguen soluciones más rápidas y económicas. Además el establecimiento en este sector de criterios comunes y principios comunes⁽¹⁾ en Estados con diferentes sistemas jurídicos, económicos y sociales contribuye a la consolidación de relaciones económicas internacionales armónicas.

(*) Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alcalá, España.

(1) Principios UNIDROIT. Texto completo en www.unidroit.org.

Como ha puesto de relieve la doctrina⁽²⁾, cuando las partes deciden someter el contrato a arbitraje están excluyendo la actuación de un tribunal estatal y de hecho, en la legislación española la nueva ley de arbitraje del 2003 ha previsto que en los asuntos sometidos a convenio arbitral los tribunales no podrán intervenir salvo que se disponga otra cosa, limitándose la función de éstos a labores de apoyo y control, como la adopción de medidas cautelares⁽³⁾. Además normalmente la parte que invoca el acuerdo arbitral suele articular la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

En definitiva parece indudable que en un futuro muy próximo las transacciones comerciales internacionales discurrirán por la vía de la mediación o conciliación como mecanismo autónomo a la vía jurisdiccional pero ciertamente vinculado a ella, en fases cruciales como la anulación del laudo arbitral, la ejecución forzosa y la adopción de medidas cautelares.

2. NOTAS EN TORNO AL ARBITRAJE EN ESPAÑA A PARTIR DE LA LEY 60/2003 DE 23 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 36/1988

En España recientemente se ha aprobado la Ley 60/2003⁽⁴⁾ que modifica

la Ley de 1988⁽⁵⁾, que supuso en su momento un importante avance pero que no estaba adaptada al arbitraje internacional⁽⁶⁾. Con esta ley se opta por un sistema monista en el que tengan cabida tanto el arbitraje interno como el internacional. Se podría decir que los principales objetivos del legislador al emprender esta reforma son, en primer lugar, facilitar el desarrollo de arbitrajes comerciales internacionales en nuestro territorio con arreglo a las normas españolas, adaptadas a la ley modelo sobre conciliación comercial internacional de 2002 y, en segundo lugar, la consolidación del arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción de solución de conflictos en este ámbito, como incluso ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de julio de 2001 cuando aludía a que “el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales”.

La esencia del arbitraje es que las partes en uso de su autonomía de la voluntad deciden someter sus litigios al conocimiento de uno o varios árbitros. Como

(2) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, en: *REDI*, 2005, Vol. LVII, pp. 606 y ss. También del mismo autor Vid. “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, en: *AEDI/Pr*, T. IV, 2004, pp. 40 y ss. En relación con la Ley 36/1988 también CORDÓN MORENO, F., “Comentarios a los arts. 5 a 11 de la Ley de Arbitraje”, en: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990, p. 50.

(3) Una interesante visión se encuentra en ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la postestad cautelar de los árbitros)”, en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, pp. 203 y ss.

(4) *BOE*, 309 de 26 de diciembre de 2003.

(5) *BOE*, 293 DE 7 de diciembre de 1998.

(6) Para una visión general, STAMPA, G., “La evolución del arbitraje en España: La Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje”, en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, pp. 233-265.

es bien sabido el convenio de arbitraje es independiente del resto de las cláusulas del contrato, por lo que la nulidad del convenio no afecta al contrato y viceversa. En el título II de la ley 60/2003 se introduce como novedad el principio de libertad formal en el convenio arbitral, cuando se establece en el art. 9 de la citada ley la facultad que tienen las partes de concertarlo como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo. Además las partes pueden elegir si se someten a un arbitraje de derecho o de equidad y como se desarrolla el mismo, esto es, mediante la remisión a una institución arbitral o designando su propio procedimiento arbitral.

Por lo que respecta al arbitraje institucional según establece el art. 14 de la Ley 60/2003, las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y el nombramiento de árbitros a corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular al Tribunal de Defensa de la Competencia o, a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales, que actuarán conforme a sus propios reglamentos.

El procedimiento arbitral está basado en los principios de igualdad, audiencia y contradicción, lo que significa que deberá tratarse a las partes en términos de igualdad y darles la suficiente oportunidad de defender sus derechos (artículo 24).

En cuanto a la adopción de medidas cautelares, en la Ley del 2003 está previsto que los árbitros puedan dictar medidas cautelares (artículo 23). Sobre este aspecto, versaban gran parte de las críticas respecto a la Ley de 1988 puesto que no estaba previsto la denominada “tutela cau-

telar” en el arbitraje, aunque quizás se podría haber aprovechado la oportunidad que se presentaba con esta ley para el establecimiento de una regulación más precisa con respecto a estas medidas. También está previsto que las partes, con independencia de que en el contrato exista sumisión a arbitraje, puedan solicitar ante el juez la asunción de medidas cautelares. Así se establece en el art. 8 un foro subsidiario, cuyo enunciado está dedicado a las funciones de apoyo y control del arbitraje, cuando señala que para la adopción de medidas cautelares será competente el juez del lugar donde debe el laudo deba ejecutarse, y en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir eficacia, en los términos previstos en el artículo 724 de la LEC 1/2000.

Finalmente el proceso culmina con la promulgación de un laudo por parte de los árbitros que las partes se comprometen a cumplir voluntariamente y, una vez firme tiene efectos idénticos a una resolución judicial. Si las partes no están de acuerdo con el laudo es posible solicitar un recurso de anulación conforme a unas causas tasadas por la propia Ley en el artículo 41 que establece los siguientes motivos a probar por la parte que lo alegue:

1. “Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o, de las actuaciones arbitrales o, no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
3. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
4. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han

ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.

5. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
6. Que el laudo es contrario al orden público”.

Por otro lado, en cuanto al reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros, la ley se remite a la regulación contenida en el Convenio de Nueva York de 1958 y lo establece en el artículo 46 con el siguiente tenor:

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

El Convenio de Nueva York posee carácter universal, lo que significa que es aplicable para el reconocimiento de cualquier laudo extranjero, con independencia de que el país de procedencia del laudo forme parte o no del Convenio. En él se establece que los Estados reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral, concediendo la ejecución conforme a las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.

Por lo tanto en el caso español, resultaría de aplicación el artículo 955

(última redacción) de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que preceptúa que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquéllas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.”

El convenio se refiere también a los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos, estableciendo siete causas alegables cinco a instancia de parte y dos, además a instancia del juez. A instancia de parte se pueden invocar: la invalidez del acuerdo arbitral; la violación del derecho a la tutela efectiva (problemas en la notificación o defensa); que el laudo resuelve cuestiones no previstas; errores en el desarrollo del procedimiento y, falta de firmeza del laudo. En cuanto a los motivos estimables por el juez, además de los anteriores hay que señalar que según la ley del país ante el que se solicita el reconocimiento y ejecución la controversia no es susceptible de someterse a arbitraje y, que la ejecución sea contraria al orden público del estado requerido.

3. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN CONTRATOS CON CLÁUSULA ARBITRAL

Uno de los principales problemas que se planteaban en regulaciones anteriores es

el silencio respecto de la adopción de medidas cautelares judiciales, previas al inicio del procedimiento arbitral o, simultáneas al mismo. Sobre este aspecto, versaban gran parte de críticas respecto a la Ley de 1988 puesto que no estaba previsto la denominada “tutela cautelar” como ejecución provisional en el arbitraje⁽⁷⁾. Aunque la práctica jurisprudencial siguió otro camino y ante el silencio legal optó, en términos generales por una interpretación extensiva⁽⁸⁾.

Así por ejemplo traemos a colación la sentencia de la audiencia provincial de Cádiz, sec. 7ª, de 22 de mayo de 2002 (rec. 181/2002)⁽⁹⁾, en la que la audiencia analiza la sentencia de primera instancia en la que se acordó la adopción de una medida cautelar por parte del juez que consistía en la entrega de un buque en depósito en relación con un procedimiento arbitral extranjero del que se conocía en Londres. En esta sentencia que resulta de aplicación la Ley 36/1998 y los artículos 727 y 728 de la LEC. La audiencia entiende que según el artículo 723 de la LEC, la competencia del tribunal para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares es la del juez que esté conociendo del asunto en primera instancia y, el artículo 724 de la LEC establece que cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será competente el juez del lugar de ejecución del laudo y en su

defecto el del lugar donde las medidas deban producir eficacia.

En el supuesto de adopción de medidas cautelares, el artículo 726 LEC limita su alcance al determinar en primer lugar, que la medida debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial en el caso de una resolución estimatoria, de modo que durante el tiempo que dura el proceso no se produzca “*periculum mora*” y, en segundo lugar, que tal medida no sea susceptible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado y, que revista un carácter temporal y provisional que implique en su caso, la modificación o el alzamiento de la medida. Además, otra premisa importante es la existencia de “apariencia de buen derecho” apreciable en la verosimilitud sobre el derecho que afirma en el proceso principal la parte que invoca la medida. En cuanto al momento procesal, el art. 730 LEC preceptúa que pueden ser solicitadas junto con la demanda principal o incluso antes si la parte que las solicita acredita razones de urgencia o necesidad.

La audiencia apoya su razonamiento en la jurisprudencia comunitaria y trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de 26 de marzo de 1992, en la que se estableció que las medidas

(7) La Ley de Arbitraje de 1953 no establecía esta previsión y en la Ley 36/1988 de se preceptuaba la adopción de medidas cautelares de carácter judicial en la fase de impugnación del laudo, a través del recurso de anulación ante la Audiencia Provincial, en los siguientes términos: “Recurrido e laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza”.

(8) CREMADES B., “El convenio arbitral”, en: *La Ley*, 2003, D-2-80, p. 1597 y, Vid. también los comentarios a este respecto de ORTEGO PÉREZ, “Las medidas cautelares (...)”, cit., pp. 209 y ss.

(9) Ref. El Derecho, 2002/43037.

cautelares “están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita” y se puso especial énfasis en su naturaleza provisional o cautelar, al señalar los elementos caracterizadores:

- Primero, su capacidad para combatir la demora judicial en la prestación de la tutela efectiva de los derechos.
- Segundo, su dependencia o subordinación respecto al proceso principal sobre el fondo.
- Tercero, su provisionalidad en el tiempo por respecto al principio de seguridad jurídica.
- Cuarto, el carácter instrumental de este tipo de medidas dependiendo de un proceso principal o arbitral.

No obstante, la adopción de medidas cautelares puede suponer un perjuicio para el patrimonio del demandado, por lo que es bastante frecuente que el juez establezca una caución como garantía. En este sentido podemos citar la sentencia de la audiencia provincial de Madrid, de 26 de julio de 2004 (rec. 202/2004)⁽¹⁰⁾ en el que de nuevo se solicitan medidas cautelares contra los demandados vendedores con el fin de asegurar el resultado del procedimiento arbitral. El tribunal señaló que en este proceso, el juez debía abstenerse de enjuiciar el fondo del asunto, bastando para la adopción de estas medidas la formación de un “juicio provisional e indiciario favorable”. Pero en este asunto se estimó en parte el recurso, al determinar la elevación de la cuantía de la caución

prestada, por cuanto se entendió que ésta tenía como objeto que el solicitante pudiera responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado.

Por su parte, en la Ley de arbitraje de 2003 se consagra la tutelar cautelar, al estar previsto que los árbitros puedan dictar medidas cautelares (artículo 23). No obstante, las críticas a este respecto se han centrado en básicamente en la oportunidad que se presentaba con esta ley para haber establecido una regulación más precisa con respecto a estas medidas. También está previsto que las partes, con independencia de que en el contrato exista sumisión a arbitraje, puedan solicitar ante el juez la asunción de medidas cautelares. Así se establece en el artículo 8 un foro subsidiario, cuyo enunciado está dedicado a las funciones de apoyo y control del arbitraje, cuando señala que para la adopción de medidas cautelares será competente el juez del lugar donde debe el laudo deba ejecutarse, y en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir eficacia, en los términos previstos en el artículo 724 de la LEC.

4. PECULIARIDADES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS A BORDO DE BUQUE

En la actualidad la contratación internacional del transporte marítimo tiene una gran importancia económica y jurídica por el volumen de negocios y por los distintos intereses de los participantes en la relación obligatoria: transportistas,

⁽¹⁰⁾ Ref. El Derecho, 2004/205389.

cargadores, aseguradores, etc. Se podría definir como el contrato de transporte a bordo de un buque, en el que un empresario (porteador) se obliga frente a otro (cargador) a transportar la mercancía de un puerto a otro. El transporte se efectúa a cambio del pago de una tarifa que se denomina flete que corresponde pagar al cargador y, el contrato comienza con la entrega de la mercancía por el cargador y la recepción de la misma por el porteador a cambio del documento correspondiente⁽¹¹⁾. En la práctica este tipo de contratos reviste diversas modalidades, dependiendo del tiempo del viaje o, si son viajes consecutivos; del tipo de volumen, del tipo de carga, utilizándose para cada uno de ellos documentos distintos, siendo en algunos casos documentos que tienen un valor negociable, pudiéndose transmitir en lugar de destino y negociar a lo largo del transporte⁽¹²⁾.

En esta materia existe una amplia regulación de ámbito convencional, distinguiendo la normativa de carácter material, esto es, convenios que regulan los contratos de embarque, o con póliza de fletamento y los derechos entre el porteador, cargador y terceros; de aquellos que establecen la ley aplicable o, la normativa conflictual.

Por lo que respecta al primer grupo, hay que señalar el convenio de Bruselas de 1924 que cuenta con un gran número de ratificaciones, pero que ha quedado desfasado y de hecho fue objeto de modificación a través de las reglas de Visby en 1968, ampliadas por las reglas de Ham-

burgo. El convenio establece en su ámbito de aplicación espacial que resulta de aplicación solamente cuando en el transporte se haya emitido el conocimiento de embarque en un estado contratante. En relación con el ámbito material del convenio, éste establece un sistema de responsabilidad derivada de la pérdida y daños de la carga, del siguiente modo:

- El porteador tendrá una responsabilidad por culpa sobre la mercancía, desde la carga a la descarga, de la que sólo podrá exonerarse si prueba que existió caso fortuito, la existencia de un vicio oculto, culpa de auxiliares o culpa del cargador.
- El porteador también contrae una serie de obligaciones, consistentes en el ejercicio de la debida diligencia en poner el buque en condiciones de navegabilidad que abarcan desde el casco, tanque y capacitación de la tripulación a la preparación y limpieza del buque para transportar la nueva carga. Además responde de un modo limitado conforme a una cantidad fijada legalmente o, en atención al valor de la mercancía fijada por el cargador en el conocimiento de embarque (esta cantidad se ha actualizado en las Reglas de Visby).

En relación a ley aplicable y en defecto de compromiso arbitral por las partes, resultaría de aplicación el convenio de Roma de 1980 relativo a las obligaciones contractuales, que próximamente con

(11) Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª. de 21 de diciembre de 2006, en la que se analiza el contenido del contrato de transporte marítimo internacional y la oponibilidad de las cláusulas pactadas en la póliza de fletamento a terceros ajenos al fletante y fletador. Ref. La Ley 2022397/2006.

(12) ESPINOSA CALABUIG, R., "Contratos de transporte: Los contratos internacionales de transporte marítimo", en: *Derecho del Comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 303-320.

algunas modificaciones se transformará en reglamento comunitario, el denominado, *Roma I*. Pues bien, el convenio consagra la autonomía de la voluntad como regla general. Si las partes no han fijado en su contrato la ley aplicable a éste, se establecen una serie de conexiones subsidiarias. De este modo, se entiende que la ley aplicable sería aquella con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos, según se establece en el apartado primero del art. 4. En el contrato de transporte marítimo se combina la autonomía de la voluntad con una importante variedad de cláusulas impuestas por las compañías navieras, que son las denominadas *cláusulas paramount*, y que las partes deciden incluir sometiendo el contrato a un determinado régimen previsto en un Convenio o en una ley estatal.

En términos generales, las partes tienen libertad para elegir tanto las cláusulas de elección de derecho como la de elección de foro. También está previsto que las partes designen distintas leyes para regular distintas partes del contrato, siempre que la coherencia del contrato así lo permita. En defecto de elección se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde la parte que tengan realizar la prestación característica tenga en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o si se trata de persona jurídica se vincula a su administración central. Ahora bien, las peculiaridades del contrato de transporte obligaron a establecer un régimen específico, dado que este lugar podría estar desconectado del lugar de la carga y descarga. De este modo el convenio de Roma en el art. 4.4 establece que en el supuesto de que el transportista tenga su establecimiento principal en el momento de la cele-

bración del contrato en un determinado país y éste coincida con el lugar de carga o descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato presenta sus vínculos más estrechos con este país. A estos efectos, se considerará contrato de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías (art. 4.5).

En definitiva se consagra que un factor de localización en los contratos de transporte de mercancías no es suficiente para fijar el centro de gravedad de la relación obligatoria, por el contrario se tienen que dar al menos dos factores de localización en un determinado país para designar la ley aplicable en defecto de elección por las partes.

No obstante, cada vez es más habitual que los contratos de transportes de mercancías por medio de buque se sometan a cláusulas de arbitraje y, especialmente en esta especialidad a un arbitraje con sede en Londres y se determine la aplicación de la ley inglesa.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1ª, NÚM. 401/2006 DE 19 DE ABRIL DE 2006

5.1. Antecedentes en Primera Instancia

Se ejercitó demanda de reclamación de cantidad en concepto de daños por una cantidad de 40.000 euros aproximadamente, por la parte actora Cargill España, SA que contrató el transporte de maíz desde un puerto italiano a bordo de un buque denominado Volgo Balt, propiedad de Volgo Don River Shipping Company

(porteador), para que la mercancía llegara al citado puerto a más tardar el día 14 de octubre (el buque llegó el día 20). Contra la demanda, Volgo se opone alegando una serie de excepciones, como la falta de acción contra Volgo y, oposición al fondo del asunto. A su vez Rusmar Shipping and Trading Inc. (cargador) se opone a la demanda alegando también falta de legitimación pasiva, falta de acción y oposición al fondo y, a los efectos que aquí interesan, la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional como figuraba en la póliza del contrato de fletamento mediante una cláusula de arbitraje “centrocom”⁽¹³⁾. El juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Valencia se centró especialmente en la existencia de la cláusula compromisoria, ya que de estimarse ésta, impediría al juez conocer de las alegaciones de las partes y del fondo del asunto.

En este sentido el juez, estima la excepción de sometimiento a arbitraje⁽¹⁴⁾, por constituir un referente tanto en el orden interno (Ley de 1988 que resulta de aplicación) como internacional, en el que se menciona el convenio de Nueva York de 1958 y el de Ginebra de 1961. Además se tuvo en cuenta que la contratación suponía una materia disponible a las partes, que estaban legitimadas para suscribir la cláusula y, que el convenio compromisorio reunía los requisitos formales. En razón a esta argumentación en instancia se estima la excepción y se desestima la demanda interpuesta por Cargill, con imposición de costas y ordenando, una vez

firmada la sentencia, el levantamiento de las medidas cautelares acordadas.

5.2. Apelación ante la audiencia provincial de Valencia

La sociedad española Cargill SA y Volvo Don River interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia que fue desestimado.

La mercantil Cargill alegaba que tras adquirir la mercancía procedió a venderla a Dacsa SA, comprometiéndose con ésta a la entrega en una fecha determinada (14 de octubre) en el puerto de Valencia. La parte actora se basaba en que por razones imputables a la propietaria del buque, la mercancía no se había cargado hasta el 4 de octubre y la descarga en puerto no se llegó a efectuar hasta el 20 de octubre. Por su parte, la entidad Dacsa SA, reclamó daños y perjuicios a la demandante por la merma de la calidad del producto (maíz percedero) a consecuencia del incremento de días en su descarga. El perjuicio se estimó en treinta euros por tonelada, teniendo en cuenta que el valor total de la mercancía superaba los ciento treinta mil euros. La parte actora (Cargill) fundamentaba su pretensión en la Ley de 22 de diciembre de 1994 que regula el transporte marítimo y, en los artículos 586 a 587 y 618, 619 y 837 del Código de Comercio. El perjuicio sufrido por el retraso, se valoró como se detalla en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, en base a los siguientes costes:

(13) El texto de la cláusula se detalla en el Antecedente de Hecho segundo de la Sentencia con el siguiente tenor literal “(...) todas las disputas que en su caso surjan de este contrato serán, excepto si las partes acuerdan que sea un solo árbitro, sometidas al arbitraje final de dos árbitros comerciantes en Londres, los cuales serán miembros de la Baltic Exchange, e involucrados en el tráfico marítimo y/o en el tráfico de granos siendo nombrado uno por cada parte, con facultad tales árbitros para nombrar un tercero impar (...)”.

(14) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 9 de mayo de 2003, Ref. El Derecho 2003/17177.

En primer lugar, el abono a Dacsa de la cantidad de más de treinta y seis mil euros, ya que ésta pagó un precio superior en el mercado nacional por el producto. En segundo lugar, el coste de alquiler de silos para almacenaje en torno a seis mil euros y, en tercer lugar, los gastos financieros en una cantidad aproximada de setecientos euros.

La cuestión fundamental es que en Instancia se había acordado como medida cautelar, el embargo preventivo del buque, que le había producido un grave perjuicio a Volgo. En este sentido, Volgo contestó a la demanda alegando una serie de excepciones basadas, en la falta de acción y de derecho contra ella, porque no había suscrito ningún compromiso con la demandante⁽¹⁵⁾ (Cargill), ni podía comprometerse a la entrega en una determinada fecha, o a mantener una determinada velocidad de navegación, alegando que con quién había firmado el contrato era con Rusmar. También se esgrimía la inexistencia de acción y de derecho frente al capitán del buque que tampoco había concertado ningún acuerdo con la demandante. Otra de las cuestiones que se formulaban en relación con el contrato de transporte marítimo, era que éste no implicaba la fijación de un plazo determinado, por estar el buque sujeto a las incidencias de la mar y, al parecer por sus características no era particularmente rápido. Por lo tanto, se señalaba la inexistencia de incumplimiento contractual ya que se embarcó la mercan-

cía y fue transportada, influyendo el mal tiempo a lo largo de la travesía⁽¹⁶⁾ (hechos probados). A los efectos que aquí interesan, Volgo formuló demanda reconvenzional por los graves perjuicios sufridos como consecuencia de la inmovilización del buque en el puerto de Valencia, debido a la adopción por parte de la autoridad judicial de una medida cautelar consistente en el embargo preventivo del buque. La cuantía comprendía más de seis mil euros por los gastos de escala, treinta y cuatro mil dólares USA por la paralización del buque y los gastos de su liberación y, más de cuarenta y cinco mil dólares USA, por la pérdida del flete del siguiente viaje, más intereses y costas.

Por su parte Rusmar contestó a la demanda, formulando como cuestión previa, que la parte actora (Cargill) no había aportado el documento esencial consistente en la póliza de fletamento, necesaria para poder examinar las relaciones entre las partes. Además alega también, la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional. Refiriéndose a la primera cuestión, señala que la parte actora se limitó a aportar el conocimiento de embarque⁽¹⁷⁾ pero no la póliza de fletamento, afirmando que ésta se firmó en Ámsterdam, resultando que Cargill Holanda fletó el buque por cuenta de Cargill España, siendo Cargill Italia la que vendió la mercancía y cargó el buque, mientras que Cargill España compró la mercancía y la recibió para poste-

(15) Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª., de 11 de abril de 1995. Ref. La Ley 4422/1995.

(16) Destaca del trámite de prueba el mal estado de la mar en la zona indicada a lo largo de la travesía según se indicó desde Meteorología, señalando que si la duración del viaje inicialmente prevista era de 7 días, podría duplicarse por el mal tiempo.

(17) RECALDE CASTELLS, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, Civitas, 1992.

riormente venderla. Rusmar, esgrimía que el conocimiento de embarque implicaba un mero recibo de la carga a bordo, siendo de aplicación en la relación contractual entre las partes la póliza tipo Euromed que se complementaba con el conocimiento de embarque y de la que resultaba el sometimiento a arbitraje – cláusula centrocom– por lo que en su opinión el asunto estaría vedado al conocimiento de la autoridad judicial por acuerdo de las partes de someter la decisión arbitral en Londres. En cuanto al fondo del asunto, también se alegaba por Rusmar la inexistencia de retraso o mora en el cumplimiento de la obligación, no constando el término en el que debía ejecutarse la prestación del transporte, sin que del conocimiento de embarque se desprendiera lo anteriormente reseñado.

La audiencia provincial, a la vista de los hechos y las pruebas practicadas concluye en la existencia de una superposición entre el conocimiento de embarque y la póliza de fletamento con regímenes jurídicos distintos. La audiencia analiza el contrato de fletamento y señala que en este supuesto discutido el conocimiento de embarque no fue endosado a un tercero, por lo que debe ser considerado como un simple recibo de las mercancías embarcadas, prevaleciendo en su opinión, las estipulaciones fijadas en la póliza de fletamento, entre las que se encontraba la sumisión a arbitraje en Londres. De este modo el tribunal aprecia la excepción de arbitraje por lo que entiende que no debe entrar a valorar la pretensión alegada, en concreto, por Volgo en relación con la demanda reconvencional por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de

la medida cautelar acordada, porque supondría entrar a valorar el fondo del asunto en una cuestión vetada al órgano judicial una vez establecido el acuerdo arbitral.

5.3. Casación ante el Tribunal Supremo

Se interpone recurso de casación por Volgo, alegando que la audiencia provincial dejó sin efecto el embargo preventivo, pero que no se reconoció el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la inmovilización del buque, lo que estimaban contrario al artículo 1 de la Ley 2/1967 de 8 de abril sobre embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos⁽¹⁸⁾. El segundo motivo de casación que se formuló fue al amparo del artículo 1412 y 1413 de la LEC de 1881, puesto que entendían que la resolución judicial firme que dejaba sin efecto el embargo, debía haber condenado al actor embargante en todas las costas y, a la indemnización de daños y perjuicios al demandado por el embargo. Resultaba incoherente que el juez que se había considerado competente para decretar el embargo, exigir fianza suficiente al actor embargante y, decretar el levantamiento del mismo, no pudiera resolver sobre los daños y perjuicios ocasionados cuando la medida cautelar quedara sin efecto, incidiéndose en el carácter autónomo de dicha medida con respecto al procedimiento principal sometido a arbitraje.

La sala estima el recurso y analiza los motivos de casación. En cuanto al primero de ellos, en el fundamento tercero de la sentencia, en relación con el régimen del embargo preventivo de buques

(18) BOE de 11 de abril de 1967.

extranjeros, en caso de falta de jurisdicción para conocer del asunto principal, el tribunal analiza la Ley 2/1967 y especialmente el artículo 7 del convenio de 10 mayo de 1952⁽¹⁹⁾ para unificación de ciertas reglas en esta materia⁽²⁰⁾. Como se señala en la sentencia, el citado convenio tiene normas específicas para el supuesto en que el tribunal que ha decretado la medida cautelar no tenga competencia para conocer del asunto principal, por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje. En este caso el tribunal puede fijar un plazo dentro del cual el embargado deberá entablar su acción sobre el fondo. Por lo tanto, el hecho de que no exista competencia sobre el asunto principal no elimina la competencia para conocer de las medidas cautelares.

Por lo que respecta a la valoración de los daños y perjuicios producidos por el embargo, en el caso de alzamiento del mismo, entiende el tribunal supremo que el juez que deje sin efecto el embargo debería haberse pronunciado respecto de la indemnización e daños y perjuicios conforme al artículo 1413.2 de la LEC. La argumentación del supremo está basada en la autonomía de la medida cautelar respecto del litigio principal y, en que la concesión, no implica una valoración del fondo del asunto, sino en “la apariencia de buen derecho”, incidiendo en que la adopción judicial de éstas forma parte de las funciones de apoyo y control del arbitraje que recoge en la actualidad el artículo 8 de la Ley de arbitraje 60/2003 y del

artículo 50 de la Ley 36/1988 que es la que resulta de aplicación a este supuesto. Por esta razón se estiman los motivos de casación, ordenando la devolución de los autos al juzgado de primera instancia para que dicte una nueva sentencia resolviendo la petición de daños y perjuicios por el alzamiento del embargo preventivo.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La utilización de métodos alternativos de solución de controversias en las relaciones económicas internacionales facilita e intensifica los intercambios comerciales. En este sentido el arbitraje internacional se ha consolidado en los últimos años como el medio más eficaz, más rápido y, por tanto menos costoso para resolver los litigios. Cuando las partes en uso de su autonomía de la voluntad, en materias disponibles, se someten a un arbitraje internacional están derogando la competencia de un determinado orden jurisdiccional, buscando unas reglas menos formalistas y unos principios comunes asumidos por la comunidad internacional en el ámbito de la contratación.

En el contrato de transporte de mercancías a bordo de buque la práctica habitual es que las partes sometan a un arbitraje internacional la cuestión litigiosa. En los supuestos analizados se solicita la adopción de medidas cautelares por parte de una autoridad judicial en procesos sometidos a arbitraje. Esta cautela se en-


(19) Nota RODRÍGUEZ GAYÁN, E.M., “Embargo preventivo de buques”, en: *AEDIPr*, 2004, pp. 702-703 y “Transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque”, en: *AEDIPr*, 2004, pp. 766-769. También cfr. nota ALVÁREZ RUBIO, J.J., “Embargo preventivo de buques”, en: *AEDIPr*, 2003, pp. 775 y ss.

(20) La regla VII del Convenio de 1952, establece que en el caso de buques extranjeros, con independencia de que el peticionario tenga residencia habitual o establecimiento principal en España, resultarán de aplicación las normas del citado Convenio, con las especialidades previstas en la Ley 2/1967, y, subsidiariamente la LEC.

cuentra prevista tanto en la Ley de arbitraje de 1988 como en la actual Ley de 2003 y, actúa como función de apoyo y control del arbitraje. Además, suele ir acompañada de una caución o fianza que tiene por objeto que el solicitante pueda responder de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que en este caso, el embargo preventivo de un buque, pueda causar al patrimonio del demandado.

Pues bien, en la Sentencia 401/2006 del tribunal supremo de 19 de abril de 2006, se pone de manifiesto como la adopción de medidas cautelares judiciales, y el pronunciamiento por los daños y perjuicios producidos por el alzamiento de las mismas, son independientes a la cuestión litigiosa principal, argumento que compartimos plenamente. Tampoco habría nada que objetar respecto a la apreciación de que el juez que acordó el alzamiento debía haberse resuelto sobre la demanda reconventional formulada por la parte perjudicada. Más dudas se plantean en cuanto a los requisitos necesarios para que el Juez acuerde solicitar el embargo preventivo de un buque, con “la formación de un juicio provisional e indiciario razonable”, máxime cuando en instancia queda probado que el contrato de fletamento se emitió y firmó con conocimiento de embarque a utilizar con póliza de fletamento. En el citado contrato, que no aportó la parte que solicitó el embargo, a

pesar de que se le requirió por providencia, las partes habían convenido que todas las disputas que surgieran del contrato serían sometidas al arbitraje final de dos árbitros comerciantes en Londres.

En el caso objeto de análisis entiendo que la adopción de medidas cautelares judiciales, cuando existen indicios de ausencia de *fumus boni iuris* por la parte solicitante, debe aplicarse de manera más restrictiva y, con una caución adecuada y ejecutiva que restablezca los daños y perjuicios que el embargo pueda ocasionar en el patrimonio del demandado, porque en caso contrario se podría producir un abuso de derecho por una de las partes y la quiebra del principio de igualdad de las mismas en el proceso. Además en el supuesto de referencia, el otorgamiento de la petición supuso un privilegio para la parte actora, dado que en primera instancia se dictó sentencia en 1998 estimando la excepción de sometimiento previo de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional (en el que también se pueden acordar dichas medidas) y, ordenando a la firmeza de la citada sentencia el levantamiento de las medidas de orden cautelar y, hasta el año 2006 no hubo un pronunciamiento del tribunal supremo ordenando la devolución los autos al juzgado de primera instancia para que se pronunciase sobre la petición de daños y perjuicios por el alzamiento del embargo preventivo del buque. 

NOTAS SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR ÁRBITROS EN ESPAÑA

Por: MARÍA MARCOS GONZÁLEZ (*)

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Implicaciones terminológicas. 3. Objeto. 4. Metodología. **A.** Interpretación sistemática. **B.** Perspectiva internacional. **C.** Perspectiva práctica. 5. Potestad arbitral y medidas cautelares. **A.** La Ley Modelo. **B.** La Ley Española de Arbitraje. 6. Potestad arbitral en la actividad cautelar y protección registral. **A.** La Ley de Arbitraje española. **B.** La RDGRN de 20 de febrero de 2006. **C.** Crítica a la interpretación de la RDGRN.

1. PLANTEAMIENTO

Esta comunicación se enmarca dentro del tema general “arbitraje e intervención jurisdiccional” y tiene por objeto el estudio de algunas de las cuestiones que plantean la adopción y ejecución de medidas cautelares en el procedimiento arbitral.

En los distintos ordenamientos jurídicos, esta materia constituye uno de los principales campos de la intervención jurisdiccional en el arbitraje⁽¹⁾, no sólo con carácter previo a la constitución del tri-

bunal arbitral sino también a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral, incluyendo, en su caso, las medidas cautelares adoptadas en la fase de tramitación del recurso de anulación o su equivalente.

Sin embargo, a nuestro juicio, en la actualidad –y con mayor motivo, tras la reciente modificación, en julio de 2006, de la Ley modelo de arbitraje Internacional en materia de medidas cautelares y órdenes preliminares–⁽²⁾ esta cuestión no sólo debemos examinarla desde los supuestos de “intervención” de los órganos

(*) Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá, Madrid, España.

(1) CREMADES, B.M., “El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada”, en: *Diario La Ley*, 1998, ref. D-233, T. 5.

(2) SIQUEIROS, J. L., *La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, en: www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc.

jurisdiccionales en la institución arbitral, sino también desde el reconocimiento legal de una creciente autonomía de los árbitros –salvo acuerdo en contrario de las partes–, para adoptar medidas cautelares en el procedimiento arbitral, e incluso desde la petición por algunos sectores de ampliar estas facultades para incluir en las mismas la ejecución de dichas medidas⁽³⁾.

Al respecto, entendemos que nos encontramos ante una convergencia entre la función jurisdiccional y la función arbitral, en el otorgamiento de medidas cautelares, que puede escalonarse en grados, de mayor a menor, del siguiente modo: un primer grado en el que son los jueces los que adoptan y ejecutan las medidas cautelares en el procedimiento arbitral, previa petición de las partes (intervención); un segundo grado, en el que los árbitros tienen reconocidas facultades para adoptar las medidas cautelares solicitadas a instancia de parte, correspondiendo a los jueces la ejecución de las mismas (cooperación); y un tercer grado, aún incipiente, en el que los árbitros tendrían reconocidas tanto facultades declarativas como ejecutivas en materia cautelar.

A simple vista, podríamos pensar que tanto los jueces, en lo que hemos llamado primer grado, como los árbitros, en el tercero, tienen plena autonomía en el ejercicio de sus funciones sobre las medidas cautelares por lo que la referida convergencia “jueces-árbitros” no tendría lugar.

Sin embargo esta apreciación se desvanece si tenemos en cuenta que, por un lado, el ejercicio por los árbitros de la función cautelar es susceptible de control judicial, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y, por otro que, en ocasiones, los árbitros se pronuncian sobre las medidas cautelares adoptadas y ejecutadas por los jueces.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el estudio de la cuestión de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral debe centrarse, a nuestro juicio, en el análisis, por un lado, de la armonización normativa entre la función jurisdiccional y la función arbitral en la concesión y ejecución de dichas medidas⁽⁴⁾ y, por otro, en el aislamiento de los problemas prácticos que puede plantear la falta de la mencionada armonización entre ambas funciones.

Nos interesa de modo particular el examen de la “prohibición de disponer” como medida cautelar susceptible de ser adoptada en un arbitraje, por lo que centraremos nuestra atención en esta cuestión. El interés mostrado por esta medida cautelar concreta deriva de la reciente resolución de la dirección general de los registros y el notariado de 20 de febrero de 2006 (boletín oficial del estado de 23 de marzo 2006) que se pronuncia sobre la adopción y eficacia de la misma en un proceso arbitral.

Somos conscientes tanto de la complejidad del tema planteado como del

(3) Para conocer las discusiones en el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional, relativas a la posibilidad de ejecutar medidas cautelares por los árbitros, emitidas incluso sin audiencia de la contraparte (o medidas ex-parte), Ver www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/notaunicitral.html, MONDRAGÓN LÓPEZ, O. Medidas cautelares ex parte en Arbitraje Internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, p. 5.

(4) Sobre tutela cautelar, GÓMEZ COLOMER, J. L., “El novísimo procedimiento cautelar civil”, en: *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Nº 1/2001 (octubre 2001); RAMOS ROMEU, F., “Los presupuestos procesales y la tutela cautelar”, en: *Diario La Ley* Nº 6538, 2 agosto 2006, ref D-184, pp. 1-17.

interés actual, tanto teórico como práctico, que el mismo despierta, lo que exigiría un tratamiento profundo y extenso del tema; sin embargo, razones de espacio nos obligan a limitar este trabajo a un mero apunte de algunas de las cuestiones jurídicas que plantea, en la práctica arbitral, la ampliación de las facultades de los árbitros en la adopción y, en su caso, ejecución de medidas cautelares y, en concreto, en la prohibición de disponer.

2. IMPLICACIONES TERMINOLÓGICAS

A nuestro juicio, el examen de estas cuestiones, que en seguida pasamos a enunciar, requieren un atento tratamiento académico con el fin de obtener, en primer lugar, la conveniente depuración terminológica y conceptual de las instituciones implicadas en esta materia y, en segundo lugar, una interpretación sistemática entre las normas que regulan las facultades de los jueces y de los árbitros en materia cautelar y el resto de las normas del ordenamiento jurídico que guarden relación con aquéllas.

La consecución, en sede académica, de ambas finalidades contribuirá a un desarrollo armónico de las nuevas facultades asumidas por los árbitros y repercutirá en una mayor satisfacción de la tutela arbitral, tanto nacional como internacional.

Al respecto, la primera cuestión que, a nuestro juicio, conviene tratar es la delimitación jurídica (consensuada) del concepto de medida cautelar. Es decir, si por medida cautelar se entiende, en el contexto arbitral, aquella que tiende exclusivamente a asegurar la efectividad de la futura resolución arbitral (concepto restringido) o, por el contrario, dicho concepto inclu-

ye también otro tipo de finalidades como el aseguramiento de medios de prueba (concepto amplio). O, incluso, si optando por un concepto restringido de medida cautelar, en el procedimiento arbitral, debemos entender que el mismo abarca no sólo las medidas cautelares *conservativas* (por ejemplo, embargo preventivo), sino también las medidas que constituyen una *ejecución anticipada* de la futura resolución arbitral (por ejemplo, orden de cesar provisionalmente una actividad).

En segundo lugar, y no por ello de menor importancia, conviene precisar el alcance jurídico de los términos con los que las leyes suelen reconocer ámbitos de actuación a los árbitros en relación a las medidas cautelares—como la “concesión”, el “otorgamiento”, la “adopción”, la “declaración” de la medida cautelar—, con el fin de conocer la concreta amplitud jurídica de las facultades otorgadas y, sobre todo, si las mismas incluyen, y en qué medida, el ejercicio de vías de apremio.

Y, en tercer lugar, y con ello entroncamos con el título de la presente comunicación, no debemos perder de vista que la mayoría de los ordenamientos jurídicos tienen configurado su régimen legal de medidas cautelares sobre la base de que la competencia para otorgarlas y ejecutarlas le corresponde a los jueces y, en consecuencia, las disposiciones relativas a la regulación de cada una de las medidas cautelares no hacen referencia a la intervención de los árbitros.

De este modo, si el legislador optara por ampliar las facultades de los árbitros en materia cautelar, debería no sólo reconocer dicha ampliación de forma genérica, por vía legal o jurisprudencial, sino también reconocer, en la concreta regulación de cada medida cautelar, las facultades de los árbitros.

De otra forma, el reconocimiento genérico de facultades a los árbitros en materia cautelar –a través de expresiones como “los árbitros podrán adoptar medidas cautelares” o similares– correría el riesgo de verse vacío de contenido si, la normativa referida a cada medida cautelar reconociera al juez competencia exclusiva sobre la misma.

Este es precisamente el contexto en el que queremos dejar planteada la cuestión relativa a la protección registral y la adopción de medidas cautelares dictadas por los árbitros en procedimientos arbitrales seguidos en España. Y, en concreto, la cuestión que plantearemos es si los árbitros pueden adoptar como medida cautelar una prohibición de disponer, para lo que examinaremos, siquiera someramente, la legislación hipotecaria española así como la resolución citada anteriormente.

3. OBJETO

Con anterioridad hemos expuesto el marco general en el que se encuadra el objeto de nuestro estudio (medidas cautelares en el procedimiento arbitral), así como el aspecto concreto en el que queremos centrar nuestra atención (prohibición de disponer dictada por un árbitro en procedimiento arbitral). Resta ahora delimitar el ámbito temporal y espacial en el que se desarrolla nuestro trabajo con el fin de conocer las situaciones fácticas que se incluyen en el mismo.

El *ámbito espacial* lo hemos reducido a los supuestos en los que el procedimiento arbitral se rige por la Ley española, bien porque se trate de un arbitraje nacional desarrollado en España, o bien porque tratándose de un arbitraje internacional la Ley elegida por las partes haya sido la Ley española, o porque, en defecto de cualquier indicación de las partes sobre la ley reguladora del procedimiento arbitral, el lugar donde se desarrolle el arbitraje sea España⁽⁵⁾.

No obstante, conviene tener en cuenta que, determinados preceptos de la Ley de Arbitraje española, como el relativo a la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, también se aplica a arbitrajes desarrollados en el extranjero que, de alguna forma, despliegan su eficacia en España⁽⁶⁾.

En cuanto al *ámbito temporal*, lo hemos determinado en función de la entrada en vigor de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, en marzo de 2003 (disposición final tercera), en la que se regula expresamente la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares (artículo 23.1 ley de arbitraje)⁽⁷⁾, lo que constituye una de las principales novedades de la ley.

4. METODOLOGÍA

Hechas estas precisiones en relación al objeto del trabajo, pasamos a exponer brevemente algunas consideraciones en torno a la metodología.

⁽⁵⁾ CALVO CARAVACA, A. L., “Medidas cautelares y Arbitraje Privado Internacional”, en: *Diario La Ley* Nº 6128, Año XXV, 16 noviembre 2004, ref. D-232, p. 5.

⁽⁶⁾ CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado, Estudio breve de la Ley Nº 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, p. 61.

⁽⁷⁾ Para conocer la inseguridad jurídica creada en esta materia por la Ley española de Arbitraje de 1988, STAMPA CASAS, G., “Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de Arbitraje”, en: *Diario La Ley* Nº 5785, año XXIV, 21 mayo 2003, ref D-120.

A. Interpretación sistemática

En primer lugar, la cuestión objeto de estudio requiere un tratamiento sistemático de las fuentes normativas que están implicadas en la misma. Al respecto, debemos hacer referencia a cuantos cuerpos normativos contienen disposiciones en esta materia: y así nos encontramos con la Ley española de Arbitraje de 2003 en relación a las facultades de los árbitros de dictar medidas cautelares, con la ley española de Enjuiciamiento Civil de 2000 en cuanto regula el régimen procesal de las medidas cautelares y con la legislación hipotecaria española en cuanto que la anotación preventiva de prohibición de disponer debe acceder al registro para ser tal y beneficiarse de la protección registral.

B. Perspectiva internacional

En segundo lugar, resulta de particular interés el estudio de esta cuestión desde una perspectiva internacional ya que una visión parcial de la misma –que sería en este caso la visión nacional–, nos puede llevar a introducir disfuncionalidades en la práctica arbitral.

En efecto, España ha optado por incorporar la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de arbitraje comercial internacional, adecuándola en algunos aspectos, con la finalidad de contribuir a la consolidación global del comercio internacional a través de la armonización de los sistemas legales que regulan el arbitraje, como cauce adecuado para resolver las controversias surgidas en aquél.

La ley responde al sistema monista en el que no se establecen dos regulaciones diferenciadas para el arbitraje nacional e internacional, sino que las mismas normas rigen ambos tipos de arbitrajes.

Propósito claro del legislador es hacer de España un centro internacional de arbitraje internacional atrayendo hacia sí la resolución de conflictos en los que se encuentren implicadas partes de América Latina, ya que la proximidad cultural e idiomática entre estos países y España, hacen de ésta el lugar más idóneo para la celebración de estos procedimientos.

En este contexto internacional es en el que el estudioso debe analizar el articulado de la ley y, en concreto lo relativo a las medidas cautelares, ya que en relación a esta cuestión la exposición de motivos de la ley española es explícita y contiene la siguiente afirmación: “el legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la ley modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella comisión (de las Naciones Unidas para el derecho mercantil) con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares”.

Del tenor literal de estas palabras, podemos deducir que la interpretación auténtica de la ley de arbitraje española responde al deseo de incorporar a la práctica arbitral española, nacional e internacional, las tendencias surgidas de las sucesivas reformas de la ley modelo.

Por tanto, al interpretar la normativa de la Ley de Arbitraje española relativa a las medidas cautelares, debemos tener en cuenta la regulación de la ley modelo y resolver las dudas interpretativas en su contexto internacional, eludiendo, por tanto, el acudir como fuente supletoria de primer grado a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española

en materia de medidas cautelares, lo que situaría a la Ley española de Arbitraje en un ámbito nacional que no es el pretendido por el legislador.

A nuestro juicio, esta consideración es de la mayor importancia ya que hay sustanciales diferencias entre la regulación de las medidas cautelares en la ley modelo y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sobre todo, si tenemos en cuenta que ambas no coinciden en la amplitud del significado jurídico del término “medida cautelar”.

Al respecto, podemos hacer mención a varias cuestiones que arrojarán luz sobre la trascendencia, tanto teórica como práctica, de lo que estamos defendiendo: en primer lugar, la ley modelo entiende, tras la reforma de julio de 2006, por “medida cautelar” toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que el tribunal arbitral ordene a una de las partes: (a) mantenga el “*status quo*” antes de que se dirima la controversia; (b) adopte medidas para impedir daños inminentes al procedimiento arbitral o menoscabo del mismo; (c) proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar el laudo; y (d) preserve ciertos elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia.

Sin embargo, la Ley procesal española defiende un concepto más restrictivo de medida cautelar como la que tiende a asegurar la efectividad de la tutela judicial. En consecuencia, el árbitro que aplique la Ley procesal española reducirá el ámbito de las medidas cautelares, lo que no se aviene bien con la interpretación de la ley modelo, por lo que estaría introduciendo en el sistema una de las

disfuncionalidades a las que nos hemos referido con anterioridad.

Por otro lado, como ya hemos advertido, la Ley procesal española contiene una enumeración abierta de las medidas cautelares que pueden adoptar los jueces, entre las que se encuentran algunas medidas *conservativas*, pero también otras que son auténticas *ejecuciones anticipadas* de la futura resolución judicial. En esta situación, si el árbitro que resuelve una cuestión litigiosa aplicando la ley española de arbitraje, procediera a la aplicación de la normativa procesal sobre medidas cautelares y adoptara, como medida cautelar, una ejecución anticipada de la futura resolución arbitral, probablemente estaría contraviniendo la correcta interpretación de la ley modelo que no reconoce poder de ejecución a los árbitros, y en consecuencia introduciendo otra de las disfuncionalidades referidas. Y, además, si en la práctica arbitral internacional española se impone la supletoriedad de la ley procesal española en materia de medidas cautelares se estaría introduciendo un elemento disuasorio para resolver conflictos del comercio internacional conforme a la Ley española de Arbitraje, puesto que asistiríamos a una “domiciliación” en España del régimen de medidas cautelares, dentro de un sistema de arbitraje comercial internacional que, precisamente busca lo contrario, es decir, la “deslocalización” de sus instituciones.

C. Perspectiva práctica

En tercer y último lugar, consideramos que conviene estudiar esta materia sin perder de vista la práctica arbitral⁽⁸⁾.

(8) LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, en: *Diario La Ley*, 2000, ref. D-105, T. 3, pp. 1-18.

Ciertamente esta afirmación puede resultar superflua puesto que la ciencia jurídica tiene un marcado carácter práctico en todas sus áreas; sin embargo, a nuestro juicio, no está de más resaltar la importancia de un tratamiento metodológico que combine adecuadamente teoría y práctica ya que nos parece que, por la novedad de la materia y el vacío normativa de algunas de sus previsiones, se puede tender a elucubrar en sede académica sobre supuestos bien estructurados teóricamente pero que nunca se planteen en la práctica lo que supone una pérdida de energías científicas que podrían ser correctamente aprovechadas si se enfocaran hacia problemas planteados en la práctica que estén necesitados de luz académica.

Por este motivo es por lo que hemos centrado nuestro trabajo en un supuesto real recientemente resuelto por la dirección general de registros y del notariado.

5. POTESTAD ARBITRAL Y MEDIDAS CAUTELARES

Anteriormente, hemos delimitado el ámbito temporal de esta comunicación en función de la entrada en vigor de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje⁽⁹⁾.

Como ya hemos señalado, esta Ley ha puesto de manifiesto el interés de España en la uniformidad del derecho procesal arbitral, en particular del comercial internacional, ya que el legislador espa-

ñol ha basado el régimen jurídico español del arbitraje en la ley modelo elaborada por la comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, de 21 de junio de 1985 (ley modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la asamblea general en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985⁽¹⁰⁾.

A. La Ley Modelo

La ley modelo, a diferencia de algunas leyes nacionales, faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17)⁽¹¹⁾. El artículo no prevé la ejecución de esas medidas, por lo que serán los Estados que adopten la ley modelo los que podrán disponer acerca de la asistencia judicial a esos efectos⁽¹²⁾.

B. La Ley Española de Arbitraje

El referido artículo 23 de la ley española de arbitraje, siguiendo el criterio de la ley modelo, reconoce la potestad de los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, de adoptar, a instancia de cualquiera de ellas, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio.

De esta forma, la Ley de Arbitraje da un paso adelante con respecto a la Ley

(9) GARRO, Alejandro M., "El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: Un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central", en: *Revista JUS*, Nº 41, pp. 6-50.

(10) Exposición de Motivos de la Ley Nº 60/2003, de 23 de diciembre.

(11) La Ley Modelo también ha sido incorporada en Chile, Guatemala, México, Perú, Nicaragua, Paraguay.

(12) Nota explicativa de la Secretaria de la CNUDMI, a efectos puramente informativos, sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 722 había otorgado a quienes acrediten ser partes en un procedimiento arbitral seguido en España o en el extranjero (en este último caso de acuerdo con los tratados y convenios que sean de aplicación) la facultad de dirigirse al tribunal (judicial) en solicitud de la adopción de medidas cautelares⁽¹³⁾, y reconoce directamente a los árbitros potestad para acordarlas⁽¹⁴⁾.

Como dice la exposición de motivos, la ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de la potestad cautelar de los árbitros⁽¹⁵⁾. Obviamente, continúa la citada exposición, carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar se distingue entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta Ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta Ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, en cuyo caso habrá que tener en cuenta el artículo 8.3 de la ley que establece el juez competente. Las potestades arbitral

y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego de la buena fe procesal.

La ausencia de regulación legal del régimen de medidas cautelares en la ley de arbitraje española, –salvo en lo relativo a la previsión de que se aplicarán a las decisiones arbitrales las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos (artículo 23. 2 LA)–, da lugar a múltiples interrogantes como, por ejemplo, los relativos a qué medidas cautelares pueden adoptar los árbitros; qué presupuestos deben concurrir para que las mismas puedan ser adoptadas o, si los jueces en el ejercicio de sus facultades de control, previa petición de parte, pueden revisar el fondo de la decisión arbitral.

Estos interrogantes deberán ir resolviéndose con la práctica arbitral y con la doctrina jurisprudencial que se dicte en la resolución de los recursos de anulación planteados frente a decisiones arbitrales en las que se adopten medidas cautelares. En cualquier caso, sería muy recomendable que los árbitros utilicen efectivamente su potestad de dictar medidas cautelares, sin que la inseguridad jurídica en la que se encuentra la regulación de la misma, les retraigan de llevar a la práctica su operatividad jurídica.

Por contraste con la situación descrita, conviene poner de manifiesto que

(13) Ver síntesis del régimen legal, en CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje de Derecho Privado*, cit., pp. 305 y ss.

(14) Otras legislaciones iberoamericanas también reconocen la potestad arbitral en materia cautelar, como es el caso de, al menos, Brasil (Lei Nº 9.307 de Dispõe sobre a Arbitragem de 23 de setembro de 1996), Bolivia (artículo 35º Ley Nº 1770 de Arbitraje y Conciliación del 10 de marzo de 1997), Colombia (artículo 152º Decreto Nº 1818 de 1998 (setiembre 7)), Ecuador (artículo 9 Ley Nº 000. RO/145), Panamá (artículo 24 Decreto Ley Nº 5, de 8 de julio de 1999), Perú (Ley General de Arbitraje Nº 26572) y Paraguay (Ley Nº 1337, del 4 de noviembre de 1988. Libro V, que establece el Código Procesal Civil).

(15) Una crítica a esta imprevisión legal, COBOS GAVALA, R., "Algunas observaciones sobre la nueva Ley de Arbitraje", en: *Diario La Ley Nº 6165*, año XXVI, 11 enero 2005, ref. D-7, p. 5.

dicho vacío normativo no se produce cuando los diferentes ordenamientos jurídicos regulan el auxilio judicial en la actividad cautelar del procedimiento arbitral puesto que las leyes procesales de los distintos países disponen de normativa completa, de carácter general, sobre la actuación judicial en el proceso declarativo, ejecutivo y la actividad cautelar que sería aplicable al auxilio de los jueces en el proceso arbitral. Al respecto, casi la totalidad de los países iberoamericanos establecen las facultades de los jueces de adoptar y ejecutar medidas cautelares en el arbitraje y el ámbito de actuación de dicha facultad⁽¹⁶⁾.

6. POTESTAD ARBITRAL EN LA ACTIVIDAD CAUTELAR Y PROTECCIÓN REGISTRAL

A. La Ley de Arbitraje española

Desde una interpretación literal de la Ley de Arbitraje española, podemos entender que los árbitros no tienen establecidos límites legales en relación a las medidas cautelares que puedan adoptar; por tanto, en principio, podríamos concluir que su potestad cautelar tiene el mismo contenido, o incluso mayor, que la potestad judicial.

Esta defensa amplia del contenido de la potestad arbitral suele ser defendida, desde distintos ámbitos académicos, por estudiosos de la materia.

En este sentido, la Ley de Arbitraje no plantearía ningún obstáculo a la potestad de los árbitros de adoptar como medi-

da cautelar una anotación preventiva de prohibición de disponer, ni al resto de las medidas cautelares admitidas por el legislador con carácter abierto.

B. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006

La resolución citada resuelve el recurso gubernativo interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Málaga, a practicar una anotación preventiva de prohibición de disponer en virtud de un laudo arbitral protocolizado notarialmente.

En el presente recurso se pretende la inscripción de una anotación preventiva de prohibición de disponer sobre dos fincas registrales, en base a un acta de protocolización de un laudo arbitral en el que se acuerda esa medida en garantía de los derechos de una de las partes en conflicto, para asegurar el buen fin de una escritura pública de compraventa, cuyo otorgamiento en unas determinadas condiciones, es acordado en el propio laudo.

El registrador de la propiedad, deniega la práctica de esa anotación, por entender, que esa decisión arbitral es una medida cautelar que sólo puede practicarse en virtud de mandamiento judicial.

Los hechos, según constan en la resolución, son los siguientes: El 5 de octubre del año 2004, un notario de Málaga protocoliza en acta por él autorizada a instancia de los árbitros, un laudo arbitral en el que se acuerda el otorgamiento de

⁽¹⁶⁾ La regulación de esta cuestión en las legislaciones sobre arbitraje de los Estados Iberoamericanos firmantes y ratificantes que integran el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), puede verse en http://www.ftaa-alca.org/busfac/canal_s.asp.

una escritura pública entre las partes que se someten a arbitraje y la solicitud de anotación preventiva de prohibición de disponer sobre dos fincas registrales hasta tanto quede consumado el contrato o se resuelva definitivamente.

Dicha acta de protocolización fue calificada por el registrador de la propiedad de Málaga, con la siguiente nota:

Se suspende la anotación que se declara en el laudo arbitral por no acompañarse mandamiento judicial que ordene la práctica de dicha anotación.

El día 15 de marzo del año 2005, una de las partes afectadas interpone recurso gubernativo contra la referida calificación, ante la dirección general de registros y notariado.

El titular del registro de la propiedad de Málaga, elevó el expediente a la dirección general de registros y del notariado, teniendo entrada en el centro directivo el 11 de abril de 2005.

La dirección general ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador, basándose en los siguientes argumentos:

“Debiendo quedar limitado el recurso gubernativo a las cuestiones que resulten de la nota de calificación (cfr. art.326 de la Ley Hipotecaria), no puede pronunciarse este centro directivo sobre la inscripción de los laudos arbitrales y sobre las condiciones y requisitos que para ello deberían reunir de conformidad con los principios que inspiran la legislación hipotecaria, ni sobre si la anotación preventiva acordada por los árbitros reúne los presupuestos necesarios

para su concesión (cfr. art.23.1 de la ley de arbitraje) debiendo quedar limitado su juicio, de acuerdo con la calificación registral, a determinar si la garantía acordada por los árbitros es una medida cautelar o no lo es por estar acordada dentro del propio laudo que pone fin a la controversia y en uno u otro caso, si esa medida requiere del auxilio judicial para su ejecución”.

Las medidas cautelares son los mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia (cfr. art.721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 11 y 23 de la Ley 60/2003). Siendo su finalidad ese tratamiento asegurativo (obtener una verdadera *restitutio in integrum*) su adopción puede tener lugar no sólo con carácter previo al proceso o en el momento inicial del mismo (art.730.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino durante su tramitación y a su conclusión hasta que se despache su ejecución, salvo que ésta no se hubiera solicitado en plazo (cfrs. arts.731 y 548 y de la ley de Enjuiciamiento Civil).

De acuerdo con ello, nada impedirá a ninguna de las partes en un convenio arbitral, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas (art.11. 3 de la ley de arbitraje) o hacer esa petición a los mismos árbitros, quienes podrán adoptarlas no sólo durante el procedimiento, sino en el propio laudo que lo pone fin, como una medida

tendente a asegurar la efectiva ejecución de lo en él acordado.

Esto es lo que acontece en el caso objeto de recurso, donde los árbitros después de acordar en el laudo el plazo y condiciones en que debería otorgarse determinada escritura de compraventa o en otro caso, de no cumplirse esos plazos y condiciones declarando resuelto definitivamente el negocio, acuerdan en garantía de los derechos de una de las partes en la controversia, “hasta tanto quede totalmente consumado el contrato o se resuelva en los términos establecidos anteriormente”, una medida cautelar consistente en una anotación preventiva de prohibición de disponer, recayente sobre las fincas que deberían ser objeto de la escritura de compraventa.

Una vez determinado que la medida adoptada en el laudo tiene carácter cautelar o asegurativo, resta por decidir si para ordenar su ejecución –en este caso provocando su inscripción en el registro de la propiedad–, los árbitros necesitan o no del auxilio judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil configuró la tutela cautelar en el arbitraje como uno más de los supuestos en los que la jurisdicción colabora para lograr el buen fin del arbitraje (cfr. arts. 722 y siguientes), manteniendo esa misma posición la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre) no sólo en su artículo 11 donde la potestad judicial en materia cautelar se configura normativamente como alternativa y concurrente con la del propio árbitro, sino también en su artículo 23 donde después de reconocer a los árbitros la potestad de dictar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio –salvo disposición en contrario

de las partes–, reserva la ejecución de esas medidas a la autoridad judicial.

Por su parte en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre se dice expresamente “Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”.

De igual manera el artículo 23 párrafo 2 en relación con el 44 de la misma Ley de Arbitraje, en materia de ejecución de medidas cautelares, nos remite a las normas de la legislación procesal, la cual tratándose de anotaciones preventivas nos conduce a la legislación hipotecaria (cfr. art. 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dentro de esta última normativa, el artículo 424 de la ley Hipotecaria, establece, tratándose de anotación preventiva de prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que “demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere providencia con arreglo a las leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles”. El reglamento hipotecario

desarrolla esta norma en su artículo 165 para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, la cual “se verificará en virtud de presentación en el registro del mandato del juez o tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme”.

De todo lo expuesto se colige que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral se requiere el auxilio del juez o tribunal que resulte competente (artículo 8 de la Ley de Arbitraje), por lo que debe confirmarse el defecto contenido en la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el juzgado de lo civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria”.

C. Crítica a la interpretación de la RDGRN

De lo expuesto, podemos extraer varias conclusiones que ponen de manifiesto el perjuicio sufrido por la parte, que era precisamente lo que el laudo arbitral pretendió evitar: 1) los árbitros adoptaron una medida cautelar, conforme a la potestad otorgada por la nueva ley de arbitraje española, que no ha podido hacerse efectiva; 2) si las partes hubieran acudido al juez competente solicitando dicha

medida, no hubieran surgido obstáculos jurídicos para la efectiva adopción de la misma; 3) se ha llegado a la absurda situación en la que el registrador deniega la anotación mientras no se acompañe mandamiento judicial que ordene la misma, y por su parte ha resultado imposible acompañar tal mandamiento porque el juzgado ha entendido que no ha lugar al mismo.

A la luz de la problemática planteada por la RDGRN de 20 de febrero 2006, podemos cuestionarnos si no hubiera sido conveniente que el legislador hubiera determinado, de alguna manera, qué debe entenderse por vertiente declarativa de la potestad arbitral cautelar con el fin de conocer si la misma incluye, por ejemplo, las prohibiciones de hacer o no hacer, o las medidas para la protección de la propiedad o si, por el contrario, las excluye por formar parte de la vertiente ejecutiva de la actividad cautelar.

Así han procedido algunos textos normativos internacionales⁽¹⁷⁾ que han incluido en su articulado alguna referencia a medidas cautelares concretas –quizá aquellas que podrían plantear dudas al intérprete– con lo que han evitado la ralentización del sistema por discrepancias interpretativas y el consiguiente perjuicio para las partes en litigio.

Nuestra posición sobre la cuestión planteada es la siguiente: desde una perspectiva procesal, no conviene preguntarse si hubiera sido mejor una regulación u otra, sino atenerse a la regulación vigente y tratar de darle una adecuada interpretación a la misma, en el marco jurídico global en la que ha nacido y para la que ha sido


(17) Artículo 26.1 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas y Artículo 21.1 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.

elaborada⁽¹⁸⁾. En este sentido procederá hacer el esfuerzo de interpretar los límites entre la vertiente declarativa y ejecutiva de la actividad cautelar desde la perspectiva jurídica que plantea el comercio internacional.

Por último, conforme a lo expuesto, consideramos de interés a los efectos de nuestro trabajo el cuestionarnos si la referida resolución de la DGRN, de 20 de febrero de 2006 incluye una interpretación acorde con una ley de carácter internacional o más bien razona en clave de jurisdicción nacional.

Se podría objetar a esta cuestión que no estando ante un arbitraje internacional no tendría sentido buscar una interpretación de este carácter; sin embargo, no debemos olvidar que la ley opta por un sistema monista y que la jurisprudencia que se elabore se aplicará por igual al arbitraje nacional y al internacional.

Como respuesta a la cuestión planteada con anterioridad, entendemos que en la citada resolución, en ningún momento se aprecia la elaboración de razonamiento jurídico alguno de carácter internacional por parte de las autoridades registrales que intervienen en la misma.

Por otro lado, la argumentación jurídica de la citada RDGRN por la que se concluye que la anotación preventiva de la prohibición de disponer no puede tener acceso al registro de la propiedad por no ir acompañada del correspondiente mandamiento judicial (tal y como lo dispone la Ley Hipotecaria y el reglamento Hipotecario), no es la única interpretación que cabe hacer de la normativa hipotecaria. Tanto la Ley Hipotecaria como el reglamento Hipotecario fueron adoptados con anterioridad al reconocimiento por la Ley de Arbitraje de la potestad cautelar arbitral por lo que no encontraremos en su articulado referencia alguna a las decisiones contenidas en los laudos arbitrales. Esto pone de manifiesto la falta de adecuación de la legislación hipotecaria española a la nueva potestad arbitral. De hecho, entendemos que la citada anotación preventiva contenida en un laudo puede inscribirse en el registro de la propiedad con base en el artículo 26.2 LH,⁽¹⁹⁾ si interpretamos, como lo hace el árbitro del caso, que “resolución judicial” y “laudo” son expresiones que asimilan pronunciamientos jurisdiccionales, aunque la dicción literal del precepto no lo diga expresamente. 

(18) Sobre las tendencias actuales de integración jurídica latinoamericana a la luz de la creciente globalización del comercio internacional, GARRO, Alejandro M., “Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Nº 22, 1993, p. 62.

(19) Artículo 26 LH. “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1 Las establecidas por la ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. 2 Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva. 3 Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donativos y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez”

REFLECTIONS ON THE USE OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Por: EMMANUEL GAILLARD (*)

SUMARIO: 1. The varied use of anti-suit injunctions in international arbitration. 2. The inadequacy of anti-suit injunctions in international arbitration.

Traditionally, anti-suit injunctions, a well-known device in common law systems, are issued upon the request of a party that the other party be enjoined from initiating or from proceeding with a legal action in a different jurisdiction⁽¹⁾. Courts in civil law countries are increasingly willing, in certain circumstances, to enjoin a party to suspend or terminate an action brought in another country⁽²⁾. These

(*) Professor, University of Paris XII. Partner at Shearman & Sterling LLP, Paris.

(1) In English law, the seminal case was *Cohen v. Rothfield* [1919] 1 K.B. 410, in which the Court of Appeal ordered a party to withdraw an action commenced in Scotland. Originally designed to prevent foreign litigation that was "oppressive or vexatious," this practice has become a method for enforcing the English view of the most convenient forum. The criteria for the granting of such an injunction were laid out by the Privy Council in the *Aerospatiale* case [1987] 1 A.C. 871. In the United States, the practice was intended to avoid "an irreparable miscarriage of justice." See, e.g., *Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984). On the evolution of the criteria applied in common law systems, see, e.g., J. Arkins, *Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions*, 2000 J. Int'l. Arb. 603; H. Muir-Watt, note under *House of Lords*, 13 December 2001, 2003 Rev. Crit. DIP 116.

(2) Examples of anti-suit injunctions can be found in the following civil law jurisdictions: for Quebec, see Superior Court of Quebec, Civil Chamber, July 9, 1999 and Court of Appeal of Quebec, November 29, 1999 in the matter of *Lac d'Amiante du Canada Ltée et 2858-0702 Quebec Inc. v. Lac d'amiante du Québec Ltée*, discussed by S.R. Shackleton in 3 Int'l Arb. L. Rev. N-6 (Jan. 2000). For Germany, see M. Lenenbach, *Antisuit Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment Under European Civil Procedure and The Hague Convention*, 20 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 257 (1998). For France, see Cass. 1e civ., November 19, 2002, *Banque Worms v. Epoux Brachot et autres*, which upheld, in the context of an international bankruptcy, the decision of a French judge to order a creditor to stop a real property seizure proceeding brought in Spain against the debtor's building, 2003 Dalloz 797, note by G. Kairallah; *GAZ. PAL.*, June 25-26, 2003, at 29, note by M.-L. Niboyet. For Brazil, see Curitiba Court of First Instance, June 3, 2003, *Companhia Paranaense de Energia (COPEL) v. UEG Arancaria Ltda*, 21 *Revista de Direito Bancário*

measures are commonly requested to preclude parasite litigation of a dispute before a different court, whether because the first court seized has issued a ruling or because its decision is pending. Violations of such injunctions may result in heavy penalties connected to the notion of contempt of court. The court that retains its jurisdiction or anticipates that it will do so thus seeks to protect its jurisdiction or, more generally, the jurisdiction of the forum it deems to be the most appropriate⁽³⁾.

The introduction of anti-suit injunctions into international arbitration is a recent trend. Directed at arbitral proceedings or at court proceedings surrounding an international arbitration, they vary in their form and are requested either in an attempt to disrupt the arbitral process or, to the contrary, to try to protect it⁽⁴⁾. It is however anti-suit injunctions aimed at preventing an arbitral tribunal from hearing a claim or obstructing the enforcement of an arbitral award that have seen the most spectacular development in recent years, prompting a debate on the

adequacy of anti-suit injunctions in international arbitration.

1. THE VARIED USE OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

In the context of international arbitration, anti-suit injunctions are generally issued either during the arbitral process in order to prevent an arbitral tribunal from hearing the claim or, at the end of the arbitral process, to obstruct the enforcement of the arbitral award.

When they are requested during the course of arbitral proceedings, anti-suit injunctions are usually directed against the parties in the form of an order to suspend or terminate the arbitral proceedings⁽⁵⁾. They may however be also directed against the arbitral tribunal itself, with the consequence that the tribunal is, either explicitly or implicitly, denied the power to rule on its own jurisdiction. The following cases illustrate the diversity of the situations where the injunction requested by one party and ordered by the

e de Mercado de Arbitragem 421 (2003). More generally, for Latin American countries, see GRIGERA NAÓN, H. A., "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences", in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication 335 (2005).

(3) GAILLARD, E., "Introduction", in: *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration 1* (E. Gaillard ed., JurisPublishing, 2005); see also GAILLARD, E., "Il est interdit d'interdire: Réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international", in: *2004 Rev. Arb.* 47.

(4) For anti-suit injunctions in favor of international arbitration, see BAUM, A., "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To Permit Arbitration Proceedings", in: *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, supra note 3, at 19. See also the discussion below on *KBC v. Pertamina*.

(5) LEW, J., "Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To Prevent Arbitration Proceedings", in: *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, supra note 3, at 25; De BOISSÉSON, M. *Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts at the Seat of the Arbitration or Elsewhere*, *Ibidem*, at 65; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts. Measures Addressed to the Parties or the Arbitrators*, *Ibidem*, at 73.

courts attempts to reach the other party as well as the members of the tribunal⁽⁶⁾.

In *Hubco v. WAPDA*, a dispute arose between the Hubco Corporation and the Water and Power Development Authority of Pakistan (WAPDA) regarding a US\$ 1.8 billion project to construct a power station in Pakistan. The disputed contracts contained an arbitration clause under which disputes had to be resolved by ICC arbitration in London. After an arbitral proceeding was commenced in July 1998 concerning the method of calculating the price of the electricity produced, WAPDA, deeming certain contracts to be illegal and claiming that they had been obtained by fraud and corruption, presented these questions to the Pakistani courts and asked them to order the claimant to suspend the arbitration. The courts granted this request, and, in a judgment dated June 14, 2000, the Supreme Court of Pakistan upheld their decision, finding that the allegation of corruption rendered the matter non-arbitrable⁽⁷⁾.

Similar mistrust towards arbitration and, conversely, favorable approach towards anti-suit injunctions were displayed in *SGS v. Pakistan*, an

investment arbitration case involving the Swiss corporation SGS and the Government of Pakistan. SGS filed a claim under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) on the basis of the bilateral investment protection treaty between Switzerland and Pakistan, requesting a finding that Pakistan had violated its obligations under the treaty. The Government of Pakistan requested an order from its own courts enjoining SGS to suspend the arbitral proceeding, on the basis of the arbitration agreement contained in the underlying contract and providing for local arbitration in Pakistan. By order of July 3, 2002, the Supreme Court of Pakistan granted this request, essentially finding that the bilateral treaty did not bind Pakistan⁽⁸⁾.

The Arbitral Tribunal, however, disregarded the effect of this order, and ordered for its part that Pakistan, as the respondent State in the arbitration, not take any step to initiate a complaint for contempt; in the alternative, it ordered that Pakistan “take all steps to inform the [Pakistani] Court of the current standing of this proceeding and of the fact that this Tribunal must discharge its duty to determine whether it has the jurisdiction to

⁽⁶⁾ For other examples, see the Interim Award of May 14, 2001 in ICC Case N° 8307, reported in *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, supra note 3, at 307; see also the cases discussed in the articles cited at footnote 5; the report of the Four Seasons/Consortio Barr case in H.A. GRIGERA NAÓN, *Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences*, supra note 2, at 337 et seq.

⁽⁷⁾ See the transcript of the judgment of the Supreme Court of Pakistan published in 16 ARB. INT'L 439 (2000). The dispute is reported to have subsequently settled, see L. BARRINGTON, *Hubco v. WAPDA: Pakistan Top Court Rejects Modern Arbitration*, 11 AM. REV. INT'L ARB. 385 (2000).

⁽⁸⁾ “SGS (...) is hereby restrained from taking any step, action or measure to pursue or participate or to continue to pursue or participate in the ICSID arbitration.” (para. 77). The decision was published in 19 ARB. INT'L 179 (2003) with a commentary by M. Lau, Note on *Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan*, through Secretary, Ministry of Finance.

consider the international claim on the merits”⁽⁹⁾. It further recommended that the local arbitration initiated in Pakistan be stayed until such time as the Tribunal could determine in a final manner whether or not it had jurisdiction.

A similar chain of decisions was issued in the ICC arbitration between Salini Costruttori S.p.A. and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority⁽¹⁰⁾. By contrast to the *SGS v. Pakistan* case, the orders issued by the local courts in *Salini* were directed to the Claimant as well as to the Arbitral Tribunal⁽¹¹⁾. At the early stages of the arbitral proceeding, the Respondent, a State entity in Ethiopia, obtained a series of decisions by the Ethiopian courts, amongst which the Supreme Court’s “temporary injunction against the Arbitral Tribunal ordering the suspension of the arbitration proceedings with immediate effect”⁽¹²⁾.

The Respondent had taken steps to serve the order on the arbitrators⁽¹³⁾. The Respondent had also commenced a separate action before the Federal First Instance Court of the Federal Democratic Republic of Ethiopia for the purposes of obtaining a judgment that the Tribunal lacked jurisdiction over the arbitration. That Court issued an order “enjoining the Claimant from proceeding with the arbitration pending its decision on the Tribunal’s jurisdiction”⁽¹⁴⁾.

In the Award it rendered on the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction on December 7, 2001, the Tribunal decided not to give effect to the decisions issued by the Ethiopian courts and to pursue the arbitral proceedings. Unlike the Tribunal’s decision in *SGS v. Pakistan*, which was in essence an anti-suit injunction to the Respondent State, the Award in *Salini* addressed the effect of an anti-suit injunction on the

⁽⁹⁾ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Procedural Order No 2 dated October 16, 2002, published in IAI Series on International Arbitration No 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, supra note 3, at 213.

⁽¹⁰⁾ *Salini Costruttori S.p.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority* (hereinafter “*Salini*”), Award regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction dated December 7, 2001, excerpts in 21 ASA Bull. 59 (2003) and full text in 20-3 Int’l Arb. Rep. A1 (March 2005) with a commentary by BACHAND, F., Must An ICC Tribunal Comply With An Anti-Suit Injunction Issued By The Courts Of The Seat Of Arbitration?, at 47; see also MOHTASHAMI, R., “In Defense of Injunctions Issued By The Courts of the Place of Arbitration: A Brief Reply to Professor Bachand’s Commentary on *Salini Costruttori S.p.A. v. Ethiopia*”, in: 20-5 Int’l Arb. Rep. 44 (May 2005); see also the full text of the *Salini* award in IAI Series on International Arbitration No 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, supra note 3, at 227.

⁽¹¹⁾ For another example of an injunction against the members of the tribunal by the courts of Venezuela, resulting in the resignation of the Venezuelan member of the tribunal so as to avoid being held in contempt of court, see the report of the Four Seasons/Consortio Barr case in H.A. GRIGERA NAÓN, *Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences*, supra note 2, at 339.

⁽¹²⁾ *Salini*, supra note 10, at para. 76.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, at para. 83. In its submissions, the Respondent threatened that, under the provisions of the Ethiopian Code of Civil Procedure, a court could attach the property of, or sentence for contempt of court, any person breaching a temporary injunction, *Ibidem*, at para. 78. It also submitted that the Arbitral Tribunal was under the obligation to comply with the injunction and that, if it did not, “the arbitrators would be in contempt of court and would then be unwilling to travel to Ethiopia [the seat of the arbitration], preventing them from fulfilling their functions under the ICC Rules and necessitating their replacement.”, *Ibidem*, at para. 81.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, at para. 88.

Tribunal's power to proceed with the arbitration and on its jurisdiction over the dispute: "The Arbitral Tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts. Nevertheless, [...] the Tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration"⁽¹⁵⁾. The grounds for the Tribunal's decision were (a) its primary duty to the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated; (b) its duty to make every effort to render an enforceable award; and (c) that a State or State entity cannot resort to the State's courts to frustrate an arbitration agreement. The Tribunal held in particular that, "[i]n the event that the arbitral tribunal considers that to follow a decision of a court would conflict fundamentally with the tribunal's understanding of its duty to the parties, derived from the parties' arbitration agreement, the tribunal must follow its own judgment, even if that requires non-compliance with a court order. To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequence

for the practice of international arbitration more generally"⁽¹⁶⁾.

In the context of post-arbitral proceedings, anti-suit injunctions are sought by the losing party as a means to obstruct the enforcement of the arbitral award. One of the most spectacular illustrations is found in *KBC v. Pertamina*, in which both an anti-suit injunction and an anti-anti-suit injunction were ordered by Indonesian and American courts respectively. The dispute in that case arose between the Indonesian national company Pertamina and KBC as the contractor over the construction and development of a geothermal plant in Indonesia. After the project was suspended by the Indonesian Government, KBC commenced an arbitral proceeding in Switzerland pursuant to the UNCITRAL rules, on the basis of arbitration clauses in the disputed contracts. In December 2000, the Arbitral Tribunal ordered Pertamina to pay KBC US\$ 260 million in damages⁽¹⁷⁾. After an action before the Swiss courts to set aside the award was rejected in April 2001 for untimely payment of court costs, Pertamina filed a request to annul the award in the Central District Court of Jakarta in March 2002, along with a request for an injunction prohibiting KBC from enforcing the award abroad. KBC had in fact obtained, in December 2001, the recognition of the award in the United States by the United States District Court for the Southern District of Texas, which

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, at para. 124.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, at paras. 142-143. For a critical view of this decision, see SCHWARTZ, E., "Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award", in: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, supra note 2, at 795.

⁽¹⁷⁾ *Karaha Bodas Co. LLC (KBC) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina) and PT, PLN (Persero)*, Decision of December 18, 2000, 16 Int'l Arb. Rep. C-2 (March 2001).

granted summary judgment in favor of KBC⁽¹⁸⁾. On April 1, 2002, the Indonesian court provisionally granted Pertamina's motion for an injunction and prohibited KBC from attempting to enforce the award in any country. On August 27, 2002, the Central Jakarta District Court annulled the award, finding that it was contrary to the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention") and Indonesian arbitration law. The court also issued a permanent injunction forbidding KBC from enforcing the award abroad, under penalty of having to pay a fine of US\$ 500,000 per day⁽¹⁹⁾.

After Pertamina asked the Indonesian Courts to annul the award and enjoin its enforcement, KBC hastened to move the U.S. Courts to force Pertamina to suspend its request for an injunction in Indonesia. On March 29, 2002, the United States District Court in Texas granted a temporary restraining order requiring Pertamina to withdraw its request for an injunction made to the Court in Jakarta. After the Indonesian Court granted the provisional injunction forbidding KBC from enforcing the arbitral award, KBC asked the District Court to find Pertamina in contempt. On April 2, 2002, the Texas Court again ordered Pertamina to withdraw its request in the Indonesian

Court and found Pertamina in contempt. Although Pertamina then asked (over the objection of a sister company) to suspend proceedings before the Indonesian Court, the Indonesian Court rejected the request and decided to annul the arbitral award and prohibit its enforcement in the United States. Thereafter, on April 26, 2002, the Texas District Court once again reaffirmed its decision to grant summary judgment to KBC⁽²⁰⁾.

This case illustrates the counterproductive nature of anti-suit injunctions rendered by both the Indonesian Courts and the U.S. District Court on the basis of an overbroad understanding of their judicial power and on the presumption that their respective decisions had an absolute extraterritorial effect. However, the effectiveness of the Indonesian and the US orders outside Indonesia and the United States was far from clear. Each party was faced with a different anti-suit injunction (in the United States for Pertamina and in Indonesia for KBC) and with substantial financial penalties in different countries (Pertamina being held in contempt of the Texas District Court, while KBC appeared to be confronted with "draconian enforcement penalties" in Indonesia as a result of the Indonesian injunction⁽²¹⁾). The decision by the Texas District Court had

⁽¹⁸⁾ In the matter of an arbitration between Karaha Bodas Co. LLC (KBC) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina), 190 F. Supp. 2d 936 (S.D. Tex. 2001).

⁽¹⁹⁾ The Jakarta court's decision of August 27, 2002 is available on <http://www.mealeysonline.com> (document #05-021125-013Z). In a positive development, the Indonesian Supreme Court overturned the Jakarta Court's decision on November 23, 2004, finding that the lower court had no "authority to examine and adjudicate" on the dispute between the companies. Unfortunately, it appears that the text of the Court's decision is not available, although it was reported in the media.

⁽²⁰⁾ See Karaha Bodas Co. LLC (KBC) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina), 335 F.3d 357, 360-63 (5th Cir. 2003). For the decision on appeal, see below, II.

⁽²¹⁾ See Order, *supra* note 18, at 4.

little effect in Indonesia where it is probable that it would not have been recognized or enforced, in the same way as the Indonesian injunction had little effect in the US⁽²²⁾.

In light of these examples and the variety and complexity of the circumstances in which anti-suit injunctions are requested and issued by national courts, the recurrently debated question is whether and to what extent anti-suit injunctions should be permitted in international arbitration, even if they are ordered in support of international arbitration. In this respect, the *Pertamina* case is of particular interest as it reflects both the doctrine of judicial intervention (as viewed by both the Indonesian Courts whose decisions were hostile to international arbitration and to the resulting award, and by the U.S. District Court whose decisions were aimed at preserving the enforceability of the award) and that of judicial self-restraint (as viewed, on appeal, by the U.S. Fifth Circuit Court of Appeals). The latter doctrine, as will now be discussed, could persuasively be set as the applicable standard in relation to the parties' increasing temptation to have recourse to anti-suit injunctions in international arbitration.

2. THE INADEQUACY OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

The approach adopted by the courts in the above examples show that anti-suit injunctions are inefficient –and possibly harmful– in the context of international arbitration. They show that, faced with such measures, courts in other countries may be tempted to retaliate by forbidding the party targeted by the injunction from complying with the first court's decision enjoining it from going forward in the form of anti-anti-suit injunctions⁽²³⁾.

By contrast to the position taken by the U.S. District Court in *KBC v. Pertamina* enjoining Pertamina from relying on the Indonesian decision and finding the company in contempt, the U.S. Fifth Circuit Court of Appeals, faced with an appeal from the District Court decision, reversed the preliminary injunction and the contempt order against Pertamina by adopting a measured approach and underscoring the fundamental notion that the courts of any enforcement jurisdiction have discretion to enforce a foreign arbitral award regardless of any surrounding decisions rendered by the courts of other countries⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ On this decision in general, see GAILLARD, E., *The Misuse of Anti-Suit Injunctions*, N.Y.L.J., August 1, 2002.

⁽²³⁾ FOUCHARD, Ph., "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration – What Remedies?", in: *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, supra note 3, at 153. For another example of conflicting injunctions, see the report of the Four Seasons/Consortio Barr case in GRIGERA NAÓN, H.A., *Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences*, supra note 2, at 337.

⁽²⁴⁾ *Karaha Bodas Co. LLC (KBC) v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003).

In accordance with the general approach used by American Courts in such situations, the Court of Appeals' reasoning focused on the balance of domestic judicial interests regarding the prevention of vexatious or oppressive litigation and the protection of the court's jurisdiction against concerns of international comity⁽²⁵⁾. As regards the first principle, the Court analyzed the effects that the Indonesian decision annulling the award would be likely to have in the United States in order to determine whether the litigation in Indonesia was "vexatious or oppressive" and determined that none of the factors that usually contribute to vexatiousness and oppressiveness were at play in the case at hand. The Court concluded, in remarkable fashion given the controversy on the issue⁽²⁶⁾, and citing the *Chromalloy* case⁽²⁷⁾, that "an American court and courts of other countries have enforced awards, or permitted their

enforcement, despite prior annulment in courts of primary jurisdiction"⁽²⁸⁾. In other words, "other enforcement courts can and sometimes do conduct their own independent analyses of substantive challenges to the enforcement of the foreign award"⁽²⁹⁾.

As regards the interests of international comity, the Court observed that "[t]he doctrine of [international] comity contains a rule of 'local restraint' which guides courts reasonably to restrict the extraterritorial application of sovereign power"⁽³⁰⁾. The Court further held that, "even if the Indonesian court acted wrongly in its decision to annul the Award as a purported court of primary jurisdiction under the New York Convention, we need not directly address the propriety of that court's injunction and annulment. Contrary to the district court's conclusions, legal action in Indonesia,

(25) On these aspects of the decision, see E. Gaillard, 'KBC v. Pertamina': Landmark Decision on Anti-Suit Injunctions, N.Y.L.J., October 2, 2003. See also E. Gaillard, *Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine*, 130 *Journal du Droit International* 1105 (2003).

(26) See, for example, in favor of the enforcement of awards annulled in their country of origin, D. RIVKIN, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", in *ICCA Congress Series N° 9, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention 528* (1999). For a critical view, see E. SCHWARTZ, *A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine*, 1997 *J. INT'L ARB.* 25; D. Freyer, H. Gharavi, *Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards: From 'Double Exequatur' to the Enforcement of Annulled Awards: A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity*, 13 *ICSID REV.* 101 (1998). On the position taken by the courts of other countries, see, e.g. E. GAILLARD, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, 14 *ICSID REV.* 16 (1999).

(27) *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) (enforcing in the United States an award annulled in Egypt). The French courts took the same action in a related case: *Paris Court of Appeals*, 14 January 1997, *République arabe d'Égypte v. Société Chromalloy Aero Services*, 1997 *Rev. Arb.* 385.

(28) *Pertamina*, 335 F.3d at 367. This is also what the Hong Kong Courts did in the *Pertamina* case (see *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, 27 March 2003, 2003 HKCU Lexis 378. The decision is based on the debatable ground that the Indonesian Courts did not have jurisdiction to annul the award, although the outcome is justified). More recently, on December 9, 2004, the Court of Queen's Bench of Alberta also recognized the December 2000 award (see 20.1 *Int'l Arb. Rep.* 6 (January 2005)).

(29) *Pertamina*, 335 F.3d at 367-68.

(30) *Ibidem* at 371.

regardless of its legitimacy, does not interfere with the ability of U.S. courts, or courts of any other enforcement jurisdictions for that matter, to enforce a foreign arbitral award⁽³¹⁾. Thus, the Fifth Circuit recognized that its response to a possibly illegitimate anti-suit injunction by a foreign court did not need to entail issuing a similar injunction itself.

This reasoning begs the question, more generally, of whether anti-suit injunctions (including anti-anti-suit injunctions) are justified when they are issued in order to protect international arbitration or whether judicial self-restraint is a virtue in all circumstances. The Fifth Circuit's response to this question is that no justification should be found, while issuing an anti-suit injunction, in the fact that it is rendered in favor of arbitration: although it "empathiz[ed] with the district court and shar[ed] its frustrations at the acts of Pertamina and its counsel" who requested and obtained the Indonesian anti-suit injunction and annulment judgment, the Court justifiably concluded that "[t]he [1958 New York] Convention already appears to allow for some degree of forum shopping, and, as with many treaties, the efficacy of the Convention depends in

large part on the good faith of its sovereign signatories. Upholding the district court's injunction could only further exacerbate the problem, diplomatically if not legally as well"⁽³²⁾. In other words, although anti-anti-suit injunctions may appear to be the appropriate response to counter a court order aimed at obstructing arbitral proceedings or the enforcement of an arbitral award, they may exacerbate, rather than solve, the problems created by anti-suit injunctions by triggering an escalation of injunctions that lead to the frustration of the arbitral process as a whole.

Principles of international arbitration law further suggest that, as far as national courts are concerned, self-restraint is the proper response in all circumstances to the parties' attempt to bypass the arbitration agreement through an abusive recourse to the local courts. Indeed, anti-suit injunctions negate the very basis of arbitration, that is the parties' consent to submit their disputes to arbitration⁽³³⁾. When a party consents to an arbitration agreement, it undertakes to refer disputes that may arise with the other party to arbitration, to take part in the proceedings in good faith and to carry out the award that will be rendered⁽³⁴⁾. As a result, when

(31) *Ibidem* at 372.

(32) *Ibidem* at 375-76.

(33) On this issue, see, e.g., GRIGERA NAÓN, H.A., "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences", *cit.*, supra note 2, at 339-340; see also the Award in Salini, supra note 10 and accompanying text.

(34) See, e.g., the Interim Award of May 14, 2001 in ICC Case N° 8307, supra note 6, at 313: "(...) the agreement to arbitrate implies that the parties have renounced to submit to judicial courts the disputes envisaged by the arbitral clause. If a party despite this commences a judicial action when an arbitration is pending, it not only violates the rule according to which a dispute between the same parties over the same subject can be decided by one judge only, but also the binding arbitration clause. In such a case, according to Artículo II § 3 of the New York Convention which has been ratified by [country X], the judicial court has the obligation to refer the matter to the arbitral tribunal. It is not contested that an arbitrator has the power to order the parties to comply with their contractual commitments. The agreement to arbitrate being one of them, its violation must be dealt with in the same manner when it is patent that the action initiated in a state court is

a party requests that a court issues an anti-suit injunction to prevent an arbitral tribunal from hearing a claim or to obstruct the enforcement of an arbitral award, it too may be said to fail to honor its commitment to be bound by the arbitration agreement.

At the stage of the enforcement of an arbitral award, each legal system is equally entitled to sovereign rights and to the discretion to recognize and enforce foreign arbitral awards on the basis of its own standards of review. The temptation to use anti-suit injunctions cannot be justified by the fact that it is issued in favor of the arbitral process. By definition, each measure is restricted in the scope of its effects to the legal system in which it is issued. As a result, the only viable alternative ensuring the efficiency of international arbitration is that each legal system should decide for itself and on the basis of its own standards of public policy whether or not to recognize and enforce foreign arbitral awards.

By the same token, at the stage of the arbitral proceeding, judicial self-restraint is the most appropriate standard in light of the arbitral tribunal's jurisdiction to rule on its own jurisdiction, *i.e.* the bedrock principle of competence-competence. It is indeed critical that the jurisdiction of the arbitral tribunal to determine its own jurisdiction be safeguarded and that the courts of any given legal system do not encroach on the jurisdiction of an arbitral tribunal. In other words, until such time as the award is rendered, the courts of


different countries should limit their intervention on the basis that the arbitral tribunal has *prima facie* jurisdiction. Conversely, arbitral tribunals should be given the opportunity to fully exercise their power to rule on their own jurisdiction, either by way of a positive order to the parties to comply with their contractual commitments until such time as the tribunal has been in a position to determine its own jurisdiction (as in the *SGS v. Pakistan* case) or by way of a final decision on the issue of whether an anti-suit injunction should be given effect as regards the tribunal's jurisdiction to rule on its own jurisdiction (as in the *Salini v. Ethiopia* case)⁽³⁵⁾. In that context, the arbitral tribunal itself may issue an order to the parties that could be characterized as an 'anti-suit injunction': the arbitral tribunal would then be acting within the confines of its power, derived from the parties' arbitration agreement, to direct the parties not to act in any way that would jeopardize its *prima facie* jurisdiction until such time as the tribunal has formed its own judgment on its jurisdiction and established in a final manner whether it has been established on the basis of an existing and valid arbitration agreement and whether the scope of that agreement includes the dispute that has been brought before it. After that determination is made, the issuance by the arbitral tribunal of an anti-suit injunction is even less problematic. Yet, after the arbitral tribunal issues an award, the courts of each legal system recover their discretion to determine whether that award meets the

outside the jurisdiction of such court and is therefore abusive. This is also a guarantee of the efficiency and credibility of international arbitration."

⁽³⁵⁾ See also LÉVY, L., "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators", in: *IAI Series on International Arbitration N° 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, supra note 3, at 115.

enforcement conditions of the law and standards applicable in that country. This is the necessary counterpart for the arbitrators' license to decide first on their own jurisdiction⁽³⁶⁾.

Against this background, national courts should ensure the lowest level of

interference in the arbitration by limiting the possibility for the parties to resort to such devices as anti-suit injunctions, which may or may not be legitimate in the context of ordinary judicial matters, but which, when transposed automatically into the realm of international arbitration, are inappropriate. 

⁽³⁶⁾ On the arbitral tribunal's power of first determination of its jurisdiction, see GAILLARD, E., *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J., December 1, 2005; GAILLARD, E., "La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence", in: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, supra note 2, at 311.

¿“SE ACABÓ EL ARBITRAJE” EN AMÉRICA LATINA? LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ Y EN AMÉRICA LATINA

Por: JONATHAN C. HAMILTON (*)

SUMARIO: 1. La evolución del arbitraje en América Latina. **A.** La Doctrina Calvo. **B.** El cambio en el marco jurídico aplicable. 2. ¿El regreso de la doctrina Calvo? **A.** La actitud de los Estados frente al arbitraje de inversión. **B.** El Poder Judicial y el arbitraje comercial: reacción o aceptación. 3. La evolución del arbitraje en el Perú. 4. Conclusión.

Hace una década, Perú se encontraba en el proceso de ratificar más de dos docenas de Tratados Bilaterales de Inversión (los “BITS” por sus siglas en inglés)⁽¹⁾ tras haber ratificado el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones⁽²⁾ y adoptó una nueva Ley de Arbitraje⁽³⁾.

Una década más tarde, hemos sido testigos del desarrollo del arbitraje en el Perú y en casi toda América Latina. Sin embargo, el optimismo por la aceptación cada vez mayor que ha tenido el arbitraje en Perú y en la región se ve moderado por las complicaciones inevitables que han acompañado su crecimiento. Hace diez

(*) Socio del Grupo de Arbitraje Internacional del estudio White & Case LLP, radicado en la ciudad de Washington, DC. El autor agradece la asistencia de Mónica Fernández Fonseca y Mairée Uran Bidegain en la realización de este artículo.

(1) En 1996, el Perú había ratificado tratados bilaterales de protección de inversiones con: Argentina (1996), Bolivia (1995), China (1995), República Checa (1995), Dinamarca (1995), El Salvador (1996), Finlandia (1996), Francia (1996), Italia (1995), República de Corea (1994), Malasia (1995), Países Bajos (1996), Noruega (1995), Paraguay (1994), Portugal (1995), Rumania (1995), España (1996), Suecia (1994), Tailandia (1991) y Reino Unido (1994).

(2) El Perú ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados el 9 de agosto de 1993.

(3) HAMILTON, Jonathan C., *International Arbitration as a Component of Latin American Reforms: The Case of Peru*, 1997.

años, el tema principal en las conferencias de arbitraje era como éste había marcado la “muerte” de la famosa Doctrina Calvo. Pero en los últimos años, las políticas de arbitraje y decisiones judiciales emitidas por varias cortes nacionales han hecho pensar en el riesgo del, “[r]egreso de la Doctrina Calvo en Latinoamérica”⁽⁴⁾. Este artículo analiza el arbitraje en América Latina en este contexto; ¿cómo ha evolucionado?, ¿dónde se encuentra ahora?, y ¿hacia dónde va?

Parte I de este artículo provee un panorama de la evolución del arbitraje en América Latina. En primer lugar, se analiza la antipatía tradicional que reinó en América Latina hacia el arbitraje. En segundo lugar, se analizan los cambios en el marco jurídico aplicable que se alejan de esa actitud de hostilidad y han hecho del arbitraje una realidad legal en los países de la región. Parte II examina diferentes argumentos sobre el retorno de la Doctrina Calvo al arbitraje en Latinoamérica. En primer lugar, se analiza la posición de diferentes Estados frente al arbitraje de inversión. Después, se analiza la actitud que han adoptado diferentes cortes nacionales en la región frente a las cuestiones relacionadas con el arbitraje, tanto comercial como de inversión. Por último, parte III examina el caso concreto del arbitraje en el Perú.

1. LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

A. La Doctrina Calvo

El arbitraje se basa en el Estado de derecho y en el respeto a los compromisos contractuales de las partes, privadas o públicas, de someter las disputas a arbitraje. Por eso, el arbitraje en América Latina se entiende mejor en el contexto de los desarrollos jurídicos, políticos y económicos en la región. En general, los Estados que conforman América Latina no acogieron el arbitraje internacional sino hasta décadas recientes⁽⁵⁾. Esta historia tiene sus orígenes en la protección de la soberanía nacional y en la correspondiente preocupación relacionada con la explotación de recursos naturales por parte de empresas extranjeras⁽⁶⁾.

La expresión mejor conocida de esta perspectiva data del año 1870, cuando el diplomático argentino Carlos Calvo propugnó una postura que se conoce como la Doctrina Calvo. La doctrina tiene tres puntos clave⁽⁷⁾. En primer lugar, esta doctrina propone que la ley nacional rige los derechos de los inversionistas extranjeros. En segundo lugar, se entiende que los Estados anfitriones no están obligados a conferir estándares internacionales de protección a los inversionistas extranjeros. Finalmente, los inversionistas

(4) CREMADES, Bernardo M., *The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, Transnational Dispute Management, Vol. 2, Issue 5, 2005.

(5) *Infra* notas 15-19.

(6) ROGERS, William D., “Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas”, in: *Am. J. Int'l L.*, 72 (1978) 1, and SZASZ, Paul C., “The Investment Disputes Convention and Latin America”, in: *V. J. Int'l L.*, 11 (1971) 256.

(7) Ver por ejemplo, CREMADES, Bernardo M., *The Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, cit., nota 3; GARIBALDI, O.M., *Carlos Calvo Redivivus: The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties*, 3 Transnational Dispute Management (2006); and SCHREUER, Christopher, “Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, en: *4 The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, (2005).

extranjeros deben buscar por sí mismos la defensa de sus derechos a través de los tribunales locales.

Este punto de vista tuvo prevalencia, en general, durante casi un siglo. De conformidad con esta doctrina, *en lo político*, y específicamente en el contexto de la resolución de disputas entre extranjeros y el Estado, los gobiernos usualmente no se sometieron a arbitraje; *en el plano judicial*, incluyendo en el contexto del arbitraje comercial, las cortes por lo general no respetaron la institución del arbitraje⁽⁸⁾.

La Doctrina prevaleció aun después de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958⁽⁹⁾ y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, firmada en Washington en 1966, conocida como el Convenio del CIADI⁽¹⁰⁾.

La oposición de los Estados latinoamericanos a la idea de establecer cortes especiales para el litigio de controversias entre inversionistas extranje-

ros y gobiernos fue evidente desde incluso las primeras etapas de formulación del Convenio del CIADI⁽¹¹⁾. En una junta del Banco Mundial/Fondo Monetario Internacional celebrada en 1964, en la que se discutió el Convenio de CIADI, el Gobernador chileno del Banco reiteró su adhesión a la Doctrina Calvo en los siguientes términos:

“El inversionista extranjero [bajo el CIADI], por el hecho de ser extranjero, [se le otorga] el derecho de demandar a un Estado soberano fuera de su territorio nacional, prescindiendo de los tribunales de justicia. Esta disposición es contraria a los principios aceptados por nuestros países [en América Latina] y, de hecho, le conferiría un privilegio al inversionista extranjero, posicionando a los respectivos nacionales del país en una posición de inferioridad”⁽¹²⁾.

En 1978, la reconocida revista *“American Journal of International*

(8) Ver por ejemplo; GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, (An Update) en: 22 *Inter-Am. L. Rev.* 203 (1991).

(9) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 entró en vigor para: Argentina el 12 de junio de 1989; Bolivia el 27 de julio de 1995; Brasil el 5 de septiembre de 2002; Chile el 3 de diciembre de 1975; Colombia el 24 de diciembre de 1979; Costa Rica el 24 de enero de 1988; Cuba el 30 de marzo de 1975; Ecuador el 3 de abril de 1962; El Salvador el 27 de mayo de 1998; Guatemala el 19 de junio de 1984; Honduras el 1 de enero de 2001; México el 13 de julio de 1971; Nicaragua el 23 de diciembre de 2003; Panamá el 8 de enero de 1985; Paraguay el 6 de enero de 1998; Perú el 5 de octubre de 1988; Uruguay el 28 de junio de 1983; y Venezuela el 9 de mayo de 1995.

(10) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados entró en vigor para: Argentina el 18 de noviembre de 1994; Bolivia el 23 de julio de 1995; Chile el 24 de octubre de 1991; Colombia el 14 de agosto de 1997; Costa Rica el 27 de mayo de 1993; Ecuador el 14 de febrero de 1986; El Salvador el 5 de abril de 1984; Guatemala el 20 de febrero de 2003; Honduras el 16 de marzo de 1989; Nicaragua el 19 de abril de 1995; Panamá el 8 de mayo de 1996; Paraguay el 6 de febrero de 1983; Perú el 8 de septiembre de 1993; Uruguay el 8 de septiembre de 2000; y Venezuela el 1 de junio de 1995.

(11) SZASZ, Paul C., *The Investment Disputes Convention and Latin America*, cit., nota 5 p. 256.

(12) Representante del Gobierno Chileno, Reunión del Banco Mundial, Tokio, 1964.

Law” publicó un artículo en el que se expresaba lo siguiente⁽¹³⁾:

“[L]as naciones de América Latina se han mantenido firmes en su negativa a formar parte del CIADI. Tampoco han querido considerar otras propuestas para mecanismos que faciliten la resolución de controversias relativas a los recursos naturales o inversiones dentro de sus fronteras”⁽¹⁴⁾.

Al mismo tiempo, dicho artículo concluyó:

“A la vez que los latinos han acogido fuertemente la Doctrina Calvo en términos abstractos, en la práctica han empezado a demostrar cierto interés en diluir el principio en razón de un interés propio”⁽¹⁵⁾.

Dichos intereses se volvieron predominantes en los siguientes años. Las perspectivas políticas y jurídicas sobre el arbitraje empezaron a cambiar tanto en relación con el arbitraje comercial como con el arbitraje de inversión.

B. El cambio en el marco jurídico aplicable

Comenzando con la Convención Interamericana sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de 1975⁽¹⁶⁾, América Latina cambió paulatinamente con respecto al arbitraje internacional y dicho desarrollo prevaleció durante las siguientes tres décadas.

En la década de los noventa se dieron cambios importantes en la mayoría de los países latinoamericanos, los cuales afectaron políticas económicas, ordenamientos jurídicos y prácticas de negocios. El marco jurídico aplicable al arbitraje tanto comercial como de inversión formó parte de esos cambios. Con respecto al arbitraje comercial, incluyendo arbitrajes en los que una de las partes es una entidad estatal, casi todos los países de la región modernizaron sus leyes de arbitraje⁽¹⁷⁾, a menudo en conformidad con la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI)⁽¹⁸⁾. Asimismo, países que no habían ratificado las Convenciones de Nueva York⁽¹⁹⁾ y Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional lo han hecho

(13) ROGERS, William D., “Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas”, cit., nota 5, p. 72.

(14) *Ibidem*, p. 4. (La traducción es del autor.)

(15) *Ibidem*, p. 6. (La traducción es del autor.)

(16) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales *Extranjeros* suscrita el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, Uruguay.

(17) Ver a manera de ejemplo, Bolivia: Ley de Arbitraje y Mediación, Ley N° 1770 del 10 de marzo de 1997; Brasil: Ley Federal de Brasil, N° 9.307 del 23 de septiembre de 1996; Chile: Ley N° 19.971 del 2004; Ecuador: Ley de Arbitraje y Mediación N° 000. RO/145 del 4 de septiembre de 1997, modificada el 25 febrero del 2005; Venezuela: Ley N° 36.430 Ley de Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1998.

(18) Los siguientes países en América Latina han promulgado leyes de arbitraje siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985: Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Perú.

(19) *Supra* nota 8.

recientemente⁽²⁰⁾. Brasil concluyó este proceso con la ratificación de la Convención de Nueva York en 2002.

En relación con el arbitraje de inversión, podemos notar que casi todos los países ratificaron el Convenio del CIADI⁽²¹⁾; y que casi todos los países han ratificado numerosos BITs⁽²²⁾, y convenios multilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TL-CAN” o “NAFTA”, por sus siglas en inglés), o más recientemente, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana (“DR-CAFTA”, por sus siglas en inglés).

Bajo este marco legal, grandes cantidades de capital en dólares provenientes de inversión extranjera estaban entrando a diferentes países en la región. Los contratos nacionales e internacionales entre compañías privadas y el Estado cada vez más incluían cláusulas de arbitraje. El resultado es bien conocido por todos: un crecimiento en el volumen de arbitrajes que involucran a partes latinoamericanas.

Por citar algunos ejemplos, en el 2000, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Francia, reportó que en 83 ocasiones partes provenientes de América Latina estuvieron involucradas en arbitrajes ante esa institución⁽²³⁾. Este número ascendió a 125 en el 2004, aunque disminuyó de nuevo en el 2005 a un total de 90 partes latinoamericanas⁽²⁴⁾. Ciertos países han acogido este mecanismo de manera notable: entre 2000 y 2004 los números se triplicaron para Brasil, a pesar de una disminución importante en el 2005⁽²⁵⁾. En ese mismo lapso de cinco años, los números se duplicaron para México pasando de 27 partes mexicanas involucradas en arbitrajes CCI en el 2000, a 50 partes en el 2005⁽²⁶⁾.

En el caso de los arbitrajes ante el CIADI, aproximadamente el 15.75% del total de los casos ya concluidos en la historia de CIADI son casos contra un Estado de América Latina; y aproxi-

⁽²⁰⁾ La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita el 30 de enero de 1975 en Panamá (Convención de Panamá) entró en vigor para: Argentina el 5 de enero de 1995; Bolivia el 29 de abril de 1999; Brasil el 27 de noviembre de 1995; Chile el 17 de mayo de 1976; Colombia el 29 de diciembre de 1986; Costa Rica el 20 de enero de 1978; Ecuador el 23 de octubre de 1991; El Salvador el 11 de agosto de 1980; Guatemala el 20 de agosto de 1986; Honduras el 22 de marzo de 1979; México el 27 de marzo de 1978; Nicaragua el 2 de octubre de 2003; Panamá el 17 de diciembre de 1975; Paraguay el 15 de diciembre de 1976; Perú el 22 de mayo de 1989; Uruguay el 25 de abril de 1977; y Venezuela el 16 de mayo de 1985.

⁽²¹⁾ *Supra* nota 9.

⁽²²⁾ Para una lista comprehensiva de los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones en vigor en Latinoamérica, ver <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>, visitada por última vez el 9 de mayo de 2007.

⁽²³⁾ ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 12, Nº 1, p. 7, 2001.

⁽²⁴⁾ ICC Bulletin, Vol. 16, Nº 1, p. 6 (2005) and Vol. 17, Nº 1, p. 6, 2006.

⁽²⁵⁾ En 10 ocasiones partes provenientes de Brasil estuvieron involucradas en un arbitraje ante la CCI. El número asciende a 30 en el 2004, pero desciende a 1 en el 2005. Ver ICC Bulletin, Vol. 12, Nº 1 p. 7 (2001), and Vol. 17, Nº 1, p. 6, 2006.

⁽²⁶⁾ Ver ICC Bulletin, Vol. 12, Nº 1, p. 7, 2001, and Vol. 17, Nº 1, p. 6, 2006.

madamente el 55.32% de los casos aún pendientes son casos contra un Estado de América Latina⁽²⁷⁾.

2. ¿EL REGRESO DE LA DOCTRINA CALVO?

En este contexto de evolución de un ambiente favorable para el arbitraje, ¿cómo podemos preguntarnos si la Doctrina Calvo ha regresado y si, como lo expresa el título de este artículo, “‘se acabó el arbitraje’ en América Latina”? Por dos razones, una relacionada con el arbitraje de inversión, y la otra relativa al arbitraje comercial.

A. La actitud de los Estados frente al arbitraje de inversión

En primer lugar, se ha producido un cambio de actitud por parte de algunos gobiernos en la región frente a los arbitrajes internacionales que involucran al Estado. La preocupación sobre el arbitraje como una forma de invasión a la soberanía nacional, es un ejemplo clásico de las inquietudes en las que se basa la Doctrina Calvo. Estas preocupaciones también han estado presentes en algunos de los acontecimientos que han tenido lugar en la región.

A manera de ilustración, el Ministro de Energía y Petróleo de Venezuela declaró en marzo de 2006:

“Se acabó el arbitraje, y se acabó someter nuestra actividad petrolera al arbitrio de una legislación extra-territorial”⁽²⁸⁾.

Venezuela está eliminando las cláusulas compromisorias de ciertos contratos, pero sigue participando en casos CIADI y ha indicado que podría retirarse del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Sus acciones con relación a los inversionistas reflejan intentos de minimizar sus riesgos, lo cual en sí mismo es un símbolo del impacto de los tratados de inversión. Venezuela enfrenta actualmente al menos cuatro demandas ante el CIADI⁽²⁹⁾ y podría en el futuro verse confrontada a nuevos casos.

Bolivia por su parte, denunció formalmente el Convenio del CIADI y ha anunciado que revisará los BITs que ha suscrito hasta el presente. Las consecuencias de dichas declaraciones aún están por verse. La denuncia presentada por Bolivia no entrará en vigor sino a partir de los seis meses después del recibo de la notificación y no tendrá efectos retroactivos

⁽²⁷⁾ Porcentajes obtenidos de acuerdo a la información de la Página web del CIADI, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>, visitada por última vez el 19 de Julio del 2007.

⁽²⁸⁾ Globovisión.com, AFP, “Ministro Ramírez presentó a la A[samblea] N[acional] nuevo modelo de empresa mixta petrolera”. Nota publicada el 23 de Marzo del 2006, disponible en <http://www.globovision.com/news.php?nid=24079> visitada por última vez el 19 de Julio del 2007.

⁽²⁹⁾ Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/6); *I&I Beheer B.V.* c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/05/4); Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/06/4); y *Eni Dación B.V.* c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI N° ARB/07/4).

según lo establece el artículo 71 y 72 del Convenio del CIADI⁽³⁰⁾. Con respecto a la iniciativa de analizar sus tratados bilaterales, Bolivia ha insinuado que la revisión afectará la posibilidad de someter a arbitraje internacionales disputas que surjan de la aplicación del tratado, las cuales podrán ser resueltas mediante arbitraje doméstico únicamente. La mayoría de sus BITs contienen una “cláusula de supervivencia” según la cual el tratado tendrá efecto por 10 o 20 años después de la renuncia del mismo en aquellos casos en los que la inversión ha sido realizada antes de la terminación del tratado. De igual manera, bajo algunos BITs los inversionistas cuentan también con la posibilidad de someter sus disputas a arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁽³¹⁾. Este último recurso no se vería afectado por dicha denuncia.

Ecuador también ha dado indicaciones de un posible cambio de actitud hacia el arbitraje. En marzo del 2007, el Procurador del Estado del Ecuador José Javier Garaicoa manifestó que en los arbitrajes internacionales contra el Ecuador “está en juego la capacidad soberana del Estado de administrar justicia y de tomar decisiones”⁽³²⁾. Posteriormente, Ecuador anun-

ció que no extendería la aplicación del BIT suscrito con Estados Unidos cuando este llegó a su término de 10 años⁽³³⁾, y nombró una comisión especial encargada de analizar sus más de 23 BITs y proponer cambios para futuras negociaciones. Si bien Estados Unidos aún no ha recibido notificación de dicha terminación, éste ha sido notificado al igual que Suiza, de la intención de Ecuador de renegociar el tratado. Ecuador está reevaluando su política de promoción de inversión en el marco de un nuevo modelo de BIT, enfocado en el respecto de la soberanía y una relación justa y equitativa con los inversionistas que garantice la estabilidad jurídica de éstos.

A pesar de estos acontecimientos, la realidad es que el marco jurídico del arbitraje establecido durante muchos años permanece vigente, y pareciera que las obligaciones de los Estados bajo los tratados de inversión han configurado, y en algunos casos incluso moderado, las acciones de estos gobiernos. Los consentimientos ya dados por los gobiernos de las regiones en los numerosos tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones subsisten, y tendrían que ser denunciados también para poder ser dejados sin efecto.

(30) Artículo 71 del Convenio del CIADI “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo, La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”; y artículo 72 del Convenio del CIADI “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

(31) Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, ver nota 17.

(32) Entrevista realizada al Procurador del Estado del Ecuador José Javier Garaicoa el 23 de marzo de 2007, disponible en http://www.hoy.com.ec/notidiner.asp?row_id=262204 (última visita: 10 de mayo de 2007).

(33) El BIT entre Ecuador y Estados Unidos entró en vigor el 11 de mayo de 1997 y llegó al término de 10 años el 11 de mayo del 2007.

B. El Poder Judicial y el arbitraje comercial: reacción o aceptación

Al mismo tiempo el arbitraje comercial, doméstico e internacional, continúa creciendo en América Latina. Este incremento, sin embargo, se ha visto opacado por decisiones de cortes latinoamericanas en las que éstas parecen haber interferido de manera arbitraria en los procedimientos arbitrales.

Entre otros, podemos nombrar aquellas ocasiones en las que las cortes interfieren en la ejecución de poderes generalmente otorgados al tribunal arbitral, tales como la competencia para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral y la aplicación del principio de *Kompetenz-Kompetenz*. Por nombrar algunos, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de México, resolvió el pasado 11 de Enero del 2006, que “la competencia para conocer de la acción de nulidad de los acuerdos de arbitraje, corresponde al juez y no al tribunal arbitral”⁽³⁴⁾. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, anuló un laudo arbitral en un arbitraje CCI presentado por una compañía italiana contra una empresa estatal venezolana de telecomunicaciones. El Tribunal decidió sobre la nulidad de la cláusula arbi-

tral basándose en el incumplimiento de los requerimientos establecidos en la nueva ley de arbitraje, los cuáles, no era aplicables en el momento de suscripción del acuerdo arbitral⁽³⁵⁾.

Sin embargo, estas decisiones deben ser apreciadas en contexto. La realidad es que casos en los que las cortes toman decisiones inconsistentes con la autonomía e independencia del proceso arbitral no ocurren exclusivamente en América Latina. Incluso en Estados Unidos, donde el poder judicial ha establecido una política judicial a favor del arbitraje, la ejecución de laudos arbitrales continúa siendo una cuestión sensible⁽³⁶⁾.

No se deben tomar casos aislados como un indicio de que en América Latina el arbitraje ha fracasado. Ejemplos que se alejan considerablemente de esta perspectiva son también fáciles de encontrar. Casos destacables incluyen la decisión de la Suprema Corte Federal Brasileña del 25 de Octubre del 2005, en la cual la corte estableció que compañías de capital mixto están sujetas a los mismos principios que rigen la relación entre partes privadas. Por ende, declaró la Corte, el Estado deberá someter sus disputas a arbitraje cuando éste ha expresado su con-

⁽³⁴⁾ Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Ponente: Juan N. Silva Meza.) Las implicaciones de este caso a largo plazo son actualmente difíciles de establecer.

⁽³⁵⁾ Venezolana de Televisión C.A. c. Eleetronica Industriales S.P.A., April 5, 2006, Tribunal Supremo de Justicia - Sala Político Administrativa. Las consecuencias de dicho caso sobre el marco jurídico aplicable al arbitraje en Venezuela deber ser el objeto de un análisis más exhaustivo.

⁽³⁶⁾ Por ejemplo, en un caso involucrando a U.S. Energy c. Nukem, una corte federal de primera instancia (*Federal District Court*,) se substituyó al tribunal arbitral y decidió el fondo de un asunto previamente sometido a arbitraje en el cual el tribunal ya había rendido un laudo arbitral. Después de siete años de litigio y tres apelaciones al Tenth Circuit Court of Appeals, esta corte ordenó la reconstitución de un tribunal arbitral encargado nuevamente de dirimir el conflicto. U.S. Energy Corp. v. Nukem Inc., N°s. 03-1444, 03-1451, 2005 (10th Cir. 24, Feb.del 2005). Posteriormente, el tribunal arbitral fue constituido bajo las reglas de la American Arbitration Association y rindió una sentencia a favor del demandado.

sentimiento al mismo por medio de un contrato⁽³⁷⁾.

En México, la Corte Suprema de Justicia declaró la legitimidad y constitucionalidad de los tribunales arbitrales, en una sentencia emitida el 28 de Abril del 2004, reiterando que las partes tienen plena facultad para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido entre ellas⁽³⁸⁾.

Como lo explicamos anteriormente, diversos países de América Latina han establecido un importante marco jurídico que ha permitido un desarrollo favorable de este mecanismo. La situación actual del arbitraje en la región debe ser percibida como una fase de aplicación y adaptación de dicho marco, que necesariamente, trae consigo dificultades. Dichas complicaciones son en realidad señales de que la práctica del arbitraje en América Latina ha alcanzado una etapa de mayor madurez y complejidad, más no un renacimiento de la doctrina Calvo.

3. LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

En este contexto, consideremos la situación del arbitraje en el Perú en donde el arbitraje ha evolucionado de manera positiva.

El arbitraje no es una novedad en el Perú o para el Estado peruano. A comienzos del siglo veinte, Perú ya había aceptado dirimir sus disputas a través de arbitraje. Se trata del conocido caso relativo al campo petrolero La Brea y Pariñas. Luego de una concesión en 1908, los campos fueron regulados por nuevas leyes de minería. Tras años de controversia, los gobiernos del Perú y el Reino Unido acordaron someterse a un arbitraje especial mediante el cual se resolvería la disputa. Ambos respetaron el procedimiento acordado. Décadas después surgió la famosa disputa *Standard Oil* durante la administración del Presidente Belaunde – relacionada con los mismos campos petrolíferos⁽³⁹⁾.

Posteriormente Perú, al igual que muchos Estados Latinoamericanos, fue partícipe de la aplicación de Doctrina Calvo, y sus repercusiones. Sin embargo, se alejó rápidamente de dicha posición y en los últimos veinticinco años, ha establecido paulatinamente un marco jurídico sólido en materia de arbitraje. Perú es un Estado contratante de las Convenciones de Montevideo (1980)⁽⁴⁰⁾, Nueva York (1988)⁽⁴¹⁾, Panamá (1989)⁽⁴²⁾ y Washington (1993)⁽⁴³⁾. Hasta la fecha, el Perú ha

(37) Companhia Estadual de Energia Electrica (“CEEE”) c. AES Uruguaiana. Corte Federal Suprema de Justicia 25 de Octubre del 2005.

(38) Emilio Francisco Casares Loret de Mola et al, Corte Suprema de Justicia de México, Decisión del 28 de Abril del 2004.

(39) PINELO, Adalberto J. *The Multinational Corporation as a Force in Latin American Politics: A Case Study of the International Petroleum Company in Peru*, Praeger Publishers NY, 1973.

(40) Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Convención de Montevideo, entró en vigor para el Perú el 15 de Mayo de 1980.

(41) Perú ratificó la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, el 5 de Octubre de 1988.

(42) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional entró en vigor el 22 de Mayo de 1989.

(43) El Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados, entró en vigor para Perú el 3 de Septiembre de 1993.

participado en cinco casos ante el CIA-DI⁽⁴⁴⁾ y continua defendiéndose contuntamente en todos estos casos, tras haber logrado un acuerdo con el demandante en su primera disputa⁽⁴⁵⁾ y una victoria importante en el segundo caso⁽⁴⁶⁾.

Asimismo, cuenta con una ley de arbitraje moderna⁽⁴⁷⁾, cuyos principios se encuentran constitucionalmente protegidos⁽⁴⁸⁾, la cual está siendo revisada con el propósito de equiparar de manera más precisa algunas de sus disposiciones a lo estipulado en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI⁽⁴⁹⁾.

Por último, cabe destacar la importante implantación de este mecanismo en la resolución de disputas comerciales nacionales. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, reporta un total de 1227 solicitudes de arbitrajes presentadas entre diciembre de 1993 y diciembre del 2006. La participación de Perú en arbitrajes comerciales administrados por instituciones internacionales es

también importante, como lo mencionamos anteriormente.

Por su parte, las cortes peruanas han contribuido de manera notoria al establecimiento y evolución de este mecanismo, garantizando plenamente la protección del arbitraje y la aplicación de los principios contenidos en las leyes y convenciones citadas anteriormente.

Así lo demuestra la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de Febrero del 2006⁽⁵⁰⁾. En dicha sentencia, bajo pretexto de analizar la admisibilidad de una demanda de *habeas corpus* presentado por un miembro de un tribunal arbitral, el Tribunal anuncia el “el marco constitucional de la jurisdicción arbitral” y su lugar en el ordenamiento jurídico peruano. El Tribunal declaró que: (1) el arbitraje “*forma parte esencial del orden público constitucional*”⁽⁵¹⁾; (2) reconoció la plena vigencia del principio de *Kompetenz-Kompetenz*⁽⁵²⁾; (3) estableció la fuerza legal del principio de “*no interferencia*”⁽⁵³⁾; y (4)

(44) *Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/98/6); *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/03/4) *Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/03/28); *Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/06/13); *Tza Yap Shum v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/07/6).

(45) *Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/98/6).

(46) *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru* (ICSID Case N° ARB/03/4).

(47) Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, promulgada el 3 de enero de 1996. La ley entró en vigor el 6 de enero de 1996.

(48) El artículo 139 de la Constitución Política del Perú reconoce la legitimidad del fuero arbitral. Por su parte, el artículo 63 del mismo texto, reconoce la capacidad del Estado y las demás personas de derecho público a someter las controversias derivadas de relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional.

(49) Ver nota 17.

(50) Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, “Fernando Cantuarias Salaverry”.

(51) *Ibidem*, Sección IV., Fundamento 11.

(52) *Ibidem*, Sección IV., Fundamento 13.

(53) *Ibidem*, Sección IV., Fundamento 12.

reiteró la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral en el ejercicio de sus atribuciones, aclarando que esta debe desarrollarse en observancia de los principios y deberes consagrados en la Constitución⁽⁵⁴⁾. Finalmente, el tribunal estableció que el control judicial sólo es procedente *a posteriori* mediante los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje y el control constitucional, aunque existente, debe limitarse a situaciones de vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva o un incumplimiento por parte de los árbitros de precedentes de observancia obligatoria⁽⁵⁵⁾.

Esta decisión, si bien es un claro ejemplo de la aceptación general de esta institución jurídica en el Perú, no es un caso aislado. Ya anteriormente las cortes peruanas le habían dado un impulso positivo al arbitraje. En *Mota & Companhia S.A., v. T & T Ingeniería y Construcción S.A.*, la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundado el recurso de nulidad interpuesto por la parte actora, ratificando el principio de no interferencia, al declarar que las cortes judiciales solo tienen competencia para resolver la validez o nulidad del laudo, pero no para revisar

el fondo de la controversia inicialmente sometida al tribunal arbitral. Además, la corte aclaró que la nulidad de un lado arbitral sólo puede sustentarse en los “causales de nulidad taxativamente establecidos en la Ley General de Arbitraje⁽⁵⁶⁾. Un año más tarde en *Repsol Comercial S.A.C. v. Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.*, la Sala Comercial de la Corte Suprema de Justicia de Lima, reiteró el compromiso del poder judicial peruano a respetar la autonomía e independencia de los tribunales arbitrales en términos similares⁽⁵⁷⁾.

Por lo tanto, el Perú presenta un importante modelo del desarrollo del arbitraje y su establecimiento como mecanismo alternativo para la resolución de disputas en la región.

4. CONCLUSIÓN

La realidad de la historia del arbitraje en América Latina es más compleja que el triunfo de la Doctrina Calvo⁽⁵⁸⁾. El Dr. Calvo murió en el año 1906, hace ya un siglo y antes de los cambios profundos en la economía global y el marco jurídico sobre arbitraje en América Latina.

(54) *Ibidem*, Sección IV., Fundamento 14 y 17.


(55) *Loc. cit.*

(56) *Mota & Companhia S.A., Transportes Lei S. A. y Engil Sociedade de Construcao Civil S.A v. T & T Ingeniería y Construcción S.A. and others*, Corte Superior de Justicia de Lima, 2 de Agosto del 2004, segundo considerando.

(57) *Repsol Comercial S.A.C. v. Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.*, Sala Comercial, Corte Suprema de Justicia de Lima, 15 de Noviembre del 2005, primer considerando.

(58) Ver por ejemplo; GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)”, en: 22 *Inter-Am. L. Rev.* 203 (1991); and GRIGERA NAÓN, Horacio A., *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*, in *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America* 95 (CREMADES, Bernardo M. ed. 1999).

El arbitraje se ha consolidado en el marco jurídico vigente gracias a los cambios importantes que se han ido produciendo en todos los países de América Latina y a los cambios que se han dado en la manera como se resuelven las controversias entre particulares y Estados o entidades estatales. Actualmente en Améri-

ca Latina, como en otras partes del mundo, el arbitraje es escogido y respetado en muchas controversias contractuales y bajo tratados internacionales, y en otras ocasiones es litigado y, en general, sigue evolucionando en la práctica. Tal vez esta no es una señal que se acabo el arbitraje, sino de la madurez alcanzada⁽⁵⁹⁾. 

⁽⁵⁹⁾ La prueba de esa realidad es la fuerza y el alcance del presente Congreso llevado a cabo en el Perú, en el marco del cual presenté las ideas aquí contenidas. Éste no hubiera sido posible hace apenas diez años.

UN SISTEMA DE ARBITRAJE MUY POSITIVO PARA LA AMÉRICA DEL SUR

Por: RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY (*)

En Sudamérica también se observa el fenómeno histórico que se da en diversas partes del mundo: una nueva alineación geopolítica que evoluciona desde la antigua situación de Estado Nación hacia la conformación de los Estados Región. Todo ello tiene como fundamento y base en las necesidades propias del comercio y del intercambio, la exportación de bienes para obtener divisas de respaldo con el consiguiente crecimiento interno de la economía y la creación de empleo.

Los acuerdos mas importantes abarcadores de muchas naciones soberanas, se dan en América de habla hispana con la creación de ALALC luego reemplazada por ALADI en 1980 (Asociación Latinoamericana de Integración) ambas en búsqueda de un mayor intercambio comercial y de senderos para la mejor integración.

Pero también hubo acuerdos bilaterales o entre varios países como el de la hoy Comunidad Andina de Naciones, talvez el más importante, que posee su propia Corte Suprema de Justicia Regional.

Junto a él, el Mercosur, un aún no digerido totalmente pacto regional, que lucha cambiar por abrirse paso entre sus propias contradicciones. En los papeles firmados, Mercosur goza de muy buena salud. Otra cosa es la realidad, que se debate entre ideas y tironeos políticos.

Lo que sí es seguro es que cada país trata por todos los medios de satisfacer en desarrollo de su propio pueblo, como ha sido siempre. Y a veces con Mengua de los pactos regionales de integración.

El 26 de marzo de 1991 nace el Mercosur mediante la firma del Tratado de

(*) Profesor Titular de Derecho Comercial. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina.

Asunción, que pretendió construir un gran mercado común entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay; son países Asociados al Mercosur, Bolivia y Chile. Y ha solicitado en ingreso como miembro, Venezuela.

Desde 1994, con la suscripción por parte de los cuatro países fundadores, se dicta el Protocolo de Ouro Preto, por el cual se adopta un arancel externo común y una unión aduanera; aunque ambos, funcionan en forma imperfecta y con grandes partes de su normativa incumplidos o desconocidos.

El Mercosur en sí, se maneja con órganos que además de la función ejecutiva y consultiva ejercen también las labores propias de la solución de los conflictos que se presente en para la conformación del grupo. Los órganos del Mercosur, son:

- I. El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV. El Parlamento del Mercosur (año 2007)
- V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);
- VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

Solamente son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Parlamento del Mercosur, el Protocolo respectivo se suscribió por los Estados Partes, el 9 de diciembre de 2005, en Montevideo. Su antecedente es la Comisión Parlamentaria Conjunta, que ahora se disuelve. Esta nueva norma del Mercosur se vincula necesariamente al Observatorio Democrático (OD) del Mercosur. El Parlamento tendrá cuatro etapas para su instalación definitiva.

En Asunción del Paraguay, funciona el tribunal arbitral Permanente de Revisión de Mercosur, otro órgano de la mayor importancia, que se integra e interactúa con los demás y puede dar las llamadas⁽¹⁾.

El sistema normativo del Mercosur no está compuesto por reglas jurídicas supranacionales. Solo hay leyes comunitarias en el sentido ínter estadual. Por ello, cada norma aprobada colectivamente necesita en la mayoría de los casos, “ingresar” al derecho nacional de cada Estado Parte mediante una incorporación legal de cada una de las Cámaras Legislativas de las naciones que lo integran.

En el Protocolo de Ouro Preto se establece el orden normativo del Mercosur, en los artículos 41 y 42. Transcribimos su texto:

Artículo 41: Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

- I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II. Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

(1) Ver un interesante trabajo sobre este Tribunal y su primera “consulta interpretativa”, de Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, titulado “La respuesta del Tribunal Permanente del Mercosur a la primera consulta interpretativa”, cit., pp. 3 y ss.

III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Artículo 42: Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

Es preciso recordar algunos éxitos de este proyecto: el Mercosur logró incrementar y desarrollar el comercio, especialmente entre Argentina y Brasil, pero el crecimiento global esperado de la Región no se produjo aún.

Retrasaron y entorpecieron al Mercosur, la devaluación unilateral brasileña de 1991 y la crisis argentina de 2001/2002, evidenciando ambos países la formidable capacidad de resiliencia que es advertible en toda la América Hispana. En el año 2004, Argentina comenzó a imponer barreras unilaterales contra productos brasileños por el daño causado a sectores industriales argentinos. Brasil sólo lo aceptó como medida provisoria y es un tema irresuelto, en este momento.

Para automotores, se logró un acuerdo especial de fabricación e intercambio compensado, que luego de varias prórrogas, durará hasta el 2008. En general este pacto, impide una salvaje y nociva competencia destructiva.

Las exportaciones brasileñas a una Argentina que estaba en crisis en 2002,

disminuyeron un tercio, comparado con el año 1998, alcanzando cerca de US\$ 2.517 millones. El año 2005 obtuvo un nivel de exportaciones de Brasil a Argentina de más de US\$ 10.186 millones, con un aumento del 20% o más para 2006.

En este contexto de economía de intercambio creciente, normas para solucionar conflictos de todo tipo, por la vía abreviada de los ADRS, son sumamente necesarias.

Es que la Región del Mercosur, se proyecta día a día más y más hacia toda Sudamérica y el Norte del sub-continente mira y quiere también extenderse hacia el sur desde el CAN.

¿Por qué ocurre esto? Son muchas las razones que permiten avizorar que a mediados de siglo, América del Sur será una zona con un gran desarrollo en todo sentido.

Sudamérica tiene ventajas sustanciales: básicamente dos lenguas, muy parecidas: los idiomas español y el portugués; enormes territorios con agua potable y gran producción de alimentos para el resto del mundo; ricos recursos energéticos y minerales, diversidad de climas y territorios, gran potencialidad de desarrollo humano y atracciones turísticas múltiples, poca población en proporción al amplio territorio, un enorme litoral marítimo que abarca los océanos Pacífico y Atlántico, ausencia de conflictos religiosos, étnicos o raciales, buenas tendencias para el desarrollo, facilidad para adquirir conocimientos y algunos destacados centros de alto nivel profesional e intelectual. Una Región de gran futuro, apta para recibir los mayores conocimientos del planeta.

La puerta de esa Sudamérica unida, hacia la Unión Europea, es sin duda la Península Ibérica y en ella, especialmente

está España, uno de los países de crecimiento más avanzados de Europa y de mejor calidad de vida.

No ha sido casual que el 18 de octubre de 2005 se firmara la Declaración de Salamanca, que ratificó la totalidad del acervo iberoamericano integrado a los valores, principios y acuerdos celebrados en anteriores Cumbres.

La Cumbre de Salamanca fue la XV y en ella se reunieron los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Allí se comprometieron a apoyar los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, al derecho internacional, la profundización de la democracia, el desarrollo, la promoción y protección universal de los derechos humanos, el fortalecimiento del multilateralismo y de las relaciones de cooperación entre todos los pueblos y naciones y el rechazo a la aplicación de medidas coercitivas unilaterales contrarias al Derecho Internacional.

La Declaración de Salamanca incorporó a Andorra como nuevo miembro y se decidió crear la Secretaría General Iberoamericana como “órgano permanente de apoyo” para la institucionalización de la Conferencia Iberoamericana.

Los propósitos de esa Conferencia fueron fortalecer la cooperación iberoamericana, la cohesión interna y la proyección internacional de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, materializado en diversos programas de trabajo.

Pero varios de los objetivos, tales como dar realidad y vigencia al derecho al trabajo y a producir, el respaldo de iniciativas contra el hambre y la pobreza, el incremento de las inversiones, la expan-

sión de la base empresarial, el acceso al crédito y a la asistencia técnica, concertar acciones para expandir la cooperación internacional, eliminar las asimetrías del sistema financiero y comercial internacional y el peso de la deuda externa, no se pueden cumplir sin el establecimiento de un sistema completo de seguridad jurídica.

Estas declaraciones, junto a la decisión de “consolidar la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial”, conducen a la necesidad evidente de lograr una mayor eficiencia judicial con procedimientos rápidos y ágiles, eficaces y confiables, aunque estos propósitos no se indiquen expresamente en las declaraciones de esta Cumbre.

Ello lleva a afirmar que resulta un objetivo esencial, lograr un sistema jurídico con mayor seguridad y garantías jurídicas. Ello no se da solamente con escribir normas jurídicas, porque ya tenemos suficientes; sino que es preciso cumplirlas y hacerlas cumplir.

En ese marco, el arbitraje y los otros medios de solución de conflictos por vías paralelas –pero no opuestas– a las acciones de un Poder Judicial sólido e independiente, perteneciente a cada Estado, deberían ser un campo de especial atención de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y por lo tanto, de cada Estado Nación.

Dada la enorme carga de trabajo que pesa en general sobre los Poderes Judiciales de cada país latinoamericano, la posibilidad de acudir a procedimientos alternativos se presenta como un importante recurso adicional, para lograr resolver los casos conflictivos con más medios y contando con más vías para lograr la rapidez y la deseada seguridad jurídica. En la República Argentina, los tribunales

están absolutamente colapsados y aunque lenta, comienza una reacción de los poderes políticos para paliar la situación.

La seguridad jurídica es esencial en todos los países y por ello consideramos que debemos detenernos un momento en recordarla, habida cuenta de la necesidad de lograrla en el sub-continente.

García Belsunce⁽²⁾ define: “la seguridad jurídica es la previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones”.

Un profesor de la Università Bocconi de Milano, la define como la “previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos, teniendo en consideración tres elementos esenciales”:

- a) la previsibilidad de los órganos dotados de poderes jurisdiccionales;
- b) la previsibilidad del resultado de la intervención de dichos órganos y por lo tanto, de las decisiones que tomen;
- c) *la seguridad de las relaciones jurídicas que surge por efecto de la estabi-*

lidad de las normas y de la coherencia de la actividad legislativa⁽³⁾.

Se ha enseñado también⁽⁴⁾, que “la seguridad jurídica, que tiene que ver con el desenvolvimiento del capital, aparece ligada conceptualmente al nacimiento mismo del estado moderno de derecho, como pilar insustituible de todo régimen republicano y democrático, y también en las monarquías constitucionales. Por ello, aparece primigeniamente vinculada con las garantías de la persona frente al Estado, para aventar todo resabio de despotismo o absolutismo, y se extiende simultáneamente a la propiedad, como al resto de las libertades positivas del hombre. Siempre debe tenerse presente que la consolidación de la seguridad jurídica no puede ser sólo una “política de Estado”, pues se trata de algo más: es la base misma del estado de derecho en un régimen constitucional”.

Es preciso tener en cuenta dos aspectos de la seguridad, afirmándose que “la seguridad, en su doble manifestación –certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad– ha de considerarse ineludiblemente en función de la legalidad

(2) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La crisis institucional”, en: *El Derecho del 22 de diciembre de 2005*.

(3) LUCCHINI GUASTELLA, Emanuele, “Seguridad jurídica y sistema económico”, en: *La Ley Actualidad del 2 de marzo de 2006*, Cita las publicaciones italianas más recientes: Entre ellas, señala: GIANFORMAGGIO, voz “Certeza del diritto”, en: *Digesto IV*, Discipline privatistiche (sezione civile), II, Utet, Torino, 1988, 274 ss; CORSALE, voz “Certeza del diritto” – I) Profili teorici, en: *Enc.giur. Treccani*, VI, Treccani, Roma, 1988, 1 ss; PIZZO RUSSO, voz “Certeza del diritto” – I) Profili applicativi, en: *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss; GIARDINA, “La lex mercatoria e la certeza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionale”, en: *Riv. dir. Internaz privato e proc.*, 1992, 461 ss; AA.VV., la certeza del diritto – Un valore da ritrovare (Atti del CONVEGNO, Firenze, 2-3 ottobre 1992), Giuffrè, Milano, 1994; FARALLI, Certeza del diritto o diritto alla certeza?, en: *Materiali storia cultura giur.*, 1997, 89; CASTORINA, “Certeza del diritto” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”, en: *Riv. it. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1998, 1177 ss; LUZZATI, L’interprete e il legislatore - Saggio sulla certeza del diritto, Giuffrè, Milano, 2000; BERTEA, “La certeza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo”, en: *Materiali storia cultura giur.*, 2001, p. 131.

(4) VANOSI, Jorge R., “La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en una democracia constitucional: las condiciones y los condicionamientos”, en: *ED del 25 de octubre de 2005*, Nº 11370.

y de la justicia. Esta última y la seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que, a su vez, necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz⁽⁵⁾. Aquí se hace patente el papel del arbitraje en procura de una vía alternativa de justicia.

Ataliba recoge los conceptos del tratadista argentino Agustín Gordillo, para quien la seguridad jurídica demanda que la Administración respete la ley, y que el legislador respete la Constitución⁽⁶⁾, puesto que ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución; es decir, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, perfeccionando el dogma de la soberanía popular por el de la soberanía del pueblo en la Constitución.

Asimismo, el autor brasileño en el lugar citado señala que los principios que expresan, delimitan y dan sentido a la aparición de la seguridad jurídica en el marco constitucional –ideario de fines del siglo XVIII, al impulso de la revolución francesa y estadounidense–, son:

- a) La supresión de la incertidumbre y de la sorpresa en el obrar estatal.
- b) La certeza del derecho.
- c) El consentimiento en la formación de la ley.

- d) La representación de los gobernantes.
- e) La lealtad del Estado que se expresa en el estándar anglosajón del debido proceso legal.
- f) La previsibilidad del derecho y de las consecuencias jurídicas que se derivan del obrar de los particulares.
- g) La protección de la confianza (Paulick, H. Kruse, Hensel).
- h) La interdicción de la arbitrariedad.

El arbitraje es la gran solución para dirimir conflictos en forma rápida, eficiente, más económica y en general, confiable. Y es un modo de multiplicar las opciones que tiene el ciudadano para acudir a la jurisdicción estatal o arbitral, lo que asegura el derecho de “estar en justicia” o de ser oído.

Apuntemos que hay una larga tradición sobre el arbitraje en Argentina, aunque seamos uno de los pocos países de América Hispana que no tienen ley de arbitraje general, ni nacional ni internacional. No obstante, en el ámbito internacional, si bien la Argentina no ha adoptado la ley modelo de Uncitral o normas similares, la práctica comercial utiliza las líneas jurídicas internacionales, inspiradas en la ley modelo o reglamentos muy modernos sobre arbitraje⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ VANOSI, Jorge R., “La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en una democracia constitucional: las condiciones y los condicionamientos”, en: *ED del 25 de octubre de 2005*, N° 11370.

⁽⁶⁾ *Loc. cit.*

⁽⁷⁾ Un ejemplo es el Reglamento de Arbitraje de la CCI y otro es el Reglamento de la CNUDMI; este último, ya está siendo estudiado para su reforma. Las reformas propuestas, se encaminan a ampliar los criterios de arbitrabilidad que es la tendencia general en la materia. Un ejemplo es que se produce un ensanchamiento del campo, al admitirse que no solo los contratos generan litigios, sino que todas las relaciones jurídicas en general pueden hacerlo (la CNUDMI en el 46 período de sesiones celebrado en Nueva York del 5 al 9 de febrero de 2007 ha adoptado decisiones sobre la posible reforma del Reglamento de Arbitraje, superando la limitación de lo meramente contractual: ver A/CN.9/WG.II/WP.144).

El arbitraje internacional fue regulado por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y por la ley 15.787, que ratificó la Convención de Bruselas de 1952. La Convención de Nueva York es ley interna en Argentina.

La ley de navegación 20.094 recepta la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral libremente (art. 621). El Código de Comercio aún regula ciertos arbitrajes especiales. Por otro lado, los Códigos de Procesales de todas las jurisdicciones, fijan reglas precisas sobre el procedimiento arbitral de iure y de amigables compondores.

La Región Mercosur, en materia de arbitraje, ha legislado un sistema dual, que abarca un sistema de solución para las cuestiones del bloque, suscitadas entre los Estados Parte y que ha tenido vigencia desde la firma del Tratado de Asunción, entre los Estados Partes; y otro, únicamente para los empresarios y empresas, para los asuntos de negocios privados.

La solución tradicional, que opera y ha funcionado bien cuando existió un conflicto entre los Estados Parte, se origina en los acuerdos del Mercosur vigentes que envían al sistema procesal establecido por el Protocolo de Brasilia (año 1991), luego modificado por el Protocolo de Olivos del 18 de febrero del 2002.

Este es un régimen de derecho internacional público, para resolver los conflictos interestatales que se vayan planteando.

Dentro del sistema Brasilia - Olivos, no hubo soluciones directas para las empresas, a pesar de que algunos autores interpretaron que, luego de todos los reclamos previstos en ese sistema de derecho internacional público, las empresas

podrían quedar en condiciones de ingresar en el sistema arbitral general del Mercosur utilizando sus tribunales ad hoc con sus reglas y la eventualidad del tribunal permanente de revisión. Pero ello no ofrecería la agilidad necesaria e inmanente en todo proceso arbitral.

Si se admitiera el sistema institucional del Mercosur para las empresas privadas, habría que interpretar que, aparecido un conflicto entre los empresarios, éstos deberían presentarlo como uno proyectado a los estados partes; a partir de ahí, se aplicaría lo dispuesto por el Protocolo de Olivos, el cual indica como comienzo, la apertura de negociaciones diplomáticas entre los Estados involucrados, Y si no se obtuviesen resultados, se someterían las diferencias a los órganos del Mercosur, pudiendo concluir el proceso, con un arbitraje ad hoc que finalmente definiría la cuestión.

El sistema Mercosur reseñado, permitió crecer en poder y funciones a la Comisión de Comercio del Mercosur, porque ella asumió la búsqueda de la solución de los problemas que plantearon los empresarios, afectados en sus negocios por alguna decisión de un Estado Parte contraria a los acuerdos de integración. Resulta claro que esta es una vía interpretativa pero no constituye una solución directa y eficaz para las empresas.

No hay dudas que no hay un recurso directo y de procedimiento sencillo para que un empresario reclame, la aplicación directa de cualquier norma comunitaria por sobre normas estatales o provinciales y aún municipales, dictadas en cada Estado integrante del sistema.

Yendo a los problemas entre empresarios, está disponible un régimen legal

útil e interesante. Buscando dar soluciones arbitrales alternativas a la jurisdicción, se firmaron e internalizaron⁽⁸⁾ en el Mercosur dos Acuerdos: uno para los Estados Parte sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur y otro, entre el Mercosur y Bolivia y Chile (países asociados). De estos acuerdos para el arbitraje privado, solamente está vigente hoy, el primero.

Antes de analizarlos, veamos el panorama de Chile, país en el cual parecen registrarse las reglas procesales más antiguas sobre arbitraje⁽⁹⁾. Hoy, este país, ha entrado en la vanguardia mediante la ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, habiéndose adoptado el texto de la CNUDMI de 1985 sobre la ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. Esta norma legal se vincula con los estándares internacionales fijados con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

En Chile, si bien se admite la elección entre los tribunales estatales o los arbitrales por las partes, la superintendencia de la Corte Suprema y su conocimiento de casos inconstitucionales, se ha mantenido, como en los demás países de Sudamérica⁽¹⁰⁾.

En el año 1998, los países del Mercosur suscribieron en Buenos Aires, un acuerdo para admitir el arbitraje regional

entre empresarios y no empresarios⁽¹¹⁾ y más tarde, Brasil y Argentina lo incorporaron a sus leyes internas. El texto fue llamado, como hemos dicho, “Acuerdo para el arbitraje comercial del Mercosur” y adquirió estatus de norma legal vigente en la Región (en adelante, lo nombraremos AAM). Este reglamento arbitral, ha sido dictado en base a las siguientes normas internacionales: la Convención Interamericana de arbitraje comercial Internacional del 30 de enero de 1975, concluida en la Ciudad de Panamá, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 8 de mayo de 1979, concluida en Montevideo y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985.

El Acuerdo comienza con definiciones, como la mayoría de las leyes internacionales (artículo 2).

La materia arbitrable, es decir la que compete a este Acuerdo, es limitada excluyente: solamente se refiere a los negocios comerciales internacionales entre personas de derecho privado y su objeto, es como dice un antiguo y eficiente Secretario General que tuvo la CCI: cumplir con la “necesidad de uniformar la organización del arbitraje internacional

⁽⁸⁾ Es un neologismo que significa aceptar por parte de un Congreso soberano de un Estado Parte, una norma creada por los órganos del Mercosur. Para la Argentina, ello se admitió mediante la ley 25.223.

⁽⁹⁾ Ley de Organización y Atribuciones de 1875, citada por VÁZQUEZ PALMA, María Fernanda, “Arbitrabilidad objetiva: un acercamiento a su delimitación e importancia”, en cuyo trabajo cita a BIGGS, G. “El proceso hacia el arbitraje comercial en Chile”, en: *Ponencia del Seminario Arbitral e Internacional / Papers of the International Commercial Arbitration Association*, Conference Am Cham, Chile 29 y 30 de julio de 1998 y Nueva York 1999, en Foro de Derecho Mercantil, Legis, Bogotá abril-junio de 2007, p. 89, nota 34.

⁽¹⁰⁾ MEREMINSKAYA, Elina, “Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional”, en: *Foro de Derecho Mercantil*, Legis, Bogotá, N° 12 julio 2006, p. 92.

⁽¹¹⁾ Mercosur /CMC/Dec 3/98.

entre los Estados Partes para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional”⁽¹²⁾.

Dada la doble regulación de personas físicas (o de existencia visible) y por otro lado, las jurídicas, aceptado por las legislaciones de los Estados Parte, cualquiera de ellas que realice un negocio comercial internacional en la Región, puede estar alcanzado o pactar luego su salida conflictual por medio del AAM. Pero no lo pueden hacer las personas jurídicas de derecho público, en materias propias de esa rama del derecho, con las salvedades que veremos más abajo.

Batista Martins, señala que “a través del Decreto Legislativo 265, del 29 de diciembre de 2000, el Congreso Nacional brasileño aprobó el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercado Común del Sur – en adelante este autor lo llama también AAM–, concluido en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, que entró en vigor para el Brasil, en el plano internacional, el 9 de octubre del 2002. Este texto fue promulgado el 4 de mayo de 2003, por medio del Decreto Federal 4719 y publicado el 6 de mayo del 2003”⁽¹³⁾. Y añade que esta normativa tiene “como objetivo regular el arbitraje resultante de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales fir-

mados por personas jurídicas o físicas de derecho privado de los Estados partes del Mercosur. Asimismo, tiene por principios: (i) convenir soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración del Mercosur, (ii) promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje en el Mercosur y (iii) uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados partes, para contribuir con la expansión del comercio regional e internacional”⁽¹⁴⁾.

Las reglas del artículo 3, excluyen la aplicación del acuerdo a los conflictos internos o que, siendo internacionales, no tengan contactos objetivos jurídicos o económicos con el Mercosur.

Señala Grigera Naón que “el acuerdo no define qué debe entenderse por ‘contratos comerciales internacionales’”, lo cual da lugar a un considerable margen de inseguridad cuando se trata de fijar su radio de aplicación y se presta a interpretaciones contradictorias, tanto al nivel de los árbitros, cuanto de los tribunales estatales”⁽¹⁵⁾. Añade este autor: “el acuerdo no aclara, por otra parte, si el requisito de “internacionalidad” queda automáticamente satisfecho si se cumple alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 3 del acuerdo (por ejemplo, sus incisos (a) y (b), o si

(12) GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre arbitraje comercial (...)” cit., p. 16.

(13) BATISTA MARTINS, Pedro, “Observaciones sobre el texto del Acuerdo sobre ‘Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, en: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, cit., p. 7, Brasil impuso una reserva al artículo 10 sometiendo a la aprobación del Congreso Nacional cualquier acto que dé lugar a la revisión del aludido AAM o que ocasione encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional, en los términos del inciso I del artículo 49 de la Constitución Federal de Brasil”

(14) BATISTA MARTINS, “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, cit., p. 8.

(15) GRIGERA NAÓN, Horacio A., “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, en: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Número especial de lanzamiento, Ed. Síntese, Brasil, 2003, p. 17.

responde a un examen autónomo o independiente de lo dispuesto en dicho artículo”. Nos inclinamos por la segunda alternativa, que se concilia con una interpretación amplia y flexible de esta normativa.

Pareciera limitada la referencia base, cualquiera sea la interpretación que se le de a la expresión; hablar solamente de “contratos comerciales internacionales” implica reducir campos arbitrables, corriente contraria a lo que modernamente se está haciendo en el mundo. Y la arbitrabilidad no puede pasar solamente por el sistema contractual de los países, sino abarcar un marco más amplio, el de los actos o negocios jurídicos.

Hoy no sólo son “arbitrables” los institutos del sistema del derecho privado patrimonial, sino que ya se están admitiendo soluciones de arbitraje para amplios sectores del derecho no disponible. Hoy se trabaja en concretas soluciones de derecho de familia, patrimonial y otros, antes inimaginables, como ciertas cuestiones penales⁽¹⁶⁾.

Es perfectamente conocido que cualquier arbitraje siempre implica algún grado de interferencia estatal; “ningún arbitraje comercial internacional está a salvo de las interferencias estatales”⁽¹⁷⁾. Es el Estado el que permite que en su territorio aparezca esta forma extrajudicial de resolver los conflictos. Para el AAM, el alcance es regional, de modo que los distintos poderes legislativos pueden aceptar la actividad arbitral en diversos grados.

Esta interferencia estatal de la que hablamos, se basa, a veces, en la desconfianza particularizada o generalizada hacia esos modos de resolver los conflictos.

La necesidad y la desconfianza, unidas, provocó que la mediación —una de las vías conocidas universalmente de resolución de conflictos— se incorporara coactivamente en una región del proceso estatal argentino vigente, en una fase preprocesal, es cierto, pero obligatoria. Así el poder judicial argentino absorbió, de algún modo, uno de los remedios típicamente extrajudiciales y claramente voluntarios. Se benefició con ello al pueblo de la ciudad de Buenos Aires y a otros distritos, resolviéndose muchos conflictos en esa etapa prejudicial.

Pero el Estado interviene siempre, tal como lo grafica Fernandez Arroyo: “Esto se hace particularmente visible cuando se debe exigir el cumplimiento de una decisión arbitral, en lo que constituye, sin ningún tipo de dudas, el punto crucial de las relaciones entre el arbitraje y el Estado y la que mejor deja ver la dependencia del arbitraje respecto del aparato judicial estatal. Sin embargo, tal dependencia empieza antes —o al margen— de los casos concretos, cuando los poderes ejecutivo y legislativo del Estado definen el marco de autonomía del arbitraje y la correlativa función de sus autoridades judiciales. Es sabido que, desde hace bastante tiempo, se puede percibir una tendencia al “aislamiento” del arbitraje, a la configuración de un cierto esquema autárquico que ha intentado blindarlo contra la intervención

(16) Respecto de la arbitrabilidad de ciertas cuestiones penales, se han realizado en mayo de 2007 unas Jornadas de estudio organizadas por el CIAM, centro argentino para el arbitraje nacional e internacional.

(17) Para KESSEDJIAN, cita FERNÁNDEZ ARROYO, desde que el arbitraje se vuelve cada vez más “procedure-oriented”, tales interferencias son inevitables - KESSEDJIAN, “C. Court decisions on enforcement of arbitration agreements and awards”, en: *JIA*, 2001, p.11. Sin embargo, véase la opinión de GAILLARD, E., “Interference of national courts in the international arbitral process”, en: *NYIJ*, feb. 1º, 2001.

estatal a través de la fuga de las jurisdicciones estatales⁽¹⁸⁾, lo que no ha logrado hasta ahora impedir que el Estado se las ingenie para seguir estando presente en la definición de las reglas básicas referenciales en las cuales se desarrolla el arbitraje y en el control del mismo⁽¹⁹⁾.

Hay otro tipo de actor en el proceso arbitral que siempre lo desvaloriza, aunque generalmente acepta entrar en este tipo de procesos. Fernández Arroyo lo dice con claridad: “La parte que lleva las de perder en un proceso arbitral – y que muchas veces no cree en el arbitraje – es quien suele accionar la llave para dar entrada a esas interferencias, desde el mismo principio, cuestionando el acuerdo arbitral en sede judicial o, al final del proceso, pidiendo la anulación del laudo. La experiencia muestra que cuando una de las partes en el arbitraje es precisamente el mismo Estado, el recurso a dichas interferencias se va exacerbando. En algunos países, además, el Gobierno puede ejercer un control o una influencia decisiva sobre algunos miembros del poder judicial, lo que puede provocar una completa desnaturalización del arbitraje⁽²⁰⁾”.

El Estado, por más pequeño que sea, descarga un peso importante sobre las ins-

tituciones jurídicas, aún sobre las privadas. Y cuando le toca al arbitraje, la resistencia puede ser mayor, porque es un campo que en la antigua visión, se sustraía al poder judicial estatal. Hoy no es así: esta institución la complementa y la alivia de trabajo.

En una primera etapa, a veces, el Estado acepta someterse el arbitraje en general, para luego no seguir con la misma actitud, cuando es el turno de aceptar decisiones que no le son favorables.

Dice Fernández Arroyo, que “la incorporación del Estado a la práctica del arbitraje internacional es de tal magnitud que seguramente constituye el dato más relevante y con mayores proyecciones en la materia en últimas décadas⁽²¹⁾”.

Además, la rápida modificación experimentada en los últimos años de los parámetros en los que desarrollan las transacciones comerciales internacionales⁽²²⁾, el redimensionamiento del rol interno e internacional del Estado⁽²³⁾ y la cantidad y riqueza problemática de los arbitrajes con participación estatal hacen que los mencionados problemas particulares no sean los mismos que los de hace 10 ó 20 años –o, que si lo son, se presenten en un contexto bien distinto–⁽²⁴⁾.

(18) MAYER, P. “The trends towards delocalisation in the last 100 years”, en: HUNTER, M., MARRIOTT, A. y VEEDER, V.V. (ed), *The Internationalisation of International Arbitration*, Graham & Trotman; Martinus Nijhoff, Londres y otras, 1995, pp. 37-46.

(19) FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “La ejecución del laudo arbitral dictado contra el Estado”, en: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Lexis Nexis, N° 13, Octubre-Diciembre de 2006, Argentina, pp. 133 y 134.

(20) *Ibidem*, p. 134.

(21) OPPETIT, B., “Les États et l’arbitrage international: esquisse de systématisation”, en: *Rev. Arb.*, 1985, pp. 493-496.

(22) FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, en: *Id.* (coord.), Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 59 y ss.

(23) CASSESE, S., *La crisis del Estado* (trad.), Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, esp., pp. 63-92.

(24) FERNÁNDEZ ARROYO, sugiere comparar el artículo citado en la nota 4 con BURDEAU, G., “Nouvelles perspectives pour L’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats”, en: *Rev. Arb.*, 1995, pp. 15-17 y con LÉBOULANGER, Ph., “Rapport introductif”, en: *Les États dans le Contentieux Économique International, colloquio*, *Rev. Arb.*, 2003, pp. 617-626.

Seguramente por presión de los propios estados y en base en las razones apuntadas, no se permitió que el AAM fuese aplicable a negocios internos de un solo país o a negocios comerciales entre el Estado y una persona de derecho privado. Sin embargo, cuando el Estado actúa como empresario en el mercado, el AAM podría ser aplicable, en nuestra opinión⁽²⁵⁾. En Argentina, con la enorme variedad legal que tienen las empresas en las que interviene el Estado, al menos la mayoría de ellas, podrían acudir al procedimiento establecido por el AAM, cuando participan en negocios privados entre sí o entre esas empresas y los particulares (individuos o personas jurídicas).

El efecto de poseer este estatuto de arbitraje internacional es muy importante para la Argentina, que como hemos dicho, solo regula el remedio para lo interno a través de leyes procesales de alcance limitado para cada jurisdicción. En nuestro país, aplicando la analogía, sería posible aprovechar algunas de sus normas, más modernas que las procesales, por cierto. Brasil en cambio, para los asuntos internos, posee la Ley de Arbitraje número 9307.

Para Batista Martins, también las sociedades de economía mixta y las em-

presas públicas brasileñas deben someterse al AAM⁽²⁶⁾. El jurista brasileño, en su opinión, excluye del AAM, solo a los arbitrajes regidos por el derecho internacional público; su explicación es que el sistema de solución de controversias que cubre a los Estados Parte fue fijado en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991, modificado, como dijimos, por el Protocolo de Olivos⁽²⁷⁾. Esta amplia interpretación, incluiría a los arbitrajes entre empresarios y los Estados Parte del Mercosur, lo cual sería muy útil, aunque el texto visto de manera directa, no parece responder a la intención del legislador.

En definitiva, con este acuerdo, está disponible en el Mercosur la posibilidad de acceder al arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional y no solamente para sujetos del derecho privado de los Estados Parte, si no que, para otros de fuera de la región.

Mereminskaya⁽²⁸⁾ resalta que un acuerdo de arbitraje nunca debe interpretarse como una renuncia a la protección de derechos subjetivos. No obstante, al someterse al arbitraje, las partes renuncian al recurso ante los tribunales nacionales, es decir, se desiste nada menos que del derecho de acceso a la justicia estatal,

(25) Ver nuestro, *Derecho Comercial y Económico, Formas Jurídicas de organización de la Empresa*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 233 y ss.

(26) BATISTA MARTINS, "Observaciones sobre el texto del "Acuerdo sobre 'Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur'", cit., pp. 8 y 9.

(27) Recuerda el autor brasileño que seguimos, que "a pesar de que existe alguna crítica a esta afirmación, se debe tener en cuenta que el artículo 173 de la Constitución Federal brasileña no deja duda cuando a la capacidad que tienen esas empresas de someterse a las reglas de arbitraje contenidas en el acuerdo. El inciso 2º del parágrafo 1º de ese texto señala: "La ley establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios, disponiendo sobre: su sumisión al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso cuanto a los derechos y obligaciones civiles, comerciales, laboristas y tributarios.

(28) MEREMINSKAYA, "Validez y ejecutabilidad (...)", cit., p. 104.

base constitucional e internacional del derecho humano a la defensa y al debido proceso⁽²⁹⁾. Pero se elige otra vía para ejercerlo, que no tiene por qué no ser seria y confiable.

La cuestión siguiente a abordar, es encuadrar la materia: qué cosa es un contrato internacional; ella ha sido debatida y estudiada por muchos juristas y su precisión final, aparentemente nunca alcanzada⁽³⁰⁾.

No consiste en que las partes contratantes estén situadas en Estados diferentes, que haya “traslado” de mercaderías, que haya “distancia” entre las partes; que las partes, al momento del acuerdo, tengan establecimientos en Estados diversos, como establece la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías⁽³¹⁾; ni siquiera admitimos el simplismo de entender que el negocio es internacional cuando es abarcado, abrazado o comprendido por dos sistemas jurídicos nacionales diversos. Esta última aproximación, que sería la más cercana, se desvanece cuando se pacta expresamente por las partes *una sola* ley aplicable al caso. ¿Deja entonces el contrato o negocio de ser internacional? Nuestra respuesta es negativa.

Claro que es más sencillo referirse a un caso “con componentes internacionales”, pero aún se mantendría el interrogante de qué se quiere decir con esto. Otro modo, es el de aludir al contrato que

presenta “*points de rattachment*” con más de un ordenamiento jurídico nacional. Esta última expresión no es muy distinta de la que encabeza este párrafo.

A lo largo del tiempo, los factores que con mayor frecuencia han sido acogidos por la doctrina para caracterizar la internacionalidad de una relación jurídica, son los siguientes:

- a) El domicilio, la residencia y la sede de las partes, distintas.
- b) Diversa ley aplicable al mérito y al procedimiento.
- c) Lugares diferentes, de la firma del contrato y donde se hacen las promesas; y el cumplimiento.
- d) El lugar de ejecución del contrato, puede tener varias alternativas.
- e) El lugar donde se ubica la propiedad involucrada en la controversia o donde ocurrió su pérdida, puede ser distinto a las sedes de las partes.
- f) El lugar donde se realiza la “prestación más característica”, cuando es diverso de los establecimientos o domicilios de las partes.
- g) El lugar de la sede del arbitraje, a veces, determina su internacionalidad.
- h) La nacionalidad de los árbitros, si es distinta.
- i) La nacionalidad correspondiente a la sede de la institución arbitral, si existe

(29) El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

(30) FRIGNANI, Aldo, *Trattato Il contratto internazionale*, cit., pp. 121 y ss.

(31) Como ya lo hicimos notar en nuestro libro “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial 2”, p. 31, la Convención no define cuando un contrato es internacional sino en qué supuestos es aplicable la misma.

un arbitraje internacional y los empresarios tienen sus negocios en distintos países.

- j) El lugar del reconocimiento o de ejecución de la sentencia arbitral⁽³²⁾ si es distinto al del negocio o a los establecimientos.

En nuestra opinión, el negocio es internacional, cuando existe la posibilidad de que intervengan en su regulación más de un sistema estatal normativo⁽³³⁾, aunque exista un pacto en contrario. Por ello pensamos que hoy es insuficiente la disposición de la Convención de Ginebra, I, 1, a, en tanto disponer que el otorgamiento de “internacionalidad” lo da la residencia o el domicilio en distintos Estado/s de las partes contratantes, como también lo es la regla de la Convención de Nueva York que, aunque más amplia en sus conceptos, se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos y no al negocio base que los han originado⁽³⁴⁾.

Buscando la mayor precisión posible, debemos señalar que la primera relación a tener en cuenta, es su vinculación con la realidad de lo que es el comercio internacional en sentido amplio; a partir de ello, el negocio, acto o contrato será internacional, cuando éste es o pueda ser susceptible de ser abarcado o le sea aplicable, más de un orden legal nacional. Entonces, pese a que haya un “pacto de ley aplicable”, la sola eventual posibili-

dad de la nulidad o alguna forma de irregularidad de ese pacto, merece se le asigne el concepto de “internacional”. En ese sentido, resultaba muy interesante la definición del documento 8 de Unidroit, que luego no fue incorporado al texto definitivo: “A contract is internacional whenever it involves a choice between the laws of different countries”

En el Mercosur, donde su estatuto de creación, el Tratado de Asunción, no es nada parecido a una unión nacional, el negocio sería internacional si es susceptible de ser abarcado por la legislación de más de uno de los Estados Parte; no olvidemos que desean ingresar como miembros plenos también ahora, Bolivia y Venezuela.

No obstante lo dicho, algunos de estos criterios han perdido proyección frente al moderno elemento económico orientador de las relaciones negociales. A diferencia de las bases generalmente utilizadas para la definición de arbitraje comercial internacional y de alguna preferencia contemporánea hacia el objetivo económico de sus elementos, el AAM fue más allá al admitir tanto el criterio jurídico como el económico, verbalizado en forma bastante amplia.

Una visión puramente jurídica, abstracta, del carácter internacional, ha sido sustituida por un análisis más pragmático y tangible, de sustrato eminentemente económico. Esta corriente ha ganado

(32) FOUCHARD, PH.; GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *International commercial arbitration*, Kluwer, Netherlands, 1999, pp. 46 y 47.

(33) ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*, T. 2, parágrafo 269, pp. 27 y ss.

(34) CORDON MORENO, Faustino, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 156 y ss. ETCHEVERRY, Raúl A., “El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional”, cit., p. 60.

importancia con la puesta en vigencia del artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil francés que ha establecido que: “El arbitraje es internacional cuando abarca intereses del comercio internacional”. Lo que parece una tautología no lo es, en un mundo globalizado, pero convengamos que la cuestión es difícil de precisar y crea más campos de dudas que se ofrecen como territorios minados cuando se busca una cierta seguridad legal.

El texto es claro y contundente: la existencia de uno de los elementos –económico o jurídico– ya habilita para que la controversia se someta a los efectos legales del AAM. En los términos del artículo 3° –ámbito material y espacial de aplicación–, esta preceptiva se aplica al arbitraje, su organización y procedimientos, al igual que a las sentencias o laudos arbitrales, si se presenta alguna de las circunstancias mencionadas en él, entre las que se pueden citar las siguientes: que el contrato tenga algún contacto objetivo –jurídico o económico– con más de un Estado Parte y cuando la convención arbitral es acordada entre personas que, al momento de su celebración, tienen su residencia habitual o el centro principal de sus negocios, o la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte.

A pesar de su amplitud desde un ángulo, también aquí es limitada la facultad de las partes para poder elegir una jurisdicción y una ley aplicable a su gusto. Y esto se opone a las modernas corrientes que pretenden hacer evolucionar al arbitraje.

La ley aplicable no puede elegirse libremente, a diferencia de las modernas

soluciones actuales. El texto dice: “Las partes podrán elegir en el derecho que se aplicará para solucionar la controversia basado en el derecho internacional privado y sus principios, así como en el derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren sobre esta materia, los árbitros decidirán conforme las mismas fuentes” (artículo 10). Coincidimos con Batista Martins en que si se compara estas reglas con los actos internacionales contemporáneos, la disposición transcrita da un paso hacia atrás al imponer un grave retroceso al sistema arbitral de solución de conflictos. Más aun, dice el profesor brasileño: “es contraria a los principios de libertad, de esencia del arbitraje y, como corolario, de varios de sus institutos jurídicos”.

Dice Grigera Naón: “en primer lugar, sorprende comprobar que el acuerdo no recoge el principio, generalmente aceptado como el más práctico y previsible, según el cual el lugar o sede del arbitraje fija el régimen jurídico aplicable a éste o, en otras palabras, que el acuerdo se aplica a todo arbitraje internacional que tiene como sede uno de los países que lo han ratificado”⁽³⁵⁾. Y continúa: “La autonomía de la voluntad, como principio generalmente aceptado del derecho internacional privado, aún en relación con cuestiones relativas a la validez de las convenciones y contratos, es el que debe prevalecer, sin perjuicio que, si el acuerdo arbitral se encuentra o puede encontrarse alcanzado por alguna nulidad absoluta bajo normas de orden público del lugar del arbitraje, de aplicación necesaria e inexcusable a un arbitraje internacional, los árbitros deban

(35) GRIGERA NAÓN, Horacio A., “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, en: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Número especial de lanzamiento, Ed. Síntese, Brasil, 2003, p. 17.

tenerla en cuenta al decidir sobre dicha cuestión, que seguramente repercutirá en su jurisdicción para entender en el caso”⁽³⁶⁾. La crítica sigue: “Tampoco se entiende por qué el artículo 6 (2) del Acuerdo ata rígidamente la validez formal del acuerdo arbitral al lugar de su celebración. Tratándose de arbitrajes internacionales –como ocurre también en otros campos, y como se encuentra recogido por tenencias desde hace larga data vigentes en el derecho internacional privado–⁽³⁷⁾ el objetivo perseguido es regir la forma de los actos jurídicos, trátase de la del lugar de celebración del acuerdo arbitral, de la que rige en cuanto al fondo el contrato que incorpora la convención o acuerdo arbitral⁽³⁸⁾ y, quizás, de la del domicilio común de las partes”⁽³⁹⁾.

La ley de arbitraje brasileña, regula el contenido y el alcance del proceso en su artículo 2º, el cual se refiere a la libertad de elección de normas, reglas, principios y usos y costumbres. Según dispone, ésta solamente encuentra su límite en la violación a las buenas costumbres y al orden público. De ahí la razón de la única consideración hecha por Brasil al texto del AAM, expresado en el artículo 1 del Decreto Federal 4719 del 2003. De acuerdo con esta disposición, el acuerdo “...será ejecutado y cumplido como en él se indica”, resaltando su artículo 10, que debe ser interpretado en el sentido de permitir a las partes elegir libremente las reglas de

derecho aplicables a la materia a que se refiere la controversia, solo respetado el orden público internacional.

La reserva formulada por Brasil, dice Batista Martins, busca maximizar las normas de solución del conflicto, en armonía con el instituto y la modernidad y, por eso, debería ser seguida por los demás Estados Partes. El gobierno brasileño, a través del Ministerio de Justicia, enterado del retroceso que la norma señalada probablemente generaría en detrimento de las partes y de la autonomía de la voluntad, pidió a los estudiosos del arbitraje en el país, que buscasen alguna medida o entendimiento que pudiese armonizar el mandato del artículo 2 de la Ley de Arbitraje brasileña, con el indicado artículo 10 del AAM.

Es claro que la elección de la ley no puede ser caprichosa o arbitraria, al menos en lo que respecta a la Argentina, cuya idea fue apartar posibles conflictos de leyes diversas, desde la firma del mismo pacto arbitral.

Batista Martins señala que, en cambio, bajo el amparo de la Ley de Arbitraje brasileña, estas limitaciones no son necesarias. Y ello es así, no sólo por la esencia del instituto, sino por la total libertad asegurada a las partes, expresamente, por el artículo 2 de la Ley Marco Maciel. Prevalece la autonomía de la voluntad sin vínculo o conexión a otra jurisdicción. Y

(36) GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, cit., p. 21.

(37) Ver, por ejemplo, Convención de Roma. Acerca del Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales del 19 de junio de 1980, artículo 9 (1).

(38) FOUCHARD, PH. / GAILLARD, E. / GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, pp. 381-382; Nº 603-604 (1996).

(39) GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, cit., pp. 21 y 22.

sigue Batista Martins: “La reserva formulada por Brasil busca asegurar los efectos de la autonomía de la voluntad en el momento de la manifestación, por los contratantes, de la ley aplicable al objeto del arbitraje. Para Brasil, la libertad de elección en el ámbito del AAM es amplia e irrestricta, y solamente encuentra su límite en el orden público internacional. En los términos exactos del artículo 1º del Decreto Federal 4719 del 2003, el AAM será ejecutado y cumplido como se encuentra establecido en el artículo 10, que debe ser interpretado en el sentido de permitir a las partes elegir, libremente, las reglas de derecho aplicables a la materia a que se refiere el dispositivo en cuestión –derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral– respetando el orden público internacional”⁽⁴⁰⁾. Personalmente, estamos de acuerdo con la posición brasileña, que permite una mayor autonomía a la voluntad de las partes. Después de todo, se trata de un conflicto privado que atañe solo a ellas.

Critica Grigera Naón cómo se resuelve el tema del derecho aplicable: “El artículo 10 del acuerdo en materia de derecho aplicable por los árbitros al fondo de la controversia no se compadece, tampoco, con las actuales tendencias en la materia, reflejadas tanto a través de legislaciones nacionales sobre arbitraje internacional, como de los reglamentos arbitrales de las instituciones internacionales especializadas generalmente recono-

cidas. Al limitar la autonomía de las partes a la elección de un “derecho”, el artículo 10 del Acuerdo parece excluir la posibilidad de que aquéllas se inclinen por elegir normas especialmente creadas por ellas, o usos, prácticas o principios generales, que pueden no conformar un “derecho”, expresión normalmente reservada para designar derechos nacionales que constituyen necesariamente un conjunto sistematizado y autónomo de normas y principios. Por ese motivo, y por ejemplo, el artículo 17(1) del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional alude a “normas jurídicas”, y no a “derecho” al referirse al principio de la autonomía de la voluntad para la determinación del régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia. No es otra la solución de Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (la ley Modelo) cuando se trata de una elección expresa de dicho régimen jurídico operada por las partes (artículo 28 (1))”⁽⁴¹⁾.

El AAM también indica la forma escrita o similar (telex, correo electrónico) en el artículo 6 incisos 1 y 3 y esa validez formal debe coincidir con la prevista en el derecho del lugar de celebración⁽⁴²⁾.

Desde otro ángulo se amplía su aplicación: al no imponer discriminación alguna entre los criterios jurídico y económico, mediante el ámbito material y

(40) BATISTA MARTINS, “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, cit., pp. 24 y 25.

(41) GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, cit., pp. 22 y 23.

(42) Ver el artículo 178(1), Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado: “As regards its form, an arbitration agreement shall be valid if made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text”.

espacial de aplicación del AAM el legislador quiso atraer el mayor número posible de conflictos. En otras palabras, pretendió, de manera espontánea, alejar la intervención judicial, en beneficio de la vía arbitral. Esa premisa debe ser tomada en consideración por el intérprete y por el juzgador al momento en que se confronten con la definición del alcance y efectos de la convención arbitral; en el análisis de esas cuestiones de derecho se debe considerar la *mens legis*⁽⁴³⁾.

El arbitraje de derecho privado, se origina en una relación jurídica entre sujetos, que generalmente es un contrato de cambio y que ha fallado en su ejecución.

La relación jurídica es la relación intersubjetiva prevista por la norma, que surge de uno o más hechos. Los supuestos jurídicos están constituidos por una descripción normativa, que también establece efectos jurídicos (Tatbestand del derecho alemán y *fattispecie* del derecho italiano).

Si el supuesto jurídico es confirmado en un hecho o en un acto, se produce la: adquisición, modificación, transferencia o extinción⁽⁴⁴⁾ de derechos u obligaciones.

Dice Soto⁽⁴⁵⁾, que uno de los principios contractuales esenciales, es el principio contractual de la autonomía priva-

da, “el cual se encuentra estrechamente ligado al concepto de libertad y como tal supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Y con cita de Fernando De Trazegnies, concuerda que se ha agregado una tercera: la libertad como objeto del contrato.

Sabido es que el compromiso contractual puede estar originado en un contrato o en otro acto jurídico. Pero siempre debe ser libre y claro.

Coincidimos con Soto que la libertad de contratar “es también la libertad de conclusión o de autodecisión. Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante.”

El contrato podrá transformarse luego⁽⁴⁶⁾, pero sobre las mismas bases de autonomía y libertad, incluso el contrato predispuesto, en principio in susceptible de modificación.

Dice Soto: “La libertad de contratar comprende a su vez, dos libertades:

- a) libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y
- b) *libertad de elegir al otro contratante*”⁽⁴⁷⁾.

(43) BATISTA MARTINS, “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, cit., p. 10.

(44) La normativa alude a la extinción (artículo 896 del Código Civil) pero también puede hablarse de “pérdida”, que es otro concepto.

(45) SOTO COAGUILA, Carlos A., “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato” ver en: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, trabajo publicado en Internet, donde cita a DE TRAZEGNIES, Fernando, “En el país de las colinas de arena”, cit. p. 246.

(46) SOTO COAGUILA, Carlos A., “Transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”, en: *Instituciones de derecho privado*, dirigida por Alterini, De Los Mozos y Soto, cit., pp. 369-438; y, “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en: *Gaceta Jurídica*, cit., pp. 27-54.

(47) SOTO COAGUILA, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento (...)”, cit.

La libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona que se encuentra consagrado en nuestra Constitución al igual que en muchas otras de América, como la del Perú en el inciso 14) del artículo 2°. Esta norma señala que toda persona tiene derecho a: “contratar con fines lícitos siempre que no se contraven-gan leyes de orden público”.

Por otro lado, las partes dentro de su libertad y autonomía, pueden crear el contrato, siempre y cuando no se aparten del orden legal. La licitud es el principal y primero valladar para todos los actos jurídicos. Pero además, las partes, en el campo de normas disponibles de los contratos de cambio o en la mas restringida área de los negocios de organización, pueden determinar el contenido y alcance del contrato, por medio de normas autorregulatorias, normas privadas que permite el ordenamiento.

Esta libertad está correctamente plasmada en el artículo 1354° del Código Civil peruano, que señala: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

En el sistema legal argentino, la libertad de contratar surge de la Constitución, que se refiere genéricamente a la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita (...) navegar y comerciar (...) y asociarse con fines útiles (artículo 14 de la Constitución Nacional). Entre las atribuciones del Congreso, son destacables las previstas en el artículo 75 inciso 18, proveyendo a la “prosperidad del país” y al “bienestar de todas las provincias” (...)

promoviendo la industria” (...)” la introducción y establecimiento de nuevas industrias” (...) y el inciso 19 del mismo artículo, que indica una acción concreta del Congreso para “el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional, la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores, la defensa del valor de la moneda, la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

El Código Civil señala que lo que las partes pacten dentro de su esfera de libertad y autonomía, debe respetarse “como si fuese la ley misma” (artículo 1197).

La autonomía privada y la autonomía negocial son conceptos a veces diferenciables. Que una persona pueda dictar sus propias reglas de resolución de conflicto en materia de derecho privado, unilateral o bilateralmente, es decir, la autonomía, es la médula del negocio jurídico⁽⁴⁸⁾.

A todo ello debemos agregar el fundamental principio de la buena fe, receptado en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías, en los Principios para los Contratos Internacionales elaborados por Unidroit y en el derecho argentino, explícitamente en el artículo 1198 del Código Civil, extensible a todo el orden legal argentino.

En otro trabajo⁽⁴⁹⁾ hemos postulado ampliar la base conceptual de los negocios que entran en el dominio de la autonomía de la voluntad, recurriendo a la expresión “negocios jurídicos”, que equivale en nuestro derecho al acto jurídico;

(48) DE CASTRO BRAVO, “El negocio jurídico”, cit., p. 31.

(49) ETCHEVERRY, “Contratos asociativos. Negocios de colaboración y consorcios”, cit., p. 78.

el contrato solo es una variante del acto jurídico. Por ello, en una interpretación amplia, no debemos limitar solo a los contratos –aunque este concepto sea muy amplio, en el derecho argentino– el campo de aplicación de este acuerdo, pues las empresas o empresarios del Mercosur pueden realizar otros actos jurídicos que no sean contratos y sigan perteneciendo a las materias arbitrables⁽⁵⁰⁾.

La mayoría de los contratos serán de cambio o intercambio, pero también los hay de organización, negocios que a veces no son realmente contratos. Los negocios de organización son estructuras que generalmente encierran el ejercicio de una empresa, dicho este término en sentido amplio. Ellos tienen un estatuto de funcionamiento, que a partir de una elección tipológica, establece las reglas de conducirse a un grupo de personas. Los hechos y actos generados por o establecidos dentro o vinculados a esa normativa privada, sí serán susceptibles de arbitraje. Pero no el propio estatuto en su estructura organizacional, salvo que se discuta la interpretación de una norma estatutaria que no sea originada en la tipología dispositiva de la ley vigente.

Va de suyo que tampoco pueden las partes contrariar reglas del orden público interno o internacional, que junto con las reglas de las buenas costumbres y moral, constituyen una base esencial que limita el objeto de los actos jurídicos, nulificándolo en caso de violación (artículo 953 del Código Civil argentino)⁽⁵¹⁾.

Es así que surge una controversia en base a un contrato pactado libremente. Y puede existir o no, en el mismo convenio, una cláusula arbitral para administrar una posible desinterpretación del negocio o bien, como es sabido, convenirse.

Y llegamos así al arbitraje, cuya procedencia se vincula estrechamente con el texto contractual.

Instalada una controversia interempresaria, debe estarse a la naturaleza del negocio. Un negocio que será generalmente bilateral o acaso trilateral, pero en general, se tratará de uno de intercambio; luego de seguir el camino arbitral previsto en el contrato, arribará al conocimiento de una temática que el futuro árbitro debe estar en condiciones de analizar y luego resolver.

El negocio arbitrable a través del AAM será el vinculado a más de un ámbito territorial como ya hemos reseñado antes. El fin del acuerdo sobre el que se va a arbitrar es una cuestión de primera definición: la intención de las partes, la aplicación de las reglas de la buena fe, la vigencia de la palabra empeñada (artículos 4 y 5 del AAM).

Después de esa interpretación general, debe hacerse el análisis del contrato base en sí mismo: sea escrito u oral o haya sido concluido por negociaciones diversas, se observará en el contrato hasta dónde llega la cláusula compromisoria que llevaría al arbitraje. Del propio convenio surgirá un tribunal institucional

⁽⁵⁰⁾ Como hemos visto antes, éste es el camino que también está recorriendo Uncitral en su reforma.

⁽⁵¹⁾ Artículo 953 del Código Civil: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

prefijado o el pacto para someter la cuestión a árbitros ad hoc, que deberán ser elegidos por las partes.

A veces, no resulta común que las reglas del contrato sean claras y de simple interpretación. Los que han participado en arbitrajes ad hoc lo saben; a veces, las normas contractuales no son suficientemente específicas; omiten temas o establecen ciertos presupuestos que hacen necesario desentrañar su sentido en el curso del propio proceso arbitral. Y en ocasiones, hasta se puede observar cláusulas contradictorias u opuestas. De ahí la importancia de una redacción contractual impecable.

Debe tenerse en cuenta la ley y los usos y prácticas de ambas partes y si hay un lugar tercero designado, también las de ese lugar.

Respecto de la arbitrabilidad objetiva, debemos citar a Batista Martins, que explica una particularidad del Brasil: “existe una cuestión importante relacionada con la arbitrabilidad objetiva, la cual es capaz de viciar la convención arbitral⁽⁵²⁾. Aunque el AAM remite su solución al derecho del país anfitrión, en caso de que este considere válido el objeto de la convención, el acreedor podrá enfrentar un obstáculo en el momento de su ejecución en Brasil. Esto por cuanto el inciso I del artículo 39 de la Ley de Arbitraje brasileña señala: “[También] será denegada la homologación para reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, si el Supremo Tribunal Federal

(hoy la competencia es del Superior Tribunal de Justicia) constata que, según la ley brasileña, el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por arbitraje”.

“Como se puede apreciar –sigue el destacado autor brasileño–, esta disposición le permite al juzgador indagar ex officio la arbitrabilidad de la controversia, al contrario de lo que ocurre con las nulidades constantes del artículo 38 de la ley, cuyo poder-deber de alegarlas le conviene al reo. Entonces, se trata de una regla de orden público tan importante para la ley como admitir que la excepción de nulidad sea analizada, de oficio, por la corte nacional”⁽⁵³⁾.

Luego Batista Martins agrega: “Como inconveniente, el artículo 1º de la ley brasileña prohíbe la utilización del arbitraje que verse sobre derechos no disponibles. Se trata, sin duda, de una disposición de índole imperativa. Al no poderse arbitrar el conflicto, cualquier decisión en contrario resultará violatoria del orden público nacional. Ese nudo jurídico no es fácil de deshacer. Sin embargo, se puede argumentar que el AAM, ley vigente en Brasil, remite al derecho extranjero en los casos de arbitraje comercial internacional, razón por la cual se permite el análisis de ese elemento intrínseco, lo cual dará lugar a la arbitrabilidad o no del conflicto”⁽⁵⁴⁾.

Los árbitros deben elegirse cuidadosamente. La profesión y la nacionalidad del árbitro cuentan tanto como sus otros

(52) “El presente acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones vigentes sobre la misma materia entre los Estados partes, desde que no lo contradigan” AAM, artículo 26 (2).

(53) BATISTA MARTINS, “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, cit., p. 20.

(54) *Ibidem*, p. 21.

antecedentes. Muchas veces, se seleccionan como árbitros a abogados que han sido jueces; estos magistrados retirados tienen oficio para juzgar, están acostumbrados a resolver conflictos y su preparación mental los lleva a una ecuanimidad de la que carecen los que ejercieron únicamente la profesión de abogado.

Es costumbre que la nacionalidad preferida al elegir los árbitros, generalmente será una ajena a la de las partes, cuando ellas son de diferentes países.

Descartado que el conflicto vaya a ser resuelto por jueces estatales, se determinará el lugar en el cual se celebrará el arbitraje, con qué procedimientos legales y en qué idioma. El sitio donde se celebra el arbitraje, obrará de modo importante, porque la ley de ese lugar será la supletoria⁽⁵⁵⁾, salvo que el pacto de arbitraje diga otra cosa.

Luego de un proceso arbitral y producidas las pruebas ofrecidas y declaradas procedentes, se dictará un laudo arbitral es decir, la resolución de los árbitros que decide la controversia entre ellas poniendo fin al litigio. No se exige en el ámbito internacional una forma determinada, pero sí dos requisitos: que el laudo esté bien fundado y que sus soluciones sean claras, legales, razonable y congruentes.

El laudo no tendrá que contar con largas citas legales pero debe estar bien fundado debiendo aplicarse las reglas de derecho que correspondan, estableciéndose en la misma resolución, el por qué ella se dicta. La congruencia está vincu-

lada a la cuestión que se debe resolver y cuál, en definitiva, se resuelve. Recordemos que la Convención de Nueva York señala que existe falta de congruencia cuando el laudo se aparta de los temas previstos en el compromiso o en la cláusula compromisoria o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso (*laudo extra petita*).

El laudo arbitral puede tener defectos de forma. En lo internacional, se admite la corrección de errores del laudo cuando éste revela un “desliz o una omisión accidental”⁽⁵⁶⁾.

La elección de la vía estatal o arbitral, en negocios privados patrimoniales susceptibles de transacción, admite, si se elige el arbitraje, que el mismo sea institucional o ad hoc. Con ello se reconoce y refuerza la autonomía de la voluntad de las partes, ya que los empresarios podrían recurrir a las normas de un tribunal arbitral establecido o bien crear su propio tribunal designando a los árbitros según sus deseos, confianza o el procedimiento que hayan pactado y elaborar también normas propias de procedimiento. Ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas “por eso –señala Batista Martins– y por las predilecciones que muchas empresas tienen por una o por la otra forma de resolución arbitral, el legislador avanzó en la consideración de las dos tradicionales formas de arbitraje. La elección es un derecho de las partes contratantes. En consecuencia, el instituto nació, fue implementado y evolucionó bajo la óptica de la libertad”⁽⁵⁷⁾.

(55) Convención de Nueva York, artículo V, 1d.

(56) Singapore International Arbitration Centre, 6 de febrero de 1998; SIAC Arb. N. 6 de 1996, original en inglés. ETCHEVERRY, “El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional” cit., pp. 64 y 65.

(57) BATISTA MARTINS, “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”, cit., p. 10.

La justicia estatal o institucionalizada, está en América Latina, sobrecargada de tareas. En cambio, el laudo arbitral viene rápido, de la mano de tribunales arbitrales ad hoc, de tribunales institucionales con amplio listado de árbitros elegibles o tribunales institucionales con listado de árbitros fijos y que integran un tribunal arbitral con cierta permanencia.

Sólo es atacable esta vía de solución de conflictos, cuando el tribunal arbitral esta inmerso en el fraude o la corrupción, que son intrínsecamente malos en cualquiera de sus formas. Pero esta regla se aplica a cualquier sistema para dirimir conflictos, debiendo incluirse a la justicia institucionalizada.

Es preciso confirmar el arbitraje en Sudamérica, hace falta crear una fuerte intención que se trasluzca en decisiones de políticas de Estado, reflejada en actividad legislativa y una clara política judicial.

En Argentina no existe una ley general de arbitraje. Si pese a ello, las prácticas de arbitraje igual se han desarrollado, cuanto mas habrán de tener éxito si una buena ley lo respalda. No es suficiente que Argentina haya receptado en su legislación a la Convención de Nueva York, por la cual con mucha claridad se permite a las partes elegir libremente su propia ley aplicable y los compromete a aceptar los laudos extranjeros. Es necesario un respaldo legal más específico.

Desde la posición judicial, nuestra cultura procesal hace que los jueces vean cada vez con mayor agrado el arbitraje y salvo en temas no permitidos, estén dispuestos a apoyarlo, con una excepción: que se da cuando se produzca una violación al debido derecho de defensa, asegurado por todos los sistemas jurídicos del

Sudamérica; ese derecho, implica el conocimiento cabal del procedimiento, de la ley aplicable, el respeto a la igualdad de las partes y el derecho a proponer las pruebas de que cada parte se intenta valer.

Hemos visto que el AAM determina que la convención arbitral o la cláusula específica de arbitraje deben ser estipuladas por escrito. Pero también acepta un pacto arbitral celebrado entre ausentes, a través del intercambio de cartas o telegramas, con recepción confirmada. Además, tratando de captar formas modernas de establecer acuerdos, dice que las comunicaciones realizadas a través de telefax, correo electrónico o por un medio equivalente, deben ser confirmadas con un documento original. Así, la convención arbitral ejecutada entre ausentes se perfecciona en el momento y de conformidad con el derecho del Estado donde se recibe la aceptación. No se ha incorporado expresamente en cambio, la seguridad que ofrece la firma electrónica que de a poco, va imponiéndose en nuestra Área de Integración Mercosur y sobre la cual hay avances fundamentales en UNCITRAL y en muchos países.

La validez de la cláusula arbitral del Acuerdo del Mercosur divide la ley aplicable en una solución que no creemos sea la mejor, pero contempla los antecedentes legales de los Estados Parte. La capacidad de las partes de la convención arbitral se rige por el derecho de sus respectivos domicilios. Los demás elementos negociales del pacto arbitral –consentimiento, objeto y causa–, atienden su validez a lo que disponga el derecho del Estado parte que acoja la sede del tribunal arbitral.

Se legisla seriamente y en forma congruente en favor del seguimiento de la tendencia mundial en materia de interpreta-

ción: en general, se aplicarán las reglas de la *lex mercatoria*, las prácticas y los usos y costumbres comerciales.

El AAM se refiere en algunos pasajes de su texto al Derecho Internacional Privado como integrador del sistema. Este derecho está conformado por el conjunto de soluciones para resolver los conflictos de ley, como son por ejemplo, el complejo de leyes positivas, actos, precedentes, máximas y principios según los cuales las naciones aplican sus leyes o consienten en la aplicación de leyes extranjeras en las cuestiones de carácter particular, que afectan a nacionales y extranjeros, en materia de derecho civil, comercial, criminal y administrativo.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Las críticas que se pueden hacer al nuevo estatuto son varias y se podrían ampliar. Sin embargo, creemos que el AAM es un intento muy bueno para ordenar los negocios en el Mercosur, aunque ciertas libertades conflictuales puedan aparecer como un poco restringidas. En cambio, hay disposiciones positivas y muy útiles, como la protección de la autonomía de la voluntad en un grado satisfactorio, sea el arbitraje *ad hoc* o institucional.

Es remarcable la relevancia particular otorgada a la autonomía de la voluntad para determinar las reglas procesales

que regirán el arbitraje, ya sea institucional o *ad hoc* (artículo 12).

Resulta también un acierto el reconocimiento de la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia (artículo 18 y 8).

Respecto de las medidas cautelares, asunto muy discutido en el derecho arbitral, se dispone en el nuevo estatuto, los árbitros podrán dictar medidas cautelares (artículo 19), pero con restricciones: el artículo 19(2) del Acuerdo sólo permite al tribunal arbitral dictar tales medidas a través de un laudo provisional o interlocutorio⁽⁵⁸⁾.

Para Grigera Naón, el acuerdo regula de manera apropiada el laudo arbitral y sus condiciones de emisión (artículo 20), salvo que el artículo 20(1) dispone que el laudo “(...) decidirá completamente el litigio”, lo cual es desafortunado si se interpreta, como ha ocurrido por las cortes estatales de algunos países de América Latina⁽⁵⁹⁾, que no es posible el dictado en un mismo procedimiento arbitral de laudos parciales que resuelvan progresivamente distintos aspectos –procesales y de fondo– de las desavenencias entre las partes. La práctica del arbitraje comercial internacional confirma de manera irrefutable que en muchas oportunidades un caso arbitral sólo puede ser resuelto de manera adecuada a través de sucesivos laudos parciales que diriman progresivamente distintos aspectos procesales

⁽⁵⁸⁾ Comparar con el artículo 23(1), Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; artículo 21 (2), International Arbitration Rules del International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association, similares en este aspecto a las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

⁽⁵⁹⁾ GRIGERA NAÓN, “ICC Arbitration and Courts of Law; Practical Experiences in Latin America”, en: *Liber Amicorum Karl - Heinz Böckstiegel*, R. Briner, Y. Fortier, K.P. Berger y J. Bredow Eds., pp. 231 y ss., esp. pp. 235-236 (2001).

y de fondo que hacen a las desavenencias entre las partes”⁽⁶⁰⁾.

En algunos sistemas, se admiten “agregados” (addendum) como en la CCI.

Es evidente la carencia de un sistema que concilie el actuar privado con las normas Mercosur mediante una vía rápida de acceso para que los empresarios puedan reclamar la aplicación de esa normativa a un Estado Parte. Sólo queda la vía judicial, que en cada país organiza los Estados nacionales.

Se preserva el respaldo jurídico: si las partes nada han pactado, el arbitraje será de derecho y no de equidad (artículo 9).


No hay dudas de que el AAM ha sido un avance considerable para la Región. Pero, queda un campo vacío de contenido en la normativa Mercosur vigente. Se trata de los recursos que sí se admiten en otras zonas de integración, como por ejemplo, la Unión Europea. Y ellos son permitidos cuando se violan normas de naturaleza comunitaria.

Así, solo los Estados Parte tienen acceso a un reclamo institucional, en defensa de la aplicación y plena vigencia del sistema de normas del Mercosur, luego de transitada la etapa de negociaciones di-

plomáticas, según las disposiciones del Protocolo de Olivos, como hemos visto. Pero este reclamo no es una vía admitida para las personas físicas o las jurídicas privadas de la Región.

Los acuerdos sobre arbitraje permitidos por el AAM, son solamente los que realicen los particulares, pero no abarca el eventual cuestionamiento de los actos de los Estados; por ejemplo, que no cobren dos veces el arancel externo común o el reclamo sobre la forma de aplicación de ciertas normas del Mercosur.

En estos casos, el particular podrá acudir ante la jurisdicción de los jueces naturales estatales y ello se ha hecho en el pasado. Sin embargo reivindicamos la opinión de que debería habilitarse una vía legal arbitral para resolver rápidamente estas cuestiones, hoy por hoy de difícil solución.

O bien, permitir, a través del AAM, el recurso a un tribunal arbitral para lograr la aplicación concreta, por parte de una jurisdicción pública, de la normativa Mercosur, permitiendo que los Estados por sí, sus regiones o provincias autónomas y todos los entes colectivos en los que interviene el Estado, sean sujetos de un arbitraje bajo aquéllas reglas tan flexibles. 

⁽⁶⁰⁾ GRIGERA NAÓN, “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”, cit., pp. 28 y 29.

EL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA: LA EXPERIENCIA RECIENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI

Por: KATHERINE GONZÁLEZ ARROCHA (*)

SUMARIO: 1. Crecimiento del arbitraje en América Latina. 2. Experiencia reciente de la Corte Internacional de Arbitraje en la administración de arbitrajes con partes latinoamericanas. 2.1. Puesta en marcha del procedimiento arbitral. 2.2. El laudo arbitral. 3. Conclusión: riesgos, problemas y progresos.

1. CRECIMIENTO DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

En los últimos años hemos sido testigos de un interés creciente por América Latina. Este interés se ha visto reflejado en distintos sectores, no sólo el económico sino también el cultural, artístico. Uno de los factores determinantes de este interés ha sido sin duda la apertura de nuestros mercados nacionales a la economía mundial, la cual ha llevado al conocimiento de toda la riqueza cultural y económica de esta amplia región del mundo.

En lo que respecta al mundo del derecho y del arbitraje en particular, América Latina es sin duda, hoy en día, uno de

los temas de mayor actualidad. La gran cantidad de seminarios, conferencias que se han organizado y se continúan organizando sobre la materia demuestran el interés de importantes firmas internacionales de abogados y de árbitros internacionales. Pero quizás lo más importante es que hoy en día podemos afirmar que en América Latina ya no se habla de hostilidad hacia el arbitraje internacional. La gran mayoría de los países de esta región ha experimentado un cambio drástico de lo que era su percepción hacia el uso del arbitraje y otros métodos alternos de solución de conflictos. Este cambio y crecimiento ha sido sorprendente sobretodo por la rapidez con la cual se llevó a cabo.

(*) Directora para América Latina de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Las opiniones expresadas por la autora en el presente artículo no pretenden reflejar, de ninguna manera, ni la posición de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ni la de su Secretaría.

Un movimiento de reforma y de modernización legislativa del arbitraje se inició en América Latina hace aproximadamente quince años. En los últimos años una gran mayoría de países latinoamericanos han reformado sus leyes de arbitraje adaptándolas a las tendencias del arbitraje internacional. Este movimiento de reforma legislativa a nivel nacional estuvo también acompañado de la ratificación de importantes tratados y convenciones internacionales que promovían el uso del arbitraje internacional.

¿Cuál fue la causa de esta evolución tan rápida? Varios factores se presentaron al mismo tiempo. Por un lado, como ha sido mencionado anteriormente, la globalización fue un factor determinante. Al mismo tiempo, muchos autores concuerdan en afirmar que el motivo principal que llevó a los países latinoamericanos a utilizar el arbitraje fue la crisis o las deficiencias del sistema judicial. Así, los empresarios, abogados e inclusive los mismos Estados toman conciencia de la necesidad de reconocer el arbitraje como un método eficaz y válido para resolver disputas de carácter internacional y de esta forma atraer la inversión extranjera. La mayoría de los Estados latinoamericanos suscriben tratados bilaterales de inversiones con países de distintas partes del mundo en los cuales se convenía el arbitraje internacional como método de resolución de las controversias que pudieran surgir de la ejecución de dicho Tratado.

Esta evolución no ha sido únicamente teórica. En la práctica, dicha evolución se refleja en el número creciente de casos de arbitrajes con partes latinoamericanas. Las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (en adelante “la Corte”) lo demuestran de manera sorprendente. En el año 1993, los

casos con partes latinoamericanas sometidos a la CCI representaron un porcentaje de 3.1%; mientras que en el año 2006 representaron un 12.6%. Este porcentaje puede compararse con el de casos provenientes de partes de América del Norte durante este mismo período: en el año 1993 un total de 11,9% y en el año 2006 se mantuvo el mismo porcentaje.

En el año 2006, la Corte registró un total de 593 casos provenientes de partes de 125 países distintos. Un 12.6% de esos casos involucraban partes latinoamericanas y en 30 casos se designó una ciudad latinoamericana como sede del arbitraje. Con el propósito de responder adecuadamente a este crecimiento y evolución del arbitraje en América Latina, la Corte incorporó a su Secretaría en París, hace más de diez años, un equipo de abogados latinoamericanos para manejar los casos provenientes de esta región.

2. EXPERIENCIA RECIENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE EN LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES CON PARTES LATINOAMERICANAS

En lo que respecta a la administración de estos casos es importante resaltar que, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, la función de la Corte es la de asegurar el cumplimiento del Reglamento. Esto lo hace a través de la supervisión cotidiana de los casos y la toma de decisiones de conformidad con los poderes que le otorga el mismo Reglamento.

Mucho se podría decir acerca de la experiencia en la administración de estos casos. Para los efectos de esta ponencia distinguiremos dos fases del procedimiento arbitral CCI en las cuales se han presentado situaciones interesantes. En

primer lugar, la fase relativa a la puesta en marcha del procedimiento arbitral y, en segundo lugar, la fase relativa a la aprobación y notificación del laudo arbitral.

2.1. Puesta en marcha del procedimiento arbitral

El arbitraje se basa en la voluntad de las partes de someter sus disputas a este mecanismo y esta voluntad se encuentra reflejada en la cláusula arbitral, compromiso o acuerdo de arbitraje. Un problema muy frecuente que confrontamos en la Corte Internacional de Arbitraje en la fase inicial del proceso es el relativo a las cláusulas arbitrales mal redactadas; las llamadas *cláusulas patológicas*. La mala redacción de una cláusula arbitral puede dar lugar a un sinnúmero de objeciones relativas a la existencia, alcance o validez de dicha cláusula.

En algunas ocasiones encontramos contratos que no especifican claramente a qué institución arbitral desean remitirse. Vemos casos en los que por ejemplo indican instituciones que no existen como “la Asociación Internacional de Arbitraje”. En otros casos, la cláusula arbitral no es suficientemente clara en cuanto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje ya que contienen referencias al mismo tiempo tanto al arbitraje de la CCI como a un arbitraje ad hoc o bien a los tribunales estatales de un país específico. En estas ocasiones, la Corte debe decidir, según el artículo 6(2) del Reglamento si, a primera vista, puede existir un acuerdo de arbitraje que se refiera al Reglamento de Arbitraje de la CCI. Cuando la Corte decide negativamente, el caso no puede

proseguir ante la Corte de la CCI. En caso afirmativo, la Corte le remite el caso a los árbitros a quienes les corresponderá pronunciarse sobre su propia competencia después de haber analizado las objeciones de las partes.

En cuanto al alcance de la cláusula arbitral, las excepciones más frecuentes se relacionan con el alcance *ratione personae* del acuerdo de arbitraje. La pregunta que surge es si ¿puede extenderse un acuerdo de arbitraje a una parte que no ha firmado el contrato que contiene tal acuerdo? El desarrollo del arbitraje ha llevado a que hoy en día se presenten con mayor frecuencia casos en los cuales se cuenta con la participación de varios demandantes y varios demandados. En muchos de estos casos se presentan objeciones jurisdiccionales basadas en el hecho de que una de las partes del arbitraje no ha firmado o suscrito el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje. Las partes demandantes alegan teorías tales como la del “grupo de sociedades”, *alter ego*, sucesión o cesión. Se espera que en estos casos la parte demandante pueda probar que la parte que no firmó el contrato participó en la negociación, ejecución y/o terminación del contrato.

También se presentan con mayor frecuencia casos en los cuales existen *múltiples contratos* y una parte demandante pretende extender la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos a los litigios sobrevivientes de otros contratos firmados por partes distintas. La Corte ha establecido una práctica según la cual, para que un arbitraje pueda proceder sobre la base de múltiples contratos, deben cumplirse tres condiciones⁽¹⁾: (i) que los

(1) WHITESELL / SILVA ROMERO, “Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Complex Arbitrations - Special Supplement 2003.

contratos hayan sido firmados por las mismas partes⁽²⁾; (ii) que los contratos se refirieran a una misma transacción económica; y (iii) que los acuerdos arbitrales contenidos en todos los contratos sean compatibles. En cuanto a este último requisito, la Corte ha considerado que acuerdos arbitrales no son compatibles cuando por ejemplo un acuerdo arbitral se refiere al Reglamento de Arbitraje de la CCI y los demás contratos le otorgan jurisdicción a un tribunal estatal. Otro ejemplo de incompatibilidad de cláusulas arbitrales puede ser la referencia de distintas sedes de arbitraje o distintos métodos de constitución del tribunal arbitral. La filosofía que fundamenta esta práctica de la Corte es la de asegurar que se respete el acuerdo inicial de las partes contenido en dichas cláusulas arbitrales.

Un caso interesante se presentó recientemente entre partes extranjeras y brasileñas, en la cual las partes extranjeras pretendían consolidar disputas originadas de diversos contratos en un solo procedimiento arbitral. En dicho caso la Corte decidió que el arbitraje no podía proseguir sobre la base de que: (i) las partes de los contratos eran distintos –las partes del primer contrato (partes A y B) eran las controladoras de las partes del segundo contrato (partes C y D)–; (ii) los contratos parecían referirse a distintas transacciones económicas (pactos de accionistas ejecutados con varios años de diferencia y relativos a la construcción de una planta de energía ubicada en regiones distintas de Brasil) y, sobretodo, (iii) las cláusulas aunque idénticas eran incompatibles pues es-

tablecían, por una parte, que el arbitraje se sometería a un tribunal de tres miembros pero, por otra parte, se señalaba que cada accionista tendría derecho a nombrar a un árbitro. Si cada contrato se sometía a un arbitraje separado, las disposiciones de la cláusula se respetaban porque como las partes del contrato eran solo dos, cada una como accionista podía designar a un árbitro y el tribunal arbitral sería de tres miembros. En cambio, de consolidarse, el arbitraje pasaba a tener cuatro accionistas y si se respetaba el derecho de cada uno a designar a un árbitro, entonces el tribunal arbitral quedaría compuesto por cinco miembros, violándose así la cláusula arbitral.

En otro interesante caso brasileño, las mismas partes ejecutaron el mismo día cinco contratos distintos con el objeto de poner término a un volumen considerable de disputas. Con posterioridad, una de ellas inició un arbitraje CCI sobre la base de dos de los cinco contratos y la Corte decidió poner en marcha el arbitraje bajo el artículo 6(2) del Reglamento estando satisfecha que se trataba de contratos entre las mismas partes, relativos a una misma transacción económica y con cláusulas arbitrales compatibles.

También hemos visto casos interesantes en América Latina relacionados con la *incorporación de terceros al arbitraje*. Recientemente la Corte moderó su práctica permitiendo que partes demandadas puedan solicitar la incorporación de terceros al arbitraje. Para que la Corte pueda tomar una decisión se requieren tres

(2) Excepcionalmente se ha permitido que prosiga un caso sobre la base de múltiples contratos firmados por partes distintas considerando que no cabía duda que las partes signatarias pertenecían a un dos "grupos de sociedades" cfr. supra, WHITESELL / SILVA ROMERO, "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience", cit., p. 15.

condiciones: (i) que el tribunal arbitral no haya sido constituido; (ii) que la parte que se pretende incorporar haya firmado el acuerdo arbitral sobre la base del cual se ha presentado la demanda arbitral y (iii) que se hayan introducido demandas contra esta parte que se pretende incorporar. En el año 2006 se presentaron 6 casos con partes latinoamericanas en los cuales una parte demandada solicitó la incorporación de terceros. En dos de estos casos se presentaron situaciones interesantes:

- ¿Puede un garante ser incorporado a un procedimiento arbitral? Recientemente, la Corte aceptó la incorporación de un garante considerando que existían demandas basadas en la garantía y, además, el demandante había introducido demandas contra el garante en el mismo marco contractual sin que la demandada hubiese interpuesto objeciones jurisdiccionales.
- ¿Puede incorporarse un tercero a un procedimiento arbitral cuando las demandas interpuestas contra ese tercero no sólo se refieren al contrato sobre la base del cual se interpuso la demanda, sino que se refieren también a otros contratos? En este caso, la Corte combinó el examen del artículo 6(2) con su práctica relativa a la consolidación de demandas y negó la incorporación del tercero considerando que los contratos contenían cláusulas arbitrales incompatibles.

Otra problemática interesante es la que se presenta en la etapa inicial de

puesta en marcha del procedimiento es la relacionada con *la participación de los Estados* en un arbitraje y en particular al consentimiento de un Estado en el caso de contratos de Estado. Por ejemplo, la parte estatal puede alegar que dio su consentimiento al arbitraje internacional bajo la creencia de que guardaba el derecho de referir ciertas disputas a una corte administrativa de su propio Estado. Tal es el caso de Colombia⁽³⁾.

Finalmente, otra de las objeciones que se han presentado en casos latinoamericanos en los últimos años, y que vale la pena mencionar, ha sido la relativa a la *existencia de procedimientos paralelos* (lis pendens o “anti-arbitration injunctions” u ordenes para paralizar el procedimiento arbitral). Esto sucedió en al menos unos 6 casos durante el año 2006. Es interesante notar que en 3 de estos 6 casos una parte estatal estaba involucrada en el arbitraje, inició procedimientos paralelos y subsecuentemente objetó a la puesta en marcha del procedimiento y a la jurisdicción del tribunal arbitral. En algunos casos, dicha parte obtuvo una orden de una corte estatal para paralizar el procedimiento arbitral obligando en algunos casos a la parte demandante a pagar una multa en caso tal de que continuaran con el arbitraje. Esto ocurrió en el comentado caso Coppel en Brasil en el año 2003⁽⁴⁾.

2.2. El laudo arbitral

Una de las particularidades del arbitraje CCI es la función que tiene la Corte

(3) SILVA ROMERO, Eduardo, “ICC Arbitration and State Contracts”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 13, Nº 1, Spring 2002.

(4) Cfr. Fallo del Tribunal de Apelaciones del Estado de Paraná del 26 de junio de 2003, Des. LUSTOSA, Leonardo, relator.

de examinar todo laudo antes de que sea notificado a las partes. Esta característica del arbitraje CCI la distingue de las demás instituciones arbitrales. La finalidad de este proceso de escrutinio del laudo es el de obtener un laudo de la mejor calidad posible que sea susceptible de ser debidamente ejecutado por las partes. Al realizar el examen del laudo, la Corte observa dos aspectos: en primer lugar tiene que identificar posibles errores que se presenten en cuanto a la forma del laudo y, en segundo lugar, debe que llamar la atención de los árbitros cuando detecte problemas relacionados con el fondo del mismo.

En cuanto a la forma, algunos de los aspectos principales que la Corte toma en cuenta, son los siguientes:

- (i) detectar errores de cálculos o tipográficos en el laudo;
- (ii) cerciorarse de que el laudo esté suficientemente motivado (i.e. si por ejemplo si se está decidiendo *infra petita* o *ultra petita*) y para ello, se verifica si el tribunal arbitral está decidiendo sobre todos los puntos litigiosos, en particular se verifica si el tribunal arbitral no ha olvidado tomar ninguna decisión como por ejemplo la decisión relativa a los costos del arbitraje incluyendo los gastos de defensa de las partes.
- (iii) verificar que el tribunal arbitral no haya olvidado aspectos formales tales como indicar la fecha del laudo y la sede del arbitraje.
- (iv) también se verifica que se cumplan las exigencias de las normas imperativas de la sede del arbitraje.

En lo que respecta al examen del fondo del laudo, la Corte puede llamar la atención de los árbitros, sobre aquellos aspectos que le parezcan confusos, inconsistentes o contrarios a las provisiones de la ley aplicable al fondo del litigio o a los principios generales de justicia. No existe límite en cuanto a este examen, la Corte puede llamar la atención de los árbitros sobre cualquier aspecto que ella estime conveniente relacionado con el fondo del laudo.

El requisito de que el laudo sea motivado está contemplado en el Reglamento de Arbitraje de la CCI. En el caso de arbitrajes con sede en Brasil, la Corte es particularmente cautelosa puesto que la ley brasileña de arbitraje exige que todo laudo sea razonado. En un caso reciente en el cual la sede del arbitraje era Brasil, el tribunal arbitral no daba razones en su laudo para la aplicación de la responsabilidad solidaria entre las partes demandantes a quienes se les condenaba al pago. La Corte exigió que se incluyese un razonamiento. El tribunal arbitral, después de haber analizado la solicitud de la Corte, modificó el laudo prefiriendo aplicar una responsabilidad individual o simplemente conjunta. En otro caso, también involucrando partes brasileñas y en el cual el tribunal arbitral se declaraba incompetente sobre la base de una falsificación, la Corte llamó la atención de los árbitros sobre: (i) el hecho de que ninguna de las partes había presentado una objeción sobre la base de este argumento y (ii) el tribunal arbitral no había invitado al demandante a pronunciarse sobre este punto. Teniendo en cuenta las observaciones de la Corte, el tribunal arbitral modificó el razonamiento de su laudo evitando toda referencia a la falsificación.

En otro caso en el cual participaba una parte portuguesa y una parte de los Estados Unidos, en el cual Lisboa era la sede del arbitraje, el tribunal arbitral decidió condenar a la parte demandada a pagar los daños pero dejaba la determinación de la cuantía de estos daños a una corte estatal basándose en las disposiciones del Código Civil de Portugal. La Corte llamó la atención de los árbitros sobre el hecho de que la parte demandante había expresamente solicitado al tribunal arbitral decidir sobre este aspecto (no sólo sobre la responsabilidad sino también sobre la cuantía de los daños). La Corte insistió en el hecho de que al no decidir sobre este aspecto el tribunal arbitral corría el riesgo de que el laudo fuera considerado *infra petita* en este aspecto.

De esta forma, podemos comprobar que el proceso de escrutinio del laudo por la Corte resulta ser muy beneficioso.

3. CONCLUSIÓN: RIESGOS, PROBLEMAS Y PROGRESOS

La primera conclusión a la cual podemos llegar es que la experiencia de la CCI en el manejo de casos con partes provenientes de Latinoamérica ha sido sumamente enriquecedora y gratificante. Gratificante puesto que los avances han sido considerables en los últimos años. Nuestra región ha alcanzado con gran rapidez en materia de arbitraje lo que le tomó muchos años a Europa y los Estados Unidos. Hoy en día podemos hablar de la existencia de una jurisprudencia arbitral interesante en América Latina. Podemos constatar con orgullo la participación de árbitros latinoamericanos y firmas de abogados latinoamericanos en los procesos arbitrales inter-


nacionales, lo que no era el caso hace sólo unos cinco años. En este sentido, el entendimiento de parte de abogados y jueces estatales acerca de cómo deben manejarse estos casos ha mejorado. Las cortes estatales latinoamericanas han dictado decisiones interesantes en favor del arbitraje (tal ha sido el caso en Sao Paulo, Montevideo, México, Chile y Colombia). También hemos visto como se corrigen rápidamente errores como fue el caso en Panamá cuando se modificó la constitución para reintegrar el principio de “Kompetenz-Kompetenz”. Otro elemento alentador es el de poder constatar en los últimos años una mayor participación de los Estados latinoamericanos en los arbitrajes.

Ciertos problemas y riesgos persisten. Entre ellos: (i) la multiplicidad de tratados que regulan la misma materia incluyendo en algunas ocasiones diferencias irreconciliables; (ii) las inconsistencias entre las leyes domésticas y las convenciones internacionales; (iii) la actitud de algunas partes latinoamericanas de asimilar el proceso arbitral a los procesos judiciales utilizando tácticas dilatorias; (iv) la interferencia de jueces de la sede del arbitraje ignorando la existencia de un acuerdo arbitral.

No obstante, vale la pena resaltar que estos problemas no son todos inherentes al arbitraje en América Latina. Muchos de ellos se han presentado y se presentan en otras regiones del mundo. Es por ello que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, apoyada por su trayectoria y experiencia, busca ejercer no sólo una labor activa en la administración de sus casos sino también en actividades académicas. En los últimos años la CCI ha participado

en eventos organizados por diversas Universidades latinoamericanas en México, Chile, Brasil, Buenos Aires y ahora en Perú. También se han organizado en los últimos años reuniones, coloquios en la región con jueces estatales con el propósito de intercambiar ideas acerca de la experiencia de los jueces en la administración de arbitrajes internacionales.

Frente a este panorama tan amplio que hemos recorrido, podemos concluir

de manera positiva. La intensidad de los debates en materia de arbitraje en América Latina, así como la rapidez del crecimiento y el avance del derecho arbitral en América Latina nos promete un futuro alentador, siempre y cuando tanto abogados como partes y jueces latinoamericanos estén conscientes de las ventajas que pueden traer la aplicación correcta de este método de solución de conflictos en nuestros países. 

LA GLOBALIZACIÓN NORMATIVA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA LABOR DE LA CNUDMI/UNCITRAL(*)

Por: MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La influencia de la Ley Modelo en España. 3. La modificación de la Ley Modelo aprobada en 2006. 3.1. Revisión del artículo 7 LMA y la recomendación en la interpretación del Convenio de Nueva York. 3.2. Las medidas cautelares. 3.3. Otras modificaciones de la Ley Modelo. 3.3.1. Interpretación y suplementación de lagunas en la Ley Modelo. 3.3.2. La modificación del artículo 35.2. LMA. 4. Los trabajos en curso de la CNUDMI: La revisión del Reglamento de Arbitraje de 1976.

1. INTRODUCCIÓN

El término globalización, tan de moda en los últimos tiempos, se refiere a un proceso creciente de integración de trabajo, bienes, servicios, tecnologías y capitales. Conectado con el derecho –el derecho global–, el término globalización nos conduce a una aspiración ideal: la de lograr un derecho global, o en otros términos un derecho uniforme. Y es que efectivamente el término globalización norma-

tiva en realidad no deja de ser un sinónimo del derecho uniforme; en el caso de nuestra disciplina un derecho uniforme para el comercio internacional; tendencia a la globalidad normativa que es típica del derecho mercantil desde sus orígenes, y que constituye una de las modernas tendencias de nuestra disciplina.

El derecho mercantil cada vez más globalizado a nivel internacional, particularmente en materia contractual, reclama

(*) El texto de este trabajo se corresponde con una conferencia impartida el 13 de marzo de 2007 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid), organizado por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

(**) Catedrática de Derecho Mercantil. Miembro del Instituto de Iniciativas Empresariales y Empresa Familiar. Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL).

también una solución a sus conflictos lo más uniforme posible, lo que implica que el Estado ceda parte de su soberanía en favor de organismos supraestatales, y que estén cada vez más interesados en dotarse de regímenes jurídicos capaces de servir para solucionar controversias en ese marco globalizado de la economía, del mercado, del comercio internacional⁽¹⁾.

Quiero por ello referirme particularmente al caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y su labor uniformizadora en materia de arbitraje mercantil internacional. Es la institución que puede dar respuesta a los problemas jurídicos universales que se plantean en comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. UNCITRAL ha logrado aunar los principios jurídicos provenientes de diferentes ordenamientos, mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada. Sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito del arbitraje, fundamentalmente las instituciones de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional por medio particularmente de su Reglamento, que por cierto también fue tenido en cuenta en la redacción de la Ley de Arbitraje española (LA), lo cierto es que éstas carecen de poder normativo, y de la universalidad propias de la UNCITRAL.

El arbitraje exige un marco jurídico estable que facilite la resolución de disputas en un mercado global. Desde la creación de la CNUDMI en el año 1966, el arbitraje ha sido uno de los temas prioritarios de la agenda de la UNCITRAL. Pero, la globalización normativa del arbitraje se produjo con anterioridad merced de la aprobación del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (CNY). Verdadera pieza integradora y armonizadora del arbitraje, carecemos de un instrumento de ese alcance y características en materia de sentencias judiciales internacionales. De ahí que puede decirse que el CNY fue el verdadero motor del éxito y expansión iniciales del arbitraje comercial internacional.

Tomando como base el Convenio de Nueva York, y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 (que está siendo actualmente revisado por el grupo de trabajo de arbitraje de la CNUDMI), la UNCITRAL se empeñó también en ese esfuerzo globalizador mediante la creación en el año 1985 de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional que se ha convertido, junto con el Convenio de Nueva York, en las herramientas fundamentales para la armonización normativa del arbitraje. El Convenio NY de amplia aceptación internacional, 142 Estados partes, y la Ley Modelo incorporada al derecho nacional de aproximadamente 60 jurisdicciones son, pues, las piezas claves del arbitraje comercial internacional.

(1) En la doctrina española, véase CREMADES, Bernardo / CAIROS, David, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", en: *LL*, 2002, D-123, diario 5538, 7 mayo 2002, pp.1628-1646; GONZALO QUIROGA, Marta, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, y Dykinson, 2003.

2. LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO EN ESPAÑA

Tanto el CNY como la LMA forman parte del ordenamiento jurídico español. El primero mediante su ratificación en 1977, y la segunda mediante la aprobación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje. Se ha de destacar que la Ley Modelo nacida con vocación de regir el arbitraje comercial internacional, en su acomodación al derecho español –al igual que ha sucedido también en otros países– se convierte en la Ley General para el arbitraje sin que se circunscriba a la mercantilidad o a la internacionalidad del litigio.

España, como país Ley Modelo, ha incorporado los principios más importantes de la misma, no se limita todo hay que decirlo a copiarla sino que la mejora en algunos puntos, no en vano están presentes también en su articulado las soluciones más modernas derivadas de la práctica arbitral y de las Leyes más modernas de arbitraje tanto de Europa como de Latinoamérica, pero en cualquier caso se suma así nuestro ordenamiento a la globalización normativa del arbitraje comercial internacional, formando parte del club de Estados que pueden considerarse Estados-Ley Modelo. Entre los principios universales consagrados en la Ley Modelo y recepcionados por la Ley española, creo importante destacar los siguientes:

- La plena consagración del principio de autonomía de la voluntad, no sólo en relación con el convenio arbitral (artículo 9 LA), donde la voluntad de las partes es clave, sino también

libertad a la hora de organizar el procedimiento arbitral (artículo 25 LA). De ahí la naturaleza eminentemente dispositiva de la LA.

- La mínima injerencia del poder judicial en el arbitraje⁽²⁾. El poder judicial apoyará, en su caso, al arbitraje, pero no lo obstaculizará.
- El criterio amplio de internacionalidad de la Ley Modelo, que resulta superado por la Ley española (artículo 3 LA), que también supera en este punto a la regulación Suiza que también fue fuente de inspiración.
- Los amplios criterios de libertad en la elección de la ley aplicable al fondo del litigio que se consigue en grado máximo en la Ley española y en grado intermedio en la Ley Modelo. Bajo la Ley española se prescinde absolutamente del criterio conflictual (vía directa ilimitada) tanto en la elección por las partes del derecho aplicable, como en la elección por los árbitros (artículo 34.2 LA). En este punto la Ley española es la más avanzada del mundo, superando incluso a la regulación suiza (vía directa limitada: las aplicaciones de las reglas de derecho ha de serlo en tanto en cuanto tengan una conexión cercana con la controversia).
- La consagración de principios clásicos del arbitraje como el del Kompetenz-Kompetenz (artículo 22.1 LA), favor arbitris, el de autonomía o independencia del convenio arbitral respecto del contrato principal

⁽²⁾ Artículo 7 LA. *Intervención judicial. En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.* Auto TS, 21 febrero 2006 (RA 146267).

(artículo 22.1 LA), y la distinción entre el lugar o sede jurídica, y el lugar físico del arbitraje (artículo 26 LA)⁽³⁾.

El legislador español en la ley de arbitraje es plenamente consciente de la opción legislativa a seguir y sus primeras palabras son en favor de la necesidad de armonización normativa del arbitraje como forma de propiciar una mayor eficacia de este medio de resolución de disputas. Igualmente en la Exposición de Motivos (EM), el legislador rinde tributo a la CNUDMI y a la Ley Modelo declarando que el modelo de la UNCITRAL se erige en el principal criterio inspirador de la Ley española. Tal es la influencia de la Ley Modelo, que el legislador español, y así lo declara en la EM, toma en cuenta los trabajos de reforma de la Ley Modelo que en ese momento se estaban llevando a cabo en materia de forma del convenio arbitral y medidas cautelares. Trabajos que iniciados en el año 2000 han visto la luz el pasado 4 diciembre 2006 mediante la aprobación final de la Asamblea general de las Naciones Unidas. Los trabajos realizados no se limitan sólo a la Ley Modelo sino que, como se verá más adelante, se emite una importantísima

“recomendación” interpretativa en relación con el Convenio de Nueva York. Y es que muy especialmente en el debate en torno a la forma del convenio arbitral bajo la LMA no puede prescindirse del artículo II.2 CNY.

3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY MODELO APROBADA EN 2006

En esta reciente reforma de la Ley Modelo me gustaría centrar la exposición para abrir un debate en torno a la posible modificación de la Ley española de arbitraje, y de las leyes de arbitraje en Latinoamérica⁽⁴⁾.

3.1. Revisión del artículo 7 LMA y la recomendación en la interpretación del Convenio de Nueva York⁽⁵⁾

El artículo 7 LMA en su versión original se refiere a la exigencia de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito en línea con el artículo II.2 CNY, de ahí que la mayor parte de las legislaciones en materia de arbitraje exijan la forma escrita, aunque se discrepa en torno a su eficacia, esto es, si es un requisito *ad probationem* o *ad validitatem*.

(3) PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Place of Arbitration (Article 16) and Language of Proceedings (Article 17) in the UNCITRAL Arbitration Rules: some Proposals for a Revision”, en: *Croatian Arbitration Yearbook*, 2006, Vol. 13, pp. 205-222.

(4) *Vide* en relación con las legislaciones de arbitraje en América Latina: CONEJERO ROOS, Cristian, El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004, pp. 255-289, que la LMA ha influenciado prácticamente todas las legislaciones modernas de arbitraje en América Latina. Es más el Reglamento de Arbitraje CNUDMI está también presente de forma directa o indirecta en los países latinoamericanos. *Vide* PERALES VISCASILLAS, Pilar, “The influence of the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules in Spain and Latin America”, en: *30 Years of Uncitral Arbitration Rules. Impact of the Rules on International Commercial Arbitration –History, Practices and Future–*. Joint Conference organized by UNCITRAL and the Kuala Lumpur Regional Centre of Arbitration (KLRCA), 21-23rd November 2007. Kuala Lumpur, Malaysia (de próxima publicación). Todo ello induce a que entendamos que los países iberoamericanos deben optar por incorporar en sus legislaciones las nuevas disposiciones modelo.

(5) Mayores detalles en PERALES VISCOSILLAS, Pilar, “¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL”, en: *Derecho de los Negocios*, febrero 2007, Nº 197, pp. 5-18.

El artículo II.2 del CNY⁽⁶⁾ establece dos requisitos firma y canje de documentos como elementos que pueden satisfacer el requisito del escrito. Ambos han sido interpretados de formas diferentes por los jueces⁽⁷⁾. La aplicación más estricta conlleva a que sólo los convenios firmados por ambas partes o contenidos en un canje (intercambio de oferta y aceptación escrita) sean convenios de arbitraje válidos bajo el CNY, por lo tanto no valdrían los acuerdos orales posteriormente confirmados por escrito, los convenios inicialmente escritos, contenidos por ejemplo en un contrato, que es aceptado por actos de ejecución, o los convenios celebrados por otros medios de comunicación diferentes a las cartas o los telegramas, aunque en este caso la jurisprudencia es muy minoritaria. Bajo esta interpretación estricta se

entiende que el CNY establece de forma exclusiva y excluyente los requisitos de forma, y por lo tanto prevalece sobre cualesquiera otras disposiciones legales sobre forma del convenio, ya sean éstas más o menos exigentes, y sin que éstas puedan además servir de criterio de interpretación del CNY. Esta interpretación de la que no ha sido ajeno el legislador español, por ejemplo, en la STS 6 octubre 1998⁽⁸⁾. La diferente interpretación deriva de la divergencia lingüística entre las diversas versiones oficiales del CNY; así la versión inglesa (*shall include*) parece permitir la aplicación de otros requisitos de forma del derecho aplicable, mientras que bajo la francesa y la española no.

La estricta interpretación se ha superado de formas diversas⁽⁹⁾, aunque quiero

⁽⁶⁾ “La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. Nótese que el Código de Comercio (CCo) de 1885 en la redacción original del artículo 54 relativo a la perfección de los contratos a distancia ya se refería a esos medios de comunicación.

⁽⁷⁾ Téngase en cuenta que la referencia al artículo II del CNY que se realiza en el artículo V.1 a) del mismo texto legal se ha mostrado perturbadora, puesto que el precepto si bien deja a las partes libertad para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, lo cierto es que cuando se ha aplicado este motivo de denegación del exequátur lo ha sido en el sentido de señalar que el acuerdo de arbitraje no cumplía con el requisito de forma escrita del artículo II. Esto es, la cuestión de la validez formal del acuerdo de arbitraje se ha examinado a la luz del artículo II CNY. Frente a esta interpretación, se ha entendido que la validez formal se determine conforme a la ley elegida por las partes o, en su defecto, por la ley del lugar del arbitraje, de tal forma que la referencia al artículo II se ha considerado una superflua descripción adicional del acuerdo de arbitraje, y, en consecuencia, que el artículo II es únicamente considerado como un estándar de máximo para el legislador nacional, pero sin impedir la aplicación de normas más flexibles.

⁽⁸⁾ No obstante, la jurisprudencia atiende de forma más flexible a que la firma o la utilización de determinadas fórmulas no son necesarias para la validez del convenio arbitral, aunque sí “la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje” (SAP Barcelona, 29 marzo 2006 (RA 226821)).

⁽⁹⁾ 1) Por ejemplo, en relación con el requisito del canje se ha entendido que bastaría con una mera referencia a la cláusula o al acuerdo de arbitraje en una correspondencia posterior.

2) Aplicación del principio del *venire contra factum proprium*, por ejemplo, si se participa en el arbitraje sin objeciones. En relación a si el *estoppel* puede ser invocado como un motivo para superar el requisito de escrito del artículo II(2) CNY existen diferentes soluciones, propugnando la mejor doctrina que como muestra del principio de buena fe contenido en la Convención, el *estoppel* puede aplicarse por encima del requisito de escrito del artículo II(2) (VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 1994 reprint, p. 185).

3) Aplicando los principios generales de los contratos: las reglas sobre oferta y aceptación.

4) Admitiendo la validez de la incorporación por referencia pese a que el CNY no se refiere a ello. Algunos tribunales han considerado válida la referencia siempre que el convenio figurase en el contrato principal

ahora únicamente destacar la aplicación del artículo VII.1 CNY, porque sobre él incide la recomendación interpretativa de la CNUDMI. El artículo VII.1, conocido como la disposición más favorable, permite inaplicar las disposiciones nacionales que en materia de exequátur sean más exigentes que las establecidas en el CNY, permitiendo al mismo tiempo que se sigan aplicando las disposiciones nacionales más favorables. De forma que extendiendo este criterio a los requisitos de forma del arbitraje se permitiría la aplicación de las disposiciones más flexibles del derecho nacional con preeminencia sobre el artículo II.2 CNY. Lógicamente la aplicación del artículo VII CNY choca con esa interpretación más estricta del artículo II.2 CNY conforme a la cual éste establece una norma uniforme de validez formal, que por lo tanto prevalece sobre los requisitos formales nacionales.

Ello presenta un ulterior problema y es el de si el régimen del Convenio permite semejante combinación normativa, de tal forma que se acudiese a los requisitos de forma nacionales, pero el régimen del exequátur sería el del CNY. Al contrario, se ha entendido que el régimen es autosuficiente, y por lo tanto bajo el artículo VII.1 CNY habría que elegir si

aplicar en su totalidad el CNY o la legislación nacional⁽¹⁰⁾.

Ante este desolador panorama de incertidumbre jurídica en torno a la interpretación del Convenio de Nueva York, la recomendación de la CNUDMI, que está dirigida sobre todo a los jueces, intenta lograr una interpretación uniforme del CNY considerando que:

- 1) Que el artículo II.2 CNY se ha de aplicar reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, esto es, que existen otras formas además de las señaladas en el artículo II.2 CNY bajo las que el requisito del escrito puede entenderse cumplido, por lo que el artículo II.2 CNY no establece una norma uniforme de validez formal.
- 2) Que el régimen del CNY no es autosuficiente y que por lo tanto aplicando el artículo VII.1 CNY se podrá acudir a las disposiciones más favorables del derecho nacional en relación a la forma del convenio, y al CNY para el régimen del exequátur.
- 3) En cierto modo, de forma indirecta y sutil, insinúa que el artículo II.2 CNY se interprete a la luz del artículo 7 LMA, incluyendo su modificación posterior.

(en el reverso, por ejemplo). Incluso, aunque no figurase éste en el contrato principal, se ha entendido que el convenio sería válido si la parte contra la que se invoca conociera el contenido del documento cuando concluyó el contrato y aceptara la incorporación del documento en el contrato.

(10) Otra de las interpretaciones que intenta superar la interpretación rígida del CNY llegaría al mismo resultado recién descrito, esto es, aplicando las disposiciones nacionales, pero sin referirse al artículo VII CNY. Por ejemplo, podría alegarse que la fragmentación del Convenio es posible atendiendo a la presunción favorable al reconocimiento de los laudos que se deriva de los artículos IV y V del CNY (véase considerando que existe dicha presunción: Auto Tribunal Supremo, 5 mayo 1998 (RA 4296).

En el caso de que se dé entrada al derecho nacional, otro problema de interpretación que se ha generado es el de determinar cuándo se aplica. Se ha entendido, por ejemplo, que se aplica tanto a la validez formal como a la sustantiva, o solo a la segunda (aplicando el artículo V.1 a) CNY y por tanto remitiéndose a las leyes nacionales), aplicando el artículo II.2 CNY a la primera.

El artículo 7 LMA en su versión original de 1985 supuso un avance notable frente al artículo II.2 CNY –incluyendo a otros medios de comunicación distintos de las cartas y los telegramas y añadiendo la incorporación por referencia–, continúa apegado tanto a la exigencia de la firma como al requisito del canje o del intercambio de medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo como formas de entender cumplido el requisito de la forma escrita. De ahí que este precepto de la LMA esté sujeto a diversas interpretaciones.

Esas diversas interpretaciones junto a la evolución conceptual, doctrinal, y jurisprudencial en materia de arbitraje llevo a la CNUDMI a plantearse la necesidad de modificar el artículo 7 LMA con dos objetivos muy claros:

- 1) que quedarán reflejadas las prácticas comerciales internacionales, como los acuerdos orales de arbitraje (habituales en ciertos sectores como los contratos de salvamento), o los acuerdos de arbitraje en que la oferta por escrito es aceptada no ya por una firma o un canje de documentos (requisitos del CNY y de la primera versión LMA), sino por actos de ejecución o, incluso, por silencio o inacción;
- 2) establecer claramente que el requisito de la forma lo es únicamente a efectos probatorios.

El problema ante el que se enfrentó el GT sobre arbitraje fue el de como plasmar esta modificación, ya que aquí surgieron dos puntos de vista diferentes que finalmente han recibido atención en la modificación de la LMA mediante el ofrecimiento de dos opciones a los legisladores. La raíz del problema estriba en la imposibilidad o grave inconveniencia, al menos en el momento presente, de modificar el Convenio de Nueva York. Por un lado, destacan las delegaciones que podríamos considerar conservadoras o tradicionalistas que deseaban seguir manteniendo el requisito de la forma escrita por mimetismo con el Convenio de Nueva York, aunque el principio de escrito se desvirtúa por completo bajo la primera de las opciones que ofrece la CNUDMI al admitirse los convenios orales (ficción de la forma escrita)⁽¹¹⁾. Y, por otro lado, estaba el grupo de las delegaciones que podríamos llamar reformadores o rupturistas, que rompen con el principio tradicional del escrito para el convenio arbitral admitiéndose, pues, sin ambagajes el principio de libertad de forma⁽¹²⁾. Llevar el principio de libertad de forma hasta sus últimas consecuencias implica romper los lazos con el requisito de escrito del CNY, puesto que el convenio arbitral se configura como un mero acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplimentar ninguna forma. Es la llamada “propuesta mejicana”.

(11) El problema no es la forma electrónica, perfectamente asimilable al escrito por el principio de equivalencia funcional, sino el de incluir en el concepto de escrito a la forma oral, al silencio o la inacción o a los actos de ejecución. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define escrito como “carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso” (21ª ed.).

(12) Bajo la Opción II el artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje indica que: El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

El legislador español tuvo en cuenta los proyectos legislativos de la CNUDMI a la hora de redactar el vigente artículo 9 LA que se refiere a la forma y contenido del convenio arbitral y lo hizo siguiendo el modelo que se ofrece ahora como la opción I, esto es, la ficción del escrito⁽¹³⁾. La cuestión que surge es si es necesario modificar el artículo 9 LA para adecuarlo a la modificación operada en la LMA por la UNCITRAL. En nuestra opinión la respuesta es positiva, puesto que el artículo 9 LA no está en consonancia con los principios finalmente adoptados por la UNCITRAL, destacando la existencia bajo la ley española del problemático requisito del canje o intercambio de documentos, que ha desaparecido en la LMA. A ello ha de unirse las diversas interpretaciones de la doctrina en torno a si cabrían los convenios orales, incluso acerca de si el requisito de forma escrita es *ad probationem* o *ad validitatem*, aunque realmente esta última resulta bajo la vigente Ley una posición muy minoritaria. Ahora bien, al

legislador español se le abre ahora una opción que no tenía cuando redactó la vigente LA y es la de la Opción II (propuesta mejicana)⁽¹⁴⁾.

Independientemente de la opción que se elija la reforma de la LMA en materia de forma del convenio arbitral demuestra que tras casi 50 años de vigencia del CNY, fecha en la que se inician con éxito los esfuerzos de globalización normativa del arbitraje comercial internacional, la concepción que del arbitraje se tiene ha variado enormemente y ello se evidencia en la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial de la forma del convenio. Los especiales y exigentes requisitos de forma instaurados en el año 1958 –medio para asegurar el éxito del arbitraje en un momento de inicio y expansión de la figura a nivel internacional– han dado lugar a un convenio arbitral desprovisto de forma y al que se le aplican las reglas de la teoría general de los contratos situándose, pues, el convenio arbitral en paridad con los

(13) En materia de condiciones generales, la LMA guarda silencio, pero se ha incluido una norma específica en el artículo 9.2 LA que indica que “si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato”. Este precepto únicamente se aplica a los arbitrajes nacionales celebrados en España, si el arbitraje es internacional, se aplica el artículo 9.6 LA, y por lo tanto la validez del convenio podrá derivarse de las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho español.

En relación con las condiciones generales y el arbitraje cobra relevancia la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (LGDCU) que considera cláusula abusiva (DA 1ª V.26) “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”. Vide declarando la nulidad del laudo por no cumplirse con dicha disposición: SAP Madrid, 8 octubre 2004 (RA 300093); y SAP Madrid, 12 julio 2005 (sección 19), considerando al empresario como consumidor bajo la LGDCU, y SAP Barcelona, 29 julio 2004 (RA 283137), aunque en este caso no se trataba de un consumidor sino de una SRL, puesto que la sociedad adquirió las mercancías (teléfonos móviles) como destinataria final y, en consecuencia, califica a la sociedad como un consumidor. En un ámbito más general y no por lo tanto restringido a las cláusulas abusivas La Ley Nº 44/2006 de 29 de diciembre de protección de los consumidores y usuarios añade un nuevo párrafo 4 al artículo 31 por el que los convenios arbitrales distintos del arbitraje de consumo serán nulos a menos que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato.

(14) En mi opinión esta es preferible porque no violenta ni desvirtúa el concepto de escrito, se sitúa al convenio arbitral en paridad con los restantes contratos en materia de perfección contractual y porque además se evita la confusión que existe bajo el CNY y la LMA (versión original y Opción I) entre la forma y la formación del convenio.

restantes contratos. Ello no es sino una muestra de que el arbitraje se ha consolidado como el medio de resolución de disputas más utilizado en el comercio internacional. Ahora, debe darse un paso más, modernizando las leyes internas de arbitraje mediante la incorporación de las nuevas disposiciones modelo.

3.2. Las medidas cautelares⁽¹⁵⁾

El vigente artículo 23 LA concede a los árbitros la potestad de otorgar medidas cautelares a instancia de parte, siendo ésta una de las novedades más significativas de la vigente LA frente a la regulación del artículo 50 LA 1988 que se refería únicamente a la posible solicitud de medidas cautelares ante el juez para asegurar la efectividad del recurso de anulación del laudo, y frente a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 (LEC) que se refiere a la tutela cautelar prestada por el juez en apoyo del arbitraje⁽¹⁶⁾.

Las medidas cautelares tan importantes en ocasiones como la decisión en cuanto al fondo están siendo cada vez más utilizadas en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De ahí que la CNUDMI decidiese acometer la tarea de dotar a la institución de la medida cautelar de un

régimen completo y sistemático que ha dado lugar a un largísimo Capítulo IV bis, con un único artículo 17 compuesto de 11 apartados, donde se definen y tipifican las medidas cautelares, se establecen las condiciones para su otorgamiento, y se regulan aspectos del régimen jurídico como la modificación, suspensión o revocación, la exigencia de garantía, la responsabilidad de la parte que solicita la medida si con posterioridad se determina que las medidas no deberían haberse otorgado, los deberes de información de las partes hacia el tribunal y especialmente el régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares⁽¹⁷⁾. Junto a ello, muy importante es destacarlo, se crea una nueva figura jurídica la orden preliminar.

Efectivamente, si bien la institución de la medida cautelar es bien conocida en el mundo arbitral y procesal nacional, la figura de la orden preliminar resulta novedosa y por ello desconocida, y probablemente lo sea también en el lenguaje jurídico: una denominación nueva para una nueva figura jurídica. La orden preliminar no puede considerarse como un subtipo de la medida cautelar. Los juristas deberán ahora establecer conceptualmente las diferencias entre una y otra. La diferencia es, sobre todo, en nuestra opinión

(15) PERALES VISCOSILLAS, Pilar, "Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI", en: *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, Nº 2 y en Foro de Derecho Mercantil (en prensa).

(16) En la actualidad las medidas cautelares se pueden solicitar desde el momento en que se ha procedido a la petición de cualquiera de las partes al tribunal competente para el nombramiento de los árbitros (artículo 15); y en el caso de arbitrajes ad hoc, desde el momento en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (artículo 27) (Evelio VERDERA / TUJELLS, *La Ley Nº 60/2003*, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005, p. 107).

(17) El órgano competente para la ejecución de las medidas cautelares es el juzgado de primera instancia o el juzgado de lo Mercantil del lugar donde hayan sido dictadas las medidas cautelares. Para la adopción judicial de las medidas cautelares será competente el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Vide respectivamente artículo 8.4 en relación con el artículo 86 ter 2 g) LOPJ, y 8.3 LA.

funcional: la medida cautelar tiende a evitar que se frustre la efectividad del laudo final, mientras que la orden preliminar tiende a evitar que se frustre la efectividad de la medida cautelar, por lo que es una institución de marcado carácter restrictivo y excepcional en comparación con la medida cautelar.

La recién creada institución responde al compromiso al que se tuvo que llegar dentro del grupo de trabajo II sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI como forma de reconciliar dos posiciones antagónicas: la de aquellos que deseaban otorgar al tribunal arbitral la facultad de conceder medidas cautelares *inaudita altera parte* o, como las denominan los anglosajones, medidas cautelares *ex parte*, frente a la posición de aquellos que estimaban que no debía concederse dicho poder a los árbitros.

Se trata, sin lugar a dudas, del compromiso más arduo, difícil y complejo del grupo de trabajo; compromiso que se evidencia no sólo en la creación de la orden preliminar, diferente en su ámbito objetivo de aplicación de la propia medida cautelar, y su estricto régimen jurídico, sino, sobre todo, en el “alto peaje” a pa-

gar por una ya de por sí “descafeinada” medida cautelar *inaudita altera parte* “travestida” en orden preliminar: la imposibilidad de su ejecución. Tan es así que expresamente se establece que la orden no será objeto de ejecución por los tribunales judiciales, reforzándose el compromiso con la imposibilidad de que la orden preliminar adopte la forma de un laudo (artículo 17 E.5).

Destaca además dentro de las disposiciones relativas a las medidas cautelares, el régimen de reconocimiento y ejecución, siendo este tema una de las mayores novedades del régimen de la LMA, cubriéndose así un importante vacío, y superando los inconvenientes del CNY, que no se aplica, según se entiende mayoritariamente, a los laudos sobre medidas cautelares al no tratarse de decisiones finales sobre la controversia⁽¹⁸⁾. El régimen de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar sigue los artículos 35 y 36 LMA y sus preceptos paralelos en el CNY, aunque se han diseñado normas específicas ad hoc para las medidas cautelares.

Al igual que sucedió con la forma escrita, en materia de medidas cautelares los redactores de la LA tuvieron en cuenta

(18) En la jurisprudencia puede verse: Supreme Court of Queensland (Australia), 29 Octubre 1993, *Resort Condominiums International Inc. v. Resort Condominiums (Australasia)*. El tribunal se refiere al concepto de “interim award” y de si puede ser reconocido y ejecutado al amparo del CNY. El laudo arbitral en cuestión recibió el nombre de “Interim Arbitration Order and Award”, y versaba sobre una medida cautelar. El tribunal entendió que:

- Las órdenes dadas por un tribunal extranjero en apoyo de un arbitraje internacional no entran dentro del concepto de laudo arbitral del artículo(2) CNY, y, en consecuencia, no pueden considerarse como laudos arbitrales extranjeros.
- Las “Interlocutory or procedural directions” no entran dentro del término “diferencias”, puesto que no resuelven la disputa. En consecuencia, el término “diferencias” debe entenderse en relación con disputas que resuelvan finalmente el objeto de la controversia.
- Los “Interim awards” podrían considerarse en el ámbito del CNY siempre que determinen de forma final y vinculante para las partes del acuerdo al menos algunos de los conflictos entre las partes. El tribunal consideró que en el caso en cuestión una “interlocutory order” que puede ser rescindida, suspendida, o modificada por el tribunal arbitral que la dictó, no puede considerarse “final” y “binding” para las partes.

los trabajos de reforma de la LMA, y así el artículo 23 LA coincide con el antiguo artículo 17 LMA en que:

- Se trata de una tutela cautelar instrumental, esto es, se trata de medidas cautelares relacionadas con el objeto del litigio⁽¹⁹⁾;
- caución potestativa.

Toma prestado de la entonces proyectada regulación de la CNUDMI el que las medidas cautelares con independencia de su forma les son de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Ante este régimen, el legislador español debe reaccionar incorporando las nuevas disposiciones modelo contribuyendo así a dotar a la medida cautelar de un régimen completo y sistemático independiente del régimen de la medida cautelar de la LEC. Y es que paradójicamente la tan pretendida y reclamada por nuestra doctrina autonomía de la Ley de Arbitraje respecto de la LEC que en ningún caso es de aplicación supletoria, se destruye en materia de medidas cautelares, porque esa misma doctrina no duda en declarar la su-

pletoriedad de la LEC para paliar el parco régimen del artículo 23 LA. Y sin duda alguna poder contar con un régimen propio y específico para la medida cautelar dictada por árbitros mejora sustancialmente de la aplicación supletoria de la LEC. Piénsese en el requisito de la urgencia, que se aplica a la medida cautelar *inaudita altera parte* en la LEC, pero que no existe en el nuevo régimen de la LMA, puesto que la urgencia se entiende no es característica de la misma. O en la caución que es obligatoria en la LEC, pero no bajo el artículo 23 LA ni tampoco en el nuevo régimen de la LMA excepción hecha de las órdenes preliminares.

En este sentido, desde nuestro punto de vista, puesto que las órdenes preliminares y las medidas cautelares *inaudita altera parte* resultan compatibles con el orden público procesal interno, incluso permitidas las últimas bajo la LA española, podría el legislador español cuestionarse hasta que punto es necesario seguir la solución “descafeinada” de la Ley Modelo. Solución que, recuérdese, consiste en admitir sólo la orden preliminar *inaudita altera parte*, pero no una medida cautelar, ya que ésta en el régimen de la Ley Modelo se adopta siempre con audiencia

⁽¹⁹⁾ Sin embargo, bajo el nuevo régimen para la medida cautelar, ésta se desvincula del objeto del litigio, por lo que se considerarían como medidas cautelares algunas medidas que bajo el artículo 17 LMA en su versión original no se entendían comprendidas como las medidas cautelares dirigidas a mantener la confidencialidad del proceso, las medidas anti-proceso (*anti-suit injunctions*) y las garantías relativas a los costes del arbitraje (*security for costs*).

Lo mismo sucede en relación con la concepción mayoritaria de la doctrina procesalista española en torno a la naturaleza jurídica de la medida cautelar como medida instrumental respecto del proceso principal dirigida a garantizar la efectividad del proceso, esto es, de la futura sentencia, por lo que esos otros tipos de medidas no encajarían en esa concepción de la función cautelar predominante en nuestra doctrina (véase BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje. Estudios sobre arbitraje*, Navarra: Thomson, Civitas, 2006, pp. 84 y ss, en particular resaltando que las medidas asegurativas de las pruebas no responden a los rasgos de las medidas cautelares sino que son meros instrumentos de garantía o de aseguramiento). En realidad, puede decirse que la UNCITRAL se despoja de toda concepción dogmática y atendiendo a la práctica arbitral conceptua la medida cautelar de forma muy amplia. Estaría de acuerdo también con esta opinión BARONA VILAR, *Medidas cautelares*, cit., p. 93: “A la postre, está extendiendo el significado real de lo que la cautelar comporta”.

de las dos partes. Solución que responde a un compromiso jurídico internacional, al que no tiene necesidad alguna de atender el legislador español, máxime porque replicar el nuevo régimen modelo implicará una aplicación más restrictiva de las medidas cautelares en comparación con la que actualmente se predica en una interpretación progresista de la LA. En consecuencia, opinamos que en este punto no conviene seguir al pie de la letra el régimen de la LMA, sino por el contrario ir más allá, posibilitando una medida cautelar *inaudita altera parte*, que sea además ejecutable. En cuanto al régimen jurídico de dicha medida cautelar, nos parece oportuno replicar, con las necesarias adaptaciones –por ejemplo, eliminando la referencia a la finalidad de la orden que, como se sabe, es instrumental a la medida–, el que se establece para la orden preliminar.

3.3. Otras modificaciones de la Ley Modelo

3.3.1. Interpretación y suplementación de lagunas en la Ley Modelo

Se añade un nuevo artículo 2 A. Origen internacional y principios generales

1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta

ta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

Este precepto relativo a la interpretación e integración de la Ley Modelo escoge como guías a seguir por los árbitros y los jueces los principios de internacionalidad y uniformidad. Es un precepto que ha hecho fortuna en otros textos de la CNUDMI y busca lograr la mayor uniformidad posible en la aplicación e interpretación de los textos de la UNCITRAL. La disposición, como no podía ser de otro modo, se basa en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías⁽²⁰⁾.

Creo interesante, además, resaltar que algunos Estados al implementar la LMA han redactado disposiciones dirigidas a tener en cuenta en la interpretación de la Ley no sólo los trabajos previos de la UNCITRAL sino, incluso, en general a los trabajos que emanan de la UNCITRAL⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Sobre el mismo puede verse: ILLESCAS ORTIZ, Rafael / PILAR PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Cerasa, 2003, pp. 115 y ss; y MARTÍNEZ CANELLAS, Anselmo, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980. Granada: Comares, 2004.

⁽²¹⁾ Así sección 17 de la Ley internacional de arbitraje de Australia; la Ley de Arbitraje de Zimbawe de 1996 (sección 2.3); y sección 4 Ley de Arbitraje internacional de Singapur. *Vide* además, sección 20 Ley sobre Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas de 2003 (Filipinas) cuya sección 20 se refiere a la interpretación de la Ley de acuerdo con la historia legislativa de la LMA, y su interesante sección 25 que establece que en la interpretación de la Ley se ha de tener en cuenta el principio del *favor arbitris*; y artículo 25.3 del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, de 23 julio 1998, donde la LMA es una de las fuentes a considerar en la interpretación del acuerdo. Incluso, alguna sentencia se basa en el comentario analítico de la LMA, Tribunal de Ontario, División General (Feldman J), 13 febrero 1992, *Robert E. Schreter v. Gasmac Inc (CLOUT 30)*.

3.3.2. *La modificación del artículo 35.2 LMA*

El artículo 35.2 LMA en su versión original indica que:

“La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos”.

Este precepto especifica, pues, los requisitos que el demandante de la ejecución de un laudo arbitral debe cumplir para obtener dicha ejecución. Dichos requisitos, que aparecen igualmente en el artículo IV CNY, son: el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo; el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo⁽²²⁾; y una traducción de dichos documentos si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en uno de los idiomas oficiales del Estado en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución. El artículo IV CNY añade que la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por un agente diplomático o consular.

El deseo de facilitar el reconocimiento y la ejecución llega hasta el extremo de

flexibilizar las condiciones enumeradas en los artículos 35.2 LMA en su redacción original y IV CNY. Esa flexibilidad ha querido verse trasladada al nuevo artículo 35.2 LMA que señala que:

“La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma”.

En relación con los convenios arbitrales electrónicos se desprende claramente que el nuevo artículo 35.2 LMA elimina la necesidad de presentar el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada, lo que es lógico especialmente si pensamos en un entorno electrónico, donde no existiría original en cuanto a tal.

4. LOS TRABAJOS EN CURSO DE LA CNUDMI: LA REVISIÓN DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE 1976

En relación con los trabajos futuros y actualmente en curso, se está revisando el Reglamento de Arbitraje de 1976, que constituye uno de los textos más importantes de la UNCITRAL, profusamente utilizado en arbitrajes *ad hoc*, y especialmente en arbitraje de inversiones. Es precisamente en el ámbito de las inversiones donde podemos encontrar los rasgos más destacados de la armonización normativa del arbitraje y la materia en la que en-

⁽²²⁾ Denegando el exequátur por no entregar el original o copia del acuerdo de arbitraje: Auto TS, 26 octubre 2004 (RA 307519).

sayar los nuevos avances del arbitraje comercial internacional (reducción del papel del orden público, que no aparece como motivo de denegación del exequá-tur en el Convenio de Washington, elasticidad en los requisitos del convenio arbitral, por ejemplo).

Después de treinta años de vigencia del reglamento de arbitraje, la propia comisión decidió comenzar los trabajos de reforma del reglamento⁽²³⁾. Aunque en esos años, ha quedado demostrado el éxito del reglamento, el arbitraje ha evolucionado de forma espectacular durante ese tiempo –tanto por razón de su utilización creciente, como por la evolución en el pensamiento jurídico–, lo que lleva a la necesidad de adoptar un nuevo reglamento que tenga en cuenta los avances producidos en el arbitraje comercial internacional. Animado por la propuesta de uno de los padres del reglamento de 1976, el profesor Sanders, quien inició en la doctrina la idea de modificar las reglas⁽²⁴⁾, la CNUDMI, y específicamente el grupo de trabajo II sobre arbitraje y conciliación, bajo la presidencia del delegado de Suiza, el Sr. Michael Schneider, inició los trabajos en la materia en

la sesión correspondiente a septiembre de 2006⁽²⁵⁾ sobre la base de un trabajo previo encargado por la CNUDMI a los Sres Paulsson y Petrochilos⁽²⁶⁾, y bajo la pauta establecida por la comisión al respecto: “no se debía alterar la estructura, el espíritu, ni el estilo del texto y se debía respetar su flexibilidad, en lugar de hacerlo más complejo”⁽²⁷⁾.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI puede decirse que es uno de los textos de la UNCITRAL que más éxito ha tenido, superando, incluso, las previsiones de sus redactores. En el Preámbulo del reglamento se señalan sus objetivos: “el establecimiento de normas de arbitraje especial”⁽²⁸⁾ “para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales”.

Las reglas no sólo se utilizan en arbitrajes *ad hoc*, sino sobre todo también en arbitrajes institucionales por medio de la total o parcial inclusión del reglamento de la CNUDMI⁽²⁹⁾. Al mismo tiempo, la práctica arbitral demuestra que el reglamento se usa tanto para disputas nacionales como internacionales. Además, si se observa la influencia del reglamento de arbitraje en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial

(23) Vide A/61/17, N°s. 182 a 187. No obstante el tema ya se había sugerido con anterioridad, en concreto en los períodos de sesiones 36° (A/58/17, N° 204), 37° (A/59/17, N° 60) y 38° (A/60/17, N° 178). Id. 31° período de sesiones: A/53/17, N° 235.

(24) SANDERS, Pieter, “Has the Moment Come to Revise the Arbitration Rules of UNCITRAL?”, en: *Arbitration International*, 2004, Vol. 20, N° 3, pp. 243 y ss. El Prof. SANDERS se muestra partidario de una revisión general del Reglamento (id., p. 268).

(25) Nota de la Secretaría. Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.143, y Add.1).

(26) PAULSSON, Jan / PETROCHILOS, Georgios, *Report on the Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, 2006, disponible en: <http://www.uncitral.org>.

(27) A/61/17, N° 184.


(28) Más apropiadamente se refiere la versión inglesa al arbitraje *ad hoc*.

(29) Vide además la Ley de Arbitraje y Conciliación de Nigeria donde se contienen como anexos tanto el Reglamento de Arbitraje como el de Conciliación de la CNUDMI.

internacional de 1985⁽³⁰⁾, se puede concluir que algunos aspectos del reglamento han pasado a formar parte de las leyes de arbitraje que se inspiran en la Ley Modelo. Es más, la LMA no se limitó en todas las ocasiones a copiar simplemente al reglamento, sino que en varios aspectos se muestra como una versión moderna de las reglas. No sorprende, pues, que la mayoría de las instituciones de arbitraje sigan el lenguaje “mejorado” de la LMA, incluso que esas mismas instituciones lo mejoren, por lo que resulta lógico que el grupo de trabajo de la CNUDMI tenga en cuenta a la hora de modificar el reglamento tanto el texto de la LMA⁽³¹⁾, como los modernos reglamentos de arbitraje institucional, como los de la Cámara de Comercio Internacional, el tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de Londres, y la Asociación Suiza del Arbitraje.

Otro de los aspectos importantes del reglamento es su utilización en los casos

de arbitrajes entre Estados e inversionistas. Aunque inicialmente el GT sobre arbitraje ha decidido concentrar sus esfuerzos en modificar el reglamento teniendo en cuenta el arbitraje mercantil en general⁽³²⁾, referencias constantes se están realizando al arbitraje de inversiones⁽³³⁾. Y así no sorprendería que tras la revisión de las reglas desde esa perspectiva general, el grupo decida acometer la labor de redactar reglas específicas para el arbitraje de inversiones.

La importancia del reglamento y el tiempo transcurrido desde su aprobación justifica que en la actualidad más de 2/3 de los artículos del reglamento de arbitraje de 1976 estén siendo objeto de un exhaustivo análisis por parte del grupo de arbitraje con el objetivo de adecuar esta importantísima pieza del arbitraje comercial internacional a los postulados modernos de la institución. 

(30) SANDERS, “Has the moment”, cit., p. 243: “Many of the provisions of the MAL (1985) are based on the Rules of 1976. However, there are differences in formulation. In my opinion these differences should be eliminated. The Rules should be in harmony with the MAL”.

(31) Si bien se entendió que la armonización con la LMA no debía ser automática (A/CN.9/614, Nº 21).

(32) A/CN.9/614, Nº 18.

(33) Vide A/CN.9/WG.II/WP.143, Nº 5; y A/CN.9/614, Nº 18 y Nº 19.

La diferente naturaleza del arbitraje mercantil y el de inversiones ha llevado a algún autor a entender que: “there is a danger in putting the sharks [investment arbitration] and the dolphins [commercial arbitration] together in the same aquarium at the zoo. The dolphin may be sacrificed.” (Nigel BLACKABY, Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the tale of the dolphin and the shark). En *Pervasive Problems in International Arbitration*. Edited by Loukas A. MISTELIS and Julian D.M. LEW, *International Arbitration Law Library*, Kluwer Law International, 2006, cit., pp. 11-54).

ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE: ALGUNOS LLAMATIVOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES EN EUROPA Y EL MERCOSUR

Por: JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aproximación a la idea del orden público. 3. El orden público en el derecho internacional privado. 4. Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional. 5. La expresión “orden público internacional”. 6. ¿Nacionalidad del orden público internacional? 7. Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional. 8. Efectos. 9. Verdadero orden público internacional. 10. Orden público transnacional como estándar. 11. Orden público comunitario. 12. Otras esferas de “orden público”. 13. Normas imperativas o leyes de policía. 14. Otras expresiones relacionadas a leyes imperativas. 15. Aplicación de leyes imperativas extranjeras. 16. Orden público, arbitraje y fraude a la ley. 17. Paralelismos en Europa y el Mercosur. 18. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En vinculaciones mercantiles transfronterizas campea –al menos en gran parte del mundo civilizado– el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el derecho que regirá sus contratos y

en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda. Sin embargo, en los distintos sistemas pueden encontrarse importantes límites a dicha autonomía en el llamado “orden público” y las doctrinas consolidadas recientemente en torno a esta figura.

(*) Profesor del Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica y Facultad de Derecho Universidad Americana. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de la Comisión Mixta del Río Paraná (COMIP), así como de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Socio del Estudio Moreno Ruffinelli, Paraguay.

Calificado por Fragistas de “enfant terrible” (niño terrible) del Derecho internacional privado⁽¹⁾, y por un antiguo fallo inglés de 1824 de “caballo rebelde” (*Richardson v. Melish*), se ha dicho que, como los Himalayas, el tópico es uno cuya cumbre tiende a permanecer rodeada de nubes y cuyos perfiles pueden sólo vagamente percibirse por el observador⁽²⁾. La problemática del orden público o de la imperatividad en general fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del derecho civil continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes incluso dentro de los distintos regímenes jurídicos entre sí⁽³⁾. Como bien lo dijo Lalive, la materia de por sí oscura, resulta más sombría aún debido a las imprecisiones, la diversidad y la confusión en el vocabulario utilizado⁽⁴⁾.

La controversia gira no sólo en cuanto a terminología, sino con respecto

a la delimitación del contenido del principio y a los criterios que han de determinar su aplicación a un caso dado⁽⁵⁾. Ello debido a que el orden público ha llegado a convertirse de hecho en una noción totalizadora (“*catch-all*” *notion*)⁽⁶⁾, o una abstracción que evoca al camaleón (“*chameleon-like*”)⁽⁷⁾, utilizada en una infinitud de contextos con variedad de propósitos⁽⁸⁾.

El arbitraje ha sido terreno fértil para el desarrollo y refinamiento reciente de la compleja noción del orden público. Dicho medio de resolución de conflictos seduce a teóricos y prácticos por la cantidad de disciplinas que en él se entrecruzan, pues envuelve cuestiones de orden procesal, contractual, internacional –privado y público– y de derecho comparado, entre otras, amén de encontrarse en el centro de las controversias y debates filosóficos, desde que, como bien lo destaca Oppetit, se presentan aquí los problemas fundamentales del derecho: la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y su naturaleza, la

(1) KAHN-FREUND, O., *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff - Leyden, 1974, p. 29.

(2) RUBINO-SAMMARTANO, Mauro y MORSE, C.G.J., *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 5 (prefacio).

(3) Ver críticas a la terminología por las confusiones que genera en ALVAREZ, Henri, “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Grijley, Lima, 2005, p. 15.

(4) LALIVE, Pierre, “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section”, en: *ICCA Congress Series*, N° 3, New York, 1986, después de nota 3.

(5) MORSE, C. G. J., ENGLAND, en RUBINO-SAMMARTANO, Mauro y MORSE, C. G. J., *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 9.

(6) VAN HOUTTE, Hans, “From a National to a European Public Policy”, en: *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of VON MEHREN, Arthur T.*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, p. 841.

(7) CRAIG, Laurence / PARK, William / PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, p. 504.

(8) Nadie –expresa JUENGER– ha sido capaz de definir esta concepción vaga y escurridiza; como la pornografía, uno solo la conoce cuando la ve (JUENGER, Friedrich K., *General Course on Private International Law* (1983), *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 200).

estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho⁽⁹⁾.

Estos temas han sido objeto de profundos replanteos en tiempos recientes en que el arbitraje vuelve a cobrar auge. Si bien los comerciantes de la Edad Media frecuentemente sometían sus disputas a sus propios pares –otros comerciantes– o a terceros, no jueces, que arbitraban en ellas, la consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado durante un buen tiempo, sobre todo como alternativa efectiva para la resolución de disputas transfronterizas. El escenario cambia por completo en las últimas décadas, en que el arbitraje comercial internacional vino adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contienda muy conocidas, como las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980⁽¹⁰⁾. Hoy día se lo utiliza masivamente en importantes controversias transfronterizas, relacionadas a compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures* y contratos de construcción, por citar ejemplos.

Debe tomarse en cuenta, muy particularmente, que la más autorizada doctrina y los precedentes preponderantes en el mundo se desarrollaron primordialmente en torno al arbitraje internacional. Es cierto

que mucho se hace extensivo al arbitraje doméstico, pero –como lo enfatiza Lalive– el arbitraje internacional difiere en gran medida de aquél por su especificidad, funciones y caracteres principales⁽¹¹⁾. Por análogas razones, cabe tener presente que el arbitraje tiene peculiaridades con respecto a determinados tipos de transacciones, sobre todo aquellas en que normalmente una parte de la contratación es “débil”, como ocurre, por ejemplo, con las relaciones de trabajo o de consumo. Ello hace de que en muchos sitios el arbitraje tenga reglas peculiares con respecto a las mismas o incluso a veces no sea admitido como medio de resolución de controversias. El fundamento comúnmente esgrimido es el siguiente: si el arbitraje resulta fruto de la libre voluntad de quienes se someten a él, no cabe admitirlo en vinculaciones en que por lo general no existe libertad de contratación plena, o en todo caso corresponde someterlo a reglas peculiares.

Paraguay y Bélgica –entre otros países– cuentan con leyes que protegen a distribuidores o agentes locales en sus vinculaciones con sus principales en el extranjero⁽¹²⁾. Estas leyes son “de orden público” en cuanto a que las garantías mínimas de protección allí contenidas no pueden ser renunciadas por los locales que son, normalmente, las “partes débiles” en la contratación⁽¹³⁾. Pues bien, en ambos

(9) OPPETIT, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, traducido por: SILVA ROMERO, Eduardo / MANTILLA ESPINOZA, Fabricio / CAICEDO DEMOULIN, José Joaquín, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. 248.

(10) Ver DEZALAY, Yves / GARTH, Briant G., “Dealing in Virtue”, en: *International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, p. 75.

(11) LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration*, después de la nota 37.

(12) En Paraguay la Ley 194 de 1993 y en Bélgica la Ley del 27 de julio 1961.

(13) Sobre la problemática de los contratos de adhesión y el arbitraje, puede profundizarse en el artículo: MORENO RODRIGUEZ, José A., *El Arbitraje y los Contratos con Cláusulas Predispuestas*, publicación de

países se admite el arbitraje como medio de resolución de conflictos suscitados en este tipo de vinculaciones. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia del Paraguay⁽¹⁴⁾ como la Corte de Casación Belga⁽¹⁵⁾ se han pronunciado en contra de que en casos como éstos el arbitraje se lleve adelante fuera del país. Ello en el entendimiento de que, en caso contrario, no se tendría la posibilidad de un escrutinio último del foro fuertemente conectado con una normativa “de orden público”, de cuya observancia sólo podrá actuar eficientemente como guardián último –como eventual instancia de impugnación– la jurisdicción afectada.

Estas decisiones pueden relacionarse con otras dictadas a nivel comunitario, tanto en la Unión Europea como, muy recientemente, en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En Europa una directiva comunitaria establece normas de protección mínima a los agentes⁽¹⁶⁾ y el tribunal de justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) la ha declarado “de orden público comunitario” en el sentido de que deberá ser respetada por sus Estados miembros al punto que en el caso *Ingmar*⁽¹⁷⁾, que así lo decidió, se dijo que no podía someterse el contrato a ejecutarse

en Inglaterra al derecho de California, puesto que en caso contrario se burlaría la norma imperativa europea. El caso versaba sobre derecho aplicable. Ya sobre jurisdicción, el 3 de abril de 2007 el Tribunal Permanente de MERCOSUR (TPR) se ha expedido en la primera opinión consultiva que se le fuera planteada⁽¹⁸⁾, precisamente sobre un caso relativo a la ley paraguaya de agencia y distribución –no existe en la región, a diferencia de lo que ocurre en Europa, una normativa comunitaria sobre la materia–. Si bien no versa sobre derecho aplicable sino jurisdicción, y si bien no trata de arbitraje sino sobre prórroga de competencia a favor de un tribunal extranjero, se puede percibir en el fondo de esta decisión el mismo hilo conductor que inspiró los pronunciamientos de Paraguay y Bélgica arriba referidos, y en cierta forma el del TJCE.

Todo esto adquirirá mayor sentido más adelante. Por el momento, debe quedar precisado que en esta contribución no se juzga las bondades o no de contar con un normas protectivas en materia de vinculaciones de agencia y distribución⁽¹⁹⁾ ni mucho menos se analizan aciertos o errores que pudieran contener las regulaciones al respecto aquí referenciadas. Estos

la Cámara Nacional de Comercio de Uruguay, Centro de Conciliación y Arbitraje, Centro de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Montevideo, 2000.

(14) Acuerdo y Sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006, dictado en el juicio: “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Gunder ICESA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios”. Expediente año 2004 - N° 3804.

(15) Decisiones N° JC04AF2 del año 2004 y N° JC06BG5_1 de 2006.

(16) Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, cuya finalidad es proteger a aquellas personas que, a tenor de sus disposiciones, tienen la condición de agente comercial.

(17) *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia de 2000 (asunto. C-381/98).

(18) Opinión Consultiva N° 1/2007, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

(19) En Europa, por ejemplo, ello ha sido fuertemente cuestionado y el fallo *Ingmar* del TJCE ha sufrido duros embates.

pronunciamentos sí nos sirven para evaluar, a la luz de ellos, el estado actual de la doctrina del “orden público”, tal cual se la viene entendiendo en la esfera internacional y el problema que representa para el arbitraje, cuando con él se quieren evitar –o evadir, dirían algunos– dicho principio o disposiciones imperativas inspiradas en él. Veremos finalmente si los fallos de Paraguay y Bélgica representan una amenaza para el arbitraje o si caían de maduro para el resguardo de normas de tinte imperativo cuya aplicación se pretendió evitar recurriéndose a este medio de resolución de conflictos.

2. APROXIMACIÓN A LA IDEA DEL ORDEN PÚBLICO

De manera preliminar podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa Carbonnier– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por de-

terminadas iniciativas individuales en forma de contrato. Trátase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales⁽²⁰⁾.

A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de su gente, o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia⁽²¹⁾. Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país⁽²²⁾, tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público “de dirección” y de “coordinación”) como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público “de protección”), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores, consumidores y, en algunos países como Paraguay, Bélgica y otros, agentes o distribuidores.

⁽²⁰⁾ CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, traducción por ZORRILLA RUIZ, Manuel M., Bosch, Barcelona, 1971, p. 266. CAIVANO lo entiende como el conjunto, no de normas, sino de principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de “moralidad y justicia”, de “justicia universal” o de “natural justice”, inspiradores de ese ordenamiento. Se trata de normas imperativas locales, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes (CAIVANO, Roque J., “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”, en: PUCCI, Adriana Noemí (Coordinadora), *Arbitragem Comercial Internacional*, LTr, Sao Paulo, 1998, p. 156.

⁽²¹⁾ Como se ha dicho, los intereses estatales de control de los procesos económicos internacionales deben ser objeto de fiscalización y seguimiento por parte de los Estados. Y debe resguardarse los intereses estatales de defensa de ordenación básica de economía nacional y de ciertos grupos sociales necesitados de protección por ser débiles (CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis / CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980”, en: CALVO CARAVACA, Alfonso L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (Directores), BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (Coordinadora), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, cit., p. 42.

⁽²²⁾ Conforme lo resalta Blessing (ver Marc Blessing, *Choice of substantive law in international arbitration* (Kluwer CD), después de la nota 15).

La expresión “orden público” fue incluida en el artículo 6º del Código Civil Francés de 1804, y de allí se extendió a numerosos cuerpos legales en él inspirados. Señala van Houtte que lingüistas y psicólogos probablemente tienen su propia explicación de por qué los europeos del continente llaman “orden público” a lo que sus más pragmáticos angloamericanos llaman “política pública” (*public policy*). La razón es que el Código Napoleón utilizó la expresión orden público (*ordre public*) y no política pública (*politique publique*) con la que se hizo conocida en el continente europeo⁽²³⁾. Códigos de fuente germánica emplean en vez las expresiones “leyes imperativas” y “buenas costumbres”. En el Código Civil Alemán se excluyó el concepto del “orden público” que había sido propuesto inicialmente por la comisión redactora, debido a su carácter ideológico, y se mantuvo en vez los términos “moral”, “bien general” o “buenas costumbres”. Finalmente, la jurisprudencia terminó equiparando éstos al “orden público”⁽²⁴⁾.

3. EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En la disciplina iusprivatista internacional el orden público juega un rol muy importante. Ya en la Edad Media se hablaba de “*statuta odiosa*” o regla foránea que debía ser desechada por incompatible con el sistema propio; en tanto que Huber, en la segunda mitad del

siglo XVII, descartaba la aplicabilidad de la “*comitas*” –en este caso la colaboración judicial en el ámbito de las vinculaciones particulares internacionales– cuando ella pudiera ocasionar un perjuicio a los poderes o derechos del gobierno o sus súbditos. La moderna doctrina del orden público en la esfera internacional puede remontarse a las enseñanzas del norteamericano Story en 1834 y del francés Foelix en 1843, quien introdujo la expresión a Europa. La doctrina fue recogida por Savigny en el territorio germánico de hacia mediados del Siglo XIX, así como por la escuela italiana de Mancini un tiempo después, de los que se desprenden dos tendencias claramente marcadas.

A pesar de que Savigny no trató el tema con mucho detenimiento, admitía que su sistema neutral de localizar la relación jurídica en la sede más apropiada –como derecho aplicable–, pudiera ser dejado de lado por el foro juzgador si contraviniese sus intereses fundamentales. En cuanto a Mancini, como el criterio de la nacionalidad por él propugnado lleva a la frecuente aplicación del derecho extranjero, el orden público adquiere importancia adicional dentro de su doctrina. Conforme a ella, los intereses privados se encuentran gobernados por el derecho del Estado del cual la persona es nacional, en tanto que las reglas que sirven el interés público son aplicadas siempre dentro del territorio del Estado concernido⁽²⁵⁾.

(23) VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en: *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of VON MEHREN*, Arthur T., p. 842.

(24) ENNECERUS, Ludwig y otros, *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II, p. 53.

(25) Esto fue recogido por el Código Civil Italiano de 1865 y luego por el Código Civil Español, en línea con MANCINI: “no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres,

De modo que la noción del orden público pasa a constituir una de las técnicas del Derecho internacional privado para hacer operativo el sistema conflictualista. Como lo señala Lagarde⁽²⁶⁾, un camino directo como el del “mejor derecho” al que aludían Aldricus, los canonistas, y modernamente Leflar y Juenger, permite arribar directamente al derecho aplicable sin recurrirse a las técnicas del conflictualismo y elimina el círculo. Aquí no encuentra cabida la noción del orden público.

Sí la tiene dentro del otro enfoque, enraizado en la doctrina de Manzini⁽²⁷⁾, consistente en asumir que ciertas normas o principios del foro resultan fundamentales y deben ser aplicados siempre dentro de su jurisdicción. El orden público es tratado así como un factor directo para la determinación del derecho aplicable⁽²⁸⁾ en igualdad con la nacionalidad, la libertad de contratación, etcétera. Constituye un factor positivo y no la excepción a que se aplique el derecho que hubiera resultado normalmente aplicable. No es el orden público que objeta la aplicación del derecho extranjero, sino que éste se muestra incapaz de expulsar las reglas del foro. Actualmente, conforme se verá, la doc-

trina desarrolla este aspecto del orden público refiriéndose al mismo –muchas veces– como “leyes de policía” (*lois de police* en francés) o a través de otras expresiones como normas imperativas, de aplicación inmediata o indirecta y términos análogos.

Pero también el orden público constituye una excepción a que opere el mecanismo de selección del derecho. Se manifiesta por repeler la regla que resultaría normalmente aplicable y reemplazarla por la norma que es usualmente, pero no siempre, prestada del derecho del foro (*lex fori*). Esta noción se remonta al distinguo entre *statuta odiosa* y *statuta favorable* de Bartolo y Baldo. La recogieron en cierto sentido Domoulin, Wächter, Savigny y Kahn, sin resultar del todo claros. El francés Bardin en 1899 retuvo la faceta negativa del orden público que se desprende de la doctrina de Savigny, y le dió un enfoque sistemático como excepción de la regla foránea que hubiera resultado aplicable según el mecanismo neutral de selección del derecho.

Estos aspectos –negativo y positivo– del orden público se encuentran recogidos en diversos regímenes jurídicos⁽²⁹⁾.

no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”, como así también por el artículo 14 del Código Civil Argentino (KEGEL, Gerhard, *International Encyclopedia of Comparative Law, Chapter 3*, Fundamental Approaches, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1986, p. 8).

(26) Cuyo enfoque seguimos en esta parte (ver LAGARDE, Paul, “Public Policy”, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Cap. 11, J. C. B. Mohr (SIEBECK, Paul) / Tübingen / and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1994, pp. 3-5).

(27) Y en consecuencia del Código Civil italiano de 1865, español (artículo 11, inc c) y argentino (artículo 14).

(28) “Factor autónomo de conexión”, en la jerga de los iusinternacionalprivatistas.

(29) Sobre el juego entre los distintos sistemas conflictualistas, multilaterales o unilaterales, y el rol del orden público y las normas imperativas en ellos, ver MUIR WATT, Horatia, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?”, en: VAN HOECKE, Mark (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 278-280.

4. PROBLEMAS CON LA DOCTRINA DEL ORDEN PÚBLICO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Además del problema terminológico⁽³⁰⁾ y de las diversas manifestaciones del fenómeno del orden público⁽³¹⁾, la figura constituye –en palabras de Gutteridge– una seria amenaza a la colaboración internacional en el campo de conflicto de leyes. El principio, tal cual se halla concebido, se encuentra moldeado por influencias más allá del derecho, marcado por ideologías que no pueden medirse por estándares fijos. En países demoráticos prevalecerá la opinión pública; en regímenes totalitarios el capricho del dictador o de la claqué gobernante⁽³²⁾.

Refiere Juenger que el conflictualismo clásico del Derecho internacional privado pretende adherirse a reglas rígidas, no obstante lo cual admite la excepción de indefinidas dimensiones que representa el orden público. Dicha reserva

puede ser aplicada expansivamente al punto que casi cualquier regla foránea no similar a la del foro puede llegar a calificarse para hacerla operativa, con lo que la excepción “traga” la regla”. O puede ser restringida en interés de la armonía internacional, pero sólo al precio del peligro que representaría la incorporación de reglas forneas muchas veces inapropiadas u onerosas que producirán resultados indeseables. Los tribunales y legisladores de distintos países difieren ampliamente en sus preferencias entre una y otra alternativa. Dentro de un mismo país, como en los Estados Unidos, por ejemplo, se presentan fallos contradictorios sobre el punto⁽³³⁾.

Por lo demás, muchas veces el orden público, debido a sus contornos vagos e imprecisos, ha sido utilizado como “válvula de escape” para introducir justicia “por la puerta de atrás” cuando las reglas estrictas del sistema conflictualista llevarían a un resultado injusto en el caso en particular⁽³⁴⁾. Al respecto, se ha plan-

(30) Está visto que en derecho internacional privado se emplean sin homogeneidad las expresiones “orden público”, “orden público internacional”, normas “imperativas”, “de policía”, “de aplicación inmediata” y otras.

(31) La coactividad del derecho internacional privado ha tenido oportunidad de manifestarse por múltiples canales, por lo que sería mejor imaginar la figura de un prisma que permita fragmentar el concepto de imperatividad propio del derecho en numerosos destellos de luz (SANTOS, Rubén B., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., Rosario, 1998, p. 148).

(32) GUTTERIDGE, H.C., *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Second Edition, Cambridge University Press, 1949, p. 161.

(33) *Ibidem*, pp. 200-258.

(34) *Ibidem*, p. 258. KEGEL distingue entre justicia sustantiva y conflictual y hace notar que por sobre este segundo supuesto opera el orden público que excluye reglas forneas (KEGEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 15). Tratándose de justicia conflictual, el objetivo del Derecho internacional privado será simplemente elegir el Estado que proveerá el derecho aplicable sin atender al contenido y la calidad sustantiva de la solución a la que se arriba. En tanto que en la justicia sustantiva se buscará la mejor solución de fondo a un caso multiestatal. En este dilema entre la justicia conflictual y la justicia material o sustantiva los juzgadores suelen recurrir frecuentemente a lo que los anglosajones denominan “escape devices”, o mecanismos de escape de la rigidez conflictualista, manipulándose cuestiones como las relativas a calificación, reenvío, orden público internacional, fraude a la ley, etcétera (Ver SYMEONIDES, Symeon C., “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, en: *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of JUENGER, Friedrich K.*, Transnational Publishers Inc., New York,

teado Visser si no resulta mucho más honesto admitir simplemente una válvula de escape amplia como mecanismo correctivo para lograr soluciones justas en el caso particular que así lo amerite⁽³⁵⁾. La tendencia europea es admitir estas conexiones alternativas⁽³⁶⁾, o una cláusula general de salvaguarda para situaciones particulares⁽³⁷⁾, y así, el orden público queda arrinconado a su función propia⁽³⁸⁾.

En el antiguo fallo inglés dictado en *Richardson v. Mellish* (1824) se dijo que el orden público era un caballo rebelde que, una vez montado, uno nunca sabe donde lo llevará⁽³⁹⁾. Mucho tiempo después Lord Denning dijo en *Enderby Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.* (1971) que, canalizado de manera apropiada, este caballo rebelde podría ser mantenido bajo control⁽⁴⁰⁾.

2001, p. 125). La opción del juez de optar por otras alternativas a las soluciones conflictualistas clásicas constituye la línea de las normas narrativas de Jayme, de la doctrina de las cláusulas de excepción y la teoría alemana *Zweistufentheorie*, que toma en cuenta la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamente vinculado con el asunto, al objetivo de adaptar la solución conflictual legislativamente prevista a los propios objetivos de justicia del foro (ESPINAR VICENTE, José María, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 88).

- (35) VISHNER, Frank, "General Course on Private International Law, Recueil Des Cours", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 106.
- (36) En Europa –observa REIMANN– la tendencia en la segunda mitad del siglo XX ha sido mover el modelo decimonónico obsesionado con la nación Estado y mirar a intereses privados, reglas más flexibles, y criterios más abiertos a políticas substantivas (Ver REIMANN, Mathias, "Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe", en: *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers Inc., New York 2001, p. 114). Tal constituye un cambio de soluciones formales, a otras menos mecánicas y que por ende atienden la sustancia de los problemas presentados en materia privada internacional (Graff-Peter Callies, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, The European Commission's Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final, en *German Law Journal*, www.glj-pdf.de, p. 333).
- (37) En este sentido, la ley suiza de Derecho internacional privado prevé en su artículo 15 una cláusula de escape para el caso atípico. Dice la norma: "El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho. Esta cláusula de escape también está prevista en el artículo 6 de la nueva ley alemana de Derecho internacional privado y en el artículo 8 párrafo 3 de la convención sobre ley aplicable a los contratos de compraventa de 1987. El Restatement norteamericano resulta más amplio con la fórmula: "salvo que exista una relación más significativa con otro Estado" como válvula de escape al resultado que produzca el mecanismo conflictual.
- (38) AUDIT, Bernard, *Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit (sur la "crise" des conflits des lois)*, Recueil Des Cours, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984, III, Tome 186 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 349-350.
- (39) Se dijo allí textualmente: "(...) a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail" (International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (www.ila-hq-org), p. 35).
- (40) Expresó textualmente Lord DENNING, "With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control", en: *ILA Interim Report, 2000*, p. 35.

Pues bien, uno de los roles creativos de diversos tribunales ha sido circunscribir el principio del orden público⁽⁴¹⁾, considerando que no aplicar una regla foránea usualmente significa dar virtualidad al derecho propio o *lex fori* del juzgador y atenta contra la armonía de las soluciones en el derecho internacional privado⁽⁴²⁾. El gran desafío constituye, pues, aclarar la terminología, delimitar apropiadamente el principio y dejar circunscriptas pautas específicas de aplicación del mismo y de sus distintas derivaciones, atendiendo regulaciones preponderantes existentes en el mundo, fallos y laudos emblemáticos y las tendencias doctrinarias prevaletentes⁽⁴³⁾.

Para el efecto, abordaremos en nuestra exposición diferentes subcategorías. Una se encuentra constituida por los principios y reglas fundamentales que surgen de cada sistema jurídico, que al contrariar el derecho extranjero aplicable según el mecanismo conflictual, prevalecen por sobre él (se utiliza muchas veces aquí la expresión orden público internacional). También se habla de un orden público más amplio a través de un consenso generalizado en los distintos sistemas preponderantes sobre la moralidad de las transacciones (orden público auténticamente transnacional o bonos mores). Existe, asimismo, otra subcategoría, las llamadas

normas imperativas (*lois de police* en Francia, *mandatory rules* en el sistema anglosajón), que se aplican directamente, evitando el mecanismo conflictual. Veremos a continuación las distintas derivaciones de estas subcategorías y problemas conexos que se presentan.

5. LA EXPRESIÓN “ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL”

Para cuestiones de orden transfronterizo ha adquirido carta de ciudadanía la expresión orden público internacional. En la primera mitad del siglo XIX, Story, Foelix y otros internacionalistas hablaban sólo de “orden público”. Más adelante, hacia 1898, Kahn propuso distinguir el orden público, en alusión al derecho internacional, de las reglas imperativas, atinentes al derecho interno. De hecho, la distinción se remontaría ya a Brocher entre los años 1882-1885⁽⁴⁴⁾. Como sea, conforme a esta nomenclatura, las normas imperativas del foro se aplican directamente dentro de su territorio, en tanto que el orden público internacional hace que no tenga virtualidad el derecho foráneo que hubiera correspondido según las reglas de conflicto del juzgador, porque viola las reglas o intereses fundamentales⁽⁴⁵⁾. De modo que el orden público internacional

(41) Como lo dice KAHN-FREUND, uno de los factores claves para el rol creativo de los tribunales es el principio del orden público que existe en todos lados, esté o no expreso en un código (KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, cit., p. 110).

(42) Lo que implica que, al fin de cuentas que los tribunales están finalmente en control de la línea que separa una política de armonía internacional de una política de conciencia interna (KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, cit., p. 111).

(43) Como bien se ha dicho, los intereses, tanto públicos como privados, requieren de soluciones estables, eficaces e invariables que brinden seguridad jurídica (CARAVACA, Calvo / GONZÁLEZ, Carrascosa, El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980, p. 42).

(44) RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, “Italy”, en: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro / MORSE, C.G.J., *Public Policy in Transnational Relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 13.

(45) VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en: *Justice in a Multistate World*, Essays in Honor of VON MEHREN, Arthur, T., pp. 845-846.

es un mecanismo de defensa que permite al juzgador no aplicar el derecho foráneo que hubiera correspondido conforme al mecanismo conflictual y, en su caso, habilita a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es ofensiva al mismo. Tiene así una función correctiva⁽⁴⁶⁾.

Un importante estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual, conocido como “Libro verde”, pone de resalto la distinción entre orden público interno e internacional. Caracteriza al orden público interno como el “conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada “débil” (consumidor, trabajador, menor, etc)”. Con respecto al orden público internacional, expresa el Libro verde: “Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley”⁽⁴⁷⁾.

Hace notar Lalive que en el derecho local el concepto de orden público se refiere a normas imperativas que las partes

no pueden derogar; en tanto que en el derecho internacional privado el concepto es, por necesidad, uno diferente. Las funciones y el propósito de estas dos partes, derecho doméstico e internacional, no son iguales. En muchos países, una norma imperativa doméstica no necesariamente prevalece en cuestiones internacionales⁽⁴⁸⁾. Esto se desprende claramente del caso *Messageries Maritimes*, resuelto por la corte de casación francesa en el año 1950. Se trató de un préstamo en dólares-oro canadienses de una compañía francesa a *Messageries Maritimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense entrada en vigor luego de la fecha de la deuda. Dicha ley devaluó el dólar y prohibió cláusulas-oro, sin distinguir entre pagos internos e internacionales. La corte de casación la ignoró y pronunció que las partes podían acordar, aún contra normas imperativas de derecho interno gobernando el contrato, una cláusula-oro válida bajo el derecho francés, “de conformidad con con el sentido francés del orden público internacional”. El caso creó así una nueva regla, la de validez de las cláusulas-oro en contratos internacionales, diferente a la regla francesa aplicable a pagos domésticos. Surgió, pues, dentro del derecho doméstico francés una suerte de *ius gentium*, paralelo al derecho común doméstico⁽⁴⁹⁾.

En Estados Unidos tres leading cases de la corte suprema dejaron establecida la

(46) VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en: *Justice in a Multistate World*, Essays in Honor of VON MEHREN, Arthur T., p. 842.

(47) Ver Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (COM/2002/0654) (<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0654:ES:HTML>).

(48) LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration*, cit., después de la nota 7.

(49) *Ibidem*, después de la nota 55.

distinción entre orden público interno e internacional. En *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional; en *Scherk v. Alberto-Culver Co.* de 1974, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo el carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil (*Securities Exchange Act*) en cuanto a arbitrabilidad; y en *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, de 1985, se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales⁽⁵⁰⁾.

En estos casos –destaca Lalive–, normas domésticas imperativas son dejadas de lado en relaciones internacionales, de una manera que prima facie se parece al rechazo del derecho internacional normalmente aplicable por el orden público del foro, pero de hecho hay mayor analogía con la intervención positiva del orden público. Ello porque en vez de imponer –como ocurre comúnmente– una norma imperativa de derecho doméstico a situaciones internacionales, permite y de hecho requiere la aplicación y creación de una regla sustantiva adaptada a las necesidades y el contexto del comercio inter-

nacional. De allí la conclusión de que el rol del orden público internacional puede ser también permitir que el Estado del foro imponga sus puntos de vista en situaciones internacionales, pues el interés nacional puede consistir a veces que se tomen en cuenta y se satisfagan intereses y necesidades del comercio transfronterizo, en sentido amplio, dejando de lado reglas del derecho local que han sido elaboradas e impuestas para situaciones domésticas⁽⁵¹⁾.

La noción del orden público internacional se encuentra recogida en los artículos 1498 y 1502 del Código Procesal Civil Francés; en el artículo 1096 (f) del Código de Procedimiento Civil portugués de 1986; como así también en la legislación de Algeria, Líbano y Paraguay⁽⁵²⁾. En esta dirección, en Rumania y Tunisia la legislación alude al “orden público como se lo entiende en el Derecho internacional privado”⁽⁵³⁾.

También se considera que admite la noción de orden público internacional –si bien utilizando la terminología de “orden público” a secas– la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL (artículo 34(2)(b)(ii) y varias otras dictadas en consecuencia.

Han aplicado la distinción entre orden público interno e internacional tribunales de Alemania, Italia y Suiza⁽⁵⁴⁾. En

(50) LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration*, después de la nota 57. Otros casos más recientes así lo confirman (*Shearson/American Express, Inc. v. McMahon* (1997); *Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* (1989). Ver: *ILA Interim Report* (2000), p. 13).

(51) LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration*, después de las notas 58 y 59.

(52) Sobre el problema en Paraguay relacionado a este tema, puede profundizarse en el artículo MORENO RODRÍGUEZ, José A., “Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo”, en: *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 3, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, Sao Paulo (2004).

(53) Algunas legislaciones hablan también de orden público y moral (Japón, Libia, Oman, Qatar, Emiratos Árabes Unidos y Yemen, *ILA Interim Report*, (2000), pp. 11-12).

(54) Otros tribunales adoptan una posición restrictiva, entre ellos los de Dinamarca, Holanda, Noruega, España y Suecia (*ILA Interim Report* (2000), p. 13).

Italia, la cuestión se controvertió a nivel judicial y doctrinario. No tendría virtualidad la distinción entre orden público interno e internacional, según un fallo de la corte de casación italiana de 1970, como asimismo conforme las opiniones de Ballarino y Ferri. Sí la tendría según otros fallos italianos, incluyendo uno de la corte de casación, y las opiniones de Vitta, Sperduti, Palaia, Fumagalli y otros⁽⁵⁵⁾. En Inglaterra se presenta también dudosa la cuestión. En un caso antiguo (Kaufman v. Gerson - 1904) se expresó que no existe el distingo, aunque más recientemente se dijo lo contrario en *Israel Discount Bank of New York v. Hadjipateras* (1984)⁽⁵⁶⁾.

En cuanto a los instrumentos internacionales, la convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras emplea la expresión orden público a secas (artículo V, 2 b). Sin embargo, se interpreta en varios países que cuando al artículo V.2.b) de la misma se refiere al orden público, alude al orden público internacional⁽⁵⁷⁾. Igual interpretación suele es-

grimirse con respecto a la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975 (artículo 5.2.b). Por su parte, todas las convenciones de La Haya luego de la Segunda Guerra Mundial incluyen la cláusula de orden público. Ahorra, en tanto la de venta de 1955 hablaba en su artículo 6 sólo del orden público, ulteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra “manifiesta”⁽⁵⁸⁾ (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de “orden público internacional”⁽⁵⁹⁾.

La palabra “manifiesta” ha sido incorporada también a instrumentos convencionales interamericanos. Así lo hace la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (artículo 2.h), la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (artículo 17), la convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado⁽⁶⁰⁾, la convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional⁽⁶¹⁾ y en el ámbito

(55) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 13. En referencia específica a la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, ha dicho la Corte de Apelaciones de Milan que el orden público referido en el Artículo V.2(b) del citado instrumento es orden público internacional (1992), ILA Interim Report (2000), p. 6.

(56) El reporte de la ILA expresa que en Inglaterra parecería existir una concepción restrictiva del orden público (ver fallos citados en el ILA Interim Report (2000), p. 14 al pie).

(57) CAIVANO, Roque J., “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”, cit., p. 157.

(58) Resalta Jayme que la fórmula restrictiva utilizada por La Haya es la de “manifiestamente” incompatible con el orden público (JAYME, Erik, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne, Cours général de droit international privé*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229).

(59) Ver MORSE, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., pp. 19-20.

(60) Organización de Estados Americanos, CIDIP II, Montevideo, 1979.

(61) Que dispone en su artículo 18: “El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro”. Puede profundizarse al respecto en el artículo: MORENO RODRÍGUEZ, José A., “La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional, publicación de la Organización de Estados Americanos”, en: *Publicación de la Organización de Estados Americanos*, Washington, 2006.

mercosureño el protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (artículo 20, inciso f) y el protocolo de medidas cautelares (artículo 17)⁽⁶²⁾.

En el mismo sentido que la convención de México se encuentra el artículo 16 de su antecesor Convenio de Roma de 1980, conforme al cual los Estados miembros de la Unión pueden negarse a aplicar la ley foránea “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro. La palabra “manifiesta” está recogida también en el reglamento 44 de 2001 de la Unión Europea sobre jurisdicción internacional⁽⁶³⁾.

El distingo lo reconocen, asimismo, resoluciones del Instituto de Derecho Internacional⁽⁶⁴⁾ y de la International Bar Association⁽⁶⁵⁾.

6. ¿NACIONALIDAD DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL?

Dentro del esquema conflictualista el orden público protege a los sistemas jurí-

dicos locales de las consecuencias injustas que podrían derivarse de admitir in abstracto la posible aplicación del derecho extranjero a través de normas de conflicto neutrales, o lo que ha sido descripto como un salto a la oscuridad (“jump into the dark”)⁽⁶⁶⁾. La función principal del orden público es, pues, controlar el resultado sustantivo alcanzado por este mecanismo neutral. Pasa a constituir el instrumento para corregir la ceguera de la selección del derecho en cuanto al contenido, pues obliga al juez a evaluar el resultado dado por la *lex causae* que debería resultar aplicable y examinar su compatibilidad con los principios básicos de justicia como resultan entendidos por la *lex fori*⁽⁶⁷⁾. En palabras de Visser, el Estado del foro últimamente controla el derecho aplicable, y debe determinar las condiciones, los límites y el alcance de la autonomía de las partes en los contratos internacionales⁽⁶⁸⁾.

En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en el fondo, nacional, no internacional⁽⁶⁹⁾, y que la distin-

(62) En referencia a la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de 1975, NOODT TAQUELA entiende que el requisito de que el laudo no afecte el orden público internacional del Estado donde se pretende el reconocimiento (artículo 5.2.b) “debe ser interpretado en los términos del artículo 20 inc. f) del Protocolo de Las Leñas que indica que el laudo tendrá eficacia extraterritorial si no contraría manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento. Se trata de la misma concepción del orden público internacional que sustenta la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (artículo 5), en la que son parte todos los países del MERCOSUR” (NOODT TAQUELA, María Blanca, “Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR”, en: *Jurisprudencia Argentina*, 1996 (Lexis N° 0003/001303), después de la nota 20).

(63) Así, el artículo 34 de este reglamento prevé en su inciso 1) que las decisiones extranjeras no se reconocerán “si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”.

(64) Ver en la página <http://www.idi-iiil.org>.

(65) Tanto en el Reporte Final (ver ILA Interim Report (2000), como en la Resolución 2/2002, dictada en consecuencia.

(66) Según RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 8.

(67) VISHER, *General Course on Private International Law*, cit., p. 100.

(68) *Ibidem*, p. 139.

(69) Esto se enlaza con un tema muy debatido en doctrina de si el Derecho internacional privado es interno o internacional. Por ejemplo, expresan LOUSSOUARN, Bourel / VAREILLES-SOMMIÈRES que el Derecho internacional privado es interno por sus fuentes, pero internacional por su objeto, en que existen manifestaciones

ción resulta, en consecuencia, artificial⁽⁷⁰⁾. El adjetivo internacional meramente la utiliza cuando el orden público opera dentro del derecho internacional privado.

Ya en 1929 la corte permanente internacional de justicia en el caso concernido con el pago de préstamos serbios estableció que, en el contexto internacional, el concepto de orden público, por definición, depende en cada país en particular de la opinión prevaleciente en un momento dado. Lo mismo ha dicho la corte de apelación de París en 1965 y así se ha expedido también, por ejemplo, la Corte de Casación belga⁽⁷¹⁾.

En alusión al artículo 1502 del código procesal civil francés que menciona el “orden público internacional”, comentaristas de mucho renombre –Fouchard, Gaillard y Goldman– sostienen que ello significa “la concepción francesa del orden público internacional”⁽⁷²⁾. En Portugal el artículo 1096 (f) del código de procedimiento civil de 1986 se refiere expresamente del orden público internacional “portugués”.

En materia de arbitraje, la convención de Nueva York relativa a la ejecución de laudos extranjeros se refiere al orden público “del país”. Sus negociadores no pretendieron, pues, subprecisamente armonizar el orden público o establecer un estándar internacional común, a pesar de que la comisión redactora uti-

lizó en su momento determinadas palabras no adoptadas en el texto definitivo alusivas al requerimiento de una clara incompatibilidad con el orden público o principios fundamentales del derecho, lo que evidentemente lleva a una concepción más amplia⁽⁷³⁾.

7. ORDEN PÚBLICO CONTEXTUAL O EFECTO ATENUADO O RELATIVO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Si el orden público se utiliza como argumento para rechazar el derecho foráneo, el juez debe primero examinar ese sistema jurídico, antes que desecharlo sin analizarlo. En efecto, como se expuso, el modelo teórico clásico savigniano es el de reglas de conflicto neutrales, lo que precisamente justifica la operación correctiva del orden público; sin embargo –destaca Lagarde–, esto solo puede operar si el juez ha tomado noticia del derecho foráneo referido de manera abstracta y lo ha encontrado, en caso en particular, incompatible con su sistema⁽⁷⁴⁾. Al respecto, expresa Visher que hoy generalmente se acepta que el enfoque no debe centrarse en la evaluación abstracta de las reglas foráneas, sino en el resultado de su aplicación al caso bajo revisión. No debe el orden público convertirse en instrumento para una hipócrita censura del derecho foráneo⁽⁷⁵⁾.

de solidaridad internacional (YVON LOUSSOUARN, Pierre Borrel / DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pp. 58-60).

(70) Así lo destaca, por ejemplo, QUIROGA, Gonzalo, cit., p. 61.

(71) VAN HOUTTE, *From a National to a European Public Policy*, cit., p. 844 y fallos citados.

(72) ILA Interim Report (2000), p. 6.

(73) ILA Interim Report (2000), p. 8.

(74) LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 9.

(75) VISHER, *General Course on Private International Law*, cit., p. 101. De allí lo criticable de la fórmula de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado pues, como lo

De modo que en el ámbito internacional, el orden público debe ser apreciado en concreto en los casos que en particular se presenten. Ello, obviamente, salvo que existan supuestos extremos chocantes en relación con el contenido abstracto de la regla foránea, como en lo relativo a discriminación racial en los países que adoptan normativa de protección a los derechos humanos⁽⁷⁶⁾. De esto último hay varios precedentes en Inglaterra, como el caso *Oppenheimer v. Cattermole* (1976), relativo a la confiscación de propiedades nazi tomadas en infracción a derechos humanos, o supuestos relacionados a decretos confiscatorios que ofendan estándares de derechos humanos (*Williams & Humbert Ltd. V. W. & H. Trademarks (Jersey) Ltd.* (1986); *The Playa Larga* (1983). *Settebello Ltd. V. Banco Totta and Acores* (1985)⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo –señala el inglés Briggs–, normalmente las circunstancias son contextuales: debe analizarse el conjunto de los hechos para determinar si existe una conexión suficiente con la norma imperativa que se pretende aplicar. Por ejemplo, una ley foránea que establezca prohibiciones para el casamiento con determinado grado de parentesco con una sobrina, puede no considerarla un juez inglés

cuando nada tiene que ver con Inglaterra, y así se ha fallado en el caso *Cheni v. Cheni* (1965)⁽⁷⁸⁾.

Se han avanzado distintas teorías en el continente europeo para dar al carácter relativo del orden público un marco teórico: *Inlandsbeziehung*, que es la doctrina de Franz Khan en Alemania y la teoría del efecto atenuado del orden público de Francia. Esta última ha sido recibida por la corte de casación de este país ya en el caso *Bulkley*, completada en casos de 1945 y 1953, famoso caso *Rivière*⁽⁷⁹⁾. En Inglaterra –está visto– también se habla del carácter relativo o contextual del orden público o *public policy*⁽⁸⁰⁾.

Se dice que el orden público es relativo en el espacio, en alusión al reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, en que el efecto del orden público es relativizado⁽⁸¹⁾. Así, podría reconocerse la legitimidad de hijos nacidos fruto de un matrimonio poligámico válidamente contraído en otro país que así lo permite, o una herencia futura cuya renuncia ya ha sido consumada. En estos casos –como lo dice Kahn-Freund–, es el resultado del caso concreto el que debe ser examinado, no debiendo juzgarse la moralidad o deseabilidad

expresa LAGARDE, ella da pie a que se declare en abstracto que una ley foránea es contraria al orden público, lo que como regla debería ocurrir sólo en su aplicación el caso particular (LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 7, nota al pie).

(76) Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (BRIGGS, obra citada, p. 45).

(77) MORSE, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 20.

(78) Otra forma de expresar la idea es que la primera categoría se aplica sea cual sea la conexión de la ley aplicable a Inglaterra, en tanto que la segunda solo si Inglaterra es un país en que la cuestión tiene una real y sustancial conexión (BRIGGS, obra citada, p. 45).

(79) LAGARDE, *Public Policy*, cit., pp. 38-40.

(80) MORSE, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., pp. 20-21.

(81) JAYME, *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, cit., p. 228.

de ley foránea⁽⁸²⁾. La tendencia –expresa Rubino Sammartano– es admitir los derechos válidamente adquiridos en el extranjero, salvo que el resultado en sí sea chocante con respecto al orden público del juzgador⁽⁸³⁾.

Asimismo, el orden público es relativo en tiempo⁽⁸⁴⁾, pues los tribunales solo intervienen contra ataques presentes a las reglas del foro, las que pueden cambiar de una época a otra⁽⁸⁵⁾. Tal solución es ampliamente aceptada en derecho comparado (por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia e Italia). El criterio ya proviene de la corte internacional de justicia con el caso entre Serbia y Brasil de 1929⁽⁸⁶⁾. En consonancia, el instituto de derecho internacional en su sesión de Basilea de 1991, estableció que una cláusula de congelamiento del derecho (“freezing clause”), es decir, una estipulación de que el contrato no se verá afectado por cambios futuros en la ley aplicable, no puede hacerse extensiva a

disposiciones imperativas que entren a regir en el futuro⁽⁸⁷⁾.

El orden público internacional es además relativo con respecto al orden público interno, tal cual lo sentó nuevamente la Corte Francesa de Casación en el caso *Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continentale France* de 1991, al afirmar que el orden jurídico francés aplicable a las relaciones internacionales debe ser apreciado de manera menos rigurosa que el orden público interno⁽⁸⁸⁾. Ya nos hemos referido a esta cuestión.

8. EFECTOS

Aquí se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál derecho se aplica cuando la ley foránea que tendría virtualidad contraría el orden público del juzgador?

En Italia y Francia se recurre, en este caso, al derecho doméstico. Tal es la llamada “solución latina”. Diferente es la solución germánica de aplicar el derecho

(82) KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, cit., pp. 282-283.

(83) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., pp. 17-18.

(84) LALIVE, después de la nota 14.

(85) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 9.

(86) LAGARDE, *Public Policy*, cit., pp. 45-46.

(87) Un particular problema se presenta en los contratos con el Estado, cuando éste cambia el derecho durante la vigencia del contrato y altera así su contenido. Existen precedentes arbitrales en que no se ha aceptado dichos cambios que unilateralmente afectan el contrato, invocándose el orden público internacional (Caso CCI 1803/1972, *Société des Grands Travaux de Marseille y East Pakistan Industrial Development Corporation*, orden presidencial de Bangladesh que quería extinguir obligaciones contractuales de compañía estatal. Caso 723 del Netherlands Arbitration Institute, *Setenave v. Settebello*. También caso *Aminoil v. Kuwait*). Como alternativa se puede prever en el contrato un congelamiento del derecho del Estado contratante, que se compromete así a no efectuar cambios regulatorios durante la vigencia del acuerdo. Así también, contratos sofisticados de largo alcance normalmente admiten la posibilidad de cambios legislativos y definen consecuencias financieras para las partes. Se puede aceptar la mutación del derecho del Estado contratante, pero solo en tanto esté de acuerdo con el derecho del co-contratante. Una variante es aceptar el cambio del derecho, en tanto esté de acuerdo con reglas no nacionales, como principios generales, equidad, etcétera, tal cual se hizo en los casos de nacionalización de las concesiones de petróleo de Libia (BP Award, Texaco-Calasiatic Award, LIAMCO Award, de los años setenta).

(88) GONZALO QUIROGA, Marta, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 68-69.

foráneo, excluyendo lo que específicamente contraría al orden público del foro⁽⁸⁹⁾. La doctrina italiana objeta que así los tribunales estarán tentados a manipular el contenido del derecho foráneo en su aplicación selectiva al caso en concreto⁽⁹⁰⁾. Zekoll ha sembrado dudas también sobre la habilidad de los jueces para lidiar con solvencia con leyes extranjeras⁽⁹¹⁾.

Por sobre todo, debe tenerse presente que, aunque las reglas digan lo contrario, existe una tendencia casera (“homing trend”) de los tribunales de aplicar el derecho propio⁽⁹²⁾. En el caso Soulier, la corte de casación dijo en 1910 preferir que los tribunales franceses juzguen de acuerdo al derecho autóctono antes que una ley extranjera que no conocen. Hay un similar dictum inglés de Lord Denning en *The Atlantic Star* (1973)⁽⁹³⁾.

Subyace, sin embargo, el interrogante si resulta apropiado el enfoque de bus-

car soluciones sustitutivas en leyes domésticas⁽⁹⁴⁾ o si la respuesta debe encontrarse en un derecho transnacional, como la *lex mercatoria* o principios, usos y costumbres que responden a estándares aceptables internacionalmente⁽⁹⁵⁾. Volveremos más abajo sobre el punto⁽⁹⁶⁾.

Cabe destacar que lo dicho tiene virtualidad en cuanto a la determinación del derecho aplicable por parte del juzgador. Cosa distinta ocurre con la pretendida ejecución de sentencias y laudos foráneos, en que si el juzgador constata la contravención al orden público directamente procederá a su rechazo⁽⁹⁷⁾.

9. VERDADERO ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Ya antes de mediados del siglo XX, la corte de casación impulsada por *Lerebours-Pigeonnière* hizo referencia a la idea de un orden público verdaderamente

(89) El proyecto de ley holandesa de Derecho internacional privado en su artículo 8 extiende la excepción de orden público a la aplicación de una regla de conflicto, y permite consideraciones de razonabilidad y justicia para afectar el resultado. No sugiere la aplicación de la ley de otro país (con una conexión más cercana) a pesar de que se sostiene que esto va implícito. No hay esta flexibilidad en la ley alemana de 1986. El artículo 15 de la ley suiza no va tan lejos y permanece dentro de las soluciones tradicionales de conflicto de leyes.

(90) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 19.

(91) ZEKOLL, cit., pp. 11-12.

(92) JUENGER, *General Course on Private International Law*, cit., pp. 133-134. La expresión “homeward trend” se atribuye a Nussbaum (Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, cit., p. 280).

(93) En la nota 33. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, cit., p. 309.

(94) DALHUISEN, Jan H., *International Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Portland and Oregon, 2000, p. 93.

(95) Menciona LAGARDE tres pasos para dar expresión concreta al orden público: Uno, considerar la ley extranjera en cuestión. Dos, las circunstancias del caso que revelen la naturaleza relativa del orden público. Y tres, relacionar el resultado a un sistema jurídico que sirve como base para la comparación. El tercero presenta un problema con el crecimiento de un orden público que se asienta en el derecho internacional o transnacional como fuente (LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 44).

(96) Puede profundizarse sobre temas relativos a la *lex mercatoria* recurriéndose a los siguientes artículos: MORENO RODRÍGUEZ, José A., “Nueva *Lex Mercatoria*: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, en: *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Legis, Colombia, 2003; MORENO RODRÍGUEZ, José A., “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”, en: *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Legis, Bogotá, 2005.

(97) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 20.

internacional, constituido por principios de justicia universal capaces de conformar una especie de *ius gentium* o derecho común cosmopolita.

Un fallo de 1958 de la corte internacional de justicia en un caso entre Holanda y Suecia decidió que este país no podía dar un contenido sueco a su noción de orden público, sino debería tener en cuenta las prácticas e ideas de las naciones civilizadas⁽⁹⁸⁾. Sir Hersch Lauterpatch dijo en el fallo que el orden público constituía un principio general del derecho conforme al artículo 38 de los estatutos de la Corte⁽⁹⁹⁾: “En la esfera del derecho internacional privado la excepción de orden público como razón para la exclusión de la ley extranjera en un caso en particular es general –o, mejor dicho, universalmente– reconocida. Es reconocida en varias formas, con diferentes niveles de énfasis y ocasionalmente con diferencias marcadas en su aplicación (...). En general, el resultado es el mismo en la mayor parte de países– tanto así, que el reconocimiento de la parte esencial del orden público debe ser tenido como un principio general en el campo de la ley privada internacional”.

En 1966 la Cámara de Apelaciones de París anuló una transacción de tráfico de armas. Si bien se inspiró en la noción del orden público verdaderamente internacional, la Cámara tuvo el cuidado de escudarse detrás de determinados instru-

mentos normativos que hacían referencia al carácter internacional del orden público. La misma Cámara retrocedió de alguna forma después en el caso *Comité de Défense des Actionnaires de la Banque Ottomane c. Banque Ottomane*, al entender que no estaban en juego principios de orden público reconocidos en el derecho francés. Sin embargo, en un segundo juzgamiento del caso, en el año 1984, la Cámara cambió su posición, al admitir un tipo de orden público, sino universal, al menos común a varios países⁽¹⁰⁰⁾.

En fecha más reciente, la Corte de París evocó en 1990 ya la “existencia de un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal” (1ª Sala Civil, caso *Fougerolle*)⁽¹⁰¹⁾.

Pueden encontrarse otros importantes precedentes en derecho comparado. Así, en Inglaterra, en un *leading case* de la Cámara de los Lores de 1958 (caso *Ragazzoni/Sethia*, 1958) que –como se verá más abajo– se menciona como ejemplo de la aplicación de disposiciones imperativas de un tercer país, en el fondo se inspira en la noción del orden público verdaderamente internacional y no sólo en el deseo manifiesto en el pronunciamiento de reconocer cierta solidaridad con el Estado foráneo amistoso al admitir su normativa de tinte compulsivo⁽¹⁰²⁾. Por su parte, la Corte Federal Suiza en el caso *W. v. F y V.* (1994) se mostró a

(98) VAN HOUTTE, *From a National to a European Public Policy*, cit., en la nota 131, pp. 845-846.

(99) KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, cit., p. 28.

(100) LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 59. Ver también FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “El orden público internacional: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo”, en: *Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 112.

(101) En la misma línea, en 1993 la Corte de Apelaciones de París sostuvo que la buena fe es un principio general de orden público internacional (*Republique de Cote d'Ivoire v. Norbert Beyrard* (1993).

(102) LALIVE, después de nota 75.

favor de tomar en cuenta una concepción universal del orden público en el sentido “transnacional”. Sin embargo, luego de una prolongada fundamentación en dicha línea, de indudable valor académico, se rehusó a adoptar una posición sobre el punto, inclinándose en vez hacia una solución pragmática⁽¹⁰³⁾.

Del examen de varios pronunciamientos, Lalive concluye que los Estados tienden a reconocer cada vez con mayor fuerza, de manera directa o subrepticia, una noción más general del orden público, quizás supranacional, que pertenece a la más amplia comunidad regional o universal⁽¹⁰⁴⁾. De allí que se hable de un “verdadero orden público internacional” (true international public policy) o transnacional, en relación a los intereses más fundamentales de la humanidad, como la proscripción de la esclavitud o el respeto a derechos humanos, por citar ejemplos.

Normalmente, estos intereses se encuentran resguardados también por tratados internacionales, lo que oscurece la determinación de si están protegidos por encontrarse incorporados en instrumentos que obligan al foro juzgador o por los principios mismos⁽¹⁰⁵⁾. Por ejemplo, el acuerdo del fondo monetario internacional (Acuerdo de Bretton Woods), prevé expresamente que la simple elección de otro derecho no puede cambiar la aplicabilidad de las regulaciones sobre el cambio de divisas (Artículo VIII (2) (b)).

Sin embargo, ello no ocurre siempre. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, carece de la fuerza de un tratado diplomático y no constituye, entonces, fuente distinta que las leyes nacionales. Diferente es la situación en países que han suscripto tratados de derechos humanos como la Convención Europea de 1950 o la Convención de Naciones Unidas de 1966, pues aquí estamos ante textos adoptados por los respectivos derechos internos⁽¹⁰⁶⁾.

La principal objeción contra este verdadero orden público internacional es que solo resultaría útil si difiere del orden público nacional, pero ¿cómo un juzgador podría acudir a su auxilio sin dejar de lado su propia ley? A ello se ha respondido que la prioridad debe darse a la fuente internacional antes que a la nacional⁽¹⁰⁷⁾. Y aquí permanece la duda de si resulta conveniente distinguirlo conceptualmente del orden público internacional. Sobre todo atendiendo a que, como lo expresa Alvarez, el orden público transnacional como noción es criticado por no ofrecer certeza, predecibilidad y definición en cuanto a sus contornos, sustancia y aplicación⁽¹⁰⁸⁾.

10. ORDEN PÚBLICO TRASNACIONAL COMO ESTÁNDAR

Si se presenta un conflicto de leyes, el derecho extranjero no puede ser ob-

(103) LA Interim Report (2000), p. 7 y nota al pie.

(104) LALIVE, después de nota 97.

(105) VAN HOUTTE, *From a National to a European Public Policy*, cit., p. 846.

(106) LAGARDE, *Public Policy*, cit., pp. 48-50.

(107) *Ibidem*, p. 51.

(108) ALVAREZ, José A., “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, cit., p. 31.

viado sólo por diferir. Tiene que existir algún criterio.

Por mucho tiempo la práctica francesa adoptó una fórmula restrictiva. Los fallos de la corte de casación expresaron que no sólo debe diverger la solución foránea con el orden público francés sino debe presentarse una ofensa a principios de justicia universal que, en opinión francesa, poseen un valor absoluto internacional. Expresa Lagarde que esto fue criticado y ya no encuentra adeptos recientemente, puesto que restringía excesivamente el alcance del orden público y su formulación se presentaba muy descriptiva para ser útil⁽¹⁰⁹⁾.

En Alemania, Jayme propugna un examen basado en el derecho comparado de reglas foráneas que se distancian de la alemana. La excepción de orden público sería viable así si éstas se desvían substancialmente del estándar del derecho comparado. Sin embargo, dice Lagarde, lo contrario sería también cierto, es decir, ¿porque no aplicar igualmente a las reglas del foro el mismo examen basado en la comparación?⁽¹¹⁰⁾

En el ya citado caso del Banco Ottoman, la Corte de París aplicó en 1984 el enfoque comparativo. El tribunal debía decidir si era compatible con el orden público que los estatutos de un banco confirieran discreción absoluta a sus directores para dar información a los accionistas sobre las cuentas del Banco. La Cámara de Apelaciones rechazó que existiera una violación al orden público francés al no

encontrar suficientes vinculos con el foro (la jurisdicción había sido recurrida en base a la nacionalidad francesa de los demandantes). Se basó la Cámara en la noción de un orden público que –según lo expresó–, aunque no fuera universal, se relacionara con los intereses de personas ligadas a la vida de las sociedades de capital. La Corte hizo un examen comparativo de las prácticas del banco atendiendo las normas vigentes en Turquía (donde la sede estatutaria estaba establecida), y en Inglaterra (donde las reuniones de accionistas tenían lugar). Del examen comparativo, la Cámara concluyó que la discreción conferida a los directores con respecto a la información a brindar a accionistas del banco establecidos en Inglaterra no puede ser vista como contraria el orden público⁽¹¹¹⁾.

Lagarde propone como fórmula que, en ausencia de un vínculo especial de la situación con el foro, si la *lex fori* es más demandante en la materia que la ley extranjera promedio, este promedio debe servir como base de la comparación en controlar si la ley foránea cumple con el orden público⁽¹¹²⁾.

De allí la creciente importancia que se viene dando en derecho internacional a la *lex mercatoria* o derecho transnacional emergente de normas comunes de distintos sistemas jurídicos. Esto sigue cuestionándose a nivel doctrinario en que incluso se formula una distinción entre principios fundamentales en los que se asienta el orden supranacional o transnacional y principios generales que pueden

⁽¹⁰⁹⁾ LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 45.

⁽¹¹⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽¹¹¹⁾ *Loc. cit.*

⁽¹¹²⁾ *Loc. cit.*

ser deducidos de la investigación comparada⁽¹¹³⁾. Como sea, resulta innegable que se puede detectar, a través del examen comparado, principios comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo o al menos con los cuales el contrato presenta vínculos más estrechos⁽¹¹⁴⁾.

11. ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO

Se alude también a un orden público comunitario, compuesto por valores fundamentales compartidos en zonas de integración regional, como la europea⁽¹¹⁵⁾, y así lo expresa el libro verde, según el cual “tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un ‘orden público europeo’”. Alvarez refiere también que se está concibiendo un orden público de otras zonas de integración, como el emergente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Se ha hecho notar que se sigue hablando de un derecho internacional, a pe-

sar de que varias organizaciones no estatales son reconocidas como sujeto del derecho internacional⁽¹¹⁶⁾, incluso con capacidad legisferante, como ocurre en la Unión Europea. Pues bien, si la potestad regulatoria no se encuentra exclusivamente en cabeza de las naciones-Estados, sino se halla distribuida en diversos niveles, como el comunitario, resulta difícil entender por qué las reglas de conflicto deberían siempre referirse al derecho privado de un Estado⁽¹¹⁷⁾, y por qué la noción del orden público debería limitarse a ser extraída de los derechos locales.

En esta línea señala Jayme que el orden público también puede ser concedido a partir de valores transnacionales compartidos. En Europa, los jueces están obligados a tener en cuenta la convención europea de derechos del hombre, de cuyos preceptos se desprende un orden público europeo o comunitario⁽¹¹⁸⁾, y así se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por ejemplo, en el muy citado caso Krombach (C-7/98) del año 2000. Se dijo allí que entre las manifestaciones del orden público comunitario se encuentran las indica-

(113) DALHUISEN, Jan H., *International Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Portland and Oregon, 2000, p. 66.

(114) OPPETIT, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: SILVA ROMERO, Eduardo / MANTILLA ESPINOZA, Fabricio / CAICEDO DEMOULIN, José Joaquín, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 199-201, quien destaca aquí el modesto papel que ello ha tenido, sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte de La Haya.

(115) Ello tiene argumentos a favor y en contra (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional”, en: *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI?*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, EurolexSL, Madrid, 1997, pp. 180-183).

(116) BASEDOW, Jürgen, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en: *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Edited by BASEDOW, Jürgen / TOSHIYUKI, Kono, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, p. 4.

(117) BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, cit., p. 6.

(118) JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, cit., p. 231. Ver también LOUSSOUARN, Bourel y VAREILLES-SOMMIÈRES, cit., p. 54.

ciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a cuyo respecto los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, entre ellos el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por lo demás, la Unión Europea constituye una organización supranacional cuyo derecho comunitario resulta directamente vinculante para sus Estados miembros. En cada uno de estos Estados el derecho comunitario se hizo parte del sistema jurídico doméstico. De existir conflicto prevalece el derecho europeo sobre el autóctono. Reglas básicas del derecho comunitario europeo, como el libre movimiento de bienes y personas o la libre competencia han sido hechas partes del orden público de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que lleva a que el orden público nacional se vaya diluyendo cada vez más⁽¹¹⁹⁾.

A este respecto ha marcado su fuerte sello el pronunciamiento del TJCE en el caso *Eco Swiss China Time v. Benetton* (1999), en el que se dejó sentado que la norma de defensa de la competencia del artículo 85 del Tratado de Roma constituye una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea. Como consecuencia, dijo el tribunal:

“en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en apli-

cación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del tratado”.

Del caso *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del tribunal de justicia de 2000 (asunto. C-381/98) surge que determinadas disposiciones del derecho comunitario, pueden presentar, ellas también, carácter imperativo, como ocurre con la directiva que establece protección especial a los agentes en sus vinculaciones internacionales. Ello implica que las disposiciones de protección mínima establecidas en esta directiva deben considerarse de orden público europeo y, por tanto, prevalecerán por sobre un resultado en contrario al que lleven las normas de conflicto.

Este orden público europeo ha sido citado también en casos arbitrales, como en los pronunciamientos de la Cámara de Comercio 6197 de 1995 y 4132 de 1983⁽¹²⁰⁾.

Se cuestiona si no se está, en el fondo, ante un orden público “nacional”. En 1998 la Corte Suprema Austriaca concluyó en dos casos que la norma de derecho comunitario europeo directamente aplicable a los Estados miembros es, según su

⁽¹¹⁹⁾ VAN HOUTTE, *From a National to a European Public Policy*, cit., p. 848.

⁽¹²⁰⁾ Es llamativo el caso *Thales Air Defence c/ G.I.E. Euromissile y La S.A. EADS France*, 1994, Corte de Apelación de París. En este caso, los árbitros decidieron no aplicar una norma imperativa europea sobre el derecho de la competencia. La corte de apelación llevando al máximo la visión transnacional dijo simplemente que no podía analizar ese punto bajo la denuncia de orden público porque eso significaría meterse en el fondo del asunto.

supremacía, automáticamente parte de orden público nacional austriaco⁽¹²¹⁾.

12. OTRAS ESFERAS DE “ORDEN PÚBLICO”

Expresa Alvarez que el orden público se podría desarrollar asimismo dentro de ciertos temas que generan preocupaciones específicas, como áreas de comercio e inversión. Tal sería un orden público emergente de los convenios de inversión sometidos al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIA-DI o ICSID en inglés), firmado en Washington en 1965⁽¹²²⁾.

En este sentido, la Corte de Apelación de París ha sentenciado que las reglas relativas al control público sobre inversión extranjera expresan, via normas imperativas, la idea de un orden público económico internacional, porque estas reglas apuntan a preservar en el interés público el balance entre las relaciones económicas y financieras con el resto del mundo al controlar el movimiento de capital allende las fronteras (Courreges Design v. Andre Courreges - 1990).

Debe considerarse que no caben impugnaciones ulteriores a los arbitrajes de

CIADI ante tribunales locales, por lo que sus laudos pueden reputarse auténticamente anacionales o deslocalizados⁽¹²³⁾, y por ende sustraídos de particularidades locales de orden público.

De alguna forma se utilizan fundamentaciones análogas en referencia a que existiría un orden público relacionado a los problemas en el arbitraje electrónico, ante la dificultad de localizar el procedimiento arbitral en el espacio virtual y la aparente falta de control en la red⁽¹²⁴⁾. Incluso con respecto al ciberespacio en general se alude cada vez con mayor fuerza a un orden público cibernético⁽¹²⁵⁾.

13. NORMAS IMPERATIVAS O LEYES DE POLICÍA

Está visto que se atribuyen dos aspectos al orden público en el derecho internacional privado: uno, negativo, constituye el correctivo a normas indirectas o de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del foro en el cual se juzga la cuestión⁽¹²⁶⁾. El otro, positivo, está dado por las normas directas con que cuenta cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. En este sen-

(121) De modo que un laudo arbitral en conflicto podría ser invalidado (Ver ILA Interim Report (2000), casos citados en la p. 20).

(122) ALVAREZ, “Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, cit., p. 34.

(123) GONZALO QUIROGA, *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, cit., p. 39.

(124) *Ibidem*, pp. 47-48.

(125) Ver, por ejemplo, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un Sistema Institucional”, en: *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el Umbral del Siglo XXI?*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, EurolexSL, Madrid, 1997, 180-183.

(126) FERNÁNDEZ ROZAS / SÁNCHEZ LORENZO, cit., p. 227.

tido, coincide con la noción de “normas imperativas” del derecho internacional privado u otras expresiones que, como se verá, se utilizan de manera análoga.

Dice el libro verde⁽¹²⁷⁾ que “la expresión “disposición imperativa” abarca una realidad múltiple: designa a la vez las leyes de policía, concepto característico del derecho internacional privado, y las normas de orden público interno”. La terminología en francés de *lois de police* –leyes de policía– se encuentra aparentemente utilizada por primera vez en una referencia que hizo Bouhier que vivió de 1673 a 1746⁽¹²⁸⁾. Recoge la expresión el código civil francés, que habla de *lois de police* en el artículo 3, 1, en tanto que en el artículo 6 se refiere a *ordre public* y *bonnes moeurs* (orden público y buenas costumbres).

Pues bien, para los franceses, las leyes de policía son las que se aplican inmediatamente, a diferencia de la figura del orden público, que constituye una excep-

ción luego de que el mecanismo conflictual determinó aplicable una ley extranjera⁽¹²⁹⁾. Se trata de regulaciones concretas aplicables al caso, y no principios generales extraídos del sistema, como lo son los del orden público como factor correctivo de las normas de conflicto⁽¹³⁰⁾. La expresión ha tomado arraigo en el derecho europeo. Así, el libro verde alude a la ley de policía como un “concepto de derecho internacional privado que designa las normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presenta un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable a la situación. Contrariamente al mecanismo de la excepción de orden público internacional, el juez no descarta la ley designada por sus normas de conflicto por ser contraria al orden público, sino que aplica de oficio sus propias normas”⁽¹³¹⁾.

Hace notar Audit que el desarrollo de la doctrina de las leyes imperativas o

(127) En el contexto del Convenio de Roma, pero el comentario se hace extensivo a otros ámbitos.

(128) RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 10.

(129) Dice GRIGERA que “la técnica de la ley de policía no se basa en la localización –frecuentemente artificial– en el espacio de la cuestión litigiosa ni en reparar en el “fenómeno de la frontera”. Se trata más bien de determinar la proximidad ideal entre las cuestiones regladas en la norma sustantiva y el punto litigioso para concluir si tal norma habrá de aplicarse directamente –es decir, sin la intermediación de una norma de conflicto– o no (GRIGERA NAÓN, Horacio, “Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?”, en: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Coordinadores: KLEINHEISTERKAMP, Jan / LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 600).

(130) GRIGERA NAÓN, Horacio, *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective*, (Kluwer CD), después de la nota 14. Entiende GRIGERA que los árbitros pueden aplicar leyes de policía que no sean del derecho aplicable al contrato sin que el laudo pueda ser impugnado. Ello bajo ciertas condiciones, como que las partes las invoquen y no sean aplicables meramente de oficio, o el contraste con el orden público internacional para determinar si es o no exorbitante, etcétera (GRIGERA NAÓN, Horacio, *Los árbitros internacionales: ¿pueden o deben aplicar leyes de policía?*, pp. 612-615).

(131) Se propone en el Libro Verde que “El futuro instrumento “Roma I” podría, pues, proponer una definición del concepto de leyes de policía, definición que podría inspirarse en la jurisprudencia Arblade del Tribunal de Justicia [TJCE, 23.11.1999, asuntos C-369/96 y C-374/96], según la cual la ley de policía es “una disposición nacional cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

de policía, otra evolución del conflictualismo, es una consecuencia de la implicación creciente del derecho público de las situaciones de derecho internacional privado⁽¹³²⁾. Las leyes de policía guardan relación con regulaciones de derecho público o económico, pero también con otras de resguardo a partes débiles en la contratación⁽¹³³⁾, es decir, se corresponden con la ya mencionada distinción entre orden público de dirección y de protección⁽¹³⁴⁾.

Las reglas imperativas han tenido un avance al ser incluidas en distintas codificaciones del siglo XIX, a pesar de que entonces la visión económica laesferista atenuó su impacto⁽¹³⁵⁾. El mayor avance se ha producido durante el siglo XX. Con ellas renace el viejo enfoque de comitas que las ideas de Savigny intentaron evitar, puesto que las disposiciones imperativas están destinadas a aplicarse al caso que corresponda según la discreción del juzgador, y

no en base a un supuesto sistema neutral y automático de reparto⁽¹³⁶⁾. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que la regla del foro (*lex fori*) sea imperativa no significa necesariamente que deba aplicarse incondicionalmente y dejarse sin efecto la regla de conflicto “normal”. El problema no se presenta cuando la ley dice que la regla del foro tenga absoluta prioridad, en cuyo caso el juez debe cumplirla. La dificultad está en que normalmente el legislador no formula una indicación al respecto⁽¹³⁷⁾, por lo que el juez deberá hacerlo en forma pragmática⁽¹³⁸⁾. Esto fue indicado, por ejemplo, por la Cámara de los Loes en el caso *Bois-sevain v. Weil* (1950)⁽¹³⁹⁾. No hay criterios aceptables para fijar con precisión qué reglas califican para el tratamiento especial⁽¹⁴⁰⁾. Savigny creía que la “intención del legislador” sería el criterio. Sin embargo, en su época no había el intervencionismo de nuestros días en que cada vez más hay legislación con este carácter⁽¹⁴¹⁾.

(132) AUDIT, *Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit* (sur la “crise” des conflits des lois), cit., p. 365.

(133) VISHNER, cit., p. 158.

(134) Señala, sin embargo, el Libro Verde que como reacción a la jurisprudencia *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* del Tribunal de Justicia [TJCE, 9.11.2000, asunto. C-381/98], algunos propusieron en Europa que en la futura regulación comunitaria debe preverse que no puede tratarse de ley de policía si la norma contempla únicamente la protección de intereses puramente privados, por oposición a las leyes que protegen el orden político, económico o social de un Estado.

(135) La nacionalización del derecho mercantil del siglo XIX demostró sus efectos intervencionistas plenamente en el siglo XX, y ha conducido recientemente hacia la privatización de las fuentes en el derecho transnacional entre profesionales (DALHUISEN, cit., pp. 57-60).

(136) DALHUISEN, cit., p. 86. En la Unión Europea el efecto de las reglas imperativas domésticas que no se reducen a políticas públicas, seguridad o salud ha sido grandemente reducida si intentan contra el libre movimiento de bienes y servicios y el derecho de establecerse en otra jurisdicción (artículo 43, 46(2) y 49). Luego del caso del TSCE Europea siguiendo a *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, se ha enfatizado la importancia del libre movimiento de bienes y servicios y el derecho del establecimiento por sobre regulaciones domésticas, excepto si se justifica por el bienestar general. Esto ha impactado en industrias tradicionalmente reguladas, como servicios financieros.

(137) VISHNER, Frank, *General Course on Private International Law*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992, I, Tome 232 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 154-155.

(138) FERNÁNDEZ ARROYO, MERCOSUR, p. 295.

(139) MORSE, p. 17.

(140) JUENGER, recueil, p. 201.

(141) *Loc. cit.*

14. OTRAS EXPRESIONES RELACIONADAS A LEYES IMPERATIVAS

Existe a este respecto un destacable caos terminológico. Por ejemplo, dicen los principios de derecho contractual europeo (PECL) que una regla es imperativa (mandatory rule) cuando las partes no pueden desviarse de ella en sus contratos. Y no imperativa cuando sí pueden hacerlo (artículo 1:103). La nota explicativa de esta norma destaca que la distinción es bien conocida en el civil law, si bien la terminología varía. En derecho francés son llamadas lois de police o règles d'ordre public o –dependiendo de sus efectos–, règles de droit impératives; las reglas no imperativas son llamadas reglas de droit supplétives. En Italia, la disposición supletoria se denomina norme dispositiva, en tanto que la imperativa norme imperativa. En España el artículo 1255 del código civil utiliza las expresiones normas cogentes y normas dispositivas. La distinción era desconocida en Inglaterra, hasta su introducción en la Unfair Contract Terms Act de 1977 y el Sale of Goods Act de 1979.

La noción de las “leyes de aplicación inmediata” es –para quienes la adop-

tan– cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a regir directamente en casos internacionales⁽¹⁴²⁾.

La expresión “lois d'application immédiate” fue popularizada por el francés Francescakis hace unas décadas⁽¹⁴³⁾. Hace notar Visser que más adelante de su exposición Francescakis prefirió utilizar la expresión “leyes de policía”, subrayando más el contenido que el efecto de las reglas. Pero esto también tiene inconvenientes.

Existen asimismo problemas de traducción de la terminología de leyes de aplicación inmediata. En Inglaterra ella se equipara a veces a mandatory rules o peremptory norms⁽¹⁴⁴⁾. Sin embargo, la expresión inglesa mandatory laws, según Briggs poco ayuda, pues su significado varía de acuerdo al contexto en que aparece⁽¹⁴⁵⁾. Resalta Lagarde que existe toda una controversia a este respecto debido a peculiaridades que tienen las mandatory rules del common law anglosajón.

⁽¹⁴²⁾ Su aplicación directa no está tan clara en determinados casos. GRIGERA cita como ejemplo el artículo 14 del Código Civil Argentino, el cual prevé que la aplicación del derecho argentino prevalece si conflictúa con la ley foránea menos favorable a validez del acto, lo cual sugiere que primeramente debe determinarse la ley aplicable a la transacción a través del método conflictualista, y solo luego aplicar la ley foránea sustantiva, la cual será dejada de lado si resulta menos favorable que el derecho argentino a la validez del acto, porque éste prevalecerá necesariamente a través de una política legislativa sustantiva de favorecer la validez de las transacciones internacionales que tengan algún contacto con la Argentina (GRIGERA NAÓN, *Public Policy and International Commercial Arbitration: The Argentine Perspective* cit., después de la nota 17).

⁽¹⁴³⁾ Las raíces se encuentran en la doctrina de SAVIGNY (VISHER, *General Course on Private International Law*, cit., p. 153) cuando hablaba de “leyes estrictamente positivas (JUENGER, *General Course on Private International Law*, cit., p. 201).

⁽¹⁴⁴⁾ VISHER, *General Course on Private International Law*, cit., p. 154.

⁽¹⁴⁵⁾ BRIGGS, cit., p. 166.

Las reglas de conflicto aparecen más vulnerables en el common law inglés que en el sistema de derecho civil. Cada contrato es sujeto a public policy y en la terminología legal inglesa la expresión mandatory rule comprende tanto leyes imperativas en la esfera doméstica como leyes de seguridad pública absolutamente vinculantes internacionalmente⁽¹⁴⁶⁾.

Grigera distingue entre normas de aplicación directa y normas de aplicación inmediata. Las primeras serían normas sustantivas de carácter imperativo, con vocación de aplicación internacional, que no se identifican con los principios básicos generales que informan el orden público internacional de un foro determinado, y no dependen para recibir aplicación de que el orden público internacional del foro haya sido violado. En tanto que las normas de aplicación inmediata estarían dirigidas específicamente a vinculaciones internacionales, como las que establecen la autonomía de cláusula compromisoria en el arbitraje internacional⁽¹⁴⁷⁾.

En derecho comparado también existen otros rótulos como “cláusulas autoli-

mitativas en las leyes, norme autolimitate, reglas internas espacialmente condicionadas, leyes localizadas”⁽¹⁴⁸⁾, norme di applicazione necessaria⁽¹⁴⁹⁾ y normas legales que no pueden ser derogadas por contrato o “normas obligatorias”⁽¹⁵⁰⁾. Todas se corresponden con este aspecto positivo del orden público, equivalente a normas imperativas.

15. APLICACIÓN DE LEYES IMPERATIVAS EXTRANJERAS

Se plantea el debate si el juzgador debe tomar en cuenta también las leyes de policía de otro sistema jurídico, que no se encuentre referido por la regla de conflicto. Esta facultad la confieren algunos cuerpos normativos, como el artículo 7º, párrafo 1º, del Convenio de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en la Unión Europea⁽¹⁵¹⁾. Suele citarse como antecedente a esta norma una decisión de la Cámara de los Lores de 1958 (Caso Razzoni/Sethia), en la que se tuvo en cuenta el derecho imperativo indica que prohibía la exportación de yute a Sudáfrica en un contrato regido por el derecho

⁽¹⁴⁶⁾ LAGARDE, *Public Policy*, cit., pp. 18-19.

⁽¹⁴⁷⁾ GRIGERA NAÓN, Horacio, “Orden Público y Arbitraje”, en: Adriana N. Pucci (Coordinadora), *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora Ltr, Sao Paulo, 1998, pp. 84-88.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, cit., p. 95.

⁽¹⁴⁹⁾ RUBINO-SAMMARTANO, *Public Policy in Transnational Relationships*, cit., p. 16.

⁽¹⁵⁰⁾ Artículo 3, inciso 3 del Convenio de Roma.

⁽¹⁵¹⁾ Al respecto, refieren Díez-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES que la Convención de Roma implícitamente parece distinguir entre normas imperativas ordinarias y las que se pueden llamar normas fuertemente imperativas por razones de policía, tanto del país en cuyo ámbito deban cumplirse las obligaciones contractuales, como aquellas otras que correspondan a reglas imperativas adoptadas en forma general en el derecho internacional (DÍEZ-PICAZO, Luis / ROCA TRÍAS, E. / MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2002, p. 148). De modo que conforme a esta convención las normas de aplicación inmediata del foro se aplican ineludiblemente. Y también las de igual carácter del derecho aplicable al contrato, salvo que fueran manifiestamente incompatibles con el orden público internacional del foro. El resto de normas de policía se “podrá” aplicar, sometidas al juicio de su oportunidad (SANTOS BELANDRO, cit., p. 151).

inglés⁽¹⁵²⁾. Cabe destacar que, paradójicamente, Inglaterra no adoptó el artículo 7(1)⁽¹⁵³⁾; sin embargo, nada impediría que el juzgador inglés contemple esta situación. Según el libro verde, hasta ahora, la jurisprudencia en Europa relativa al apartado 1 del artículo 7 es aún muy rara⁽¹⁵⁴⁾.

Expresa Mayer que el juzgador debería aplicar la ley de policía extranjera siempre que le parezca necesario para la realización de los objetivos de aquella, incluso si ella no pertenece al derecho designado por la regla de conflicto. Esto llevaría a la armonía de las soluciones, ya que la aplicación de las leyes de policía no dependería del juez sino de sus propios fines. Claro está, con la reserva de que el ámbito de aplicación de la ley no sea abusivo y que el juez lo considere legítimo⁽¹⁵⁵⁾. Según Visser, deberá evaluarse si las regulaciones foráneas se aplican al caso, explícita o implícitamente, y si existe una conexión cercana. Hay que pesar los intereses del tercer Estado y las

consecuencias de aplicación de dichas regulaciones sobre el Estado del foro y las partes. Al respecto, dispone el artículo 19, parágrafo 2 de la ley suiza: “Al decidir si dicha provisión será tomada en cuenta, uno debe considerar su objetivo y la consecuencia de su aplicación para llegar a la decisión que se apropiada teniendo en cuenta la concepción suiza del Derecho”⁽¹⁵⁶⁾.

16. ORDEN PÚBLICO, ARBITRAJE Y FRAUDE A LA LEY

El problema de lo imperativo, se ha dicho⁽¹⁵⁷⁾, es uno de los más difíciles en el arbitraje. Debe tenerse en cuenta que, como consecuencia del carácter ambulatorio de este medio alternativo y de que los árbitros no son magistrados o funcionarios estatales, no puede hablarse de un derecho nacional del foro o *lex fori*. La *lex fori* contiene disposiciones de derecho internacional privado relativas a calificación, factores de conexión, orden

(152) A pesar de que dice el Libro Verde que no parece tratarse de una resolución en la que el juzgador inglés haya efectivamente recurrido al concepto de ley de policía extranjera, ya que el supuesto se sitúa en un contexto muy anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, pero se trata precisamente de una situación como la contemplada en el apartado 1 del artículo 7.

(153) BRIGGS, cit., p. 47.

(154) Ver Libro Verde. En los Estados Unidos, en el famoso caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* De 1972 la Corte Suprema resolvió que solo tendría un control posterior a los fallos que afecten el orden público (*public policy*). El *dictum* del fallo sugiere que ahora se entiende que los árbitros internacionales tienen no solo el derecho sino la obligación de examinar el efecto de la legislación imperativa foránea a la ley elegida por las partes y la ley del lugar del arbitraje (CRAIG / PARK / PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 343).

(155) MAYER, Pierre / HEUZÉ, Vincent, “*Droit International Privé*”, 7ª ed., Editorial Montchrestien, Paris, 2001, p. 86. Al respecto, dice HAYS: que el Convenio de Roma tiene por objetivo por un lado asegurar la protección de expectativas de las partes; y por el otro, resguardar intereses que puedan tener los Estados en proteger a “partes débiles”, como el consumidor y el empleado. Estos intereses pueden ser del foro o de un tercer Estado (Peter Hay, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1991, IV, Tome 226 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 396).

(156) VISCHER, Frank, “New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – a Short Survey”, en: *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*, Transnational Publishers Inc., New York, 2002, Vischer, p. 462.

(157) BLESSING, citado en el *ILA Interim Report* (2000), p. 18.

público y fraude a la ley. Al no existir *lex fori* –refiere Derains– se presentan dos consecuencias mayores: no hay derecho nacional competente, o derecho que como principio deba aplicar el árbitro. Ello salvo que las partes hayan elegido el derecho del lugar del arbitraje, pero esto resulta consecuencia de la aplicación de una regla propia del arbitraje internacional y no de una particular *lex fori*. El segundo efecto es que no hay derecho extranjero en el arbitraje internacional. Todos los derechos nacionales tienen el mismo valor y ninguno un status privilegiado. Consecuentemente, el árbitro no tiene que asegurarse que conceptos puramente nacionales sean respetados⁽¹⁵⁸⁾. Además, no atados por reglas específicas del foro, o derechos nacionales, los árbitros a veces optan por un derecho transnacional (como principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales⁽¹⁵⁹⁾.

Esto representa un particular problema con respecto a las normas imperativas o leyes de policía, puesto que con recurrirse a la jurisdicción arbitral podrían obviarse sus disposiciones. En el leading case *Mitsubishi Motor Corp. V. Soles Chrysler-Plymouth Inc.* (1985) la Corte Suprema Norteamericana permitió que se resolvieran en arbitraje cuestiones en que se hallaban en juego normas imperativas (en este caso relativas a valores-securities). Sin embargo, se dijo claramente en el fallo que si la elección del derecho o la

elección del foro operan de hecho como renuncia de las partes al derecho conferido por normas imperativas (mandatory-irrenunciables), la Corte no dudaría en invalidar el recurso al arbitraje como contrario al orden público. Cabe destacar que tribunales superiores norteamericanos se negaron a dar virtualidad a cláusulas de selección del foro cuando resultaron no razonables (*Corna v. American Hawai Cruises, Inc.* (1992); *Pearcy Marine v. Seacor Marine* (1993); indebidamente gravosas -unduly burdensome (*Effron v. Sun Line Cruises* (1994); o cuando fueron directamente resultado de fraude (*Farmland Indus. Inc. v. Frazier-Parrot Commodities, Inc.* (1986), *M.G.J. Indus. Inc. v. Grehound Finance Corp.* (1993).

La inconveniencia del foro (*forum non conveniens*), por razones de justicia y economía procesal, fue abordada en dos casos recientes en los Estados Unidos, también de tribunales superiores, relativos al arbitraje. Tales son *Melton v. Oy Nautor Ab.* (1998), noveno circuito y *Monegasque de Reassurance S.A.M. (Mode Re) and NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine* (2002). Igual línea se sigue en los casos en que existe interés de que la disputa sea resuelta localmente (*Piper Aircraft*)⁽¹⁶⁰⁾.

En Inglaterra, en 2004, en línea con varios precedentes, en el caso *Tonicstar Ltd. v. American Assurance Co.*⁽¹⁶¹⁾, la High Court, Queen's Bench Division impidió que se llevara un arbitraje a Nueva York en atención a que Inglaterra era el

⁽¹⁵⁸⁾ DERAINS, Yves, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, Kluwer CD, N° 10.

⁽¹⁵⁹⁾ Ver Laudo CCI 3267 de 1980, citado por LAGARDE, *Public Policy*, cit., p. 51.

⁽¹⁶⁰⁾ 454 U.S. 235, at 260.

⁽¹⁶¹⁾ Caso N° 2004, Folio 118.

foro apropiado (*proper forum*) para el procedimiento. Ello por varias razones, ante un contrato de reaseguro en el que el pre-disponente había obrado abusivamente (con engaño – *misrepresentation*– y ocultamiento de información –*non-disclosure*). En Alemania, en un caso de 2005 del Bundesgerichtshof (Corte Federal Alemana)⁽¹⁶²⁾ se decidió que el derecho a la determinación final de la validez de acuerdos de arbitraje estaba reservado a tribunales estatales, y que su competencia en dichas materias no puede ser derogada por acuerdo de partes. Ello en un contrato con cláusulas presdispuestas para una “Managed Account” que contenía una cláusula arbitral.

17. PARALELISMOS EN EUROPA Y EL MERCOSUR

Como se expresó, por acuerdo y sentencia N° 285 del 25 de mayo de 2006, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por la empresa Gunder ICSA contra KIA Motors Corporation. El Paraguay cuenta con una ley que reglamenta determinados aspectos –sobre todo atinentes a responsabilidades por terminación injustificada– relativos a vinculaciones internacionales de agencia, representación y distribución (Ley 194 de 1993), irrenunciable para las partes (artículo 9°) que sujeta a las partes a la competencia de los tribunales de la República (artículo 10). Esta última norma permite el arbitraje, y la discusión se planteó con respecto a si el arbitraje puede llevarse a cabo en el extranjero, con

la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya.

La Corte Suprema no denegó que cuestiones como ésta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que dado el carácter de orden público de la Ley 194, el mismo debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia del laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso. La Corte también hizo mención al acuerdo y sentencia N° 827 del 12 de noviembre de 2001, cuando sostuvo con respecto a la Ley 194 de 1993:

“(...) No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Artículo 10 de la ley 194 de 1993 establece la obligatoriedad de la competencia de los tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo (...) el Estado al promulgar la esta ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes”⁽¹⁶³⁾.

El caso Gunder contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello,

⁽¹⁶²⁾ Caso N° III ZR 265/03.

⁽¹⁶³⁾ Este voto fue en mayoría. El voto en disidencia se inclinó por hacer prevalecer lo pactado por las partes, esto es, extender la jurisdicción a Corea.

quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. Aquí corresponde precisar que si bien se habla en derecho internacional privado del fraude a la ley, corresponde destacar que la noción del orden público la ha devorado sistemáticamente. Como lo señalan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, no existe ningún precedente claro en que el fraude a la ley haya operado aisladamente del orden público, aunque haya alusiones jurisprudenciales al fraude en las relaciones del tráfico privado externo⁽¹⁶⁴⁾. En Latinoamérica se destaca la posición de Parra-Aranguren, contraria a consagrar legislativamente la figura del fraude a la ley, en la que subyace este pensamiento⁽¹⁶⁵⁾.

Como sea, ya a nivel comunitario, en Europa el ya mencionado pronunciamiento del TJCE impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriéndose a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la directiva 86/653/CEE del consejo, de 18 de diciembre de 1986. Entre otras cosas, se dijo en el pronunciamiento que los artículos 17 a 19 de la directiva tienen como finalidad proteger al agente comercial, una vez que se haya extinguido el contrato. El carácter imperativo de los citados artículos se ve confirmado por el hecho de que, según el artículo 19 de la directiva, las partes no pueden pactar cláusulas contrarias a ella en perjuicio del agente comercial, antes del vencimiento del contrato. Se dijo además en el pronunciamiento que las medidas de armonización establecidas en la di-

rectiva tienen como finalidad, entre otras, suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales. De esta forma, la finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Por este motivo, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos del tratado. De allí concluye el TJCE la necesidad de reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. Ello porque la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.

Vayamos ahora a los precedentes en Bélgica. Como es sabido, este país se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta latitud no rige en los contratos de distribu-

(164) FERNÁNDEZ ROZAS / SÁNCHEZ LORENZO, cit., p. 212.

(165) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "La Excepción de Fraude a la Ley en la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979)", en: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Coordinadores: KLEINHEISTERKAMP, Jan/ LORENZO IDIARTE, Gonzalo A., Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 104.

ción, porque allí la ley belga de 1961 presume –como lo hace ley paraguaya arriba referida– una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, dicha normativa impone responsabilidades legales al principal del extranjero en caso de ruptura injustificada de la vinculación. Además, el artículo 4 de la ley del 27 de julio de 1961 dispone que el distribuidor local puede demandar al principal, en Bélgica, en caso de terminación injustificada de la vinculación contractual ejecutada en ese país. Por su parte, el artículo 6 establece que las disposiciones de la ley son aplicables pese a la existencia de cualquier cláusula en contrario que haya sido pactada antes del fin de la concesión. La interpretación prevaleciente –señala Horsmans– es permitir el arbitraje “siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga”⁽¹⁶⁶⁾. Y así lo entendió la Corte de Casación Belga en un muy importante pronunciamiento del año 2004. La corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006⁽¹⁶⁷⁾. El paralelismo con el fallo de la Corte Suprema de Paraguay es evidente.

Cabe traer a colación lo expuesto muy recientemente por la mayoría de los integrantes del tribunal permanente de revisión del Mercosur en la opinión consultiva N° 1 de 2007. Se señaló allí que las normas imperativas corresponden

fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que no la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores. En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. Se dijo finalmente en la opinión consultiva que, en su caso, los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

18. CONSIDERACIONES FINALES

El monstruo del orden público se encuentra en fase de domesticación y en mucho ha contribuido para ello el arbitraje. Un afortunado párrafo de la opinión consultiva mercosureña expresa el gran desafío ante el que se enfrentan organismos legisferantes con respecto a las restricciones imperativas. Dice así:

⁽¹⁶⁶⁾ GUY HORSMANS, “Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage”, en: *Revue de l'arbitrage*, 1990 - N° 4, pp. 797-834.


⁽¹⁶⁷⁾ Decisiones N° JC04AF2 del año 2004 y N° JC06BG5_1 de 2006. Ya la Corte de Casación Belga, Sección Francesa, Primera Cámara, se había expedido en 1979 en un caso sobre distribución, prohibiéndose de que pudiera ser resuelto aplicándose una ley extranjera en burla a la norma imperativa belga.

“En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos sistemas jurídicos, y tal debería ser el norte de los negociadores y legisladores de los países del Mercosur. Éstos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no sólo excepcionales –para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación modernísimo, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional”.

El arbitraje ha tenido gran éxito reciente como eficaz mecanismo de solución de contiendas emergentes de contratos negociados paritariamente. Si bien puede hacerse extensivo a vinculaciones en que existan partes débiles –o a los que la normativa aplicable repunte como tales– los precedentes arriba mencionados, de Europa y Sudamérica, marcan claramente una línea. No debe el arbitraje servir de instrumento para evadir disposi-

ciones imperativas de resguardo o protección cuya aplicación resulte ineludible en relaciones contractuales de determinadas características.

Lo ideal sería que estas normas de tinte imperativo estén armonizadas lo más posible, y en mucho contribuirá seguramente para ello la creciente sofisticación de la doctrina del orden público sumada a los procesos mundiales y regionales de homogeneización normativa. Pero esto ya es harina de otro costal. En el ínterin, el arbitraje no debe ser subvertido para evadir normas que gusten o no resulten imperativamente aplicables al caso dado. En caso contrario, flaco favor se está haciendo a este noble instrumento que se viene consolidando en tiempos recientes y cuyo éxito depende de un prudente y apropiado manejo que se haga de él, del derecho aplicable y del orden público.

Un pretendido libertinaje en la utilización del arbitraje puede causarle mucho daño. Pero la buena noticia es que el arbitraje goza de buena salud. Los países lo vienen reconociendo cada vez con mayor apertura y, de lo expuesto, sólo nos queda por concluir que los límites que le han marcado los pronunciamientos aquí mencionados sólo contribuirán a fortalecerlo como noble instrumento coadyuvante al recto desenvolvimiento del comercio exterior. 

HACIA UNA VERDADERA JUSTICIA ARBITRAL TRANSNACIONAL DEL SIGLO 21

Por: LEONEL PEREZNIETO CASTRO (*)
JAMES A. GRAHAM (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contrato y su desvinculación nacional. 3. El proceso de desvinculación nacional del arbitraje y la abolición del recurso de nulidad. 4. El reconocimiento de laudos anulados en el extranjero. 5. El recurso de ejecución del laudo. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace muchos años varios autores han defendido el carácter transnacional del arbitraje⁽¹⁾, que consiste en un vínculo menor cada día respecto de los derechos nacionales. No es un planteamiento fácil técnicamente y menos aún ideológicamente ya que existe aún hoy en día una desaprensión del derecho internacional a favor de los derechos nacionales. Sin embargo, la idea ha progresado en los aspectos

sustantivos del procedimiento arbitral. Tenemos por ejemplo las “reglas” procesales de todas las instituciones administradoras del arbitraje que las partes designan como aplicables en sus cláusulas arbitrales, también las reglas de la International Bar Association (IBA) en materia de producción de pruebas, los principios Unidroit para las obligaciones contractuales y que pueden ser designados como ley aplicable, la idea de un orden público procesal verdaderamente “transnacional”⁽²⁾, entre

(*) Profesor Titular de Carrera de la Universidad Nacional de México - UNAM y Asesor externo del Bufete Dávalos y Asociados, S.A. de C.V., México, D.F.

(**) Profesor Titular de Carrera de la Universidad de Monterrey y Profesor en la Escuela de Doctorado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Socio del despacho Lobo, Graham y Asociados, México.

(1) OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006, p. 193.

(2) Por ejemplo, véase: BAUM, *International Arbitration: The Path toward Uniform Procedures*, Mélanges Briner, CCI, 2005; MANTILLA-SERRANO, “Towards a Transnacional Procedural Public Policy”, en: *Arbitration International*, 2004, p. 333.

muchos otros elementos que podrían mencionarse. Por otro lado, el arbitraje es un procedimiento muy importante para los países latinoamericanos especialmente para transacciones internacionales por la deficiencia en los sistemas judiciales⁽³⁾, que dan la impresión de seguir a la letra lo que el emperador chino Kank-hsi ordenó hace más de 200 años:

“Los procesos judiciales aumentarán dramáticamente si no se atemoriza a los individuos en relación con los tribunales. Deseo por lo tanto que aquellos que tienen la posibilidad de acudir a los tribunales sin ninguna contemplación y de tal manera que temerán la ley y se aterraran de comparecer ante un magistrado. De esta manera los buenos ciudadanos que puedan tener dificultades entre ellos mismos, las resolverán como hermanos enviándolas al arbitramento de algunos ancianos o del líder de la comunidad. Para aquellas que sean problemáticas, obstinadas o discutibles, que se arruinen en las cortes de ley”⁽⁴⁾.

En un trabajo anterior⁽⁵⁾ mencionamos, que uno de los principales obstáculos para la “transnacionalización” del ar-

bitraje es su vínculo con el Estado “sede” que las partes han designado para el desarrollo del procedimiento. Como se sabe, la noción de la sede en el arbitraje tradicional comporta dos aspectos diferentes. Por un lado, se trata de una noción material en el sentido de que en base a ella se designa un lugar donde se efectúan de manera concreta las actividades materiales del procedimiento como son, entre otras, la audiencia de las partes, el desahogo de pruebas, la firma de la sentencia o su rendición, etc. Sin embargo, también se trata de un concepto jurídico designado de manera abstracta como el lugar elegido por la voluntad de las partes. La disociación entre estas dos localizaciones, implica, en la práctica, que los aspectos de ejecución material de las actividades, se efectúen con frecuencia, en lugar diverso del designado por las partes⁽⁶⁾. En este sentido la Corte de Apelación de París fue clara al establecer que “la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) sujeta a la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar donde la audiencia se llevó a cabo o el lugar efectivo donde se firmó la sentencia”⁽⁷⁾. No cabe duda, como lo escribe Kaufmann-Kohler, que “los lugares jurídicos como la sede [del arbitraje], siguen a la mundialización, por

(3) GRIGERA NAÓN, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks: 2004 Freshfields Lectura”, en: *Arbitration International*, 2005, p. 127; ZULETA JARAMILLO, “El regreso a los cañoneras y Calvo?: hacia donde va el arbitraje entre inversionistas y Estados”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2005, p. 155.

(4) PARK, “Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2005, pp. 11, 12.

(5) “La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, Liber amicorum Patricio Aylwin Azócar”, Santiago de Chile, 2006; en: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006, p. 197, www.med-arb.net.

(6) Efectivamente, la realidad muestra hoy en día que los contactos entre tribunal y partes en el procedimiento es por vía telefónica, de fax, e-mail, etc. y sólo se reúnen personalmente con motivo de la audiencia de desahogo de pruebas y en ocasiones, esta audiencia se lleva a cabo, por acuerdo de las partes, en un lugar distinto del lugar sede del arbitraje.

(7) Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye, 28/10/97, *Rev. arb.*, 1998, p. 399, Leurent.

su admisión como una ficción pura”⁽⁸⁾. Lugares que por otro lado obedecen en primer lugar a la voluntad de las partes de acuerdo a las conveniencias de desplazamiento de los árbitros y de los testigos y otras consideraciones tales como hoteles, facilidades para la celebración de la audiencia, etc.

La importancia del Estado sede es vigente; su ley determina los principios del procedimiento y la competencia sus jueces, conforme al marco de la convención de Nueva York de 1958, ya que es la única jurisdicción competente para poder nulificar el laudo⁽⁹⁾. También son estos jueces los competentes para intervenir durante el procedimiento en caso de dificultades que surjan durante el procedimiento arbitral. En la práctica, la legislación del Estado sede, es el “telón de fondo” de la normatividad arbitral aplicable ya que los árbitros además de aplicar las reglas de la institución administradora del arbitraje escogida por las partes, tienen una muy amplia discrecionalidad para conducir el arbitraje como lo estimen conveniente, por lo que el recurso a la legislación arbitral del Estado sede del arbitraje se da cuando hay algún conflicto que resolver y que no está previsto en las re-

glas arbitrales o que los árbitros deciden que sea resuelto conforme a aquella legislación. También esta legislación se aplica, como en el caso de México cuando una de las partes somete a la consideración del juez un asunto, aún cuando el contrato contenga cláusula arbitral, argumentando que ésta es nula o ineficaz⁽¹⁰⁾ o bien, cuando las partes no logran ponerse de acuerdo para designar al árbitro o a los árbitros, podrán solicitarlo a un juez de operar dicha designación⁽¹¹⁾.

Ahora bien, la idea del arbitraje verdaderamente transnacional se expresó de manera clara en el laudo *Salini Construttori* ⁽¹²⁾ en donde el tribunal arbitral firma:

The arbitral tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts⁽¹³⁾. Nevertheless, for the reasons set out below, the tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration.

(8) KAUFMANN-KOHLER, “Le lieu de l’arbitrage à l’aube de la mondialisation”, en: *Rev. arb.*, 1998, pp. 517, 536; RIVIER, cit., p. 125.

(9) Sin embargo, es menester señalar que por un *ratio decidendi* de principio, la Corte de apelación de París estableció que “la deslocalización del laudo en el derecho francés de arbitraje internacional no se opone a que sea previsto un acuerdo de elección de forum en otra jurisdicción para el recurso de nulidad del laudo distinto a la de la sede del arbitraje” (PEREZNIETO & GRAHAM, “La muerte programada del Estado sede del arbitraje?”, en: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006, #28, www.med-arb.net).

(10) Artículo 1424 del Código de Comercio.

(11) Artículo 1427, III del Código de Comercio.

(12) CCI (GAILLARD / BERNARDINI / BUNNI), *Salini Construttori v. Etiopia*, Laudo sobre jurisdicción, 7/12/2001, en: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2003, p. 159; comentado por GAILLARD, “L’interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l’arbitrage”, in: *Liber amicorum Raymond*, Paris, Litec, 2004, p. 83; y por SCHWARTZ, “Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration?”, in: *Liber amicorum Briner*, Paris, ICC, 2005, p. 795.

(13) Etiopía fue el Estado sede del arbitraje.

This tribunal is an ICC arbitral tribunal, constituted under the ICC rules. Pending the decision of the arbitral tribunal on the question of jurisdiction, which is given below, it must be assumed that the parties have agreed to resolve their disputes through ICC arbitration with a seat in a particular country, namely, Ethiopia⁽¹⁴⁾.

[...]

An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence of this is that the tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with an order issued by a court of the seat, in the fulfillment of the tribunal's larger duty to the parties⁽¹⁵⁾.

[...]

To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement

into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally⁽¹⁶⁾.

Aún prevalece la idea que para la validez de una cláusula arbitral se requiere del reconocimiento de una norma estatal. Sin embargo, los defensores de la delocalización concuerdan que no es la legislación del Estado sede el que "válida" el arbitraje, sino la ley del Estado donde se ejecuta el laudo. Uno de los principales autores que defienden este punto de vista es Pierre Mayer⁽¹⁷⁾ para quien la *Grundlegung* del procedimiento arbitral y su resultado, el laudo, se vinculan jurídicamente al Estado de recepción; es decir, al Estado donde la sentencia arbitral se ejecuta, y no al Estado de origen que es el Estado donde se encuentra la sede jurídica del arbitraje. Dicho en otras palabras, hay una serie de decisiones judiciales, algunas las mencionaremos más adelante, que muestran cómo el punto de equilibrio se ha desplazado del Estado sede a la ley del Estado de ejecución del laudo ya que éste será, en última instancia, el que en la realidad importa para la parte que desea ejecutar el laudo. Es así que se puede mencionar como una ilustración ejemplar el fallo de la corte suprema alemana, por el cual se decidió que un laudo resultando de un procedimiento arbitral basado en un acuerdo de arbitraje no escrito y que no puede ser "salvado" por el juego del artículo VII de la Convención de Nueva York (el famoso

(14) # 124 sq.

(15) # 128.

(16) # 143.

(17) The trend towards delocalization in the last 100 years, in: *Internationalisation of international arbitration*, Graham / Trotman / Nijhoff, 1993, p. 37.

“efecto Hilmarton”⁽¹⁸⁾), es sin embargo ejecutable si las reglas de derecho internacional privado del juez de ejecución designan como ley aplicable al acuerdo arbitral una norma que permite cláusulas compromisorias no escritas⁽¹⁹⁾.

Es por eso que nosotros mismos hemos defendido la prevalencia de la ley del Estado de ejecución sobre la ley del Estado sede. Sin embargo, eso no quiere decir que es el Estado de recepción del laudo el que tiene que dar “vida” al acuerdo arbitral en la medida que solo se limita a determinar bajo cuales condiciones se puede ejecutar un laudo en su territorio. Esto quiere decir por tanto, que todas las cuestiones anteriores al laudo, debieron de resolverse conforme a la ley del Estado sede y aunque también la Convención de Nueva York prevé que esta misma ley se aplique al laudo, como ya indicamos, en la práctica hay ya decisiones judiciales importantes que se pronuncian en un sentido diferente y que otorgan a la ley y tribunales del Estado de ejecución, la última palabra.

Lo anterior nos lleva a la conclusión que hoy en día puede ya decirse que el vínculo de los contratos con el derecho nacional, tiende a desaparecer. Por un lado, el tradicional contacto con la ley del Estado sede tiende a disminuir en la medida que si esta ley y tribunales anulan al laudo, éste puede no obstante, ser reconocido por la legislación y tribunales del

Estado de ejecución. Hay por tanto un desplazamiento del equilibrio en el peso de las dos leyes nacionales en presencia con una dilución de la ley del Estado sede.

2. EL CONTRATO Y SU DESVIN- CULACIÓN NACIONAL

Consideramos que el contrato tiene su propio sistema de validez, su propia *Grundlegung*⁽²⁰⁾. Batiffol criticó en su tiempo este punto de vista, diciendo que desde el inicio del contrato se requiere de reglas de derecho nacional aplicables para saber si existe un acuerdo y en qué medida éste obliga jurídicamente a las partes⁽²¹⁾. En el mismo sentido, V. Heuzé sostiene que “la fuerza obligatoria del contrato no proviene de la promesa, sino del valor atribuido a esta promesa. Este valor depende de una norma exterior que solo tiene los medios propios para garantizar la ejecución”⁽²²⁾. En otras palabras, no hay, según esta corriente doctrinal, contratos si no hay una ley para conferirles su validez, como lo afirmó en su época la antigua corte permanente de Justicia internacional: “Todo contrato que no es un contrato entre Estados como sujetos del derecho internacional, tiene su fundamento en una ley nacional”⁽²³⁾.

Sin embargo, el tiempo ha pasado y nuevas necesidades han surgido. Lo que en otra época se afirmó ya no sigue necesariamente vigente. En efecto, recordemos

(18) *Infra*.

(19) BGH, 21/9/2005, *SchiedsVZ*, 2005, p. 306.

(20) GRAHAM, *Grundlegung y lex contractus en los contratos estatales*, RLMA, 2001, p. 18; *Contra*: MAYER, *Le mythe de l' "ordre juridique de base" (ou Grundlegung)*, Mélanges Goldmann, París, 1987, p. 199.

(21) *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, 1956, # 32.

(22) HEUZÉ, *La réglementation française des contrats français*, París, 1990, #115 sq.

(23) *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, #20/21, pp. 41-42.

que quienes defendieron al positivismo partían de una jerarquía de normas donde cada una deriva su validez de una norma superior. Al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia – la famosa *Grundnorm* kelseniana, que no es nada más que un postulado teórico para evitar un *regressio in infinitum*. Verdross recordó que cada orden jurídico llamado “positivo” postula una norma meta-positiva al origen⁽²⁴⁾. No se requiere que “el intercambio de los consentimientos sea civilmente obligatorio por sí mismo” para de ahí derivar que necesariamente una ley positiva se aplica al contrato⁽²⁵⁾. El intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! La *Grundnorm* constituye la base del orden jurídico positivo; el *pacta sunt servanda* es el fundamento del contrato en la medida que ese pacto esté fundamentado en el derecho nacional. Paradójicamente este argumento puede ser utilizado a contrario ya que el mismo principio que manifiesta la obligatoriedad de lo pactado, no se refiere a la necesidad de su validez a partir de un derecho nacional y por tanto válida por sí

mismo cualquier contrato. Esto, por otro lado, refuta el “argumento apodíctico” del profesor Heuzé, según el cual si la voluntad es tan poderosa en un primer estadio al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo estadio, a no ser más ligada⁽²⁶⁾. Los positivistas olvidan con frecuencia que todo orden jurídico, sea internacional o nacional, no nació de un *vacuum*⁽²⁷⁾, sino a partir de un encuentro de voluntades para luego someterse a un *corpus juris*⁽²⁸⁾. Es esta auto-limitación el fundamento de la *pacta sunt servanda*.

Hoy en día puede observarse que el contrato desvinculado de los derechos nacionales constituye su propia *Grundlegung*. De la misma manera que conforme a la *lex contractus*, las partes pueden elegir otro derecho, el contrato sin referencia a un derecho nacional, constituye también la *lex contractus*. Difícilmente hoy en día alguien podría afirmar que por el hecho de que las partes no designaron derecho aplicable a su contrato, éste carece de validez⁽²⁹⁾. Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, señalada

(24) *Op. cit.*, p. 641.

(25) *Op. cit.*, p. 32.

(26) *Op. cit.*, p. 131.

(27) Al menos de considerar que los ordenes jurídicos derivan de un derecho natural establecido por un poder superior a los hombres... pero esto es un otro debate.

(28) Según HOBES, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad de prójimo y cada tiene un derecho sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un calculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada traspassa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado (véase: Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, París, 1999, N° 2867; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2° éd., París, 1995) y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

(29) La regla 17, dos primeros párrafos de las reglas CCI sobre arbitraje es elocuente sobre este punto ya que establece que a falta de acuerdo entre las partes para designar el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas y que en todos los casos, independientemente de si se ha designado un derecho aplicable o no, “el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”.

por Batiffol⁽³⁰⁾, nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, y que las hipótesis que falten serán resueltas por vía de interpretación. Por cierto, como subrayaron los profesores Daillier et Pellet, “todas las dificultades no pueden ser previstas”⁽³¹⁾, pero ¿podremos decir que el código civil por ejemplo a pesar de sus tres mil setenta y cuatro artículos ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no pensar en el mismo método en el contrato sin derecho aplicable? Como lo subraya el profesor Mayer, “las reglas son útiles, pero cuando de todas maneras se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma”⁽³²⁾.

No obstante lo anterior, parece que los árbitros en el fallo *Salini Construttori* no estaban listos para ir tan lejos porque insisten en:

Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international

arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself⁽³³⁾.

Tiempo después, el Presidente del tribunal en el caso *Salini Construttori*, E. Gaillard escribió que no se requiere de la ley del Estado sede porque en realidad “todas las leyes son igualmente aptas para decidir sobre la validez de un laudo”⁽³⁴⁾, defendiendo así a lo que Oppetit llamó la “multilocalización” del laudo en contra del concepto de la “delocalización”⁽³⁵⁾. Sin embargo, ¿por qué recurrir a una ley estatal, si el arbitraje y su laudo pueden ser válidos por sí mismo? ¿Por qué no admitir una vez para todo su “a-localización”? Evidentemente la respuesta no es fácil porque en muchas mentes sigue vigente hoy en día la idea positivista del derecho y sobre todo, en países latinoamericanos donde por decenas de años en el siglo pasado, una gran cantidad de juristas vivieron fascinados por el mundo perfecto que les ofrecía el formalismo jurídico, pese a que su realidad les dictaba una dirección diferente.

Sin entrar en detalles, nos parece, que a diferencia del laudo citado en el párrafo anterior, la idea que sostenemos fue plenamente adoptada por las jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de*

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, p. 33.

⁽³¹⁾ P. 1048.

⁽³²⁾ “La neutralisation du pouvoir (...)”, cit., p. 25.

⁽³³⁾ P. 129.

⁽³⁴⁾ L’interférence..., cit., p. 88.

⁽³⁵⁾ *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006, p. 192.

Cassation en el asunto *Dalico*⁽³⁶⁾ mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta misma Corte suprema tuvo la oportunidad de precisar que “el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una ley estatal”⁽³⁷⁾. En relación con el orden público internacional, éste se define para los altos magistrados de la Corte de Apelación de París como “un orden público de esencia verdaderamente internacional y de aplicación universal”⁽³⁸⁾.

Estas afirmaciones judiciales son definitivamente alentadoras. Abren una gama de posibilidades que pueden ser exploradas. Confirman de inicio nuestra idea en el sentido de la internacionalidad del contrato y consecuentemente, el reconocimiento del carácter universal de la autonomía de la voluntad. Si esto es aceptado —y no se requiere demasiado esfuerzo— entonces podemos hablar de un arbitraje no necesariamente vinculado a un derecho nacional lo que, a su vez, nos lleva a la posibilidad de que el laudo puede ser reconocido donde los intereses de las partes lo recomienden y por tanto olvidarnos del recurso de nulidad ya que un laudo anulado puede ser finalmente reconocido en una jurisdicción diferente como hoy en día ha quedado ampliamente demostrado y como lo veremos más adelante.

3. EL PROCESO DE DESVINCULACIÓN NACIONAL DEL ARBITRAJE Y LA ABOLICIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD

Un primer paso, aunque indirecto, ya se llevó a cabo con la decisión de la Corte de Casación francesa estableciendo la competencia del juez de apoyo francés no obstante que la sede del arbitraje se encontraba fuera de Francia y además, que la ley designada aplicable al arbitraje no fue la ley francesa; pero que, sin embargo, cuando la situación presenta un vínculo aunque sea mínimo con Francia, existe el riesgo de una denegación de justicia⁽³⁹⁾. No obstante que la decisión no fue exhaustiva sobre esta cuestión, no cabe duda que abra la posibilidad de que en otros casos, los magistrados parisinos puedan decidir en el mismo sentido. Como puede apreciarse, los tribunales franceses han tomado en serio su papel en el arbitraje comercial internacional para darle un giro verdaderamente transnacional tal y como intentamos demostrarlo en el presente trabajo.

Bélgica es, en nuestro conocimiento, el primer país en el mundo que abolió el recurso de nulidad tratándose de arbitrajes internacionales en los casos de que ninguna de las partes tuviese vínculos con el país⁽⁴⁰⁾. Este recurso se reintrodujo en el derecho positivo belga por la reforma de 1998, a petición de los actores económicos locales que afirmaron que las

(36) Civ, 20/12/93, *JDI*, 1994, p. 432, GAILLARD; *Rev.crit.*, 1994, p. 663, MAYER. También véase: Civ1, *Omenex*, 25/10/2005, *R.arb.*, 2006, p. 103, Racine.

(37) Civ, *Copropriété maritime Jules Verne*, 7/6/2006.

(38) Paris, *Fougerolle*, 25/5/1990, *Rev. crit.*, 1990, p. 753, OPPETIT.

(39) Civ, 1/2/2005, *R.arb.*, 2005.693, Muir Watt; *D.* 2005, p. 3054, Clay.

(40) VAN HOUTTE, “La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international”, en: *R. arb.*, 1986, pp. 29, 36.

disposiciones de 1985 habían creado una discriminación injustificada entre el arbitraje nacional e internacional⁽⁴¹⁾. El nuevo artículo 1717§4 del Código judicial establece *de jure* el recurso en nulidad, pero permite a las partes renunciar a él para los asuntos que no tengan ningún vínculo con Bélgica⁽⁴²⁾.

El artículo 192§2 de la ley de derecho internacional privado suizo también se permite la exclusión del recurso en nulidad, si tal es la voluntad de las partes, siempre y cuando no exista vínculo alguno con este país⁽⁴³⁾.

Ahora bien, en Francia, sin ir hasta la abolición del recurso en nulidad, sin embargo se estableció la posibilidad de que las partes puedan pactar a favor de tribunales distintos de los del Estado sede para que juzguen, dado el caso, sobre la nulidad. La asociación *Miss Francophonie*, con sede en Canadá, introdujo bajo el mecanismo de la UDRP⁽⁴⁴⁾ un recurso administrativo ante la OMPI⁽⁴⁵⁾ para recuperar ciertos nombres de dominio. In-

conforme con la decisión, la asociación presentó un recurso ante la Corte de Apelación de París, sosteniendo que se trató de un laudo arbitral⁽⁴⁶⁾ e internacional porque los nombres de dominio están registrados en varios países distintos. También argumentó que no existe una sede arbitral porque todo el procedimiento se hizo en línea⁽⁴⁷⁾. Sin embargo, uno de los nombres de dominio fue registrado por una sociedad de derecho francés y en el contrato de registro había una cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales franceses. Por un *ratio decidendi* de principio, la Corte de apelación estableció que “la deslocalización del laudo en el derecho francés de arbitraje internacional no se opone a que sea previsto un acuerdo de elección de forum en una jurisdicción “distinta a la de la sede del arbitraje, para ejercer el recurso de nulidad del laudo”.

La abolición del recurso de nulidad es un primer paso para fortalecer al arbitraje internacional. En efecto, en lugar de que el arbitraje sea un procedimiento

(41) KEUTGEN, “La nouvelle loi sur l’arbitrage”, en: *Journal des tribunaux*, 1998, p. 761, N° 77 y la bibliografía citada.

(42) “Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d’une sentence arbitrale lorsque aucune d’elle n’est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale”.

(43) “X. Renonciation au recours:

1) Si deux parties n’ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n’exclure le recours que pour l’un ou l’autre des motifs énumérés à l’article 190, al. 2.

2) Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères s’applique par analogie”.

(44) “Uniform Dispute Resolution Policy” que norma los conflictos entre los nombres de dominio y las marcas (GRAHAM, *El derecho internacional privado del comercio internacional*, México, Themis, 2003, #48 sq).

(45) *Loc. cit.*

(46) *Ibidem*, p. 53.

(47) *Ibidem*, p. 46.

rápido y eficiente, se presenta en muchas ocasiones como un procedimiento largo y costoso. Entre los factores que se plantean se encuentra precisamente el hecho, con mayor frecuencia, de que cualquier decisión arbitral es atacada casi automáticamente por el recurso de nulidad. Planteado como un recurso excepcional, se ha vuelto una instancia de “apelación” del laudo. Especialmente en América Latina, donde los tribunales suelen aprovechar la oportunidad para revisar los laudos de novo⁽⁴⁸⁾.

Uno de los logros de la Convención de Nueva York fue eliminar el sistema del doble *exequatur*. Sin embargo, la posibilidad de tener un recurso de nulidad en el Estado de la sede arbitral y la oposición de ejecución del laudo en el lugar en donde se busca su reconocimiento y ejecución ¿no es un sistema similar?⁽⁴⁹⁾ No cabe duda que el recurso en nulidad no tiene ningún sentido, especialmente ahora que los Estados inician una nueva corriente, aceptando la ejecución de laudos no obstante su nulificación en el Estado sede del arbitraje.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL EXTRANJERO

Desde 1984, se aceptó ejecutar en Francia un laudo anulado en el extranjero⁽⁵⁰⁾, se trató de la decisión *Hilmarton* de 1994⁽⁵¹⁾ de la cual la Corte de

Casación derivó el principio según el cual “un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por lo tanto su existencia permanece, no obstante su anulación en el Estado de sede del arbitraje, siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden publico”

Un paso más en esta dirección fue dado en el caso *Bechtel*⁽⁵²⁾. Los hechos consistieron en que el árbitro único en el momento de iniciar la audiencia de desahogo de pruebas, no había tomado el juramento a los testigos conforme a las formalidades locales requeridas que exigen un juramento basado en la ley islámica. La sede del arbitraje fue en los Emiratos Árabes y sus tribunales locales anularon el laudo. Sin embargo, se presentó una solicitud de ejecución ante los tribunales franceses. La Corte de Apelación de París confirmó la orden de *exequatur* y la razón que esgrimió para admitir los efectos del laudo fue la siguiente: “La decisión de la Corte de Casación de Dubai confirmando la nulidad del laudo no puede ser reconocida en Francia porque no produce efectos internacionales en la medida que se refiere únicamente a una soberanía determinada en el territorio en donde se ejerce y que no se puede apreciar esta decisión [de la Corte de Casación de Dubai] en un proceso indirecto”. En otras palabras, quizá el laudo no hubiera podido ser ejecutado si la parte

(48) Venezuela etc.

(49) Véase por ejemplo: París, *Unichips Finanziaria c. Gesnoin*, R. arb. 1993, p. 255 (3ème espèce).

(50) Civ, *Norsolor*, 9/10/84, R.arb., 1985, p. 431, Goldman; *Journal of International Arbitration*, 1985, p. 68, Thompson.

(51) 23/3/1994, R.arb. 1994.327, Jarrosson; *JDI*, 1994, p. 701, Gaillard.

(52) París, 1ère C, 29/9/2005, N° RG 2004/07635; véase también: París, *Bargues Agro Industries*, 0/6/2004, R.arb. 2006, p. 154.

condenada hubiera solicitado el reconocimiento de la sentencia de anulación del laudo de la Corte Suprema de Dubái en Francia. Pero como no se hizo, no había ninguna razón para rechazar la *exequatur* del laudo.

El *leading case* en los Estados Unidos de América en relación con artículo V de la Convención de Nueva York que nos ocupa, es el conocido como *Chromalloy*⁽⁵³⁾. En su origen había un procedimiento arbitral que se derivó de una disputa sobre un contrato de suministro militar celebrado entre la empresa estadounidense *Chromalloy* y la Fuerza Aérea de Egipto, contrato que fue rescindido por el gobierno egipcio. Las partes habían acordado que la ley aplicable al arbitraje fuese la ley egipcia y que la sede del arbitraje fuera el Cairo. El gobierno egipcio demandó ante los tribunales egipcios la nulidad del laudo arbitral, alegando que la ley egipcia no había sido correctamente aplicada por los árbitros. La nulidad fue otorgada. No obstante, *Chromalloy* buscó la confirmación del laudo ante los tribunales estadounidenses. El gobierno egipcio se opuso conforme a lo establecido en el inciso e) del Art. V de la Convención de Nueva York. No obstante la petición del gobierno egipcio, el juez del distrito de Columbia otorgó el reconocimiento al laudo, porque consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York establece en su párrafo inicial que el juez al que se le pide el reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, si concurren una o más de las causales establecidas en dicho artículo

V. Efectivamente, conforme al verbo “podrá denegar” el reconocimiento, es una disposición de carácter facultativa en la Convención de Nueva York que el juez usó de forma expresa. El juez hizo suyo el argumento de *Chromalloy* según el cual, conforme al artículo VII de la Convención de Nueva York permite acoger un laudo en condiciones más favorables que las que establece la propia Convención. Más precisamente, la empresa invocó el derecho que le asistía en el sentido de que el laudo fuera reconocido conforme a la ley de arbitraje Federal de los Estados Unidos. Dicho en otras palabras, el juez, no obstante constatar que el laudo había sido anulado por los tribunales egipcios porque según estos hubo una aplicación incorrecta por parte de los árbitros del derecho egipcio como derecho aplicable, consideró que no debía entrar al fondo porque “en el peor de los casos –dijo– un error en la aplicación de ley designada aplicable por las partes, no es causa para entrar en la revisión del laudo”. Revisión que hubiera sido necesaria para conocer, en qué medida y bajo qué circunstancias, el tribunal arbitral no aplicó la ley egipcia. Como anécdota, hay que recordar, que este laudo anulado por los tribunales del Estado sede del arbitraje, también fue reconocido por los tribunales franceses⁽⁵⁴⁾.

5. EL RECURSO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

El recurso de ejecución del laudo siempre estará vigente, en la medida que ningún particular puede usar la fuerza para obligar a la contraparte a cumplir con el

(53) *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, 939 F.Supp. 907 (DDC 1996).

(54) París, 14/1/97.


laudo. Se trata del Estado en donde se pretende la ejecución, el que da validez al arbitraje. Sin embargo, consideramos que no se trata de dar validez a un arbitraje sino simplemente la aceptación de los requisitos para que un laudo pueda ser ejecutado de manera coactiva sobre el territorio nacional. Por eso, no coincidimos con Oppetit cuando este autor, no obstante defender la idea de la “a-localización” del arbitraje concluye que éste necesariamente tendría que ser “integrado” al orden jurídico nacional. El propio autor, se contradijo porque textualmente admitió que el Estado de ejecución siempre “subordinará el laudo a un control judicial nacional”⁽⁵⁵⁾. Pero “controlar” no es “integrar” y tampoco “validar”. Controlar es verificar que nada se opone a la ejecución requerida. No explica por qué el procedimiento arbitral y su fuente, la cláusula compromisoria, serían válidas. Son válidas por su propia fuente, sin necesidad de recurrir a ninguna ley estatal. Lo que sí puede suceder es lo siguiente: si el laudo es sometido al derecho nacional para su ejecución, el laudo puede ser contrario al orden público local y con base en éste el juez rechazar el laudo. Esto nos lleva a un punto más íntimamente relacionado. Se podría objetar que en estas condiciones, las partes tendrían la facultad de escapar a las leyes para hacer lo

que quieren. Pero tal punto de vista es falso, porque si los árbitros no respetan las reglas imperativas del lugar de ejecución, el laudo no será reconocido y menos aún, ejecutado coactivamente.

6. CONCLUSIÓN

Un trabajo de esta naturaleza nos impide ampliar más nuestro análisis sobre el tema por lo que solo quisimos apuntar diferentes direcciones que pensamos se asoman en el horizonte del arbitraje comercial internacional.

Estos elementos que ahora empiezan a aparecer como evidentes, pueden incrementarse a medida que las necesidades de un mundo globalizado lo requieran. Si esta es la dirección previsible –al menos para nosotros– podríamos estar hablando de una verdadera justicia comercial a nivel internacional para este siglo 21 que apenas se inicia, que por otro lado, sería de una gran ayuda para realidades como las latinoamericanas donde todavía hay dubitaciones por parte de los tribunales nacionales.

Una justicia arbitral independiente y sólo vinculada para problemas de ejecución con los Estados nacionales, puede ser una de las alternativas a seguir en su desarrollo en pleno siglo XXI. 

⁽⁵⁵⁾ *Op. cit.*, p. 195.

APROXIMACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN LATINOAMÉRICA (*)

Por: HERNANY VEYTIA (**)

SUMARIO: 1. Aproximación empíriológica al sector de telecomunicaciones en Latinoamérica. 2. Asuntos recientes de arbitrajes en materia de telecomunicaciones en Latinoamérica. 3. El futuro de las telecomunicaciones en Latinoamérica: ¿se adivina o se construye? 4. Consideraciones finales.

1. APROXIMACIÓN EMPIRIOLÓGICA AL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica por lo general se concentra la población en pocas ciudades y el resto se encuentra en áreas rurales en donde los precios por infraestructura son muy elevados. En Brasil, por ejemplo se cuenta con computadoras solares en kioscos ciudadanos en puntos remotos en donde se utiliza un software libre para brindar a la población la posibilidad de acceder a Internet. Esto para otros países de la

región es un buen ejemplo de cómo las telecomunicaciones pueden tener un impacto social, político y económico.

Sin embargo no todo es felicidad y entusiasmo en este sector tan dinámico. Han existido varios arbitrajes que por confidenciales no se pueden citar decisiones interesantes, por ejemplo el tema muy discutido en México de si un contrato donde se pactó una cláusula arbitral y fue unilateralmente cedido por una reorganización corporativa de una de las partes vincula a la sucesora al procedimiento arbitral. Las decisiones arbitrales anteriores no

(*) Este artículo refleja las experiencias vividas en los últimos años en más de quince ciudades Iberoamericanas. Una versión anterior muy similar a este artículo fue publicado por la revista De Cita en Córdoba, Argentina a finales de 2006.

(**) Socia de Veytia & Vads Latinoamérica, Italia.

vinculan a procedimientos siguientes. Sin embargo unos se citan a otros y se lee lo que en asuntos similares se ha resuelto. Aunque técnicamente no existe más fuerza que los argumentos convincentes del laudo.

El escenario de las telecomunicaciones en Latinoamérica es ágil. América Móvil de México (resultado de la escisión de Telmex), y Telefónica de España (quien adquirió las operaciones de BellSouth) se han expandido en los últimos años. Recientemente en Brasil la empresa Net Serviços que presta servicios de televisión por cable, servicios de banda ancha e internet emitió obligaciones con los bancos principales de Brasil, entre ellos: Banco Itaú BBA, Unibanco, Banco Bradesco, Banco Santander Brasil y HSBC Bank Brasil.

El 10 de agosto de 2005 América Móvil adquirió la filial peruana del grupo TIM. A nivel global se han llevado negociaciones dentro del marco del Acuerdo General en Materia de Servicios (GATS), el cuarto protocolo de la Organización Mundial del Comercio respecto a un acuerdo básico en materia de telecomunicaciones y su respectivo anexo de telecomunicaciones marcaron una pauta, pero en la gran mayoría de los casos cuando ha surgido una controversia esta se ha resuelto por medio del arbitraje ya sea ante centros locales, como el caso del tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires⁽¹⁾, el Centro de Arbitraje de México cuando

las partes involucradas son locales o arbitraje internacional.

Después de haber preguntado a los grandes estudios de abogados que trabajan en el área de telefonía cual es la institución administradora que incluyen en sus contratos, en gran medida aparece para la sorpresa de quien esto escribe, en primer lugar la London Court of International Arbitration, seguida por la International Chamber of Commerce y en tercer lugar la American Arbitration Association (no la ICDR, puesto que los abogados que redactaron el contrato viven en los Estados Unidos y no se encuentran familiarizados con el ICDR), la Cámara de Estocolmo también ha sido incluida en otros casos.

Dada la confidencialidad de los procedimientos arbitrales, no es posible tener acceso a las decisiones, sin embargo la prensa, comunicados a inversionistas de las empresas de telefonía que cotizan en bolsa de valores y preguntas a los abogados de los estudios jurídicos que llevaron los asuntos es posible hacer un esfuerzo de “sociología jurídica” para observar qué es lo que esta sucediendo:

En su gran mayoría los problemas se presentan por:

- a) Criterios para el cobro de tarifas de interconexión⁽²⁾, y roaming.
- b) El laudo arbitral que interpreta un contrato no es cumplido voluntaria-

⁽¹⁾ Ejemplo respecto al contrato celebrado entre Cruz Alta Ltda. Y CTI Compañía De Teléfonos Del Interior S.A. Y CTI PCS S.A.

⁽²⁾ Testimonio de GONZÁLEZ, Juan A., abogado de Megacable Comunicaciones de México, S.A. de C.V. en contra de Telmex.

Cfr.http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Telecom-E-commerce/Section_1377/2005_Comments_on_Review_of_Compliance_with_Telecom_Trade_Agreements/asset_upload_file324_7029.pdf

- mente sino ha sido necesario acudir ante las autoridades judiciales para hacerlo valer⁽³⁾.
- c) El riesgo de intervenir en un sector tradicionalmente operado por los gobiernos⁽⁴⁾.
 - d) Problemas relativos al paso de sistema analógico a digital y definición de nicho de mercado para efectos de competencia económica⁽⁵⁾.
 - e) La complejidad de enfrentar juicios en diversas jurisdicciones, particularmente en cuestiones en que se pone en duda la arbitrabilidad de la materia cuando intervienen autoridades administrativas y concesiones estatales⁽⁶⁾.
 - f) Finalmente las quejas de los consumidores en algunos lugares han sido resueltas ante las defensorías locales y se consideran irrenunciables los derechos de los consumidores frente al prestador de servicios de telefonía.

Por otra parte dada la gran concentración de intereses y partes en el sector de telecomunicaciones no se han presen-

tado problemas derivados de las múltiples reestructuraciones corporativas, ni problemas relacionados con la emisión de obligaciones u otras transacciones financieras. En estos últimos casos el aspecto tributario es el que ocupa un papel prioritario⁽⁷⁾.

2. ASUNTOS RECIENTES DE ARBITRAJES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES EN LATINOAMÉRICA

No todo ha sido fácil en el desarrollo de las telecomunicaciones en Latinoamérica. Es una historia de obstáculos sobrepasados, de riesgos mitigados, de bastantes contratiempos y en muchos casos costosos fracasos. Se suele decir que la historia la relatan los vencedores, pero lo curioso es que las crónicas de los arbitrajes son la excepción. La mayoría de las reglas de arbitraje incluye la confidencialidad como obligación de las partes y del tribunal en el procedimiento, sin embargo en algunos casos se ha dado demasiada publicidad a casos no muy ortodoxos. Una pena para el desarrollo del arbitraje en la región⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Bolivia.- Cooperativa de Telecomunicaciones Santa Cruz Ltda. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion10321.html>

⁽⁴⁾ Telecom Italia Mobile (TIM) adquirió parte de la telefonía móvil brasileña después de la privatización. http://userpage.fu-berlin.de/~jmueller/its/conf/porto05/papers/Maciel_Whalley_vanderMeer.pdf

⁽⁵⁾ Por lo que toca al tema de competencia económica, Telemex en México ha sufrido varias denuncias. En Venezuela recientemente el 27 de octubre de 2005 se prohibió la fusión de Digitel con Movilnet, un asunto que representaba 450 millones de dólares y que implicaba adicionar un millón doscientos mil suscriptores a Digitel (TIM Internacional). Esta solicitud se tramitó ante el superintendente de Precompetencia, Milton Landera el 1 de diciembre de 2004. El fundamento fue que no se quería que el país incurriera en duopolio, con solo dos proveedores de telefonía celular.

⁽⁶⁾ http://userpage.fu-berlin.de/~jmueller/its/conf/porto05/papers/Maciel_Whalley_vanderMeer.pdf

⁽⁷⁾ Sobre el tema se recomienda: TAVEIRA TÔRRES, Heleno, en: *Direito Tributário das Telecomunicações*, Thomson, São Paulo, Brasil 2005.

⁽⁸⁾ Nuevamente se pide al lector cautela al leer los hechos que a continuación se relatan, pues han sido obtenidos de diversas fuentes, particularmente por conocimiento directo de algunos de los hechos, conversaciones con los abogados o partes que intervinieron en los asuntos y por la prensa.

El primer caso es mexicano, la transacción que le dio origen fue una alianza estratégica dada a conocer en julio de 1998 donde TV Azteca se comprometía a darle servicios a un nuevo canal que nacía por iniciativa de uno de los accionistas de TV Azteca quien había conseguido la concesión para operar en televisión abierta un canal cultural, con contenido de buen nivel para contribuir a la educación del país. Para ello TV Azteca se comprometió a prestar servicios de programación, promoción y comercialización. El contrato celebrado hablaba de 49% acciones para TV Azteca y una opción para adquirir el 51% restante pasado un plazo si se cumplían las condiciones, entre ellas que la Secretaría de Comunicaciones y Transporte diera su autorización (que no dio en 2000). TV Azteca reclama 34 millones de dólares por concepto de daño al dueño de CNI Canal 40 (Televisora del Valle de México), quien renuncia a ser accionista de TV Azteca y se compromete a mantener viva la señal de su canal CNI Canal 40. Las partes se reclaman prestaciones mutuas, dada la dificultad para interpretar el acuerdo de 1998, en 2001 una juez local dicta la medida precautoria de que el 51% de las acciones se entreguen a un fideicomiso.

Las partes acuden, según lo pactado, al arbitraje. Fue un procedimiento seguido conforme a las reglas de la CCI con un tribunal integrado por tres árbitros sin mucha experiencia en este tipo de procedimientos, los abogados que intervinieron hicieron uso de todos los recursos que su experiencia de litigantes en tribunales les había dejado. El procedimiento fue muy irregular, hubo dificultades desde la integración del tribunal. Poco tiempo después de dado a conocer el laudo de la CCI TV Azteca, en una muy parcial interpretación

del laudo se hizo justicia por propia mano pagando a un equipo parapolicial para que entrara a las dos de la mañana del 27 de diciembre de 2002 (cuando la ciudad esta prácticamente paralizada por las vacaciones navideñas) a las instalaciones de la televisora por medio de la fuerza y se apoderara de las instalaciones y de la programación.

En la práctica contar con la posesión muda la carga de la prueba a quien debe comprobar la propiedad del bien. Sin embargo la decisión de utilizar la fuerza ilegal fue una decisión pasional del Señor Salinas Pliego y se corrió el rumor de que sus abogados no fueron ni siquiera informados previamente. Se decía que esto era para evitar el desprestigio de los mismos.

El asunto se volvió no solo judicial, se complicó con temas de derecho laboral (problemas con el sindicato), penal (robo de señal), civil, administrativo (se trata de una concesión del gobierno) y por supuesto el tema corporativo que era el eje de la controversia original respecto a una opción a compra del 51% de las acciones para convertirse finalmente en un asunto tributario.

El aspecto jurídico hubiera sido resuelto tarde o temprano por los tribunales judiciales mexicanos pero intervino con toda su fuerza el tema político por los fuertes nexos que tiene el dueño de TV Azteca, Salinas Pliego, con el actual gobierno, al grado que el estado actual que guarda el asunto es que al dueño de Canal 40 por ser administrador único de la empresa y después de una escrupulosa auditoria tributaria que le hizo la Secretaria de Hacienda, le giraron una orden de aprensión que no admite pago de fianza porque encontraron que había dejado de pagar una ridícula suma por concepto del Impuesto al Valor Agregado y otra cantidad menor

que había sido retenida a algunos prestadores de servicio y durante tres meses no se pagó esos impuestos al fisco. Ante este escenario al dueño de Canal 40, uno de los pocos defensores de la libertad de expresión en el país, no le quedó más que salir de “vacaciones” a la fecha en que este documento se entrega, apareció en la prensa mexicana⁽⁹⁾ que Javier Moreno Valle, el idealista empresario que a pesar de presiones no censuró noticieros que evidenciaban rasgos de abuso de poder, tráfico de influencias y corrupción por parte de la esposa del presidente de la República había sido detenido justo un minuto después de la expiración de su visa. Si es deportado ya no será necesario seguir un procedimiento de extradición conforme a los tratados internacionales. Por lo que se ve no basta contar con el marco legal necesario para que opere la tecnología, si no va garantizado a la libertad de expresión y otros derechos humanos reconocidos constitucionalmente.

Otro caso mexicano es el de la controversia de Grupo Radio Centro contra Infored, donde también lamentablemente por así desearlo una de las partes ventiló ampliamente el procedimiento en los medios de comunicación. Una vez emitido el laudo en marzo de 2004 este fue impugnado ante tribunales judiciales. El laudo arbitral condenó a Radio Centro a pagar 21 millones de dólares a Infored. Además de esa cantidad Infored sufrió pérdidas en el ejercicio de 2003 por 24

millones de dólares, ocasionadas por la separación del locutor José Gutiérrez Vivó, y la consecuente baja en publicidad que se fue siguiendo al público que escuchaba una nueva frecuencia en que hablaba el popular locutor.

En Nicaragua se llevó a cabo un procedimiento de arbitraje de equidad que resolvió una controversia en 2004 entre Telefonía Celular de Nicaragua SA (TCN del Grupo BellSouth) y la empresa Enitel. El asunto lo perdió Enitel. Fue condenada a pagar US\$ 11.8 millones para compensar la falta de pago por concepto de llamadas de larga distancia a la red de TCN BellSouth y llamadas realizadas por los usuarios de Enitel. Se acudió a tribunales judiciales para ejecutarlo.

Finalmente otro asunto que merece atención es el caso de la telefonía en Colombia. Para ello será necesario tomar en consideración el desarrollo de los hechos⁽¹⁰⁾.

En los ochenta Colombia daba ejemplo al resto del planeta al poner en servicio la central telefónica internacional de Bogotá de tipo digital, la segunda en el mundo después de la de Atenas. La UIT asignó posiciones orbitales para el lanzamiento del satélite Cóndor. En 1986 se le adjudica a la firma SIEMENS la construcción de la red colombiana de transmisión de datos. Inauguran moderna central de larga distancia digital en Barranquilla, en 1988 ERICSSON introduce el sistema de fibra óptica en las comunicaciones de

⁽⁹⁾ Milenio 9 de noviembre de 2005. Editorial.

⁽¹⁰⁾ Se agradece al Prof. OVIEDO, Jorge de la Universidad de la Sabana la información proporcionada para la elaboración de esta sección. El arbitraje en Colombia (la llamada jurisdicción arbitral tiene fundamento constitucional en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, es el que permite que los particulares puedan, en calidad de árbitros o conciliadores, ser investidos con la facultad de administrar justicia. El arbitraje ha sido desarrollado por medio del decreto 2279 de 1989; la Ley 23 de 1991; el decreto 2651 de 1991 y la Ley N° 446 de 1998.

Bogotá, en 1989 Plan de marcación abreviada, se instalan teléfonos públicos en carreta y servicio de comunicación directa a los Estados Unidos.

Poco tiempo después Telecom (la empresa colombiana de telecomunicaciones) celebra alianzas estratégicas. En 1989 con la ley 72 se elimina el monopolio en materia de comunicaciones. Eran los primeros años del neoliberalismo en la región.

A principios de la década de los noventa Telcom celebró convenios de *Joint Venture* en donde existía un “riesgo compartido” (*shared risk contracts*). Estos contratos se celebraron entre otros con los principales proveedores de telefonía: Alcatel (España), Nortel, Ericsson (Suecia), Siemens (Alemania), Itochu and NEC (Japón). El propósito era instalar 1.8 millones de líneas telefónicas. Durante la vigencia de los contratos se celebraron convenios que interpretaban, modificaban o adicionaban derechos y obligaciones. El mecanismo acordado para la solución de controversias era el arbitraje de acuerdo a las leyes colombianas. La Institución administradora la Cámara de Comercio de Santa Fé de Bogotá, Colombia.

En el caso de Nortel⁽¹¹⁾, NORTEL NETWORKS suscribió un contrato de leasing internacional de equipos de conmutación, transmisión e interconexión, en virtud del cual la empresa arrendadora compró los equipos a terceros, con fondos provenientes de una emisión de instrumentos negociables en los mercados financieros internacionales por parte de la empresa extranjera arrendadora. Los fondos requeridos por la arrendadora para pagar estas obligaciones eran los in-

gresos recibidos de NORTEL NETWORKS a título de canon de arrendamiento, que a su vez dependían de los flujos derivados del proyecto.

Una de las cláusulas del contrato señalaba, por ejemplo que Nortel debería construir e instalar varias líneas telefónicas que serían vendidas y operadas por la empresa colombiana Telecom. Un porcentaje de las utilidades por la venta de las líneas serviría para pagar la inversión efectuada por Nortel. Uno de los convenios modificatorios señalaba que si al cabo del quinto año Nortel no recibía las cantidades que se habían presupuestado según el anexo financiero, entonces la empresa colombiana debería pagar a Nortel la diferencia entre el monto previsto y el monto pagado.

Pasaron los cinco años y Nortel exigió el pago de US\$ 95 millones y Telcom contestó diciendo que no debía. El asunto se sometió a un arbitraje y lo ganó Nortel.

Según el representante de Nortel y de Siemens, la principal dificultad para llegar a un acuerdo era de índole política, tendría que ser un acuerdo que proporcionara beneficios al gobierno colombiano. En Colombia, como en muchos otros países, el llegar a un convenio entre las partes no es fácil. Hace tres o cuatro años hubo un escándalo de corrupción relativo a una transacción entre una empresa privada y el Ministerio de Transporte. El pueblo colombiano estaba muy escéptico relativa a estos convenios. Así que aunque existiera acuerdo sería mucho más fácil si fuera un laudo final. Pero por lo menos uno de los tribunales arbitrales rindió en abril de 2001 un laudo a favor

(11) Se agradece al Prof. OVIEDO, Jorge haberme proporcionado copia del laudo arbitral.

de Nortel obligando a la empresa colombiana a pagar US\$ 70 millones más intereses como medida precautoria relativa a un contrato.

Telecom buscó anular el laudo por dos razones, primero argumentando que había expirado el termino en que el árbitro debería rendir su laudo y segundo que se le había otorgado a Nortel más de lo que había solicitado pues los árbitros cometieron un error aritmético al calcular las utilidades derivadas del quinto año⁽¹²⁾.

Nortel tenía otras tres controversias. La empresa de telecomunicaciones colombiana presentó un recurso de anulación ante el Consejo de Estado Colombiano⁽¹³⁾. Posteriormente el Consejo de Estado confirma la validez del laudo en términos de la ley 80 de 1993 y señala que no existen elementos para la anulación del laudo y por lo tanto se condena a la empresa colombiana a pagar.

Los Estados Unidos, en opinión de los abogados de la empresa colombiana, hicieron un gran cabildeo, incluso llegaron a amenazar con imponer sanciones mediante el ATPA (Andean Trade Preferences Act). El ATPA se concibió como un método para controlar la producción de drogas en la región y ofrecer oportunidades comerciales a los países que tienen que enfrentar el gran reto del desempleo. Este instrumento beneficia a cerca del veinte por ciento de las exportaciones a los Estados Unidos desde Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia.

Como consecuencia de la confirmación de la validez del laudo de Nortel hubo varios levantamientos por parte de los sindicatos de la empresa colombiana quienes temían que esta decisión implicara de facto una privatización con consecuencias negativas para los trabajadores y los servicios comunitarios.

(12) De acuerdo al artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, –Causales de anulación. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. Derogado. L. 446/98, artículo 167.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

(13) Tratándose de contratos estatales, el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el numeral 5 del artículo 36 de la ley N° 446 de 1998, y por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (estatuto de contratación administrativa), del recurso de anulación del laudo arbitral, conoce el Consejo de Estado.

Ericsson exigía el pago de US\$ 50 millones, NEC US\$ 140 millones e Itochu US\$ 14 millones. Como era de esperarse por su tradición jurídica y modo de hacer negocios, las empresas japonesas NEC Corp y Itochu Corp fueron las últimas en exigir los US\$ 154 millones que le debía la empresa colombiana. La demanda de Nec se presentó por medio de su subsidiaria Teleconsorcio, cuyos accionistas son las grandes empresas japonesas del sector: Sumitomo, Nissho Iwai and Mutsui.

Estos procedimientos terminaron por transacción. A manera de ejemplo: Siemens, el monto controvertido era de US\$ 180 millones y otro por US\$ 130 millones. El 23 de marzo de 2005 llegaron a un convenio de transacción donde se le pagaría a Siemens US\$ 68.5 millones por la instalación de líneas telefónicas a lo largo del territorio colombiano.

El reto jurídico fue la redacción de un instrumento claro y transparente, que brindara confianza al pueblo colombiano. La creativa solución de los abogados fue poner en la página web del estado por 24 horas el convenio para que la población pudiera hacer sus comentarios. Esto dio muy buen resultado.

3. EL FUTURO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LATINOAMÉRICA: ¿SE ADIVINA O SE CONSTRUYE?

El tiempo puede ser visto como medida del movimiento, del cambio, *Time is*

Money o simplemente puede ser el fortuito transcurso de acontecimientos que parecieran no estar concatenados.

Los últimos veinticinco años han sido una lucha por la especialización y la subespecialización. Ya no se habla de derecho comercial, sino la fragmentación en derecho de la competencia económica, de la propiedad intelectual, de fusiones y adquisiciones, etc. ha hecho que los abogados que intervienen en la redacción de los instrumentos en materia de telecomunicaciones hayan perdido la óptica integral “*integral view*”⁽¹⁴⁾.

El sector de las telecomunicaciones, el bancario y otros que están fuertemente regulados por considerarse áreas estratégicas del país, se involucran en su día a día cuestiones políticas que no se pueden prever al momento de redacción de los contratos. Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional de París, el promedio entre el tiempo de redacción del instrumento y cuando se presenta la demanda de arbitraje es de cinco años. Cuando por lo general las circunstancias han cambiando, cuando las personas que lo negociaron posiblemente ya no ejercen el mismo cargo (en contratos de tipo administrativo esto es frecuente ya que las personas cambian de acuerdo al partido que haya ganado las elecciones).

En Latinoamérica las alianzas estratégicas han sido no solo previsibles sino en muchos casos necesarias, ya que aunque una empresa en el país fuera grande no podría alcanzar los mismos costos de

(14) Sobre la acuñación del término “*integral view*” y de la nova *La Nova lex negotii* la autora remite al lector a otros artículos recientes sobre el tema, particularmente se recomienda la visita a www.performancesoft.com y a que se trata de un software que la autora ha utilizado como plataforma para desarrollar una herramienta que permita visualizar oportunamente los riesgos en las empresas sin escatimar la calidad y eficiencia que brinda la especialización.

operación y eficiencia para competir con una empresa multinacional global. En el caso de Telmex (América Móvil) y Telefónica el cruzar fronteras aumentó la escala de sus operaciones y le permitió incursionar en otras jurisdicciones beneficiándose de las oportunidades de la infraestructura con que ya contaba el país receptor más con las que operaba en México o España respectivamente.

Otro fenómeno que reflejan los casos señalados anteriormente, es el involucramiento de individuos que pertenecen en muchos casos a familias que controlan grupos empresariales importantes en el país y que muchas de las alianzas o decisiones de negocios están influenciadas –por no decir definidas– por el gusto de individuos con mucho poder. No importa si la empresa cotiza en bolsa. Esto ha cambiado en los últimos años, pero las grandes empresas en Latinoamérica históricamente han utilizado información que sus competidores no disponen aprovechan contactos privilegiados (generalmente con el gobierno) y a veces se ha negociado con información reservada. Esto es todo lo opuesto a la transparencia. De ahí la urgencia de contar con instrumentos que brinden VISIBILIDAD a todos los *stockholders* (todo interrelacionado con al empresa). El éxito financiero ahora más que nunca depende del ético comportamiento corporativo⁽¹⁵⁾.

En las economías globales se suele hablar frecuentemente de Latinoamérica, sin embargo no se puede olvidar las grandes diferencias en el entorno económico y político en la región. El panorama de las telecomunicaciones en Latinoamérica

refleja varias alianzas estratégicas que para que funcione requiere contar con una adecuada determinación oportuna de los riesgos intangibles: Aspectos políticos, culturales, sociales, imagen corporativa, ambientales, regulatorios, etc. Es prioritario que las empresas involucren la oportuna y adecuada asesoría jurídica para cuidar el desarrollo del mercado, producto, impacto en la comunidad, en el medio ambiente etc. de principio a fin para que así tengan las máximas probabilidades de éxito y crecimiento sustentable.

A pesar de que las alianzas estratégicas y las adquisiciones pueden crear valor el riesgo de fracaso es alto. Entre las razones se incluye la falta de capacidad estratégica en términos de recursos complementarios; la falta de capacidad organizativa en términos de culturas, procesos y sistemas de toma de decisiones; la falta de confianza; la elección de una estructura de gobernabilidad inapropiada y la incapacidad para gestionar los conflictos. Esto puede solucionarse si se pudiera implementar al día a día y en cada actividad la alineación a la estrategia corporativa, si existiera el adecuado flujo de comunicación no solo dentro de la empresa y sus *stockholders* (incluyendo el gobierno) sino prioritariamente a su Consejo de Dirección y a los abogados externos que sepan detectar el riesgo oportunamente.

4. CONSIDERACIONES FINALES


Por lo antes expuesto, es un hecho –no juicio de valor– que los contratos que son redactados en el extranjero no siempre responden a las exigencias contingentes

⁽¹⁵⁾ SULL, Donald N. / ESCOBARI, Martin E., *Sucesso Made in Brasil. Os segredos das empresas brasileiras que dão certo*, Río de Janeiro, 2004, p. 211.

del mercado local y al mismo tiempo no siempre en el mercado local se encuentra la eficiencia y especialidad que tienen los estudios legales globales. No solo se han globalizado las telecomunicaciones, sino también cada vez más los servicios legales. Basta ver el nombre de los despachos norteamericanos que están participando en las grandes transacciones de telecomunicaciones en Latinoamérica.

Para mal de muchos contadores, ingenieros de sistemas, eléctricos, electrónicos y mecánicos y bien de pocos abogados y consultores en riesgos intangibles, auguro la mejor de las suertes al desarrollo del arbitraje en la región. Pero no porque marchen mal las telecomunicaciones,

sino porque hay un muy fuerte crecimiento del sector. Posiblemente de cien contratos uno presente problemas y estos se compliquen y hagan gran ruido, pero solo a un extraterrestre se le ocurriría describir la especie humana por la descripción de una sala de terapia intensiva de un hospital.

Lo humano es perfectible, nunca perfecto. La imperfección, el no llegar nunca a alcanzar aquel estado que la fantasía y el deseo ponen siempre más adelante que la más lograda de las realizaciones, lo que da a la vida vivida su humanidad: el sabor de la aventura, el incentivo del riesgo, la incertidumbre es lo que condimenta el placer de ser abogado de las Telecomunicaciones en Latinoamérica. 

EL ÁRBITRO Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL (*)

Por: FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (**)

SUMARIO: 1. Las armas del árbitro en la lucha contra la corrupción.
2. No parecen tener mucho filo. 3. Conclusión.

Para precisar bien el tema central de este breve ensayo, es necesario resaltar dos aspectos de la forma de vida⁽¹⁾ de los negocios internacionales en la actualidad: el primero es el papel que cumple el árbitro hoy en día, cuando es evidente que casi la totalidad de los litigios del comercio internacional son resueltos por la vía del arbitraje y no por la justicia estatal. El árbitro ha llegado a convertirse entonces en el juez natural del comercio internacional.

Tanto es así que, muy a menudo, la cláusula compromisoria es una verdadera condición para la celebración del contrato⁽²⁾. Éste es un verdadero lugar común que no merece mayor comentario.

El segundo es la agresiva competencia de las empresas por la conquista de los mercados, competencia que ha desencadenado la proliferación de convenciones celebradas con intermediarios para

(*) Este breve ensayo está basado en las conferencias que presenté en Lima, en el Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, durante el mes de abril de 2007 y en París, en enero del mismo año, a los estudiantes de derecho de la Universidad París 1 (Panthéon-Sorbonne), como invitado a la Chaire des Amériques. Una primera versión de este artículo saldrá publicada en la Revista Internacional de Arbitraje, Julio-diciembre 2007, T. 7, Editorial Legis.

(**) Profesor de Contratos civiles y mercantiles y Coordinador de la Línea de investigación sobre Arbitraje de la Universidad del Rosario, Bogotá. Secretario de tribunales arbitrales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

(1) "Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Ésta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida". Wittgenstein, Ludwig. Investigaciones filosóficas. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 217, proposición 241.

(2) Véase al respecto: CLAY, Thomas, "El árbitro y el orden público transnacional". Conferencia dictada durante el Congreso La protección y promoción del comercio en inversión hispano-árabe, Madrid, noviembre de 2006, inédita.

facilitar la adjudicación de los contratos. En no pocas oportunidades, dichas convenciones tienen por verdadera finalidad el pago de sobornos y el tráfico de influencias⁽³⁾. Ésta es una triste realidad que ya no asombra a nadie⁽⁴⁾.

Nada mejor que una imagen para explicar el significado de las palabras⁽⁵⁾. Recreemos la situación con un ejemplo: una empresa multinacional contrata los servicios de un intermediario para que, mediante un cuidadoso manejo de sus influencias y un selectivo pago de “comisiones” a funcionarios, facilite la adjudicación de un contrato de obras públicas en un país del tercer mundo.

Uno de los puntos fundamentales de la negociación fue la inclusión de una cláusula compromisoria, para así evitar que los jueces estatales tuvieran conocimiento de este oscuro acuerdo.

Los problemas en este negocio se pueden presentar en dos hipótesis principales: 1) el intermediario cumple con sus obligaciones y consigue la adjudicación del contrato para la empresa multi-

nacional; sin embargo, esta última se niega a pagarle sus honorarios y 2) la empresa hace un anticipo al intermediario, pero éste no cumple con las gestiones a las cuales se había comprometido. Una de las partes demanda entonces la conformación del tribunal arbitral para que zanje la controversia.

Con este caso hipotético podemos ver más fácilmente el alcance del tema que desarrollaré a continuación. Antes de comenzar, quiero precisar que limitaré mis comentarios a los casos comerciales propiamente dichos, es decir que dejaré por fuera de este análisis el arbitraje de inversión, el cual, en jurisdicciones como la del CIADI, obedece más a los principios del derecho internacional público que a las reglas del derecho privado (i)⁽⁶⁾; tampoco trataré la eventual demanda de indemnización de perjuicios de la empresa competidora que pierde en la licitación como consecuencia de la práctica de corrupción de la multinacional. Esta empresa competidora sería un tercero respecto del acuerdo arbitral y, por ende, sólo podría acceder al arbitraje mediante un

(3) Una completa explicación al respecto en: El Koshéri, Ahmed et Leboulanger, Philippe, “L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influences”, en: *Rev. Arb.* 1984, pp. 3-18.

(4) De forma ilustrativa, transcribo dos breves apartes de artículos publicados el 29 de mayo de 2007 en el diario argentino *El Cronista Comercial* (edición impresa):

1) “El nuevo escándalo que salpica a Lula [Luiz Inácio Lula da Silva, actual presidente del Brasil] se suma a la renuncia, la semana pasada, del ministro de Minas y Energía, Silas Rondeau, acusado de recibir sobornos por unos US \$ 50.000 de la constructora de Gautama para favorecerla en licitaciones de obras públicas”. *El Cronista Comercial*, 29/05/07, p. 12.

2) “Las empresas no están preparadas para investigar el fraude con rapidez y efectividad, sobre todo si el hecho delictivo ocurre en un país distinto al de la casa matriz [...] El caso reciente más que revelante de esta situación es el de la empresa Skanska [en la Argentina], que a partir de una denuncia de la AFIP sobre utilización de facturas apócrifas realizó una auditoría interna que detectó casos de corrupción en la línea gerencial”, *El Cronista Comercial*, 29/05/07, p. 10.

(5) “No hay nada, en general, como una imagen para explicar los significados de las palabras [...]”. Wittgenstein, Ludwig. *Lecciones y conversaciones sobre estética, psicología y creencia religiosa*. Trad. Isidoro Reguera. Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 140.

(6) Consúltese al respecto: CREMADES, Bernardo, “Corrupción y arbitraje de inversión”, en: *Revista internacional de arbitraje*, Julio-diciembre 2005, T. 3, Bogotá, pp. 51-75.

compromiso posterior, lo cual no resulta muy común en la práctica (ii)⁽⁷⁾; finalmente, dejaré de lado los rarísimos casos en los cuales el árbitro mismo fue corrupto (iii)⁽⁸⁾.

Así las cosas, veremos las armas de las cuales dispone el árbitro internacional en esta lucha contra la corrupción (I), para luego precisar que tales armas no suelen tener mucho filo (II).

1. LAS ARMAS DEL ÁRBITRO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

En materia de corrupción existe, en términos generales, una normativa bastante copiosa (A) que, en principio, podría ser aplicada a través de diversos mecanismos (B) y que daría lugar a sanciones, en teoría, muy efectivas (C).

A. Los contratos de corrupción parecen ser unánimemente condenados por los distintos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en derecho interno colombiano contamos con un estatuto anticorrupción (ley 190 de 1995); y múltiples leyes y decretos que reglamentan la materia (como los decretos 2170 de 2002, 2405 de 1998 y 127 de 2001, la ley 598 de 2000 y ley 850 de 2003). Cabe también mencionar el famoso Foreign Corrupt

Practices Act adoptado por los Estados Unidos el 19 de diciembre de 1977.

En materia de convenciones internacionales, se destacan: la convención de las naciones unidas contra la corrupción de 2003, la convención interamericana contra la corrupción celebrada en Caracas en 1996 (OEA) y la convención de la OCDE del 17 de diciembre de 1997.

Así, por ejemplo, el artículo 1 párrafo 1 de la convención de la OCDE define la corrupción de agentes públicos extranjeros como el “hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”.

Finalmente, en el contrato mismo se pueden incluir disposiciones de códigos de buena conducta como el modelo propuesto por la CCI en 1999⁽⁹⁾. Dentro de esta óptica, precisamente, fueron redactados “Los principios generales de los negocios” de la Shell –The Shell General Business Principles–⁽¹⁰⁾. De igual manera,

(7) Sobre esta hipótesis particular, véase un excelente análisis en: Court de Fontmichel, Alexandre. *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*. Ed. Panthéon-Assas / Thèses, Paris, 2004, pp. 305-319.

(8) El caso más emblemático al respecto fue ventilado en la Corte de Apelaciones de Nueva York, AAOT v/ IDTS. Int'l. Arb. Rep. 03/1998, p-j-1.

Sobre la responsabilidad del árbitro, en general, véase un brillante análisis en: CLAY, Thomas, “De la responsabilité de l'arbitre”. In SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *El contrato de arbitraje*. Ed. Legis / Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 543-578.

(9) *Extortion and Bribery in International Business Transactions*. CCI, París, 2000.

(10) *The Shell General Business Principles*. <http://www.shell.com>

se pueden suscribir directamente acuerdos como el pacto de integridad de transparencia internacional⁽¹¹⁾ para regular relaciones entre estados y contratistas⁽¹²⁾.

B. Diversos mecanismos permitirían, en principio, aplicar las reglas de control de la corrupción: las normas podrían ser aplicadas directamente cuando fueran incluidas mediante reenvío en el contrato mismo o cuando formaran parte de la *lex contractus* —escogida en virtud del principio de la autonomía de la voluntad o mediante aplicación de la regla de conflicto— (i); también, a título de leyes de policía extranjeras, es decir, como nor-

mas que salvaguardan intereses superiores de un estado con el cual el contrato presenta vínculos estrechos, pero cuya ley no es la *lex contractus* (ii)⁽¹³⁾; o, incluso, mediante referencia a la noción de orden público realmente internacional —o *transnacional*—, entendido como unos principios comunes a todas las naciones civilizadas y que son jerárquicamente superiores a las normas de los ordenamientos internos (iii)⁽¹⁴⁾.

C. La sanción de estas convenciones de corrupción sería la nulidad por objeto o causa ilícitos, lo cual importaría su invalidez, en principio, retroactiva⁽¹⁵⁾.

(11) http://www.transparency.org/activities/ip_annex-a.html

(12) "Este pacto es un acuerdo escrito entre un Estado (el que encarga la obra), representado por una agencia estatal que organiza el proceso de invitación a hacer ofertas y, por otra parte, los destinatarios de esta invitación, es decir, las empresas privadas. Se trata entonces de un instrumento jurídico que crea derechos y obligaciones contractuales y que vincula a una parte estatal y a unos sujetos de derecho interno. Así las cosas, este pacto hace parte de la gran familia de los *contrats d'État*". Court de Fontmichel, Alexandre, cit., pp. 93 y 94.

La expresión "*contrats d'État*", acuñada por la doctrina francesa, sirve para designar aquellos contratos celebrados por un Estado como agente del comercio internacional. Estas convenciones han venido sustrayéndose del campo de aplicación de buena parte de las prerrogativas que aquél ejerce frente a los "administrados". Consúltese al respecto: SILVA ROMERO, Eduardo, "La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado", en: *Revista internacional de arbitraje*, junio-diciembre, 2004, T. 1, Bogotá, pp. 155-187, y LEMAIRE, Sophie, "Les contrats internationaux de l'administration", en: *Ed. LGDJ*, París, 2005.

(13) En el derecho internacional privado, se entiende, normalmente, por leyes de policía, aquellas normas cuyo cumplimiento es necesario para salvaguardar la organización política, social o económica de un país. Su aplicación se considera necesaria, ya que, aun cuando el ordenamiento jurídico al cual pertenece la ley de policía no sea el designado por la regla de conflicto, aquélla podría ser aplicada por un Estado cuando considere que ello resulta indispensable, respecto de situaciones que presenten un vínculo estrecho con dicho ordenamiento.

Sobre la noción de leyes de policía, en general, y sobre la aplicación de las leyes de policía extranjeras, en particular, consúltese: MAYER, Pierre et HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, Ed. Montchrestien, París, 2001, pp. 82-90, MAYER, Pierre, "Les lois de police étrangères", en: *JDI*, París, 1981, pp. 277-345.

(14) El orden público realmente internacional comprendería "[...] aquellos principios universalmente reconocidos que, en ningún caso, podrían ser derogados por las partes en un contrato internacional [...]. El orden público realmente internacional reuniría los principios fundamentales comunes a una comunidad de derechos nacionales y provendría de la comunidad internacional". SILVA ROMERO, Eduardo, "Las normas jurídicas aplicables al arbitraje comercial internacional". *Revista de Derecho privado* N° 28, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2002, p. 14.

Sobre la vaguedad y la ambigüedad de la expresión "principios generales del derecho internacional", véase: OPPETT, Bruno, "L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international privé", in: *Droit et modernité*, en: PUF, París, 1998, pp. 83-92.

(15) Sobre la dificultad real para anular los contratos de corrupción por objeto o causa ilícitos, consúltese: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, "La causa del contrato de arbitraje. Mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres", en: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, cit., pp. 507-520.

Además, respecto de las restituciones mutuas, podría aplicarse también el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* para así privar de toda seguridad a la parte que ejecutó primero, como bien lo precisó la corte de apelaciones de París, en sentencia del 30 de septiembre de 1993, en el caso *Westman c/ EGT* (i)⁽¹⁶⁾.

En este orden de ideas, vale la pena recordar el famoso caso *Hilmarton contra OTV* (CCI. N° 5622) en donde el tribunal arbitral consideró que el hecho de celebrar una convención de intermediación para la adjudicación de un contrato de obras públicas en Argelia, contrariando lo dispuesto en la ley argelina que prohibía el tráfico de influencias (ley del 11 de febrero de 1978), iba contra las buenas costumbres de la *lex contractus* —la ley suiza— y declaró la nulidad del contrato de intermediación⁽¹⁷⁾.

Además, puede contemplarse la posibilidad de que el árbitro, en aplicación del principio de la *Kompetenz-Kompetenz*, considere que aquellos móviles in-

morales de las partes determinaron también la celebración del acuerdo arbitral propiamente dicho —para evitar que los jueces estatales conocieran de sus actividades censurables—, lo cual podría dar lugar a su nulidad y, como consecuencia de esto, el árbitro sería incompetente para conocer del fondo del litigio⁽¹⁸⁾. Así, pues, si el acuerdo arbitral es nulo, el juez estatal sería el único competente para decidir sobre la eventual nulidad del contrato origen de las diferencias entre las partes (ii)⁽¹⁹⁾.

Dentro de esta óptica, cabe traer a colación el emblemático caso CCI No. 1110 de 1963, en el cual el árbitro sueco Lagergren declinó su competencia considerando contrario al orden público internacional el compromiso celebrado entre un ex funcionario argentino y una sociedad inglesa para someter al arbitraje las diferencias surgidas a raíz de la ejecución de una convención de intermediación para la adjudicación de un contrato de obras públicas en la Argentina de Perón, ya que aquella tenía por único objeto el pago de

(16) “En el campo del derecho civil, los contratos que tienden a la corrupción o al tráfico de influencias son anulados por inmoralidad o ilicitud de la causa o del objeto (art. 1133 C. civ.), y [...] dan lugar a la aplicación del adagio *nemo auditur*, [...]. la aplicación de este adagio está encaminada a evitar la ejecución de un contrato inmoral o ilícito, privando así de toda seguridad a la parte que ejecutó primero”, C.A. París, 1993. *Rev. Arb.* 1994, note Bureau.

(17) Sobre el célebre caso *Hilmarton*, que se llegó a ventilar en las altas cortes suizas y francesas, consúltese: C.A. Versailles, 29 de junio 1995. *RTD com.* 1995, pp. 758-764, note Dubarry, Jean-Claude et Loquin, Eric, *C. Cass.* 1 Ch. civ. 23 mars 1994. *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1995, pp. 356-362, *Rev. Arb.* 1994. <http://127.0.0.1:8080/data/data/ipn16333.html>. Note Jarrosson, JDI, 1993, pp. 701-710, note Gaillard, *RTD com.* 1994, pp. 702 y 703. Note Dubarry, Jean-Claude et Loquin, Eric, y Heuzé, Vincent, “La morale, l’arbitre et le juge”, *Rev. Arb.* 1993. <http://127.0.0.1:8080/data/data/ipn15997.html>.

(18) “[...] [E]n la medida en que las partes, mediante la delimitación de su misión [la del árbitro], pretendan constreñirlo para que profiera un laudo afectado por la misma inmoralidad que el contrato, ellas tomarían el compromiso mismo contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, nulo”, MAYER, Pierre, “La règle morale dans l’arbitrage international”, *Études Offertes à Pierre Bellet*, Ed. Litec, 1991, p. 402.

(19) “El pacto arbitral, como estipulación contractual o como contrato autónomo que es, según se trate de cláusula compromisoria o de compromiso, puede carecer de validez si se ha incurrido en alguno de aquellos vicios que destruyen cualquier acto jurídico conforme a las normas generales de la teoría de las obligaciones, en cuyo caso pierde toda efectividad, abriéndose por consiguiente la puerta de la justicia estatal para decidir los conflictos a los cuales podía aplicarse el convenio arbitral inválido”, BENETTI SALGAR, Julio, “El arbitraje en el derecho colombiano”, *Temis*, Bogotá, 2001, p. 122.

sobornos y el tráfico de influencias al interior de la administración del país austral⁽²⁰⁾.

Ahora bien, este control de los contratos de corrupción por parte del árbitro internacional ha operado en la práctica de forma excepcional, y la mayor parte de los casos permanece oculta por las sombras de la impunidad.

2. NO PARECEN TENER MUCHO FILO

Hasta donde tengo conocimiento, los laudos CCI que resuelven casos similares a nuestro ejemplo inicial no alcanzan la veintena. Vemos entonces la gran paradoja⁽²¹⁾:

si las prácticas de corrupción internacional son tan comunes y, además, existe una importante normativa al respecto, ¿por qué no se sancionan en la práctica?

Esta situación parece estar determinada por dificultades probatorias (A), por razones teóricas relacionadas con la no-

ción misma de arbitraje (B) y por una realidad social de tolerancia (C).

A. En primer lugar, los contratos de corrupción siempre tienen una calificación formal: comisión, corretaje, mandato, representación, asistencia administrativa, asesoría técnica, consulting agreement, agency, sponsoring, calificación que, generalmente, las partes tratan de salvaguardar aún después de comenzado el litigio. Como los fines ilícitos rara vez son confesados por los contratantes, corresponde, entonces, al árbitro tratar de establecerlos mediante indicios⁽²²⁾.

Estos indicios pueden ser intrínsecos: la forma de calcular los honorarios del intermediario y su monto excesivo, la duración demasiado corta del servicio, etc. O extrínsecos: la falta de pruebas de la ejecución de la misión, la recepción de testimonios, la forma societaria del intermediario –sociedad off-shore sin empleados ni colaboradores–, el conocimiento personal del árbitro de la situación en el país en donde se presta el servicio⁽²³⁾,

(20) “Después de haber sopesado todos los elementos de prueba, estoy convencido de que un litigio tal, que implica groseras violaciones a las buenas costumbres y al orden público internacional, no puede ser sancionado por ninguna jurisdicción, ni en Argentina, ni en Francia, ni, para el caso en cuestión, en ningún país civilizado, ni siquiera por un tribunal arbitral. En consecuencia, la competencia (del tribunal arbitral) debe ser declinada [...]”. Extracto de la decisión del caso CCI Nº 1110, tomado de El Kosheri, Ahmed et Leboulanger, Philippe, cit., p. 11.

(21) OPPETIT, Bruno, “Le paradoxe de la corruption à l’épreuve du droit du commerce international”, en: *JDI*, 1987, pp. 5-21.

(22) Sobre la difícil prueba de las prácticas de corrupción, véase: COURT DE FONTMICHEL, Alexandre, cit., pp. 330-336.

(23) Como sucedió en el caso CCI Nº 1110, en donde el árbitro Lagergren argumentó: “[...] Durante el régimen peronista, cualquier persona que quisiera realizar negocios en Argentina debía enfrentarse al problema de los sobornos; la práctica de las comisiones que se pagaban a personas que estaban en posición de influir o de decidir sobre la adjudicación de contratos públicos parece haber sido aceptada, en mayor o menor medida, o, por lo menos, tolerada en la Argentina de aquella época”. El Kosheri, Ahmed et Leboulanger, Philippe, cit., p. 9.

También es importante tener en cuenta los estados financieros de las empresas que contratan intermediarios internacionales. “La primera etapa de la corrupción es la constitución de una caja negra, con el objeto de tener siempre disponibles sumas de dinero, por fuera de los registros contables, que servirán para el pago disimulado de comisiones ocultas”, Court de Fontmichel, Alexandre, cit., p. 85.

para la cual pueden resultar muy útiles los Índices de percepción de la corrupción publicados cada año por transparencia internacional⁽²⁴⁾.

Adicionalmente, para establecer la causa inmoral o ilícita, muchos países, como Colombia, tienden a exigir que los motivos inmorales hayan sido compartidos por ambas partes⁽²⁵⁾, lo cual dificulta aún más la situación, máxime si tenemos en cuenta que las empresas tienden a argumentar que los intermediarios actuaron deshonestamente, a sus espaldas, para así tratar de liberarse de su obligación de pagar los honorarios, generalmente, bastante cuantiosos.

B. En segundo lugar, la noción misma de arbitraje implica que el árbitro internacional deriva sus poderes sólo del acuerdo de las partes y, por ende, no administra justicia en nombre de ningún

Estado. Esto limita considerablemente su posibilidad de controlar los acuerdos de corrupción⁽²⁶⁾.

Hay que precisar que aun en la hipótesis en que se llegara a probar la causa o el objeto ilícitos del contrato, el árbitro sólo podría decretar la nulidad si una de las partes se lo solicitara (o si se determina en el *acta de misión*, en el sistema de la CCI), ya que, de lo contrario, expondría su laudo a un recurso de anulación por haber fallado *ultra petita*⁽²⁷⁾. A este mismo riesgo se encontraría expuesto si aplicara una ley distinta de aquella escogida por las partes, aun si ésta fuera susceptible de ser considerada como ley de policía⁽²⁸⁾.

Es importante tener en cuenta que como el árbitro internacional no zanja el conflicto por habilitación de ningún orden jurídico, ni nacional, ni internacional,

(24) Sobre los niveles de corrupción en Colombia, hay un brillante análisis estadístico-filosófico que, infortunadamente, permanece inédito: Anzola, Marcela y Botero, Juan José. *Elementos para pensar una "ética del servicio público"*. Universidad del Rosario, Aportes 350 años, Bogotá, 2003.

Adicionalmente resultan muy reveladoras las alarmantes cifras arrojadas por la encuesta Probidad III. Encuesta de percepción empresarial sobre corrupción. Confecámaras. Foro anticorrupción, Cámara de Comercio de Bogotá, 4 de Mayo de 2004.

"[...] [E]n algunos casos la corrupción es común y reconocida por las autoridades y la sociedad como algo normal. Cuando esto sucede, y las mismas entidades encargadas de investigar, juzgar y sancionar los actos de corrupción han sido afectadas por el problema, se dice que la corrupción es sistemática. En esta medida, la corrupción al interior de la justicia es uno de los tipos más perjudiciales y peligrosos de corrupción sistemática". SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et. al., *Corrupción, cerebro y sentimientos. Una indagación neuropsicológica en torno a la corrupción*. Ed. Método, Bogotá, 2007, p. 45.

(25) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil, T. III. De las obligaciones*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 97 y 98.

En un importante fallo, la Corte de Casación francesa modificó su posición y comenzó a aceptar la nulidad del contrato cuando sólo una de las partes fue determinada por motivos inmorales o ilícitos. Véase: Cour Cass. 1ère Ch. civile, 7 oct. 1998. *Défrenois*, 1998, 1408. Obs. Denis Mazeaud.

Sobre la evolución de la teoría de la causa en Francia, consúltese: MAZEAUD, Denis, "La notion de cause d'origine française" In: MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco, "Los contratos en el derecho privado", Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 121-136.

(26) MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, "Arbitraje internacional y corrupción", en: *Revista de derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 12, 2004, Talcahuano, Chile, pp. 77-88.

(27) HEUZÉ, Vincent, cit., pp. 3-6.

(28) *Ibidem*, p. 5.

ni transnacional, y, por consiguiente, todas las normas jurídicas distintas de la *lex contractus*, le son igualmente extranjeras. Los poderes del árbitro provienen de un acto privado –su contrato con las partes– y el laudo que él profiere es también un acto privado. En pocas palabras, el árbitro internacional no tiene foro. En este orden de ideas, no podría servirse de la excepción de orden público, ya que ésta es un correctivo excepcional que permite al juez descartar la norma jurídica extranjera normalmente aplicable, cuando aquélla consagre disposiciones que, para el caso concreto, conllevarían soluciones inadmisibles en el país del juez del foro. Por consiguiente, “la utilización del orden público ‘realmente internacional’ es totalmente incompatible con el origen contractual de la misión del árbitro”⁽²⁹⁾.

Además, como bien lo precisa el profesor Mayer, “no hay que olvidar – y éste es uno de los principios fundamentales imputados a la *lex mercatoria*– que el árbitro no tiene el poder de sustituir

su propia elección a aquella de las partes, si existe una elección expresa, clara y sin ambigüedades, y si no ha sido invocada ninguna razón válida para que se pueda negar a dar efecto a tal elección”⁽³⁰⁾. Si el árbitro no aplica la *lex contractus* y, en su lugar, toma en cuenta los principios del orden público realmente internacional⁽³¹⁾ o, simplemente, aplica una norma de la ley de otro Estado –considerada como ley de policía– expondría el laudo a su anulación por haber fallado por fuera de los límites de su misión.

No sobra mencionar que, en los laudos que se han proferido en casos de corrupción, los árbitros suelen referirse al orden público realmente internacional, pero, de forma más bien retórica, y las sanciones aplicadas corresponden a aquéllas de la *lex contractus*⁽³²⁾. Vale la pena resaltar una importante excepción: el caso CCI No. 1110 de 1963, en donde el árbitro Lagergren sustentó su decisión de declinar su competencia en unos principios de carácter general⁽³³⁾.

(29) *Loc. cit.*

(30) MAYER, Pierre, “La règle morale dans l’arbitrage international”, p. 391.

(31) Los principios constitutivos del orden público realmente internacional provienen de la mera constatación de prácticas generalizadas o, en el mejor de los casos, de la coincidencia de legislaciones de diferentes países. “Lo cual no les confiere ninguna superioridad análoga a aquella que tiene el derecho internacional, que proviene de fuente internacional, en un sentido mucho más fuerte, ya que emana de la comunidad de Estados. [...] Dado que la superioridad de la *lex mercatoria* no está demostrada, el pretender aplicar, para favorecer a sus reglas, el mecanismo del orden público en virtud de esta pretendida superioridad, constituye una violación al principio de la libre elección, por las partes, de la ley aplicable”, *cit.*, pp. 391 y 392.

(32) OPPETIT, Bruno, “Le paradoxe de la corruption à l’épreuve du droit du commerce international”, pp. 5-16, El Koshari, Ahmed et Leboulanger, Philippe, *cit.*, pp. 10-13, y HEUZÉ, Vincent, *cit.*, p. 3.

(33) “Pero el árbitro, a diferencia del juez, no tiene plenitud de jurisdicción. Él se encuentra circunscrito a la misión que le fue encomendada. Si las partes le solicitaron dejar de lado toda cuestión relacionada con atentados a las buenas costumbres, él no tiene derecho a tomar en cuenta las buenas costumbres para fallar de fondo. De igual manera, si las partes le solicitaron, en el contrato que lo une a ellas, establecer la conformidad con las buenas costumbres según los criterios de una legislación determinada, el árbitro no podría decidir de forma distinta. Es por esta razón que, en contra de la opinión de la mayoría de los autores, nosotros aprobamos el laudo proferido en 1963 por el árbitro sueco Lagergren, quien no quiso invalidar un contrato de comisión que tenía por objeto la corrupción en Argentina, ya que, en esta hipótesis, las partes habían, expresamente, dejado en las sombras la naturaleza de la misión del intermediario, y el árbitro sólo había podido descubrirla indagando por su cuenta”, MAYER, Pierre, “La règle morale dans l’arbitrage international”, *cit.*, p. 401.

C. Por último, existe un problema aún más grave: la tolerancia por parte de ciertos Estados frente a las prácticas de corrupción. Como bien lo dice el profesor Bruno Oppetit:

“a partir del momento en que se trata de conquistar los mercados fuera del territorio nacional, la reprobación moral a la corrupción se debilita singularmente o, incluso, se desvanece [...]”⁽³⁴⁾.

A modo de ejemplo, transcribo algunos apartes de decisiones judiciales proferidas en ciertos países europeos:

Corte administrativa de apelaciones de París, sentencia de 18 de marzo de 2004⁽³⁵⁾: “Los honorarios pagados por una empresa a un intermediario, como remuneración de una misión de prospección y asistencia comercial para la adjudicación de contratos públicos son deducibles de impuestos, así no existan documen-

tos que prueben la realización de dicha misión, siempre y cuando la intervención del intermediario le haya permitido a la empresa la celebración de nuevos contratos con colectividades con las cuales no había contratado anteriormente”⁽³⁶⁾.

Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de julio de 1983⁽³⁷⁾:

“El carácter ilícito de un pago no es óbice para su deducción de impuestos”.

Consejo de Estado francés, sentencia de 30 de octubre de 1991⁽³⁸⁾:

“Las comisiones pagadas para la obtención de contratos públicos son deducibles de impuestos cuando éstas permitieron a la empresa aumentar sus negocios de exportación”⁽³⁹⁾.

Hay un caso emblemático que vale la pena mencionar: una empresa multinacional contrató a un intermediario con el

⁽³⁴⁾ OPPETIT, “Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international”, cit., p. 11.

⁽³⁵⁾ C.A.A. Paris, 18 mars, N° 00-1793, R.J.F., 2004. 856.

⁽³⁶⁾ “El enfoque económico centra el análisis en el individuo y se olvida de las consideraciones morales relacionadas con las personas perjudicadas por la corrupción. Esta forma de estudiar la corrupción asume que los individuos tratan de maximizar sus ganancias sin tener en cuenta la pérdida del bienestar de los demás; por lo tanto la teoría económica asume que los corruptos son ‘egoístas perfectos’. Comúnmente, los corruptos no ven a sus víctimas y por lo tanto no las incluyen en sus evaluaciones de costo/beneficio”. Salcedo-Albarán, Eduardo. Et Al. cit., p. 43.

El problema más grave se presenta cuando la corrupción se institucionaliza a nivel internacional –como política de Estado– “externalizando”, por lo menos a corto plazo, sus costos –tanto de orden moral, como económico–, porque su práctica se realiza fuera de las fronteras nacionales, lo cual permite maximizar sus beneficios.

⁽³⁷⁾ C.E. 11 juillet, 1983, N° 33942, R.J.F., 1983, 1109.

⁽³⁸⁾ C.E. 30 octobre 1991, N° 80247, R.J.F., 1991, 1490.

⁽³⁹⁾ “Si bien es cierto que el derecho tributario no tiene por vocación instaurar un orden ético, ni moralizar los negocios, no podemos pasar por alto, sin embargo, que a partir del momento en que éste tolera e incluso acepta deliberadamente reconocerle consecuencias jurídicas a tales prácticas, introduce en el ordenamiento jurídico al cual pertenece una contradicción de normas que rompe la coherencia e impide interpretar globalmente este sistema jurídico como un ordenamiento que condena pura y simplemente la corrupción”, OPPETIT, “Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international”, cit., p. 15.

fin de que lo asistiera en una licitación para la adjudicación de un contrato de construcción de un puerto en Nigeria y, adicionalmente, le transfirió una importante suma para el pago de sobornos, dinero que el intermediario utilizó por fuera de los límites de su mandato. El tribunal arbitral condenó a la restitución, y el intermediario atacó la sentencia ante las jurisdicciones cantonales de Zurich y el tribunal federal, con base en el artículo 66 del código de las obligaciones suizo que establece:

“No hay lugar a la restitución de aquello que se dio para la obtención de un fin contrario a las buenas costumbres”.

El tribunal federal suizo, en sentencia de 27 de noviembre de 1973 decidió:

“La transferencia de una suma de dinero, destinada a cumplir con finalidades de corrupción, por una sociedad a otra, junto con la orden de tenerla a disposición de un tercero, no convierte el mandato ni en ilícito, ni contrario a las costumbres. Si el mandatario incumple la orden recibida, no podrá invocar el artículo 66 C.O. para liberarse de la demanda de indemnizar los daños del

mandato, fundamentada en este contrato o en un acto ilícito”⁽⁴⁰⁾.

Finalmente, es bueno aclarar que el laudo proferido por el árbitro suizo en el caso Hilmarton contra OTV que decretó la nulidad del contrato de intermediación porque, de acuerdo con el acervo probatorio, se trataba realmente de un acuerdo para el tráfico de influencias, fue anulado por la corte de justicia de Ginebra en sentencia de 17 de noviembre de 1989, y el tribunal federal suizo confirmó la anulación en decisión de 17 de abril de 1990, arguyendo que la disposición de la ley argelina que prohibía el tráfico de influencias (ley de 11 de febrero de 1978) era una medida exagerada, de naturaleza proteccionista, destinada a asegurar el monopolio del estado argelino respecto del comercio exterior, lo cual constituía un serio atentado al principio de la libertad contractual, tanto más cuanto que en la confederación helvética estaba permitido servirse de intermediarios para hacer el seguimiento de los trámites administrativos. Lo cual nos lleva a cuestionarnos seriamente sobre las diferencias entre la situación de corrupción interna –y la efectividad de su control dentro de las fronteras nacionales– en Suiza y en Argelia, y sobre las condiciones laborales y salariales de los empleados públicos suizos y argelinos⁽⁴¹⁾.

(40) T.F. 27 de noviembre de 1973. J.T. 1974, pp. 634 y ss. Citada por OPPETIT, Bruno, “Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international”, cit., p. 13.

(41) “¿Cómo es posible ignorar la situación de los funcionarios en Argelia, y en la mayoría de países en vía de desarrollo? ¿Cómo no saber, en particular, que ellos son las primeras –si no las únicas– víctimas de las restricciones presupuestales decididas hoy en día por la mayoría de aquellos Estados [...] y que, por consiguiente, las magras remuneraciones que reciben [...] los vuelven tanto más vulnerables a las proposiciones o ‘incitaciones’ exteriores, cuanto que las nociones de interés general, de servicio público o de colectividad nacional resultan para ellos mucho más desprovistas de sentido que aquellas de familia, pueblo, etnia o clan? ¿Cómo, en tales circunstancias, se le puede reprochar a estos Estados el querer controlar la actividad de los intermediarios para así combatir la corrupción y el tráfico de influencias [...] que conllevan a la dilapidación de sus escasos recursos y que constituyen un terrible flagelo no sólo para su economía, sino, además, y de manera fundamental, para su organización social?”, HEUZÉ, Vincent, cit., pp. 8 y 9.

Personalmente, creo que tiene toda la razón el profesor Pierre Mayer cuando afirma:

“la corrupción no es contraria ni a un uso del comercio internacional (ella constituye, por el contrario, un uso muy generalizado), ni a un principio general del derecho, en razón de su patrocinio por parte de ciertos estados cuando sus exportadores se sirven de ésta en territorio extranjero”⁽⁴²⁾.

Así las cosas, vale la pena preguntarse hasta qué punto podría el árbitro internacional aplicar las sanciones antes comentadas a los contratos de corrupción. ¿Cómo anular un contrato argumentando

que vulnera el orden público y las buenas costumbres cuando la realidad nos muestra que en el país de la *lex contractus* las prácticas de corrupción –fuera de sus fronteras nacionales, obviamente– son toleradas e incluso patrocinadas? Además, las convenciones internacionales que prohíben estas prácticas no parecen más que simples discursos retóricos, sin eficacia ni efectividad⁽⁴³⁾, que tienden a aproximarse al concepto de *soft law*⁽⁴⁴⁾.

¿Cómo podría el árbitro declararse incompetente cuando las partes no sólo le ocultan la práctica de corrupción, sino que, además, escogen como *lex arbitrii* una normativa permisiva? Tal vez ésta fue la razón que llevó al árbitro Lagergren a referirse exclusivamente a

“Algo similar a golpear un árbol sucede con los delitos de corrupción pública. En la mayoría de estos delitos, dado que se le da mal uso a los recursos públicos, se dice que se está dañando a toda la sociedad y dado que toda la sociedad no es el nombre propio de una persona o de un sistema físico intencional concreto e identificable, entonces es poco probable que dañar a toda la sociedad, como argumento, genere sentimientos de arrepentimiento o aversión. [...] Cuando se quiere convencer a una persona de que no cometa actos de corrupción pública porque esos actos afectan a la sociedad en general, es necesario que el sujeto de convencimiento reflexione para establecer el vínculo causal mediante el cual el acto presente de corrupción daña o afecta personas concretas o identificables, que se encuentran alejadas en el tiempo o en el espacio [...] Solamente la incorporación de prácticas orientadas al cumplimiento generalizado de la ley y al reconocimiento de la corrupción como una infracción, permite que una sociedad disminuya de manera estructural los niveles de corrupción”, SALCEDO-ALBARÁN, cit., pp. 105, 117 y 47.

(42) MAYER, Pierre, “La règle morale dans l’arbitrage international”, p. 396.

Teniendo en cuenta esta situación, se plantea el profesor OPPETIT: “¿en la actualidad, es todavía exacto enunciar un principio de ilicitud de las prácticas de corrupción en las relaciones comerciales internacionales, con un valor absoluto en virtud de las exigencias del orden público?”, OPPETIT, “Le paradoxe de la corruption à l’épreuve du droit du commerce international”, cit., p. 20.

(43) “Las leyes deben ser efectivas y eficaces. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas. [...] [C]uando se habla de eficacia se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada. Ahora bien, una norma puede ser eficaz –es decir, obedecida– y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que pretendía. En este caso la norma está mal diseñada porque es eficaz pero inefectiva”, CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, Ed. Fontamara, Col. BÉFDP, México, 1997, p. 62.

Sobre la efectividad de las normas, véase: CARBONNIER, Jean, “L’effectivité et l’ineffectivité de la règle de droit”, en: *Flexible droit*, LGDJ, París, 1998, pp. 140-152.

(44) Con las expresiones “derecho internacional flexible” o “soft law” se suelen designar aquellas normas “no constrictivas” que carecen de sanción jurisdiccional, y cuyo control se ejerce, exclusivamente, en el plano político y diplomático. Sobre el “soft law”, consúltese: CARREAU, Dominique, *Droit international*, Coll. Études internationales, Pédone, París, 2001, pp. 202-216.

unos “principios generales” para motivar su laudo⁽⁴⁵⁾.

El fenómeno de la corrupción en el comercio internacional constituye entonces una gran paradoja, ya que es unánimemente reprobado y, a la vez, universalmente practicado y, hasta cierto punto, generalmente aceptado⁽⁴⁶⁾. Ante esta situación de tolerancia política y social, los mecanismos jurídicos de control parecen insuficientes.

3. CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver, en no pocos casos, la normativa aplicable tanto al contrato de intermediación –lex contractus– como al procedimiento arbitral –lex arbitrii– no le facilitan al árbitro el control de las prácticas de corrupción. Si a esto le sumamos la actitud de las partes dirigida a proteger la validez de su acuerdo de corrupción, la situación se torna verdaderamente difícil. Así las cosas, “si el árbitro que se encuentra en esta situación no desea hacerse cómplice de un acto inmoral, no le queda, entonces, otra posibilidad que declinar su competencia”⁽⁴⁷⁾.

Analicemos bien la situación desde la perspectiva de la convención de árbitro: el contrato celebrado entre las partes y el árbitro⁽⁴⁸⁾. De forma preliminar, es importante precisar que el laudo internacional antes que encontrarse “deslocalizado” –que no pertenece a ningún sistema jurídico– se haya “multilocalizado”, es decir, que será sometido a la ley de cada uno de los países en donde se invoque⁽⁴⁹⁾: en principio, a la ley de la sede del arbitraje –en donde se puede pedir su anulación por razones de orden público– y a la ley del lugar de la ejecución –en donde, igualmente, se le puede negar el exequatur por motivos de orden público–⁽⁵⁰⁾.

La efectividad⁽⁵¹⁾ del laudo es analizada por el profesor Thomas Clay como una obligación nacida de la convención de árbitro: [...] nos parece lógico poner en cabeza del árbitro la obligación de tomar en cuenta la ejecución del laudo. [...] Ésta es la causa de la convención de árbitro. El árbitro es escogido en función de su aptitud para proferir un laudo que pueda ser ejecutado por el litigante vencedor”⁽⁵²⁾.

(45) “[...] [L]a existencia de principios generales directamente aplicables es concebible en lo concerniente a la incompetencia que resulta de la inadmisión de la acción arbitral cuya causa es contraria al orden público, mientras que el problema de la arbitrabilidad o la no-arbitrabilidad se encuentra, necesariamente, ligado a las reglas nacionales según la lex arbitrii”. El Kosheri, Ahmed et Leboulanger, Philippe, cit., p. 12.

(46) Un excelente análisis jurídico y filosófico del paradójico fenómeno de la corrupción en el comercio internacional, en OPPETIT, Bruno, “Le paradoxe de la corruption à l’épreuve du droit du commerce international”, cit., pp. 5-21.

(47) MAYER, Pierre, “La règle morale dans l’arbitrage international”, p. 401.

(48) Sobre la convención de árbitro, véase el excelente estudio realizado en: CLAY, Thomas, *L’arbitre*, Dalloz, París, 2001, pp. 499-808.

(49) MAYER, Pierre, “L’insertion de la sentence arbitrale dans l’ordre juridique français”, in: *Le droit et la pratique de l’arbitrage international en France*, Feduci, 1984, pp. 81-84.

(50) MAYER, Pierre, “La sentence contraire à l’ordre public au fond”, in: *Revue d’arbitrage*, París, 1994, pp. 615-652.

(51) “Una norma es efectiva si consigue el objetivo que pretende. Una norma es eficiente si consigue este objetivo con el mínimo coste posible”, CALSAMIGLIA, cit., p. 66.

(52) CLAY, Thomas, *L’arbitre*, p. 637.

Ahora bien, a un laudo que resuelve una disputa en relación con un contrato de corrupción bien se le podría negar el exequátur en el lugar de ejecución por ser contrario al orden público –por lo menos, en lo que respecta a ciertos países–. Así las cosas, ¿podríamos sostener que el árbitro *debe* sancionar las prácticas de corrupción en virtud de su obligación de proferir laudos efectivos? Esta solución no parece viable: si declarar la nulidad no entra dentro del campo de su misión, el árbitro no tiene la facultad de sancionar la invalidez del contrato, máxime si tenemos en cuenta que las partes, en la gran mayoría los casos, circunscriben las obligaciones de aquél, precisamente, en el sentido contrario, es decir, para que zanje un conflicto respecto de la ejecución de

un contrato y no sobre su validez, en relación con la cual prefieren dejar la situación en las sombras. Otra posibilidad sería argumentar, como lo plantea el profesor Mayer⁽⁵³⁾, que, antes que una obligación, el árbitro tendría un imperativo técnico⁽⁵⁴⁾ de proferir, en estas hipótesis, un laudo efectivo. Ahora, este imperativo no podría provenir de la convención de árbitro: ¿cómo sostener que la misma convención le impone la obligación de decidir sobre la ejecución de un contrato y, al tiempo, establece el imperativo técnico de invalidarlo?

Sobre el árbitro parece pesar, más bien, una verdadera carga⁽⁵⁵⁾ que debe formularse de manera negativa, hipotética⁽⁵⁶⁾ y universal⁽⁵⁷⁾:

(53) MAYER, Pierre, "L'arbitre et la loi", in: *Mélanges Catala*, Litec, París, 2001, pp. 228 y 229.

(54) Lo cual parece bastante contradictorio si tenemos en cuenta que los imperativos técnicos no pertenecen al "deber ser", sino al "ser". Las normas técnicas, son aquellas que "[...] indican un medio para alcanzar un fin. Las normas técnicas no están destinadas a gobernar la voluntad de los sujetos a los cuales van dirigidas, sino que lo que ellas indican se halla condicionado a esa voluntad. Por lo tanto, ellas presuponen fines de la acción humana y condiciones necesarias entre los fines y los actos que sirven como medios para alcanzarlos". MENDONÇA, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 46.

"Las reglas técnicas se sitúan fuera del discurso normativo: son proposiciones en sentido lógico, es decir, entidades de las cuales puede predicarse verdad o falsedad. El enunciado 'Debes calentar el agua a cien grados si quieres hacerla hervir', a pesar de que incluya el verbo 'deber', tiene un significado puramente descriptivo y puede reformularse simplemente así: 'El agua hierve a cien grados'". GUASTINI, Riccardo, "Obligación", en: *Distinguiendo*, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 114 y 115.

(55) Las cargas, a diferencia de los imperativos técnicos, sí pertenecen al "deber ser". "La diferencia puede ser aclarada diciendo que la reglas técnicas describen conexiones empíricas (preexistentes) entre una condición y una consecuencia, en tanto que las normas instrumentales prescriben, o mejor, instituyen conexiones normativas. Respecto de una conexión empírica [...] el lenguaje sólo puede discurrir. En cambio, una conexión normativa [...] es, por así decirlo, 'creada' por el lenguaje. [...] En fin, una norma instrumental es un enunciado que, lejos de describir, prescribe que cierto comportamiento sea tomado como condición para la obtención de un determinado resultado. [...] Lo que la norma prescribe, es más, constituye, es precisamente la relación condicional entre éste y aquél. El destinatario de la norma, entonces, no tiene la obligación de realizar ese comportamiento (ni mucho menos la obligación de perseguir ese fin): tiene la obligación condicionada de comportarse de ese modo si, y sólo si, desea obtener ese resultado. Esa obligación condicionada es lo que comúnmente se llama 'carga'. Ídem.


(56) "[H]ay una clase de conclusión imperativa que puede ser implicada por un conjunto de premisas puramente indicativas. Se trata del llamado imperativo 'hipotético'". HARE, Richard Mervyn, *El lenguaje de la moral*, Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, UNAM, México, 1975, p. 41.

(57) "Si tenemos que querer nuestras máximas como leyes universales, tenemos que querer que sean respetadas en todas las situaciones que se parezcan entre sí según las características universales especificadas en la máxima". HARE, Richard Mervyn, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*. Trad. Joan Vergés Gifra, Ariel Filosofía, Barcelona, 1999, p. 145.

“si se quiere ser un buen árbitro internacional, no se deben proferir laudos inefectivos” o, mejor aún, “si se quiere ser un buen árbitro internacional, no se deben proferir laudos que patrocinen las prácticas de corrupción”⁽⁵⁸⁾.

Esto no es nada distinto de una verdadera prescripción, un imperativo universal, es decir, un juicio moral. En este orden de ideas, esta carga no podría proceder de

la convención de árbitro sino, como bien lo sostuvo el señor Lagergren, de principios generales que justificarían la decisión de declinar su competencia.⁽⁵⁹⁾

Personalmente, creo que si partimos del supuesto de que el árbitro se ha convertido en el juez natural del comercio internacional, debemos aceptar que, al igual que todo juez⁽⁶⁰⁾, él debe propugnar por la moralidad de los negocios internacionales y luchar contra el flagelo de la corrupción⁽⁶¹⁾. 

⁽⁵⁸⁾ “El lenguaje moral es frecuentemente emotivo, por la simple razón de que las situaciones en que es típicamente usado son situaciones que a menudo nos conciernen profundamente”, HARE, *El lenguaje de la moral*, cit., p. 140.

⁽⁵⁹⁾ Para argumentar sobre cuestiones morales, “[p]rimero tenemos que considerar las consecuencias de adoptar una política u otra, y luego encontrar pautas que, en caso de ser en general respetadas, conduzcan a los mejores cursos de acción. Y los mejores cursos de acción son aquellos cursos que, considerando todo, favorecen más a la gente de la sociedad, contando que cada uno vale por uno y que nadie vale más que uno; es decir, tratando a cada individuo como un fin”, HARE, *Ordenando la ética, Una clasificación de las teorías éticas*, cit., p. 159.

⁽⁶⁰⁾ Utilizo la palabra “juez” para designar a aquel tercero que administra justicia, en principio, zanjando un conflicto, y no al funcionario de la rama judicial del poder público. En este sentido, precisamente, el árbitro es un “juez”; sin embargo, como no administra justicia en nombre de ningún Estado soberano y sus poderes los deriva de su contrato con las partes, no dispone de los mismos instrumentos jurídicos –fundamentalmente del imperium– que el juez judicial para cumplir con sus funciones.

⁽⁶¹⁾ “Tales demandas expresan la conciencia moral de una sociedad. Esta conciencia no es uniforme. Varía de un individuo a otro y cambia a lo largo de la historia. Los primeros motores del cambio son generalmente algunos individuos excepcionales, tales como los fundadores y reformadores de una religión, los filósofos de la moral o jueces experimentados y prestigiosos. Puede decirse que estos individuos ‘moldean’ las nociones de la justicia y de la moralidad que llegan a prevalecer en una sociedad. Su papel como ‘moldeadores’ los coloca ‘a la cabeza de los desarrollos’ y, a veces, en un conflicto trágico con la conciencia moral de la mayoría de sus contemporáneos”. VON WRIGHT, Georg Henrik. “Ser y deber ser”, in: *Aarnio, Aulis*, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki, *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 108.

Arbitraje de Inversión

ARBITRANDO LA INVERSIÓN

Por: FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

SUMARIO: 1. La aparición del arbitraje de inversión. 2. Elementos propios del arbitraje de inversión. 2.1. Los sujetos: Estado e inversionista extranjero. 2.2. Las fuentes del nuevo derecho de la inversión. 2.3. La noción de inversión. 2.4. El derecho aplicable. 2.5. Una nueva forma de razonamiento jurídico. 3. Los principios fundamentales: La buena fe como eje del sistema de principios del derecho internacional. 4. Conclusiones.

1. LA APARICIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Me parece importante poner de relieve una nueva modalidad de arbitraje que ha adquirido personalidad propia y que resulta de la mayor importancia en nuestro mundo globalizado. Me refiero al arbitraje de inversión.

No es una criatura que pudiéramos considerar como recién nacida. Diría más bien que ya es una categoría arbitral adolescente. Sin embargo, todavía es poco conocida y, como tiene una edad relativamente joven, queda mucho por hacer respecto de ella a fin de asegurarle un crecimiento adecuado. Por eso, considero

que el tema es de la mayor relevancia y de toda oportunidad.

Las categorías clásicas del arbitraje han sido las de arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. Los límites entre estos dos tipos de procesos son complicados: el procedimiento tiende a ser similar y los métodos de razonamiento cada vez se acercan más, particularmente cuando la materia de la controversia no es una materia estrictamente técnica sino que involucra una perspectiva jurídica. Pero, mal que bien, la distinción ha resistido el paso de los años y, aun cuando no sabemos muy bien qué hacer con ella, está presente en todas las leyes de arbitraje.

(*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies Granda Abogados.

Luego se creó una diferenciación adicional entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional (me estoy refiriendo al arbitraje comercial o de negocios y no al arbitraje político entre Estados por razones de fronteras u otras de derecho público que, obviamente, es bastante antiguo). Esta división se encuentra acorde con la extraordinaria evolución del comercio mundial de los últimos cien años.

Pero a fines del S. XX aparece una nueva categoría –llamada arbitraje de inversión– que, manteniéndose dentro del campo del arbitraje internacional en materia de negocios, se separa del arbitraje puramente comercial y se constituye así como un tipo independiente.

En realidad, si bien los arbitrajes internacionales existen desde hace mucho tiempo –tanto en cuestiones de derecho público como en cuestiones de derecho privado– el arbitraje de inversión no se conocía en el S. XIX, probablemente porque no era necesario. Durante esa época de apogeo imperialista, las potencias internacionales invertían particularmente en sus propias colonias; motivo por el cual los conflictos eran resueltos con el derecho de la metrópoli. Además, esta relación de metrópoli y colonia no daba cabida al conflicto –que hoy llamamos propiamente de inversión– entre un inversionista extranjero y un Estado receptor, distinto del Estado al cual pertenece el inversionista. Cuando la inversión se producía excepcionalmente en un país independiente que no era colonia del país del inversionista o cuando se suscitaban problemas comerciales con las colonias de otro país, las potencias entre sí, en defensa de sus inversionistas, planteaban reclamaciones diplomáticas de Estado a

Estado y, eventualmente, acudían a la acción militar.

Alguna vez se recurría excepcionalmente al arbitraje en las relaciones comerciales que afectaban a ciudadanos de dos Estados diferentes o en los actos de un Estado que lesionaban el derecho de un comerciante extranjero. Pero no se trataba de un arbitraje profesional sino político, ya que se buscaba como árbitros a destacados Jefes de Estado de países ajenos a la controversia. En el Perú tenemos un caso de arbitraje en el S. XIX, cuando el barco peruano “María Luz”, que transportaba coolies chinos desde la Macao al Callao, tuvo que acogerse al abrigo del puerto de Yokohama para reparar los graves daños en su velamen causados por un temporal en medio del Océano. En esas circunstancias, la nave fue retenida por el gobierno de Japón aduciendo que el transporte de inmigrantes chinos a América en condiciones particularmente duras no podía ser aceptado por el Japón. Es así como los inmigrantes chinos fueron devueltos a su país, el capitán peruano y su tripulación regresaron al Perú en una nave de pasajeros y el “María Luz” permaneció durante varios años en el puerto japonés sin que el gobierno nipón diera señales de devolverlo. Finalmente, se logró pactar un arbitraje para resolver el problema. Japón y el Perú discutieron sobre los posibles árbitros, considerándose entre ellos a la Reina de Inglaterra, al Presidente de los Estados Unidos, al Emperador de Alemania, al Rey de Bélgica y otros similares. Uno y otro país objetaban cada propuesta aduciendo que se trataba de un Jefe de Estado con alianzas o cercanía política con la parte contraria. Finalmente se nombró como árbitro para dirimir esa controversia entre el Emperador del Sol

Naciente y el Presidente del Perú nada menos que al Zar de todas las Rusias⁽¹⁾.

En el fondo, las controversias comerciales internacionales quedaban sometidas a las jurisdicciones acordadas por las grandes potencias, lo que hacía dudar de su imparcialidad irritando a los países emergentes. En este sentido, América Latina era particularmente sensible ya que, sin ser colonia de ningún otro país, estaba sometida a los dictados de las grandes potencias colonialistas.

Es por ello que el planteamiento más radical y valiente surge de América Latina. El jurista y diplomático argentino Carlos Calvo, planteó como doctrina la política de no aceptar tanto la reclamación diplomática respecto de asuntos privados como tampoco la jurisdicción extranjera en los contratos celebrados por el Estado. Es en esta forma que se incorporó en dichos contratos la llamada “cláusula Calvo” por la que las partes –básicamente, el inversionista extranjero– se comprometen a no recurrir a una reclamación diplomática y a someter toda controversia a la jurisdicción de los jueces locales. De esta manera, la única vía de solución de conflictos entre un inversionista y el Estado receptor, que quedaba posible, era la de los tribunales nacionales del país que acogía la inversión.

Sin embargo, esta doctrina, imbuida de una dignidad altiva, no funcionó cuando menos en el aspecto del sometimiento del inversionista extranjero a los tribunales nacionales; por el contrario, su

aplicación trajo consecuencias funestas para la economía latinoamericana.

Como era de esperar, los inversionistas foráneos no estaban dispuestos a arriesgar sus capitales en América Latina colocándolos en manos de la justicia local, de la cual pudiera temerse que fuera parcializada contra el extranjero. La cláusula Calvo era un sueño de rebeldía que satisfacía el ego latinoamericano pero producía gravísimos daños desde la perspectiva del desarrollo económico. Las inversiones se hicieron más cautelosas y no se realizaron en la magnitud deseada por los propios países en desarrollo. A falta de inversiones y dada la necesidad de capital, fue necesario recurrir a los préstamos internacionales. Algunos países latinoamericanos aceptaron excluir excepcionalmente estos préstamos de la mencionada cláusula y admitir un arbitraje en el extranjero. Pero este sistema basado en préstamos ahorcaba económicamente a los países en desarrollo, con los pagos del capital y de los intereses.

Es así como se tuvo consciencia de la urgencia –aún más apremiante en un mundo en proceso galopante de globalización– de facilitar la inversión extranjera en sustitución del préstamo internacional, de manera que no hubieran armadas que pagar y que quienes traían su capital al país estuvieran sujetos a los riesgos normales de toda inversión. La inversión extranjera no debía ser considerada condenable como antaño sino que, por el contrario, debía apreciarse como condición esencial del desarrollo económico.

(1) DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *En el país de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del S. XIX*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994. T. II, pp. 626-634.

A partir de esta nueva manera de ver las cosas, se desarrollaron varias iniciativas para buscar un sistema arbitral independiente, técnico, que diera confianza al inversionista pero que permitiera a su vez una defensa válida del Estado receptor. Entre ellas, una de las más importantes fue la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el CIADI o el ICSID, según sus siglas en inglés), que pone a disposición de países y de inversionistas la posibilidad de solucionar sus disputas ante árbitros internacionales expertos en la materia, bajo la supervisión de una institución también internacional de gran prestigio, como es el Banco Mundial.

Y es de esta manera que, dentro del arbitraje internacional, asume personalidad propia el arbitraje de inversión, distinguiéndose del arbitraje comercial.

No hay duda ahora que –como señala Bernardo M. Cremades⁽²⁾– se ha abierto una nueva categoría de arbitrajes, que va desarrollando su propia jurisprudencia y sus propios principios. Y el Prof. Thomas Waelde hace la distinción conceptual con los arbitrajes internacionales comerciales de una manera muy clara: los arbitrajes comerciales, dice, “suponen partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía

y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género”⁽³⁾.

2. ELEMENTOS PROPIOS DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

2.1. Los sujetos: Estado e inversionista extranjero

No cabe duda de que el origen remoto de este nuevo derecho de la inversión se encuentra en la *lex mercatoria* de la Edad Media como protección del extranjero en tanto que parte débil de la relación contractual con los naturales de un lugar.

Como se recordará, hacia el S. XII se produce en Europa un auge del comercio a distancia con las caravanas de comerciantes que, corriendo múltiples riesgos, viajan hasta el Asia para traer especias, seda, perfumes y otros productos hasta entonces desconocidos en Occidente. Y luego visitan las ciudades europeas por unos días ofreciendo en ellas sus productos. Sin embargo, esos extranjeros itinerantes temían ser objeto de la envidia, de la codicia o simplemente de la trampa local, tanto a manos de los lugareños como de la autoridad municipal. Se sentían débiles frente a la autoridad política local que podía exigirles obligaciones arbitrarias y luego aplicar severas multas por su infracción, quedándose con la mercadería que tanto esfuerzo había costado obtener a esos comerciantes viajeros. Desconfiaban también de la autoridad

(2) CREMADES, BERNARDO M., “Recent Developments in Investment Arbitrations: Claims under Investment Treaties for Conducts that also involves Contracts with Governments or Government-attributed Entities”, en: *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, issue 3, Julio 2004.

(3) WÄLDE, Thomas, “Opinión independiente de 26 de Enero de 2006”, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Par 12.

judicial del lugar –que en esa época se identificaba muchas veces con la autoridad política– para someter sus pleitos contra los lugareños en relación con las compraventas efectuadas, porque pensaban que esos jueces iban a tender a considerar con mejores ojos a los locales que a los extranjeros. Y es desde esta percepción de la desigualdad del extranjero que surgen las protecciones que constituyen la llamada *lex mercatoria*⁽⁴⁾.

En el mundo de hoy, ha surgido este nuevo derecho de la inversión extranjera cuya principal característica es que regula las relaciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, considerando –una vez más– la debilidad inherente del inversionista frente al Estado.

Lo que pretende este Derecho en formación es colocar en un pie de igualdad al inversionista privado extranjero y al Estado receptor, vinculando así de manera equitativa a una persona de derecho privado con una persona de derecho público que gobierna un país distinto al del origen de la inversión. Hasta entonces, no era posible para una empresa privada iniciar un procedimiento internacional de solución de conflictos contra un Estado. Hasta la creación de este nuevo derecho, el Estado receptor no podía ser demandado por un particular ante un tribunal internacional. Todo lo que podía hacer el inversionista era demandar a ese Estado ante el Poder Judicial local. En cambio, en el plano internacional sólo le quedaba la posibilidad de ejercer una presión de hecho, a través de su propio gobierno; presión que podía ser una simple intervención diplomática, una ruptura de relacio-

nes y, finalmente, si el caso lo justificaba, la acción armada. En cambio, a través del CIADI y otros mecanismos, se instituyó un procedimiento privado, en el plano netamente jurídico, para tratar de conciliar o de resolver por arbitraje el conflicto.

Este tipo de derecho de la inversión –y la consecuente modalidad de arbitraje– no se ocupa de los problemas del inversionista extranjero con sus proveedores locales ni con ningún otro elemento privado vinculado a su operación. El campo exclusivo al cual me estoy refiriendo como propio de esta nueva rama del arbitraje son las relaciones entre ese inversionista extranjero y el Estado receptor, en tanto que éste, a través de su *ius imperium*, puede perturbar la operación económica normal del inversionista. Cabe la posibilidad de que el Estado receptor, actuando como Estado, ponga dificultades anormales para dar la autorización a la actividad materia de la inversión o que discrimine entre los inversionistas nacionales y extranjeros o que afecte, directa o indirectamente, la propiedad, las ganancias y, en general, los derechos del inversionista sin un motivo legítimo.

La posibilidad de un arbitraje internacional independiente, a cargo de expertos y no de políticos ni de personas vinculadas a la actividad económica ni del país inversionista ni del país que recibe la inversión, es sin duda un paso adelante para facilitar las inversiones más allá de las fronteras en todas partes del mundo. De esta forma, el Estado receptor se cuidará particularmente de no incurrir en acción alguna que afecte su imagen en el mercado de capitales, ya que le interesa

(4) DE TRAZEGNIES, Fernando, “¿Lex mercatoria rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 3, Grijley, Lima, 2006.

ser elegido por los inversionistas a fin de promover su propio desarrollo económico; y, por otra parte, el inversionista sabe que no será juzgado con las leyes y por los tribunales de su país de origen pero tampoco con las leyes y por los tribunales del país con el que tiene conflicto. La resolución del conflicto estará a cargo de un tribunal independiente en el que participarán los mejores especialistas internacionales.

Como puede apreciarse, la razón de esta protección al inversionista se basa en una comprobación fáctica, similar a la efectuada por los comerciantes medievales respecto del riesgo jurídico que está implícito en toda operación en el extranjero. El Estado receptor juega un doble papel que crea una gran vulnerabilidad al inversionista extranjero: es contratante y además es autoridad con imperio. En otras palabras, el Estado receptor, de un lado, es la contraparte del inversionista extranjero; de otro lado, esa contraparte es la autoridad que rige las actividades del inversionista y, por ese motivo, puede imponerle reglas que afecten sus derechos.

Este rasgo protector del inversionista extranjero que domina el arbitraje de inversión lleva a una asimetría en la construcción del sistema: el inversionista puede demandar al Estado receptor, pero el Estado no puede demandar al inversionista. Pero esta asimetría se justifica en el hecho de que el Estado puede en cualquier momento aplicar el derecho nacional al inversionista, sin consultar a nadie; por consiguiente, es al inversionista a quien

hay que darle un medio de defensa a través de un juicio imparcial mediante árbitros. En ese sentido, como dice el Prof. Waelde, la aparente asimetría del arbitraje de inversión es una forma de equilibrar la asimetría constitutiva de la relación en la que el Estado tiene todos los poderes frente al inversionista. Así esa aparente asimetría arbitral es el otro lado del espejo de la asimetría que existe en la realidad⁽⁵⁾.

2.2. Las fuentes del nuevo derecho de la inversión

Otro elemento que distingue este derecho *sui generis* del derecho internacional comercial es el hecho de tener fuentes propias.

Indudablemente, una fuente fundacional es la Convención de Washington por la que se creó el CIADI en 1966 y a la cual se ha adherido el Perú. En ella se establece, dentro de la línea de la Doctrina Calvo, que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en acogerse a dicha Convención⁽⁶⁾. Pero, en vez de exigir el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales locales, la Convención crea una jurisdicción arbitral absolutamente internacional que se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado

(5) WAELDE, Thomas W., "International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology", en: *Report of the 2004 Research Seminar on International Investment Law*, Hague Academy of International Law, 2005, p. 14.

(6) Convención de Washington, artículo 27 (1).

contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro⁽⁷⁾.

Una de las formas que fueron empleadas para someterse a la jurisdicción del CIADI fueron los convenios de estabilidad jurídica, suscritos entre los inversionistas y el Estado receptor, bajo la forma de un contrato. Sin embargo, actualmente existe un nuevo medio legal bastante novedoso que son los Tratados Bilaterales de Inversión (o BITs, según sus siglas en inglés).

Los BITs (Bilateral Investment Agreements) son tratados entre países en virtud de los cuales se establecen recíprocamente garantías para la inversión privada en sus respectivos territorios. Estos instrumentos legales –tanto los convenios de estabilidad jurídica como los BITs– presentan variaciones en su redacción. Pero todos ellos contienen garantías respecto de la no discriminación del inversionista extranjero, así como sobre expropiación, transferencias de capital y otros temas similares, estableciendo generalmente que las discrepancias a este respecto podrán ser conocidas sea por los tribunales del país en el que se realizó la inversión, sea por un arbitraje del CIADI o un arbitraje *ad hoc* de acuerdo a las reglas de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, a elección del inversionista.

Por el momento, hay suscritos ya más de 2,500 BITs. El Perú ha suscrito alrededor de 30 BITs, con países de todas partes del mundo. No hay duda de que estos acuerdos, en aquello que tienen de común –y es mucho– han ido formando una cierta consciencia de lo que la comunidad jurídica internacional piensa sobre las condiciones justas del tratamiento a la inversión extranjera. Cuando el Perú suscriba el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, éste funcionará como un BIT⁽⁸⁾.

Otra fuente jurídica importante en esta materia son algunos tratados multilaterales que establecen también sistemas de protección al inversionista. Quizá el más característico es el *North American Free Trade Agreement* (conocido como NAFTA), que agrupa a México, Estados Unidos y Canadá.

Sin embargo, una de las fuentes jurídicas más importantes en esta materia es la jurisprudencia que, si bien no es vinculante, va estableciendo las bases de una doctrina generalmente admitida y de un derecho consuetudinario internacional. Como señala Tomas W. Waelde, si bien los tratados bilaterales, los multilaterales y los convenios de estabilidad jurídica proporcionan un importante soporte al derecho de la inversión, no cabe duda que el impulso creativo de principios e interpretaciones en esta materia está dado por los tribunales arbitrales que conocen casos de inversión⁽⁹⁾.

(7) Convención de Washington, artículo 25.

(8) A la fecha de publicación de la presente el Tratado de Libre Comercio ya fue ratificado y está en plena vigencia.

(9) WAELDE, Thomas W., "International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology", en: *Report of the 2004 Research Seminar on International Investment Law*, Hague Academy of International Law, 2005, p. 4.

2.3. La noción de inversión

Un concepto particularmente crítico es el de inversión, porque estamos vinculando todo este nuevo sistema jurídico –y el arbitraje al que da lugar– a ese tipo de operación económica; por tanto, debemos tener particular cuidado en precisar aquello que se entiende por inversión.

La definición de la inversión es muy controvertida en sus límites.

En los años 1970 y bajo la influencia del Fondo Monetario Internacional se designaba inversión extranjera a la asignación duradera de capital y, por ese motivo, se asimilaba esta expresión al derecho de propiedad. En cambio, actualmente los BITs incluyen generalmente las deudas dentro del término de inversión, a condición de que estén vinculadas al desarrollo nacional, es decir, que no se trate de los préstamos bancarios a corto plazo⁽¹⁰⁾. En cambio no parecen asimilables al concepto de inversión las reclamaciones pecuniarias que se deriven de operaciones simplemente de compra de bienes o servicios o del otorgamiento de créditos comerciales.

En materia de deudas, hay incluso cuando menos dos casos en los que la reclamación fue planteada sobre la base de los respectivos BITs –uno contra Venezuela y otro contra la República Eslovena– donde el tribunal arbitral resolvió que el arbitraje de inversión era competente para conocer reclamaciones sobre deudas. Thomas W. Waelde se pregunta por qué,

entonces, estos casos no son más frecuentes. Y responde que ello obedece no a que el BIT no sea aplicable sino a que en las relaciones financieras se pacta generalmente que los conflictos que resulten de ellos serán resueltos por los Tribunales de Nueva York o de Londres, lo que hace inoperativo el BIT en este campo⁽¹¹⁾. Por otra parte, los principios y remedios desarrollados por el arbitraje de inversión a los que me referiré más adelante, tales como el tratamiento correcto y equitativo, la no discriminación, la condena a la expropiación indirecta y otros, no han sido pensados en función de obligaciones financieras y, por tanto, no se ajustan adecuadamente a este tipo de reclamaciones⁽¹²⁾. Sin embargo, el Prof. Waelde considera que, pese a ello, el arbitraje de inversión puede adaptarse perfectamente y con ventaja a los préstamos vinculados con el desarrollo económico.

2.4. El derecho aplicable

Un elemento peculiar del derecho de la inversión extranjera es también la ley aplicable para la resolución de conflictos.

A este respecto, la Convención de Washington establece que el derecho aplicable en el arbitraje será el acordado por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ WAELDE, Thomas W., *The Serbian Loans Case – A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?*, 2004, pp. 15-16.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 14.

⁽¹³⁾ Convención de Washington, artículo 42 (1).

Sin embargo –y esto es de la mayor importancia– reiterada jurisprudencia de los tribunales CIADI ha establecido que en todos los casos debe aplicarse el derecho Internacional como fuente paralela y de alguna manera controladora de los derechos nacionales que pudieran ser aplicables por acuerdo entre las partes o de oficio, debido a que el derecho internacional proporciona un standard mínimo de garantías que no pueden ser soslayadas mediante la aplicación de ningún derecho nacional. De esta manera ha sido consagrada la aplicación tutelar del derecho internacional, en razón de la debilidad de una de las partes, aquellos en los que las partes han expresamente convenido en someterse a un sistema jurídico nacional determinado, sin mencionar a las reglas de derecho internacional⁽¹⁴⁾.

Es verdad que, en relación con el artículo 42 del reglamento del CIADI, se ha pretendido sostener que el derecho internacional se aplica sólo para llenar los vacíos de la ley nacional escogida o, a falta de una elección, los vacíos de la ley nacional del país donde se hace la inversión.

Sin embargo, este tema fue expresamente discutido en la comisión que preparó el proyecto de reglamento y, por abrumadora mayoría, ganó la tesis de que el derecho internacional rige plenamente en todos los casos; y el Presidente de la Comisión, Aron Broches, aclaró expresamente que un acto válido según la ley nacional daría de todas maneras lugar a responsabilidad internacional si era inconsistente con el derecho internacional. Esta preeminencia del derecho internacional se justifica

en la necesidad de un control independiente de la conducta de las partes, ya no desde la perspectiva de la ley de una u otra parte sino de los standards mínimos del derecho internacional que aspiran al desarrollo económico global, la libre circulación de los capitales y las facilidades para la inversión entre los países, todos ellos objetivos de la Convención de Washington.

Un caso en el que se afirmó este criterio fue el de SPP v. Egipto, donde se discutía si se aplicaba la ley nacional egipcia por presunción o si, conforme a la alternativa del artículo 42, se aplicaba ésta y además el derecho internacional. Y el tribunal declaró que este desacuerdo no tenía ningún sentido, por cuando la ley internacional es aplicable siempre, afirmando que, aun cuando fuera cierto que existía un acuerdo tácito para la aplicación de la ley egipcia, este acuerdo no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas situaciones⁽¹⁵⁾.

Y el jurista Guido Santiago Tawil agrega que la exclusión total del derecho internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al standard mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el derecho internacional consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre Tawil, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión⁽¹⁶⁾.

(14) GUIDO SANTIAGO, Tawil, cit., p. 9.

(15) *Ibidem*, pp. 9-10.

(16) *Ibidem*, p. 10.

“Por consiguiente”, agrega Tawil, “deben preservarse ciertos standards internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al derecho internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del derecho internacional que proveen un standard internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatorias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales”⁽¹⁷⁾.

Y concluye Tawil diciendo que “Aun si las partes no incluyen el derecho internacional en su acuerdo sobre ley aplicable, el tribunal preservará la aplicación de un *minimum* de standards internacionales”⁽¹⁸⁾.

Schreuer, por su parte, advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del derecho internacional, “esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos standards de protección a los extranjeros y a sus

propiedades desarrollados en el derecho internacional consuetudinario. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: ‘promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo’”⁽¹⁹⁾.

Y Schreuer afirma en tono concluyente que:

“(…) la práctica de los tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [policy], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente”⁽²⁰⁾.

Y, en otro pasaje del texto citado, dice que:

“El peso de los argumentos reseñados más arriba, milita fuertemente a favor de la preservación de standards mínimos internacionales, aun en el caso de ausencia de una referencia al derecho internacional en la cláusula que recoge el acuerdo sobre la ley aplicable”⁽²¹⁾.

En un caso relativamente reciente, un tribunal arbitral ha determinado que el artículo 42(1) del Convenio del CIADI exige que el tribunal aplique “la legislación

(17) *Loc. cit.*

(18) *Loc. cit.*

(19) CHRISTOPH SCHREUER, cit., par. 67, p. 588.

(20) *Ibidem*, p. 586.

(21) *Ibidem*, p. 591.

del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de derecho internacional privado), y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables. Asimismo, aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEI Bermuda, este tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional”⁽²²⁾⁽²³⁾.

2.5. Una nueva forma de razonamiento jurídico

Pero quizá la característica más interesante de este derecho de la inversión extranjera es la preponderancia de los principios tanto sobre el incipiente derecho positivo internacional como también sobre las legislaciones nacionales.

En esta nueva área del Derecho Internacional nos sacudimos del positivismo para ingresar al mundo de los principios que están en permanente creación y desarrollo. Como decía Ulpiano respecto del derecho romano: *non ex regular sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*; esto es, el derecho no se forma con la suma de las normas positivas sino con los principios que son los que dan origen a las normas positivas. Por consiguiente, no son los BITS que dan origen a los principios sino los principios que dan origen a los BITS. El BIT da cuenta de este nacimiento y se convierte en la partida registral del nuevo principio internacional.

¿Y de dónde salen estos principios? Pues de la misma fuente que inspiró el derecho romano y todas las grandes construcciones jurídicas: nacen de un análisis racional y equilibrado de las situaciones. Los romanos comparaban casos y de esta manera iban extrayendo ciertos principios; las normas positivas no eran sino la coagulación de estos principios, que podía darse como no darse. De la misma forma, el actual derecho internacional surge del análisis teórico de la forma como se van resolviendo los casos por distintos tribunales y de ellos infiere ciertos principios. A su vez, estos principios servirán de base para la redacción de los BITS. Pero no son los BITS que están antes que los principios sino que son los principios que están antes y que dan forma a los BITS.

Como lo decía ya Ignacio Joseph de Ortega en el S. XVIII, en su obra sobre la interpretación de los tratados, “las palabras deben servir a la intención; no la intención a las palabras”⁽²⁴⁾. Y Alberico Gentil sostenía que “en los contratos de los Príncipes”, hay que interpretar “mirando la verdad, a quien venera el derecho de Gentes, y con la que procede la buena fe”. Agrega que a veces la mala fe puede estar en la intención y ésta se esconde con palabras en el texto “cubriendo la malicia con la literal expresión de las palabras”, de manera de burlar “la inteligencia, que regule el contrato con justicia y equidad”. Y advierte que “con razón exclama Marco Tulio y Erasmo, diciendo que cuando supersticiosamente se

(22) Caso N° ARB (AF)/97/2 del CIADI, Laudo del 1 de noviembre 1999, Par. 86. DOCSMTL: 17767846.

(23) Caso N° ARB /03/28 del CIADI, Duke Energy International Perú Investments N° 1, LTD v. La República del Perú, Decisión sobre competencia, 1º Febrero 2006, párr. 162.

(24) DE ORTEGA, Ignacio Joseph, *Questiones de Derecho Público en interpretación de Tratados de Paces. En la Oficina de Antonio Marín*, Madrid, 1747, p. 1.

estriba en las palabras, es cuando principalmente se intenta apartar de la equidad”(25). Y frente a algunos que pretenderían afirmar que la mejor manera de evitar la mala fe es eliminando toda interpretación y tomando las palabras en su sentido literal, Ortega disiente afirmando que “de los pactos se debe separar toda interpretación dolosa, cavilosa y circunscrita”(26); y que una de las reglas fundamentales de la interpretación de los tratados y contratos es que “el pacto se debe regular e interpretar según la naturaleza del acto, sobre que recae; y así todas las limitaciones, condiciones y restricciones que por su naturaleza, en justicia, equidad o legítima costumbre padezca el acto prometido, deberán sufrir en el cumplimiento del pacto”(27); de manera que “un contrato se entiende que abraza todas las circunstancias y cualidades de él, sujetándose a todas las condiciones que sean naturales del contrato, aunque no se expresen”(28).

3. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: LA BUENA FE COMO EJE DEL SISTEMA DE PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

No es posible todavía establecer con claridad el orden y jerarquía de los principios que ha venido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia internacional. Es-

tamos ante un proceso muy activo y, como en toda superficie efervescente, es difícil decir qué burbuja se encuentra subordinada a cuál otra.

Sin embargo, parecería que el elemento fundamental, la piedra angular sobre la cual se levanta toda la construcción del derecho de la inversión extranjera es —como en todos los campos del derecho— el concepto de buena fe.

Es muy importante conceptualmente el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia internacional modernas hayan también ratificado de manera categórica que el principio de la buena fe es central en el derecho internacional(29). Y es así como en el derecho internacional de la inversión se ha sostenido que “La buena fe es un principio supremo, que rige las relaciones jurídicas en todos sus aspectos y contenidos” y cuyo contenido es básicamente “espíritu de lealtad, respeto por la ley y fidelidad. En otras palabras, ausencia de disimulación o fraude en la relación entre dos o más partes dentro de un acto jurídico”. Y, más precisamente con relación al contrato, la buena fe significa ausencia de trampa, de engaño, o de artificio durante la negociación y ejecución de instrumentos que dan lugar a una inversión, así como la lealtad, verdad e intención de mantener la ejecución recíproca de las partes(30).

(25) DE ORTEGA, Ignacio Joseph, *Questiones de Derecho Público en interpretación de Tratados de Pacés*, cit., p. 4.

(26) *Ibidem*, p. 8.

(27) *Ibidem*, p. 10.

(28) *Ibidem*, p. 10.

(29) Caso CIADI Nº ARB (AF)/002/. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos. Laudo de 29 de Mayo de 2003, p. 154, y Eureko B.V. v. Poland. Arbitraje *ad hoc*. Laudo de 19 de Agosto de 2005, p. 235.

(30) Inceysa Vallisoletana v. El Salvador, Laudo de 2 de Agosto de 2006, pp. 230-231.

De la buena fe parece derivarse el principio unánimemente aceptado del tratamiento correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*) que se menciona frecuentemente, tanto en los BITs como en la jurisprudencia y en la doctrina.

A su vez, podríamos decir que del tratamiento correcto y equitativo se deriva el principio de las expectativas legítimas, que juega un papel tan importante en los laudos del CIADI.

Como señala uno de esos laudos, “El standard de tratamiento correcto y equitativo está, por tanto, estrechamente ligado con la noción de expectativas legítimas, que es el elemento dominante del standard”, en virtud del cual los Estados asumen “la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros de manera de evitar que se frustren las legítimas y razonables expectativas de los inversionistas”⁽³¹⁾.

Ahora bien, la jurisprudencia arbitral ha sostenido que “parte de estas expectativas consisten en que el inversionista extranjero asume que el Estado que recibe la inversión actuará de manera consistente, sin ambigüedades y transparentemente”, así como libre de contradicciones⁽³²⁾. De esta manera, aparece un nuevo principio derivado que es el de la transparencia.

Su importancia es resaltada en los laudos al afirmar que:

“La falta de transparencia (...) es incompatible con el (...) compromiso de asegurarle al inversionista un trato correcto y equitativo”⁽³³⁾.

En ese sentido, se ha establecido jurisprudencialmente que constituyen faltas de transparencia las respuestas que dé el Estado a las preguntas que le formula el inversionista a fin de decidir su inversión, si éstas son insatisfactorias y totalmente vagas⁽³⁴⁾.

Otro principio derivado de las legítimas expectativas y a su vez del tratamiento correcto y equitativo y, por último, de la buena fe, es el de la estabilidad.

Este concepto implica que la situación legal de la inversión no debe ser cambiada, sin un propósito acorde con la buena fe; y, particularmente, el cambio no debe obedecer a una intención de sabotear el negocio de los inversionistas extranjeros, en favor de los inversionistas domésticos. Esto es frecuente que suceda cuando hay cambios de gobiernos que aportan políticas distintas respecto de la inversión extranjera. Pero uno de los laudos señala de manera muy gráfica que no se puede “eviscerar los acuerdos en los que un inversionista extranjero basó su inversión” debido a cambios de gobiernos y de políticas⁽³⁵⁾.

(31) Caso Corte Permanente de Arbitraje (UNCITRAL): Saluka Investments B.V. v. República Checa. Laudo parcial sobre el fondo del asunto. 17 de Marzo de 2006, p. 302.

(32) Caso CIADI N° ARB (AF)/002/. Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos. Laudo de 29 de Mayo de 2003, p. 154.

(33) Caso CIADI N° ARB /97/7: Emilio Agustín Maffezini v. El Reino de España. Laudo de 13 de Noviembre de 2000, p. 83.

(34) London Court of International Arbitration (Case N° UNCITRAL 3467): Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador. Laudo de 1 de Julio de 2004, p. 184.

(35) London Court of International Arbitration (Case N° UNCITRAL): Central European Media Enterprises (CME) v. República Checa, Laudo parcial de 12 de Septiembre de 2001, pp. 133 y 611.

Es interesante destacar que la jurisprudencia ha establecido que esta estabilidad que forma parte del principio que obliga a respetar las expectativas legítimas, no puede ser modificada aduciendo un cambio en las circunstancias. Como es conocido, Argentina, hace unos años, modificó las tarifas que podían cobrar las empresas inversionistas a los usuarios locales por la prestación de ciertos servicios públicos, a pesar que esas tarifas habían sido garantizadas como condición de la inversión. Sin embargo, no cabía duda que se había producido un cambio importante en las circunstancias dada la profunda crisis económica de entonces. Pese a ello, un tribunal arbitral de CIADI estableció que un cambio en las circunstancias no justificaba un incumplimiento del contrato, excluyendo así la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, a fin de proporcionar la seguridad y estabilidad que requiere la inversión⁽³⁶⁾.

Otro de los principios derivados de los antes mencionados es la consistencia en la aplicación de la ley nacional por el Estado receptor.

En el fondo, nos encontramos aquí con la versión internacional de la teoría de los actos propios, también llamada *estoppel* en el mundo anglosajón. En pocas palabras, esta teoría se resume como que el Estado no puede beneficiarse con su propia inconsistencia: en todo momento, se supone que el Estado está actuando de acuerdo con la ley nacional; y, por consi-

guiente, aquello que diga el Estado receptor debe ser entendido como una representación válida del ordenamiento vigente en el país de la inversión, de manera que el inversionista puede confiar en las afirmaciones de los funcionarios⁽³⁷⁾. Claro está que puede suceder que tal representación en el inversionista resulte del hecho de que alguna dependencia estatal actúa en forma no concordante con las leyes. En este caso, es evidente que esa conducta de la dependencia administrativa no puede modificar la ley. Pero en la medida de que esta representación fue razonablemente considerada como verdadera por el inversionista extranjero, el Estado está obligado a pagar los daños y perjuicios al inversionista que resulten de esta falsa representación producida por la conducta del Estado a través de las múltiples formas como el Estado actúa.

La jurisprudencia ha consagrado también este principio al establecer que constituye una falta contra el tratamiento justo y equitativo el hecho de que el Estado receptor incumpla las representaciones que hizo al inversionista y en las que éste confió razonablemente. Este principio ha sido ratificado sucesivamente en el sentido de que el tratamiento de la inversión por el Estado receptor no puede afectar las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para decidir la inversión⁽³⁸⁾.

Y el principio es tan amplio que la doctrina y la jurisprudencia consideran

⁽³⁶⁾ Caso ICSID Nº ARB/01/8: CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina. Laudo de 12 de Mayo de 2005. p. 317.

⁽³⁷⁾ Caso ICSID Nº ARB (AF)/97/8: Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos. Laudo de 30 de Agosto de 2000. p. 89.

⁽³⁸⁾ Caso CIADI Nº ARB (AF)/002/: Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos. Laudo de 29 de Mayo de 2003, p. 154.

que las legítimas expectativas que deben ser respetadas se establecen “no sólo sobre la base de representaciones y seguridades específicas e individuales, dadas por las autoridades competentes, sino más bien en la forma como el inversionista razonablemente vio las condiciones de inversión disponibles en el Estado receptor”⁽³⁹⁾.

Por otra parte, esta obligación de consistencia del Estado receptor no depende de la diligencia del inversionista para investigar todo lo que pudiera posteriormente afectarles sino que el Estado receptor “tiene la obligación de actuar coherentemente y de aplicar sus políticas de manera consistente, con independencia de cuán diligente es el inversor”⁽⁴⁰⁾. En consecuencia, aun en el caso de que un inversionista extremadamente cuidadoso quizá hubiera podido percibir la ambigüedad de la representación de la situación efectuada por el Estado receptor, éste no deja de ser responsable por sus faltas al deber de transparencia y consistencia por cuanto, como afirma el Prof. Waelde, estos deberes no son meramente pasivos sino que tienen un carácter pro-activo⁽⁴¹⁾.

Un elemento más que es de la mayor importancia dentro del derecho de inversión es la protección contra la arbitrariedad manifiesta, dentro de la que se incluyen los actos claramente inequitativos, los basados en una idea política y otros similares.

En el S. XVIII, decía Ortega que un acto es arbitrario cuando no puede ser

fundamentado de una manera razonable. Esto significa que toda fundamentación debe derivar de la aplicación de la buena fe, evitándose –como ya lo decía también Gentil en el mismo siglo– “las escrupulosas interpretaciones y disputas que estriban en los ápices y sutilezas del derecho”⁽⁴²⁾.

Obviamente, dentro de este esquema juega un papel muy importante el respeto a los derechos privados.

Este principio consiste fundamentalmente en que los derechos del inversionista sean respetados no sólo frente a intervenciones directas y arbitrarias del Estado que pretendan afectarlos sino también frente a ataques indirectos.

El derecho es, en el fondo, un sistema de titularizaciones sobre bienes y sobre obligaciones. Quizá la más importante de ellas es la propiedad, pero no es la única. El derecho Internacional se rige por el principio del respeto pleno de estos títulos privados, de manera que no puedan ser desconocidos. Obviamente, cabe la expropiación como una excepción; pero ésta, para ser admisible, requiere una fundamentación en el interés público, un procedimiento objetivo y un pago previo del valor del bien.

En cambio, constituye una infracción a ese principio no solamente la confiscación pura y directa sino también lo que se conoce como “expropiación insidiosa o rastrera” (*creeping expropriation*), esto es,

(39) WAELDE, Thomas W., en comunicación personal, comentando *Eureko B.V. v. Poland*. Arbitraje *ad hoc*. Laudo de 19 de Agosto de 2005.

(40) Caso CIADI Nº ARB/01/7: *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. Chile*. Laudo de 25 de Mayo de 2004. p. 165.

(41) WAELDE, Thomas W., Comunicación personal.

(42) DE ORTEGA, Ignacio Joseph, *Questiones de Derecho Público en interpretación de Tratados de Paces*, cit., p. 4.

aquella que no se presenta abiertamente como una expropiación ni como una confiscación sino que está constituida por una serie de medidas que, acercándose de manera indirecta y encubierta al título del derecho, le quitan todo su contenido sin desconocer el título mismo. De esta manera, no ha habido formalmente expropiación y, sin embargo, el título no tiene ya significación material porque se le ha hecho perder toda su sustancia: se ha procedido a eviscerarlo hasta dejarlo como un cascarón vacío.

Esto puede suceder en el caso de una inversión minera a la que se le restringe la capacidad de extracción que había estado en la base del cálculo de la inversión; o de una inversión en servicios públicos a los que más tarde se le recorta la tarifa que puede cobrar a los usuarios; o una inversión en la compra de una empresa pública, a la que se le realiza posteriormente una monstruosa acotación tributaria sobre la base de hechos que sucedieron cuando esa empresa era todavía del Estado y que no le fueron revelados al venderla. El número de ejemplos puede ser infinito en la misma medida que es infinita la capacidad del ser humano para torcer las situaciones y es también infinita la capacidad y el refinamiento para encontrar razones que justifiquen actos reprimidos por la ética, la buena fe y el derecho.

4. CONCLUSIONES

Frente a este panorama tan rico, novedoso y complejo, podemos concluir que estamos ante un nuevo tipo de arbitraje con características propias.

Estas características no están todavía perfectamente definidas y posiblemente nunca lo estén, porque el derecho es

cambio y adaptación permanente a los problemas sociales. Pero sin duda, se está estableciendo ya un cuerpo de doctrina, sobre la base de los trabajos de los juristas y también de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, que marcan la pauta en este terreno.

Cabe esperar que, después de un número tan grande de BITs, se esté en camino de encontrar un equilibrio entre los intereses de los países inversionistas y los de los países receptores. En todo caso, experiencias como las del NAFTA que convierten a países tradicionalmente inversionistas en países receptores, son particularmente interesantes porque obligan a los países desarrollados a ponerse en el lugar que antes correspondía sólo a los países en desarrollo y comprender así sus puntos de vista.

La creación de un standard mínimo internacional aplicable a todas las inversiones extranjeras en cualquier país del mundo, supone la restricción de los nacionalismos respecto de ciertas medidas económicas con apoyo popular a nivel nacional pero discutibles a nivel internacional. Este es un efecto controvertido que, desde el punto de vista local, puede ser visto como nocivo y violatorio de la soberanía nacional. Sin embargo, debemos ser realistas: la adaptación de ese standard internacional mínimo parece ser la única forma de competir en la captación de capitales de inversión, tan importantes para el desarrollo de las economías emergentes.

Es posible que sea necesario refinar ciertos principios y ciertos mecanismos. Por ejemplo, aun cuando la cláusula *rebus sic stantibus* no puede ser una regla general y ni aún tampoco una excepción fácil, no cabe duda de que en los contratos

a largo plazo es preciso considerar que las circunstancias pueden cambiar de manera tan dramática que el cumplimiento de la obligación pactada resulte repulsivo. Por ello es preciso diseñar soluciones razonables para este tipo de problemas. Es probable que buena parte de la solución corresponda no al árbitro frente al hecho consumado sino a los abogados que redactan los contratos, de manera de incluir preventivamente ciertos mecanismos de adaptación⁽⁴³⁾.

Para algunos, a pesar de los tratados de no intervención diplomática, las empresas transnacionales demuestran a veces un poder tan grande o mayor que el del Estado receptor, que les permite usar medios no jurídicos de presión sobre el gobierno del país en el cual han hecho la inversión. Esto llevaría a pensar que la debilidad del inversionista extranjero es ilusoria.

Por otra parte, algunas ONGs han atacado duramente los Tratados Bilaterales de Inversión, arguyendo que son instrumentos de dominación empleados por los países desarrollados contra los países subdesarrollados⁽⁴⁴⁾. Es posible encontrar en la web textos que califican estos nuevos procedimientos arbitrales como la privatización de la justicia comercial, entendiendo por “privatización” algo horrendo y nefasto⁽⁴⁵⁾.

Sin embargo, si creemos que el mejor camino para solucionar los conflictos

es el jurídico, no parece haber mejor método que un arbitraje verdaderamente internacional. Nadie puede negar que, en este plano, el inversionista extranjero estaría en desventaja si tiene que acudir a la justicia local.

Paradójicamente, en un país eminentemente inversionista como es los Estados Unidos ha surgido recientemente una oposición fuerte contra el arbitraje de inversión, desde que se constituyó el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA); porque, a partir de entonces, el gobierno norteamericano pudo ser demandado a su vez por los inversionistas extranjeros en territorio norteamericano que son miembros del NAFTA, es decir, por México y Canadá. Y, si bien no se han presentado casos de inversionistas mexicanos en Estados Unidos, sí los hay de inversionistas norteamericanos en Canadá y de canadienses en los Estados Unidos. Cuando estos dos Estados han comenzado a recibir demandas de particulares –esto es, de los inversionistas de uno y otro país– han comenzado a producirse quejas y reflexiones críticas sobre el sistema, al punto que los grupos ambientalistas, las organizaciones de consumidores, la prensa y el congreso plantearon en los Estados Unidos que el arbitraje de inversión socava las medidas regulatorias del gobierno, recorta la capacidad legislativa del congreso y entrega temas muy delicados de la economía a manos de árbitros individuales que ignoran las


⁽⁴³⁾ C. Frederick R. Fucci: *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance. Transnational Dispute Management*. January 2007.

⁽⁴⁴⁾ Oxfam Briefing Paper: *Signing Away the Future. How trade and investments agreements between rich and poor countries undermine development*. http://www.oxfam.org/en/files/bp101_regional_trade_agreements_0703/download

⁽⁴⁵⁾ <http://zmagsite.zmag.org/Dec2003/choudry1203.html>

razones profundas de ciertas medidas gubernativas que el inversionista extranjero considera lesivas a sus derechos⁽⁴⁶⁾.

Sin embargo, a pesar de todas las críticas, dada la falta de confianza recíproca entre países inversores y países

receptores respecto de la imparcialidad de sus jueces y la inherente debilidad del inversionista en la relación “inversionista extranjero-Estado receptor”, parece que el arbitraje de inversión sigue siendo la mejor opción para atraer los capitales que necesita nuestro país. 

⁽⁴⁶⁾ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo / PARK, William W., “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, en: *Lima Arbitration*, N° 1, 2006, p. 21.

EL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

Por: ÁLVARO GALINDO C. (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El consentimiento. 3. Interpretación del consentimiento. 4. Alcance del consentimiento. 5. Condiciones de procedimiento al consentimiento. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo está enfocado a tratar el consentimiento como requisito necesario para acudir a la solución de controversias en materia de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI o el Centro).

El CIADI es una creación del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio del CIADI o Convenio).

El arbitraje es el método de solución de conflictos más utilizado en materia de inversión en la actualidad. Uno de los objetivos buscados es dejar atrás los días en que la forma de solucionar controversias entre inversionistas y Estados soberanos eran a través de la protección diplomática en contra del Estado receptor de la inversión por parte del Estado de origen del inversionista⁽¹⁾.

El Convenio CIADI, como se desprende del texto de los trabajos preparatorios, pretende que las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas

(*) Profesor en las materias de Arbitraje y Solución de Controversias en Materia de Comercio e Inversiones. Fue consultor legal de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI.

(1) También existió la llamada "diplomacia de los cañones". Ver, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, DOAK BISHOP, R. "James Crawford and W. Michel Reisman", Kluwer Law International, p. 3, "The investors governments, if they were inclined to help their nationals, responded either with a show of military force (so-called "gunboat diplomacy) or by providing diplomatic protection".

y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas. Esta es una de las razones que explican que una vez que ha sido otorgado el consentimiento para un arbitraje bajo el Convenio no se podrán utilizar mecanismos, entre otros, como el de la protección diplomática⁽²⁾.

2. EL CONSENTIMIENTO

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional⁽³⁾.

Esto es también un elemento fundamental en el sistema de arbitraje bajo el Convenio CIADI. En el texto del Convenio se hace referencia en varias ocasiones al consentimiento⁽⁴⁾. El Convenio CIADI deja clara que la mera ratificación por parte de un Estado y el hecho de ser parte contratante, no implica la existencia del consentimiento expreso⁽⁵⁾.

Para que exista jurisdicción por parte del CIADI y competencia por parte de un tribunal de arbitraje bajo este mecanismo, existen varios requisitos que se deben tomar en cuenta y que se encuentran enunciados en el artículo 25 del Convenio:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El Informe de los Directores Ejecutivos menciona que “el consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese

(2) El artículo 27 del Convenio establece que: “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a éste Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

(3) Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

El Informe de los Directores Ejecutivos declara que: “El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente artículo 25(1).”

(4) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI/15, Abril de 2006. Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. En el preámbulo: “Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a (...) arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio (...).”

(5) *Ibidem*. “Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta⁽⁶⁾.

Sin embargo, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del CIADI. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes, temas que están más allá del alcance del presente trabajo.

Existen tres formas, en la práctica, para la formación del consentimiento.

La más conocida, y hoy tal vez la que va siendo menos usada, es el consentimiento otorgado en una cláusula arbitral entre las partes. Estas cláusulas se encuentran en los contratos de inversión entre Estados e inversionistas extranjeros. Existen modelos de cláusulas que pueden ser de gran utilidad a la hora de querer introducir en un contrato un convenio arbitral⁽⁷⁾.

Otra fuente de formación del consentimiento es a través de la normativa de un Estado, típicamente en la legislación doméstica en materia de inversión⁽⁸⁾. Estas normas ofrecen el arbitraje de manera general, aunque es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Siempre será necesaria la existencia previa del acuerdo entre las partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, faltará aún el pronunciamiento del inversionista y aceptar la “oferta” dada por el Estado en su legislación. Esta aceptación puede darse a

(6) *Ibidem*, Par 24.

(7) Ver, e.g., la siguiente cláusula: “El [Gobierno] / [nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el “Estado Receptor”) y nombre del inversionista (en adelante denominado “el Inversionista”) convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje] / [conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el “Convenio”). Sitio web <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-spa/7.htm#nota6#nota6>.

(8) SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports, 131. “Las disputas de inversiones en relación a la aplicación de las disposiciones de la presente Ley deberán ser resueltas de la forma en que se acuerde con el inversionista o en el marco de los Tratados vigentes entre Egipto y el Estado del inversionista o en el marco del CIADI, vigente para Egipto desde 1971”. La traducción es del autor. La Demandante soportaba su argumento sobre la base del Artículo 8 de la Ley de Inversiones de Egipto de 1974.

De acuerdo al tribunal. Egipto sostuvo que esta cláusula requería un consentimiento de implementación por separado con el inversionista. Que el sentido de esta disposición era informar a potenciales inversionistas que el CIADI era uno de los variados métodos de solución de controversias que podían ser negociados con autoridades egipcias, bajo las circunstancias apropiadas. El tribunal concluyó que no existía nada en la disposición analizada que requiriera una posterior manifestación de consentimiento para la jurisdicción del Centro, más allá de la aceptación por parte del inversionista de la oferta otorgada por el Estado en su legislación.

través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje.

La tercera fuente de formación del consentimiento es a través de un tratado, ya sea de carácter bilateral o de carácter multilateral. La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) contienen la oferta del Estado al inversionista del otro Estado parte del tratado⁽⁹⁾. También se encuentra esta oferta en Tratados Multilaterales, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o la Carta de Energía⁽¹⁰⁾.

Es importante señalar que esta "oferta de arbitraje" otorgada por los Estados en tratados internacionales, que hoy es la fuente más usual del consentimiento en los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, no está contemplada de manera expresa ni en el Convenio ni en el Informe de los Directores Ejecutivos⁽¹¹⁾. Sin embargo, esto no debe llevar a una equivocada conclusión. Al momento de la redacción del Convenio CIADI y su posterior aprobación, los Tratados Bilaterales de Inversión estaban empezando a ser utilizados por los Estados.

3. INTERPRETACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La primera ocasión en que se invocó como fuente directa del consentimiento un Tratado Bilateral de Inversión fue en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*⁽¹²⁾.

Desde entonces, la gran mayoría de casos administrados por el CIADI tienen como fuente del consentimiento las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, que se encuentran en los TBI's.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los "zapatos" que tengan puestos los abogados litigantes.

Los Estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar una

⁽⁹⁾ Ver, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 11 de mayo de 1997. Artículo VI (4): "Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad (...). El resaltado es del autor. El texto liga el consentimiento del Estado (que se otorga en este Párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado.

⁽¹⁰⁾ En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el consentimiento se encuentra en el artículo 1120. En la Carta Europea de la Energía el consentimiento se encuentra en el artículo 26.

⁽¹¹⁾ El Informe de los Directores Ejecutivos menciona la posibilidad de una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión, a través de su legislación doméstica y la aceptación de tal oferta por parte del inversionista. Informe de los Directores Ejecutivos, Par 24.

⁽¹²⁾ *AAPL v. Sri Lanka*, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 250: "The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen".

forma de interpretación diametralmente opuesta, bajo el principio de “interpretación efectiva”⁽¹³⁾. Esta línea de interpretación está recogida en el caso Tradex, en el que el tribunal concluye a favor de la existencia del consentimiento y por lo tanto de la competencia del tribunal⁽¹⁴⁾.

En el caso AMCO, el tribunal concluyó que el consentimiento debe ser interpretado en una forma que lleve a descubrir y respetar el deseo común de las partes, es decir, aplicando el principio *pacta sunt servanda*, concepto común de los sistemas legales doméstico e internacional⁽¹⁵⁾.

En el caso SPP, el tribunal consideró que no existe una presunción a favor de la jurisdicción, más aún cuando una de las partes es un estado soberano, pero tampoco a la inversa, es decir, una presunción en contra de la existencia de tal jurisdicción. El tribunal concluyó que los instrumentos que contienen la jurisdicción del tribunal no deben ser interpretados ni

restrictiva ni extensivamente, sino de manera objetiva y de buena fe⁽¹⁶⁾.

Es una cuestión solidamente establecida el que el inversionista puede aceptar la oferta del Estado dada en el TBI, a través de la iniciación del procedimiento arbitral. No hay nada en los TBI's que sugieran que el inversionista debe comunicar su consentimiento de forma distinta y directa al Estado⁽¹⁷⁾.

4. ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO

En algunos casos, las ofertas de arbitraje que se encuentran en las legislaciones de los Estados son bastante amplias y cubren todas las controversias que pudieran surgir y que estén vinculadas a la inversión extranjera⁽¹⁸⁾. En otros casos, el alcance es menos extenso, como cuando los términos utilizados son limitados en cuanto a la materia⁽¹⁹⁾.

-
- (13) SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 249.
- (14) Tradex v. Albania, *Decision on Jurisdiction*, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 47: “[i]n case of doubt the 1993 Law should rather be interpreted in favour of investor protection and in favour of ICSID jurisdiction in particular.”
- (15) Amco c. Indonesia, *Decisión sobre Jurisdicción*, 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports 398. Ante la afirmación de la demandada, de que siendo el consentimiento al arbitraje una limitación a sus facultades soberanas, este debía ser interpretado de forma restrictiva, el Tribunal consideró que “(...) like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law”.
- (16) SPP c. Egipto, *Decisión sobre Jurisdicción*, 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143.
- (17) Ver, en este sentido, los siguientes casos: AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990. AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997. SGS v. Philippines, *Decision on Jurisdiction*, 29 January 2004. Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003. Tokios Tokels v. Ukraine, *Decision on Jurisdiction*, 29 April 2004.
- (18) Ver, Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente a partir del 10 de diciembre de 1999, artículo 8: “1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por las partes en la controversia, 2. Si una controversia en el sentido del Par (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las Partes en la controversia la haya notificado a la otra, será sometida a: (arbitraje CIADI).
- (19) Ver, Tradex c. Abania, *Decision on Jurisdiction*, 24 December 1996, 5 ICSID Reports 124. La “oferta” dada por Albania en su legislación doméstica estaba limitada: “[S]i la disputa surge o está relacionada con

Hay disposiciones en los TBI's que, con el objeto de cubrir bajo su "manto protector" obligaciones contractuales contraídas por Estados con inversionistas, han producido el efecto de ampliar el alcance del consentimiento otorgado por parte de los Estados.

Se han dado interpretaciones confrontadas por parte de los tribunales de arbitraje sobre el alcance de estas disposiciones, entre otras, en los muy comentados casos *SGS c. Pakistan*⁽²⁰⁾ y *SGS c. Filipinas*⁽²¹⁾.

En los términos del comentarista del Convenio CIADI más citado a nivel internacional, el Profesor Christoph Schreuer:

"La posición adoptada por los Tribunales *SGS c. Pakistan* y en *Joy Mining* dejan sin significado práctico alguno a la cláusula paraguas. Por lo tanto, la interpretación de *SGS c. Filipinas*, a la que arribó sobre este punto, es claramente la mejor"⁽²²⁾.

Es un criterio establecido por los precedentes que este tipo de redacción contiene asuntos que van más allá de la mera interpretación o aplicación del tratado y que incluyen o que están relacionadas con las disputas que surjan de los contratos en conexión con una inversión.

En el caso *Salini*⁽²³⁾, el tribunal consideró que la disposición incluía no solo materias cubiertas por el tratado sino también controversias relacionadas al contrato. En el procedimiento de anulación en el caso *Vivendi*⁽²⁴⁾, el tribunal arribó a una conclusión similar.

En la decisión del tribunal en el caso *Joy Mining*⁽²⁵⁾, con la cual muchos Estados se sienten cómodos por su alcance, se arribó a la conclusión de que para que una disputa contractual esté cubierta por un tratado, la violación de las disposiciones del contrato y del tratado deben ser claras y de tal magnitud que active la protección del tratado. Concluyó que en ese caso no se cumplía ese estándar.

Hay comentaristas que han criticado fuertemente esta decisión, entre otros, el

expropiación, compensación por expropiación o discriminación o también por transferencias de acuerdo al artículo 7 (...).".

(20) *SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction*, 6 August 2003. El tribunal consideró que no tenía jurisdicción en relación a los reclamos contractuales que no constituyeran a su vez un incumplimiento de los estándares sustantivos del tratado.

(21) *SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction*, 29 January 2004. El tribunal consideró que la disposición en cuestión era completamente general permitiendo el sometimiento a arbitraje de toda disputa en materia de inversión.

(22) La traducción es del autor.

(23) *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction*, 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

(24) *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic, Decision on Annulment*, 3 July 2002, 6 ICSID Reports 340. "It is those disputes which may be submitted, at the investor's option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor's claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT."

(25) *Joy Mining v. Egypt, Award*, 6 August 2004.

Profesor Schreuer, inclinándose a favor de la interpretación dada por el tribunal SGS c. Filipinas.

5. CONDICIONES DE PROCEDIMIENTO AL CONSENTIMIENTO

Los Estados han previsto en los TBI's algunas condiciones al consentimiento, con el objeto de que el inversionista no tenga una "carta blanca" para acudir a un procedimiento internacional. Entre las más utilizadas, cabe señalar las siguientes:

- **Tiempos de espera para una solución amistosa**

La gran mayoría de TBI's incorporan en la disposición de solución de controversias, una etapa previa de negociación o también llamado "período de enfriamiento". Con esto se busca que las partes tengan la oportunidad de resolver la diferencia de manera directa y sin necesidad de recurrir a un procedimiento de carácter internacional.

En recientes casos, se puede apreciar que los tribunales se inclinan por interpretar este requerimiento como "procedimental" y no como un requisito de "jurisdicción"⁽²⁶⁾.

Sin embargo, un tribunal consideró que este requisito debía cumplirse para

que existiera jurisdicción bajo el Convenio CIADI y de esta forma, el tribunal fuera competente para decidir la controversia entre las partes⁽²⁷⁾.

Se ha propuesto que, ante el incumplimiento del "período de espera", un mejor arreglo para las partes –no necesariamente desde la óptica rígida de si existe o no jurisdicción para que el tribunal conozca la controversia– sería que el tribunal decida la "suspensión de procedimientos" y de esta forma otorgar un período de espera para que las partes traten de lograr un acuerdo, siempre y cuando se considere útil tal decisión⁽²⁸⁾.

- **Agotamiento de recursos internos**

Este requisito ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en los TBI's. No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario.

El artículo 26 del Convenio CIADI dispone que:

"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.

(26) Ver, en este sentido, el caso SGS c. Pakistán: "Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction [...]"

(27) Ver, en este sentido, el caso Enron c. Argentina: "[T]he conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction".

(28) SCHREUER, Christoph H., "Consent to Arbitration", en: *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, November 2005. La estructura del presente trabajo se basa, en gran parte, en la propuesta del Profesor SCHREUER recogida en este artículo.

Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

La segunda parte del artículo 26 de Convenio es clara, en el sentido de que cualquier Estado contratante “podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Si un Estado así lo solicita, se podría incluir en el acuerdo de consentimiento una cláusula que incorpore este requisito⁽²⁹⁾.

- **Elección de vía, bifurcación del camino o “fork in the road”**

Esta condición al consentimiento tiene un efecto opuesto a la condición del agotamiento de los recursos internos. Una gran cantidad de TBI's incorporan en sus disposiciones de solución de controversias, una oferta al inversionista, el que debe escoger entre la posibilidad de recurrir a las cortes locales o al arbitraje internacional.


El efecto de recurrir a uno u otro procedimiento es que, una vez escogida una vía, la otra precluye. La opción escogi-

da es definitiva, y por lo tanto, si el inversionista acudió a las cortes locales para que la controversia sea resuelta, la opción de acudir al arbitraje internacional deja de existir⁽³⁰⁾.

Es importante tomar en cuenta que los tribunales han señalado de forma reiterativa que para que exista una “elección de vía” de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas⁽³¹⁾.

6. CONCLUSIÓN

El consentimiento es, tal como lo afirmaran en su momento los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, la piedra angular de la jurisdicción del CIADI. Una vez otorgado, no puede ser retirado de manera unilateral por ninguna de las partes, sería necesaria una autorización expresa de todas las partes para que este pueda ser retirado.

El consentimiento como un elemento que va más allá de una interpretación restrictiva o extensiva, debe ser analizado por parte de los tribunales de arbitraje bajo el principio de la buena fe y tomando en cuenta el objeto y propósito del Convenio CIADI. 

⁽²⁹⁾ Ver, e.g., la siguiente cláusula: “Antes de que una de las partes del presente instrumento inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los recursos administrativos y judiciales disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia lista de los recursos que deben agotarse, a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición.”

⁽³⁰⁾ Ver, en este sentido, el artículo VI(3)(a) del TBI entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América: “Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) (entiéndase cortes locales) o el inciso b) (entiéndase otro procedimiento previamente pactado) del Par 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)”.

⁽³¹⁾ Este principio ha sido recogido por un gran número de tribunales. A manera de ejemplo, en el caso Occidental c. República del Ecuador (IVA Petrolero), el tribunal consideró que las acciones iniciadas por la compañía en las cortes locales tenían una causa de acción distinta a aquellas invocadas en el arbitraje bajo el TBI aplicable al caso. Occidental c. Ecuador, Laudo de 1 de julio de 2004, Par 38-63.

THE DOCTRINE OF ASSERTION AND JURISDICTIONAL ISSUES IN INVESTMENT ARBITRATION

Por: PAULO FOHLIN (*)

In the light of the recent Svea Court of Appeal judgment in challenge proceedings in the *Petrobart* case regarding an award according to which the arbitral tribunal terminated the arbitral proceedings for lack of jurisdiction, I will in this article deal with the doctrine of assertion (or, as it may be called, the principle of facts of double relevance) and some jurisdictional issues, especially negative determinations on jurisdiction, in bilateral investment treaty (“BIT”) arbitration. Before turning to the *Petrobart* case, which is pending in the Swedish Supreme Court, I will comment upon some other cases related to the topic.

The doctrine of assertion applied to jurisdictional issues in Swedish courts

Article 2 of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of

Judgments in Civil and Commercial Matters (“the Brussels Convention”) provides that persons domiciled in a contracting state shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that state. However, according to Article 5 (1) of the Brussels Convention, in matters relating to a contract, a person domiciled in a contracting state may be sued in another contracting state, at the place of performance of the obligation in question.

How do the courts deal with the jurisdictional issue which arises before them in case the defendant disputes the existence of the agreement on which the plaintiff relies under Article 5 (1) of the Brussels Convention? There are different answers to this question in different jurisdictions. In Sweden the answer to the question is reasonably clear, considering the Supreme Court decision in the *Rambøll* case⁽¹⁾.

(*) Profesor de Derecho de Contratos en la Universidad de Uppsala. Socio de Vinge International Corporate Law, Sweden.

(1) Case N° 4286-02 rendered on 21 July 2005.

In that case Mr Arne Svensson filed a lawsuit at a Swedish district court against Danish company PLS Rambøll Managements A/S. Svensson claimed payment from Rambøll relying on an agreement entitling him to the claimed amount for helping Rambøll to establish a subsidiary company in Sweden. Disputing the existence of the agreement, Rambøll submitted that the court did not have jurisdiction under Article 5 (1) of the Brussels Convention and that Svensson's mere allegation of an agreement did not constitute any basis for the court's jurisdiction.

The Swedish Supreme Court stated that, in the case at hand, the same facts were relevant to the jurisdictional issue as well as to the merits of the case. The question was, according to the court, whether or not the plaintiff must prove such facts when the courts are dealing with the jurisdictional issue. The Supreme Court held that, when determining such jurisdictional issues, the courts should accept the facts relied on by the plaintiff as constituting an agreement, provided that the allegation of an agreement does not appear to be obviously unfounded, based on the facts alleged or on any other reason. The Supreme Court found that Svensson's allegation of an agreement was not obviously unfounded and that the district court therefore had jurisdiction to try the case.

The doctrine of assertion as applied by the Swedish Supreme Court has an advantage in that it gives the parties advance reasonably clear knowledge of the court having jurisdiction in the matter in question.

Jurisdictional Issues Before BIT Arbitrators

The situation which the Swedish Supreme Court had to deal with in the *Ramboll* case, where the same facts are relevant to both the jurisdictional issue and the merits of the case, is similar to situations which often arise before BIT arbitral tribunals. The arbitration clauses regarding disputes between an investor and the host state contained in BITs often provide that the dispute shall concern an "investment", as defined in the BIT. Further, the provisions in BITs providing for substantive protection against, *inter alia*, expropriation (of course) also contain the word "investment". This does not mean, in my view, that the doctrine of assertion is applicable to the question of the arbitral tribunal's jurisdiction in case the seat of the arbitration is in Sweden. The mere allegation of an existence of an "investment" does not, I submit, constitute a basis for the arbitral tribunal's jurisdiction to try whether or not the host state has breached the BIT. The arbitral tribunal has to examine that allegation to determine whether or not it has jurisdiction.

"Investment" and "investor" prerequisites in BIT arbitration agreements

One of the BITs which contains such an arbitration clause as mentioned above is the BIT between the Netherlands and the Czech Republic⁽²⁾.

(2) Article 8.1 of that treaty provides: "All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall, if possible, be settled amicably". Article 8.2 provides: "Each contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement".

This arbitration clause provides, or expressly assumes, also that the dispute shall be between the host state and an “investor”. As is the case in other BITs, Article 1 of this treaty separately defines the term “investments” as distinguished from the term “investors”.

Another arbitration clause providing that the dispute shall concern an “investment” is found in the BIT between the UK and the Czech Republic.⁽³⁾

An example of an arbitration clause which does not contain the word “investment” is found in the BIT between Sweden and Latvia⁽⁴⁾.

This treaty, as well, contains separate definitions of the terms “investment” and “investor” in Article 1.

The *SwemBalt* Case

The arbitration clause contained in the BIT between Sweden and Latvia was dealt with in the Swedish Supreme Court case *SwemBalt*⁽⁵⁾. The subject of the case was about the enforcement of a foreign award made under the Swedish Latvian BIT. The seat of the arbitration was

Copenhagen. A foreign award will not be enforced in Sweden under Section 54 of the Swedish Arbitration Act to the extent that the award contains determinations on matters which are beyond the scope of the arbitration agreement⁽⁶⁾.

In this case Swedish company *SwemBalt* applied for the enforcement of the award. Latvia submitted, *inter alia*, that the asset in question (a ship) did not constitute any investment within the meaning of the treaty and that the arbitral tribunal therefore had no jurisdiction. As seen above, the arbitration clause in this treaty contains the word “investor”, but however not the word “investment”. To my understanding, the court therefore held that it could try whether or not *SwemBalt* was an investor within the meaning of the treaty, but not whether or not the dispute concerned an “investment”. The requirement that there must be an “investment” under the treaty was in other words not interpreted as a prerequisite for the jurisdiction of the arbitral tribunal.

The court examined whether *SwemBalt* was an “investor”, and found that it was. Probably, no one would suggest that the arbitral tribunal had jurisdiction to try the dispute as the result of

⁽³⁾ Article 8 (1) of that treaty provides: “Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under Articles 2 (3), 4, 5 and 6 of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four months from written notification of a claim, be submitted to arbitration under paragraph (2) below if either party to the dispute so wishes”.

⁽⁴⁾ Article 7 (1) of this treaty provides: “Any dispute between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party concerning the interpretation or application of this Agreement shall, if possible, be settled amicably”. Article 7 (2) runs: “If the dispute cannot thus be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by either party, it shall at the request of either party be submitted to arbitration for a definitive settlement”.

⁽⁵⁾ NJA 2002 C s 62, 4303-02, decided in 2002.

⁽⁶⁾ Cf. Article V 1 (c) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, “the New York Convention”, which Sweden has ratified, and Article 34 (2) (iii) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, “the “Model Law””.

SwemBalt's mere allegation that it was an "investor" and that the mere allegation was thus sufficient to render the award enforceable under the New York Convention.

The arbitration clause in the Swedish Latvian BIT is different from most of the arbitration clauses concerning disputes between an investor and the host state contained in the Swedish BITs, since most of these clauses cover disputes between an investor and the host state "concerning an investment". SwemBalt was successful in the above mentioned enforcement proceedings in Sweden. The award was further followed by unsuccessful challenge proceedings brought by Latvia in Denmark⁽⁷⁾.

SwemBalt had issued a notice of arbitration against Latvia referring to the BIT in question and to the UNCITRAL Arbitration Rules to which the arbitration clause refers. When constituted, the arbitral tribunal established that the seat of the arbitration would be Copenhagen. Latvia submitted also in the arbitration that the arbitral tribunal did not have jurisdiction since the asset in question was not an investment within the meaning of the BIT. With respect to the question of whether or not the arbitral tribunal had jurisdiction, the arbitral tribunal stated, *inter alia*, that it was satisfied that SwemBalt was an investor within the meaning of the BIT. Before turning to Latvia's submission to the effect that SwemBalt had made no "investment", the arbitral tribunal concluded that it had jurisdiction. There is no doubt that the arbitral tribunal held

that the issue of whether or not SwemBalt had an "investment" did not constitute any issue regarding the jurisdiction of the arbitral tribunal. This issue related to the merits of the case, in the opinion of the arbitral tribunal.

The CME Case

An award made in Stockholm under the BIT between the Netherlands and the Czech Republic was the subject of challenge proceedings before the Svea Court of Appeal in the CME case⁽⁸⁾. The arbitration clause in Article 8 of this treaty contains, as we have seen above, both the word "investor" and the word "investment". In this case CME had acquired the alleged investment from a previous alleged investor. The Czech Republic submitted, *inter alia*, that the arbitral tribunal had exceeded its mandate when applying the treaty to breaches that had allegedly taken place when the alleged investment was owned by another entity than CME. CME submitted that the arbitration agreement only provides that the dispute shall concern an "investor" and an "investment", and that the arbitration agreement thus does not provide anything to the effect that the investor has to own the investment at the time of the alleged breach of the treaty. The court found, in accordance with another of CME's submissions, that the Czech Republic was precluded from objecting to the jurisdiction of the arbitral tribunal in this respect. However, the court added in an *obiter dictum* that the decisions made by the arbitral tribunal with respect to the

⁽⁷⁾ Stockholm Arbitration Report 2003: 2.

⁽⁸⁾ Case RH 2003:55, decided in 2003 (where I acted as one of the counsel for CME).

question now before the court appeared to relate to the merits of the case and not to be subject to any challenge proceedings.

It is probably correct to conclude that the court agreed with CME's submission to the effect that the arbitration agreement in the treaty in question only provides, as prerequisites for the jurisdiction of the arbitral tribunal, that the claimant is an "investor" and that the dispute concerns an "investment", whereas the issues raised by the Czech Republic with respect to previous breaches of the treaty constituted issues relating to the merits of the case which could therefore not be reviewed by the court.

The Nagel Case

The BIT between the UK and the Czech Republic is dealt with in pending proceedings before the Swedish Supreme Court between the UK national Mr William Nagel and the Czech Republic⁽⁹⁾. According to the award, which was made in Stockholm, the Czech Republic submitted that the arbitral tribunal did not have jurisdiction under the treaty as Nagel did not have an "investment" under the treaty. We remember from the above that the arbitration clause in question contains the word "investor" as well as the word "investment".

The arbitral tribunal held that the question as to whether or not Nagel was an investor who made an investment within the meaning of the treaty was a question which could not be easily decided as a preliminary question of jurisdiction but one which required a more detailed analysis of the treaty and of the facts of the case, and that it should be

treated as relating to the merits of the case. The arbitral tribunal added that it found support for this approach in the so called theory of double relevance in principles of international civil procedure and, in particular, under the former Brussels Convention. The arbitral tribunal also stated that, according to this theory, facts which need to be established both for assuming jurisdiction and for the claim to succeed on the merits are to be taken as given for purposes of the former if the claimant alleges those facts in such a way as to justify an examination on the merits, and that it followed that the arbitral tribunal would deal with the question in a later part of the award where the facts relevant to the merits of Nagel's claim were analysed.

Nagel has submitted before the court that the arbitral tribunal, when dealing with the jurisdictional issue, thus accepted the mere allegation of Nagel that he had made an investment within the meaning of the treaty and that the arbitral tribunal was not correct when deciding the jurisdictional issue with an application of the doctrine of assertion. Taking into account that the arbitral tribunal later in its award, under the heading "The Merits", found that Nagel had made no investment within the meaning of the treaty and that therefore the Czech Republic had committed no "expropriation" under Article 5 of the treaty, Nagel has submitted that the award was in effect an award according to which the arbitral tribunal did not resolve the issues submitted to them (the issue of expropriation) and that the arbitral tribunal should have made an express award terminating the arbitral proceedings and containing a declaration

⁽⁹⁾ Case 3887-05 (where I act as counsel for Nagel).

to the effect that the arbitral tribunal lacked jurisdiction. Such a negative determination of the arbitral tribunal with respect to its jurisdiction is and would have been subject to challenge under Section 36 of the Swedish Arbitration Act. In such challenge proceedings the court reviews the issue of whether or not the arbitral tribunal has jurisdiction. Nagel has submitted that an arbitral tribunal cannot deprive a party's right to challenge an award under Section 36 by treating what constitutes under the correct interpretation of the arbitration agreement a jurisdictional issue as an issue related to the merits of the case.

At the end of this article, I will revert to Section 36 of the Swedish Arbitration Act and its importance to an investor's choice—to the extent there is a choice—of the seat of the arbitration when contemplating arbitration under a BIT.

The *Petrobart* Case

This case pending before the Swedish Supreme Court deals with a provision for arbitration contained in the Law of the Kyrgyz Republic on Foreign Investments⁽¹⁰⁾. The act provides protection for foreign investments similar to the protection found in BITs. Chapter I Article 1.5 of the act provides that “investment dispute” means “any dispute between a foreign investor and the Kyrgyz Republic concerning a foreign investment”. According to Chapter VII Article 23.2, in the absence of an agreement between the investor and the Kyrgyz Republic with respect to the procedure regarding an investment dispute,

“an investment dispute between the Kyrgyz Republic and a foreign investor shall be settled, if possible, through consultations between the parties thereto” and “If the parties thereto cannot come to a peaceful settlement of the dispute during three months from the first written application for such consultations, the dispute shall be settled through arbitration (...)”

In this case Petrobart, registered in Gibraltar, requested arbitration against the Kyrgyz Republic. Relying on the protection provided for in the Law on Foreign Investments, Petrobart claimed damages. Petrobart, which had concluded a contract for the supply of gas with a state joint stock company in the Kyrgyz Republic, had obtained a judgment for payment against that company. The company was, however, declared bankrupt before the execution of the judgment. The seat of the arbitration was Stockholm. In the arbitration, Petrobart submitted that it was an investor with an investment in the Kyrgyz Republic as defined in the act. Petrobart further submitted that, according to the doctrine of assertion, its allegation that it had made an investment in the Kyrgyz Republic within the meaning of the act (and thus within the meaning of the arbitration provision in the act) granted the arbitral tribunal jurisdiction to try the case. However, the arbitral tribunal examined whether or not Petrobart had such an investment, and found that Petrobart did not. The arbitral tribunal therefore held that it did not have jurisdiction to try Petrobart's claims. Thus, the arbitral tribunal dismissed the case without further hearing in an award according to Section 27 of the Swedish Arbitration Act.

⁽¹⁰⁾ Case N° 2113-06.

Petrobart challenged the award in the Svea Court of Appeal claiming that the award should be amended according to Section 36 of the Swedish Arbitration Act as the arbitral tribunal had dismissed the arbitration for lack of jurisdiction without ruling on the remaining issues submitted to them. Petrobart submitted that the arbitral tribunal should have found that it had jurisdiction in accordance with the doctrine of assertion.

The Svea Court of Appeal held that the arbitral tribunal, when dealing with its jurisdiction, in the case at hand, had to determine whether the prerequisites for arbitral proceedings provided for in a certain act were fulfilled, and not whether an arbitration agreement was applicable. Consequently, according to the court, the issue of whether or not Petrobart had an investment within the meaning of the Law on Foreign Investments was decisive for the jurisdictional issue. According to the court, it was for the arbitral tribunal to decide whether Petrobart had an investment since the Kyrgyz Republic had denied that. It was, according to the court, not sufficient to base a decision on the jurisdictional issue on an allegation by a party. The court found that the arbitral tribunal had handled the issue of its jurisdiction correctly. The court then found that Petrobart did not have an “investment” and that the arbitral tribunal had thus correctly terminated the arbitral proceedings.

In my view, as the Svea Court of Appeal found, the arbitral tribunal was procedurally right when it decided to ex-

amine, and not to accept without examination, Petrobart’s allegation that Petrobart had made an “investment”. To apply the doctrine of assertion when determining the jurisdictional issue is in conflict with the principle of *Kompetenz-Kompetenz* and the powers of the courts to try and/or review the competence of arbitral tribunals⁽¹¹⁾. I therefore believe that the Supreme Court too will hold that the investment issue constitutes a jurisdictional issue under the Law on Foreign Investments and that the doctrine of assertion does not apply to jurisdictional issues in arbitration.

The investor’s preferred seat of BIT arbitration

As touched upon above, according to Section 36 of the Swedish Arbitration Act, a claimant has recourse against arbitral tribunals’ negative determinations on jurisdiction. According to Section 36 an award according to which the arbitral tribunal has terminated the arbitral proceedings without resolving the issues submitted to it may be amended. It further follows from Section 27 of the act that a negative determination on jurisdiction whereby the arbitral proceedings are terminated shall be made in the form of an award. Most laws on arbitration, other than the laws of Sweden, Switzerland and Belgium, do not contain any express provision with respect to arbitral tribunals’ negative determinations on jurisdiction⁽¹²⁾.

Since so many states have enacted legislation based on the Model Law it

(11) Sections 2, 34 and 36 of the Swedish Arbitration Act.

(12) KRÖLL, Stefan, “Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 1, 2004, pp. 55-72.

is of interest to note that the Model Law does not, at least not explicitly, deal with arbitral tribunals' negative determinations on jurisdiction.

According to Article 16 (3) of the Model Law, the arbitral tribunal may rule on a plea that it does not have jurisdiction or that it is exceeding the scope of its authority either as a preliminary question or in an award on the merits. Article 16 (3) also provides that "*If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award*". It is hard to see that this provision could apply to any ruling according to which the arbitral tribunal does not have jurisdiction.

With respect to Article 34 of the Model Law, captioned "Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award", subsection (2) (iii) is of interest⁽¹³⁾. It is easy to see that this provision is applicable if the award deals with a dispute not covered by the arbitration agreement. It is however difficult –if not impossible– to see that the provision could be applicable to a determination of the arbitral tribunal to the effect that it does not have jurisdiction. The fact that Article 34 (2) provides that

an award may be set aside only if there are circumstances mentioned in, *inter alia*, subparagraph (iii) does not make it easier to see that the provision could apply to such a determination. This wording raises difficulties for a party seeking to challenge a negative determination on jurisdiction, although such a challenge is in effect arbitration friendly in line with the purpose of the provisions in question in the New York Convention and the Model Law. A negative determination on jurisdiction incorrectly made by an arbitral tribunal, in an award or in any other form, does in itself not recognize a valid/applicable arbitration agreement. Therefore, court powers to set aside arbitral tribunals' negative determinations on jurisdiction are not in conflict with the purpose of the New York Convention to the extent this is the recognition of arbitration agreements. Such court powers are in effect arbitration friendly. Not surprisingly, the prevailing view is however said to be that such negative determinations on jurisdiction cannot be reviewed under the Model Law⁽¹⁴⁾.

One state which has enacted legislation based on the Model Law is Germany, and there is a German Supreme Court judgment according to which there is no recourse in Germany against an arbitral tribunal's negative determination on jurisdiction⁽¹⁵⁾. The case dealt with an international arbitration with its seat in Stuttgart. The Supreme Court stated that the German legislator had been aware of

(13) According to this provision an award may be set aside if "the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration", cf. Article V 1 (c) of the New York Convention.

(14) KRÖLL, "Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction", cit., supra.

(15) Case III ZB 44/01 of 6 June 2002 - Section 1059 (2) (1.c) ZPO, which corresponds to Article 34 (2) (iii) of the Model Law.

the distinction between positive and negative decisions on jurisdiction and that it had chosen not to add negative decisions on jurisdiction to what follows from Article 34 of the Model Law. The court added that the claimant in arbitral proceedings still has the option of going to the courts if the arbitral tribunal declines jurisdiction. The holding of the court has been criticized, considering the international perspective of the case, since arbitration clauses are often included in international contracts as a kind of compromise, when none of the parties are willing to submit to the jurisdiction of the home courts of the other party⁽¹⁶⁾. It could be added that, in BIT arbitration, the (alleged) investor has no alternative to arbitration in any court where the substantive protection provided for in the treaty can be relied upon.

Jurisdictional issues often arise in BIT arbitrations, especially if the arbitration clause in question provides that the dispute shall concern an “investment”. A party contemplating arbitration against a host state under a BIT should carefully consider whether or not it has the possibility of influencing where the seat of the arbitration will be located to make sure that the applicable arbitration act provides that a negative determination on jurisdiction by the arbitral tribunal can be challenged in court and that a court determination to the effect that the arbitral tri-

bunal has jurisdiction is binding on the already constituted or a subsequent arbitral tribunal. If an award is amended according to Section 36 of the Swedish Arbitration Act following a finding of the court to the effect that the arbitral tribunal had jurisdiction that finding is binding in a subsequent arbitration.

If the arbitration act applicable at the seat of the arbitration does not provide for court review of arbitral tribunals’ negative determinations on jurisdiction, there is an unbalance between the parties in international arbitration and, even more, in BIT arbitration. In such a case, the host state will have the right to challenge a positive determination on jurisdiction in court, whereas the investor or alleged investor will have no recourse against a negative determination on jurisdiction.

The BITs often, but not always, give the investor or alleged investor the right to choose between different arbitration procedures to be followed in the arbitration, such as the UNCITRAL Arbitration Rules, the ICSID Arbitration Rules, the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce and the rules of the Court of Arbitration of the Federal Chamber of Commerce and Industry in Vienna, cf. Article 7 of the Swedish Latvian BIT⁽¹⁷⁾, Article 8 of the Dutch Czech BIT⁽¹⁸⁾ and Article 8 of the UK Czech BIT⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ KRÖLL, “Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction”, *cit.*, *supra*.

⁽¹⁷⁾ Refers to the UNCITRAL Arbitration Rules and the ICSID Arbitration Rules.

⁽¹⁸⁾ Provides that the UNCITRAL Arbitration Rules shall apply.


⁽¹⁹⁾ Provides that the investor has the right to refer the dispute either to an arbitrator or ad hoc arbitral tribunal to be appointed by a special agreement or established and conducted under the UNCITRAL Arbitration Rules, or to the Institute of Arbitration of the Chamber of Commerce of Stockholm or the Court of Arbitration of the Federal Chamber of Commerce and Industry in Vienna.

Chapter VII Article 23 of the Law of the Kyrgyz Republic on Foreign Investments also contains alternatives⁽²⁰⁾. A couple of the BITs to which Sweden is a party also refer to the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC).

Article 16.1 of the UNCITRAL Arbitration Rules provides that the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal, having regard to the circumstances of the arbitration, unless the place have been agreed upon by the parties. Article 20 of the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce provides that its Board shall decide the seat of arbitration, unless agreed upon by the parties. Similarly, Article 14.1 of the ICC Rules of Arbitration provides that the place of the arbitration shall be fixed by the ICC Court, unless agreed upon by the parties.

ICSID awards fall outside the general pattern according to which the seat of the arbitration determines the arbitration act applicable to challenge proceedings. According to Article 52 (1) (b) of the ICSID Convention a party may request annulment of an ICSID award on the ground that the arbitral tribunal has manifestly exceeded its powers. The request will be dealt with by an *ad hoc* Committee of three persons according to Article 52 (3). Article 53 (2) provides that, for the purposes of recognition and

enforcement of the award, the term “award” shall include any decision annulling an award pursuant to Article 52. Article 53 (1) provides that the award shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in the ICSID Convention. According to Article 54 (1) each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to the ICSID Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. In Sweden, which has ratified the ICSID Convention, a special act of 1966 provides that awards made in accordance with the ICSID Convention are enforceable like court judgments if they contain a direction for the payment of money.

The wording of Article 52 (1) (b) of the ICSID Convention (“exceeded its powers”) does not, at least not on the face of it, seem to cover situations where the arbitral tribunal has made an incorrect negative determination on its jurisdiction⁽²¹⁾. An (alleged) investor contemplating arbitration against a host state should, for the purposes now discussed, consider whether it is prepared to rely on ICSID “case law” with respect to the interpretation of Article 52 (1) (b) of the ICSID Convention, irrespective of other reasons relevant to the choice of the procedure to govern the arbitration. 

⁽²⁰⁾ Provides that one of the following procedures shall apply: Regulations of Arbitration Court under the Chamber of Industry and Commerce of the Kyrgyz Republic, ICSID Arbitration Rules, ICSID Additional Facility Rules or UNCITRAL Arbitration Rules.

⁽²¹⁾ However, in the case *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Decision on Annulment, Case N° ARB/97/3, 18 June 2002) an *ad hoc* Committee held that it is settled that an ICSID arbitral tribunal commits an excess of powers not only if it exercises a jurisdiction it does not have, but also if it fails to exercise a jurisdiction it possesses, cf. Dr. Stefan Kröll, *Stefan, Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction, Arbitration International*, supra.

LA DISTINCTION "TREATY CLAIMS – CONTRACT CLAIMS" ET LA COMPÉTENCE DE L'ARBITRE CIRDI: FAISONS-NOUS FAUSSE ROUTE? (*)

Por: IBRAHIM FADLALLAH (**)

SUMARIO: 1. Aperçu. 2. Commentaire. A. Etendue de la compétence *ratione materiae*. B. Incidence de l'identité des parties au contrat sur l'étendue de la compétence CIRDI. C. La clause de choix définitif.

1. L'objet de cette communication est de rechercher l'incidence du fondement des demandes sur la compétence d'un Tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI. La question se pose lorsqu'il existe, entre Etats parties à la Convention de Washington, un traité de protection et d'encouragement réciproque des investissements, le plus souvent bilatéral (BIT ou TBI) qui prévoit la faculté, pour l'investisseur, de recourir à l'arbitrage CIRDI, et qu'en même temps, il existe un contrat qui prévoit la juridic-

tion exclusive d'une autre instance, étatique ou arbitrale. La situation est très courante, en raison des innombrables traités bilatéraux en vigueur à ce jour⁽¹⁾, de l'universalité croissante de la Convention de Washington, et de ce que, le plus souvent, les réclamations de l'investisseur sont relatives à un contrat.

2. La notion d'investissement est aujourd'hui si large que toute opération économique impliquant une certaine durée réalisée dans un pays est éligible à la Convention de Washington. Entreprise de

(*) Cet article est tiré d'une communication au colloque organisé le 3 mai 2004 par l'Institut des Hautes Etudes Internationales sur les "Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international". Il paraîtra dans les travaux de ce colloque. This article was published in November 2005 in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication 693, © International Chamber of Commerce (ICC), available from www.iccbooks.com.

Les sentences citées sont récapitulées, avec leurs références, en fin d'article.

(**) Professeur émérite de l'Université de Paris II.

(1) Au 1^{er} janvier 2003, 2181 BIT avaient été conclus (source: CNUCED).

construction, concession de service public, financement, projet industriel ou commercial, voire tout droit économique impliquant un minimum de durée et de risque⁽²⁾, sont à la confluence des BIT et de la Convention de Washington. Il est rare que l'investisseur ait une réclamation étrangère à l'exécution d'un contrat : il soutient généralement que l'Etat a violé le contrat et les dispositions du traité prévoyant un traitement juste, équitable et non discriminatoire, la sécurité de l'investissement et la protection contre l'expropriation. La combinaison d'un BIT et d'un contrat est donc appelée à devenir une situation habituelle devant le CIRDI. Elle présente une grande importance pratique. La supériorité de l'arbitrage CIRDI réside en ce que la sentence est dispensée d'exequatur et qu'en dépit du maintien de l'immunité éventuelle d'exécution (Conv. Washington, art. 55) les Etats sont enserrés dans un réseau conventionnel international qui favorise l'exécution volontaire. Délaissant les juridictions nationales de l'Etat d'accueil, les investisseurs ont de plus en plus tendance, dans le choix qui leur est généralement offert par les BIT, à préférer l'arbitrage CIRDI à d'autres arbitrages possibles, institutionnels ou non. Il est donc important de déterminer la compé-

tence de ce que l'on a appelé, depuis la sentence *AAPL c/ Sri Lanka*⁽³⁾, de manière peut-être excessive mais frappante, "Arbitration without privity"⁽⁴⁾.

3. Diverses sentences sont intervenues à l'intersection des traités et des contrats. Si elles convergent vers certaines solutions, leur démarche est parfois contradictoire et les difficultés, au lieu de se résoudre au fil de la jurisprudence arbitrale, se compliquent. Il faut alors se poser à nouveau les questions fondamentales en revenant aux sources. L'amorce d'une réflexion critique conduit même à se demander si nous ne sommes pas en train de faire fausse route.

Plusieurs sentences récentes permettent d'illustrer les difficultés rencontrées, quant au fondement des demandes, pour apprécier la compétence de l'arbitre CIRDI. On en donnera un aperçu (I) avant de les commenter (II).

1. APERÇU

4. Les sentences retenues sont *Salini c/ Maroc* du 23 juillet 2001⁽⁵⁾, *Compania de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal c/ Argentine* du 21 novembre 2000, partiellement annulée par décision du 3 juillet 2002⁽⁶⁾, *CMS c/*

(2) YALA, V. F., "Notion d'investissement", in: *Investissements internationaux et arbitrage, Les Cahiers de l'Arbitrage* (supplément de la Gazette du Palais), 2003, n° 2, 2nde partie, p. 9 et suiv., commentaires des décisions *Salini Costruttori et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc* (ARB/00/4), 23 juillet 2001, et *Mihaly International Corp. c/ République Socialiste et Démocratique du Sri Lanka* (ARB/00/2), 15 mars 2002.

(3) *AAPL c/ Sri Lanka* (ARB/87/3, 27 juin 1990, ILM 1991, p. 577); *Lanco International, Inc c/ Argentine*, décision du 8 décembre 1998 (ICSID Case N° ARB/97/6).

(4) PAULSSON, Jan, "Arbitration without Privity", en: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10(2), 1995, pp. 232-257.

(5) *Salini c/ Maroc* (ARB/00/4), Décision sur la compétence, 23 juillet 2001.

(6) *Compania de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal c/ Argentine* (ARBI/97/3), Sentence, 21 novembre 2000.

Argentine du 17 juillet 2003⁽⁷⁾, SGS c/ Pakistan du 6 août 2003⁽⁸⁾ et SGS c/ Philippines du 29 janvier 2004⁽⁹⁾. D'autres sentences abordent plus rapidement la question: Génération Ukraine c/ Ukraine du 16 septembre 2003, Azurix Corp. c/ Argentine du 8 décembre 2003, Enron Corp. c/ Argentine du 14 janvier 2004 et du 2 août 2004, Siemens AG c/ Argentine du 3 août 2004.⁽¹⁰⁾ Une sentence RFCC c/ Maroc,⁽¹¹⁾ qui peut être rapprochée de la sentence Salini, a été rendue sur le fond le 22 décembre 2003 et comporte des précisions intéressantes.

Dans tous les cas, un investisseur, contractant de l'Etat ou de l'une de ses émanations ou subdivisions territoriales, a agi devant le CIRDI contre l'Etat, en vertu d'une clause d'un BIT, pour violation du contrat ou du traité. Or, dans le même temps, le contrat comportait une clause attributive de compétence à une autre juridiction, arbitrale ou étatique. Les Etats se sont fondés sur ces clauses pour dénier la compétence du CIRDI.

Les solutions théoriquement possibles allaient de la compétence totale à l'incompétence du CIRDI, en passant par une compétence partielle.

5. Dans l'affaire Salini c/ Maroc, il s'agissait d'un contrat passé entre une

entreprise italienne et la Société des Autoroutes du Maroc, considérée comme une émanation de l'Etat; l'entrepreneur présentait des réclamations, essentiellement fondées sur le contrat, pour violation de celui-ci et du Traité bilatéral italo-marocain dont l'article 8 offrait une compétence alternative des juridictions marocaines, d'un arbitrage CNUDCI ou du CIRDI, voie choisie par l'investisseur. L'Etat soutenait que le contrat, qui sert de base aux demandes, prévoyait la compétence des tribunaux marocains, ce qui valait renonciation à l'arbitrage CIRDI. Le Tribunal n'a pas admis cette renonciation. Il a considéré qu'il était compétent pour statuer sur les violations du contrat qui constituent en même temps une violation du traité, mais qu'il n'était pas compétent pour les violations purement contractuelles.

6. L'affaire Vivendi Universal (anciennement CGE) contre l'Argentine est plus complexe et mérite d'être simplifiée pour être utile à notre propos. Un contrat de concession, s'inscrivant dans le cadre de la privatisation des réseaux d'eau et d'égout, a été conclu entre la CGE et sa filiale argentine d'une part, et la province de Tucumán d'autre part. Ce contrat attribuait compétence exclusive aux juridictions de Tucumán. Le BIT franco-argentin du 3 juillet 1991 offrait, dans son

(7) CMS Gaz Transmission Company c. Argentine (ARB/01/8), Décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

(8) SGS Société Générale de Surveillance SA c. République islamique du Pakistan (ARB/01/13), Décision sur la compétence, 6 août 2003.

(9) SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines (ARB/02/6), Décision sur la compétence, 29 janvier 2004.

(10) Generation Ukraine c. Ukraine (ARB/00/9), sentence, 16 septembre 2003; Azurix Corp. c. Argentine (ARB/01/12), Décision sur la compétence, 8 décembre 2003; Enron Corp. And Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine (ARB/01/3), Décisions sur la compétence, 14 janvier 2004 et 2 août 2004; Siemens A.G. c. Argentine (ARB/02/8), Décision sur la compétence, 3 août 2004.

(11) Consortium RFCC c. Maroc (ARB/00/6), Décision sur la compétence, 16 juillet 2001, sentence, 22 décembre 2003.

article 8, le même choix de compétence que le BIT italo-marocain, mais précisait que le choix effectué serait définitif. Le Tribunal arbitral a estimé qu'il avait compétence pour connaître des violations éventuelles du traité par l'Argentine, mais qu'il ne pouvait pas déterminer quelles actions de la province de Tucumán relevaient de l'exercice de son autorité souveraine et quelles autres de l'exercice de ses droits de partie au contrat (§ 79). Selon le Tribunal, la nature des faits invoqués au soutien de la plupart des demandes lui rend impossible de distinguer les violations du traité de l'inexécution du contrat, à moins d'interpréter et d'appliquer préalablement les clauses détaillées de ce contrat. Il en conclut que les demandeurs auraient dû réclamer leurs droits découlant du contrat devant les tribunaux de Tucumán auxquels une compétence exclusive avait été conférée pour en connaître (p. 3). En conséquence, le Tribunal rejette les demandes contre l'Argentine.

7. Le Comité ad hoc a annulé cette sentence pour excès de pouvoir, ce qui couvre le refus par l'arbitre d'exercer son pouvoir. Le Comité distingue les violations du contrat de celles du traité et pose que, dès lors que le Tribunal avait correctement jugé qu'il avait compétence pour connaître des violations du traité, il devait trancher le litige y afférent même si cela impliquait de se prononcer sur le contrat. La compétence du Tribunal s'étend au contrat dans la mesure nécessaire au règlement de la question de la violation du traité.

8. Dans l'affaire CMS c/ Argentine, le demandeur avait acquis de l'Etat une participation minoritaire dans une société argentine bénéficiaire d'une licence de transport de gaz. Diverses mesures ayant été prises par l'Argentine à la suite de la crise économique de 1999, CMS soutenait que son investissement en était affecté en violation du Traité US-Argentine. Comme divers autres litiges étaient pendants concernant les droits de la société licenciée, qui relevaient des juridictions locales, le Tribunal arbitral a été conduit, une fois de plus, à distinguer les demandes contractuelles de celles fondées sur le traité et à retenir sa compétence pour ces dernières, nonobstant toutes autres clauses attributives de compétence.

9. La sentence SGS c/ Pakistan concerne un contrat directement signé entre ces deux entités, relatif à l'inspection à l'embarquement (pre-shipment inspection) et à la tarification douanière des marchandises destinées à être exportées de certains pays vers le Pakistan. L'objectif était d'assurer une classification appropriée des produits et d'améliorer l'efficacité des douanes pour la perception des droits et leur accroissement. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage de droit pakistanais. Le Pakistan a résilié le contrat. SGS a fait valoir que le Pakistan avait violé le contrat et le BIT conclu postérieurement avec la Suisse. Elle a introduit un arbitrage CIRDI, alors que le Pakistan avait mis en oeuvre l'arbitrage prévu par le contrat⁽¹²⁾. Le Tribunal CIRDI a décidé, comme l'avait fait la sentence Salini, qu'il avait compétence pour connaître de la violation du BIT, mais non des

(12) Le Tribunal CIRDI a dû ordonner une mesure provisoire (Procedural Order n° 2 du 16 octobre 2002) recommandant la suspension de l'arbitrage local jusqu'à ce qu'il ait statué sur sa compétence. SGS avait aussi agi à Genève contre le Pakistan mais sa demande a été écartée en raison de la clause d'arbitrage (Tribunal de première instance) puis de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger (Cour d'appel et Tribunal fédéral).

violations du contrat qui ne constituent pas une violation des normes substantielles du traité (§ 162). Les sentences *Generation Ukraine c/ Ukraine*, *Azurix c/ Argentine* et *Siemens AG c/ Argentine* se situent dans la même ligne.

10. Une autre sentence *SGS c/ Philippines*, du 29 janvier 2004⁽¹³⁾, a, sur des faits analogues, expressément pris, sur diverses questions, le contre-pied de la sentence qui opposait la SGS au Pakistan. Elle a considéré qu'en principe, le Tribunal CIRDI avait compétence pour connaître du litige, y compris dans ses aspects contractuels, mais qu'il en était autrement si le contrat comportait une clause de juridiction exclusive qui s'imposait à lui. Il en a déduit que les litiges purement contractuels devaient être soumis au for contractuel. Puis il a considéré que la demande formée devant lui, en paiement d'une somme d'argent, était dans la dépendance de la détermination, par le juge du contrat, du montant dû; que ce préalable constituait une condition de recevabilité (admissibility) à la demande en paiement fondée sur la violation du traité, demande jugée prématurée. En conséquence, le Tribunal arbitral a sursis à statuer jusqu'à ce que le préalable du montant contractuellement dû ait été déterminé par la juridiction contractuelle ou par accord entre les parties.

Cette sentence qui, par sa réticence à régler le préalable contractuel, se rapproche de la sentence *Vivendi* annulée sur ce point, est particulière dans sa démarche: elle reconnaît une compétence générale de

l'arbitre international, fondée à la fois sur la clause de règlement des litiges et sur l'umbrella clause, mais elle aboutit, en transformant un élément du litige au fond en condition de recevabilité préjudicielle, à rendre inutile le recours à l'arbitre.

11. La sentence *Azurix c/ Argentine* du 8 décembre 2003 refuse de tenir compte de la clause contractuelle de juridiction, lorsque le contrat lie l'investisseur à une partie autre que l'Etat hôte. Elle rejette, pour la même raison, le moyen tiré de la clause de choix définitif ouverte par le traité (fork in the road).

Les sentences *Occidental c/ Equateur*, rendue sous l'égide de la LCIA le 1^{er} juillet 2004⁽¹⁴⁾, et *Enron c/ Argentine* des 14 janvier et 2 août 2004, posent l'exigence d'un choix véritable, qui n'existe pas lorsque l'investisseur fait face à une contrainte de saisir les tribunaux locaux (par exemple en matière fiscale); l'investisseur conserve le choix lorsque la saisine des tribunaux internes n'est pas son fait.

2. COMMENTAIRE

12. Aucune sentence n'a dénié la compétence CIRDI offerte par un traité lorsque l'investisseur invoque une violation de ce traité, même si elle repose sur une violation du contrat. La faculté pour l'investisseur d'invoquer l'offre de l'arbitrage CIRDI figurant dans un BIT, en dépit de l'existence d'une clause contractuelle conduisant à une autre juridiction, est antérieure aux sentences ici

(13) *SGS c/ Philippines*, du 29 janvier 2004, (Case N° ARB/02/6) "Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction". (déjà cite note 9).

(14) *Occidental Exploration and production company c. Equateur*, London court of international arbitration (Case N° UN3467), sentence finale, 1er juillet 2004.

commentées⁽¹⁵⁾. Les difficultés concernent l'articulation entre les diverses procédures, notamment l'étendue de la compétence des juridictions concurrentes. Le système élaboré par les sentences ne paraît ni cohérent ni satisfaisant, comme le montrent les nombreuses complications apparues. Il est utile de reprendre, en termes aussi simples que possible, les interrogations fondamentales sur l'étendue de la compétence *ratione materiae* (A), l'incidence de l'identité des parties sur la compétence de l'arbitre CIRDI (B), et la clause de choix définitif (C).

A. Etendue de la compétence *ratione materiae*

1°) *Compétence générale de la juridiction saisie*

13. Les traités, dans leur grande majorité, comportent une option de compétence pour "tous les différends relatifs à un investissement" entre un investisseur et l'Etat hôte. La compétence est ainsi définie par l'objet du litige, et non par sa nature (contractuelle ou non) ou par le fondement de la demande (violation du contrat–violation du traité)⁽¹⁶⁾. La distinction entre les demandes fondées sur le contrat et les demandes fondées sur le traité (contract claims–treaty claims), si elle peut avoir quelque intérêt dans l'examen du litige au fond, apparaît radicalement artificielle au regard de la compétence. L'umbrella clause, entendue comme une clause du traité engageant l'Etat à respec-

ter toutes ses obligations (sous-entendu: même contractuelles) envers l'investisseur, est inutile pour la compétence: elle n'a d'intérêt, à cet égard, que si l'on a admis au préalable la distinction selon le fondement des demandes.

14. Il faut se garder de spécialiser les juridictions, destinées à résoudre les litiges relatifs aux investissements, en fonction du fondement des demandes. L'on aboutirait, sinon, à un dépeçage artificiel des litiges, parfaitement ressenti dans les sentences Vivendi et SGS c/ Philippines et, hélas, fort mal résolu: tantôt l'on a rejeté la demande sans l'examiner, tantôt l'on a sursis à statuer, rendant dans les deux cas inopérante l'intervention de la juridiction arbitrale.

15. Mais surtout, il est erroné de cantonner la compétence de la juridiction CIRDI à la seule violation des sources internationales. Les BIT prennent appui sur la Convention de Washington et celle-ci a été d'abord conclue pour donner un for arbitral international aux contrats d'investissement, quelle que soit la loi applicable (art. 25 et 42). Dès lors que le BIT permet le recours à l'arbitrage CIRDI pour les litiges relatifs aux investissements, la compétence des arbitres s'étend à tous ces litiges. Il n'existe pas de principe de division du travail entre l'arbitre CIRDI, gardien du respect du droit international, et l'arbitre du contrat à qui serait dévolue la tâche moins noble de vérification de la bonne exécution des contrats.

⁽¹⁵⁾ V. AAPL c/ Sri Lanka (ARB/87/3), Sentence, 27 juin 1990; Lanco c/ Argentine (ARB/97/6), Décision sur la compétence, 8 décembre 1998; Azurix Corp. c. Argentine (ARB/01/12), Décision sur la compétence, 8 décembre 2003; Alex Genin et autres c. Estonie (ARB/99/2), Sentence, 25 juin 2001; Tradex Hellas S.A. c. Albanie (ARB/94/2), Décision sur la compétence, 24 décembre 1996. On ajoutera la sentence Azinian c/ Mexique (ARB(AF)/97/2), 1^{er} novembre 1999, rendue sur le fondement de l'ALENA, selon le mécanisme supplémentaire.

⁽¹⁶⁾ Sauf, bien entendu, restriction expresse du Traité comme dans l'ALENA.

16. La même compétence générale s'applique aux autres juridictions potentielles: arbitrage non-CIRDI ou juridictions nationales. L'arbitre du contrat a normalement compétence, si la clause n'est pas rédigée de manière limitative, pour vérifier si l'exécution du contrat ne viole pas la protection promise par le traité. Les Tribunaux nationaux, compétents pour statuer sur un litige découlant de l'investissement ou du contrat y relatif, ont la parfaite latitude de rechercher si l'Etat hôte a violé un traité protecteur de l'investissement, fût-ce dans le cadre de l'exécution du contrat. Il n'en irait autrement, ici encore, qu'en cas d'exclusion expresse. Mais si les juridictions nationales étaient empêchées, par quelque règle de leur droit national, d'appliquer le traité, un recours spécifique serait ouvert à l'investisseur pour violation du traité par refus d'application.

2*) La concurrence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat

17. Lorsque le contrat prévoit une clause attributive de juridiction à un arbitre étranger au CIRDI ou aux tribunaux étatiques, la jurisprudence dominante donne effet à cette clause au détriment de l'arbitre CIRDI. Mais elle limite la compétence du juge ainsi désigné aux litiges purement contractuels. Même la sentence *SGS c/ Philippines*, qui avait admis le principe de compétence générale qui vient d'être décrit, refuse d'examiner les aspects purement contractuels du litige. La ligne de partage est la suivante: l'arbitre CIRDI peut connaître de toutes les violations

du traité, y compris celles qui résultent d'une violation du contrat. Il doit alors examiner le contrat afin de vérifier si la violation alléguée constitue une violation du traité⁽¹⁷⁾. Les arbitres CIRDI font la distinction entre une simple violation ou inexécution du contrat, et sa transformation en violation des obligations substantielles du traité, notamment au regard du traitement juste et équitable, non discriminatoire, de la protection de l'investissement et du respect des règles relatives à l'expropriation (intérêt public, compensation rapide et équitable). Les décisions insistent sur ce que les critères d'appréciation du respect du traité relèvent du droit international et ne peuvent être affectés par la loi ou les décisions, administratives ou juridictionnelles, internes. La tendance générale qui se dégage est que la simple violation d'un contrat n'est pas par elle-même une violation du traité, si elle n'atteint pas un degré tel qu'elle affecte les garanties qu'il énonce.

18. Cette jurisprudence révèle une dichotomie entre les éléments d'un même litige. Si les arbitres recherchent si une violation du contrat constitue une violation du traité, ils peuvent adopter deux approches: une approche hypothétique, qui suppose la violation du contrat acquise et qui consiste à se demander si cette violation constitue une infraction au traité; en cas de réponse positive, ils sont bien obligés de se demander si la violation du contrat est effective. Une autre approche consiste à se demander d'abord si la violation du contrat existe effectivement et, dans l'affirmative, à la confronter aux

⁽¹⁷⁾ Décision sur la compétence *Salini c. Maroc*, Décision d'annulation *Vivendi c. Argentine*, Décision sur la compétence *SGS c/ Philippines*.

exigences du traité⁽¹⁸⁾. Certes, le regard n'est pas le même selon qu'il s'agit d'apprécier la conformité au contrat ou la violation du traité, pour laquelle le comportement de l'Etat jouera un rôle prépondérant, mais dans tous les cas, le litige contractuel aura été largement abordé et parfois tranché par les arbitres. En dépit du souci manifesté dans la sentence *SGS c/ Philippines* pour justifier le sursis à statuer par la nature spécifique du préalable contractuel dans le litige dont il était saisi, la situation est récurrente et se retrouve, peu ou prou, toutes les fois où l'arbitre doit confronter la violation alléguée d'un contrat au respect du traité.

19. Ce système, qui n'est pas simple, se complique encore s'il existe une "umbrella clause" en vertu de laquelle le traité, en exigeant le respect par l'Etat de toutes ses obligations, viserait aussi ses obligations contractuelles. Dès lors, toute violation du contrat constituerait, ipso facto, une violation du traité justiciable de l'arbitrage CIRDI. La sentence *RFCC c/ Maroc* a refusé de reconnaître cette équivalence, en l'absence, il est vrai, d'une clause dans le traité. Se situant sur le terrain de l'interprétation du traité et du droit international commun, elle a considéré qu'il n'existait pas de règle d'assimilation de la violation du contrat à la violation du traité.

Dans les affaires *SGS c/ Pakistan* et *SGS c/ Philippines*, une telle clause existait. Mais la première sentence en a limité la portée aux engagements résultant du traité lui-même. La seconde sentence a considéré que cette interprétation privait la disposition de sens utile. Néanmoins, elle a maintenu la compétence contractuelle pour les litiges de cette nature en raison de la volonté spécifique des parties exprimée par la clause contractuelle de juridiction exclusive.

20. Tout ce débat n'a pas lieu d'être si l'on admet la compétence générale de l'arbitre CIRDI, pourvu que soit réglé le conflit entre l'offre du traité et la clause attributive de compétence. Mais y a-t-il véritablement conflit entre ces deux normes?

3*) *Ya-t-il conflit entre l'option du traité et la juridiction conventionnelle?*

21. Un conflit de normes implique que l'une exclue l'autre. Le traité, par hypothèse, ouvre une option à l'investisseur entre la compétence CIRDI, l'arbitrage prévu par le contrat et les juridictions nationales. Cette compétence est parfois assortie de la clause de choix définitif: una via electa (...) Parfois encore, un recours préalable aux juridictions nationales est imposé, dont certains traités enferment le résultat dans un délai déterminé⁽¹⁹⁾. Ce

⁽¹⁸⁾ Certains arbitres se déclarent incompétents au motif qu'il n'y a pas violation du traité: *SGS c/ Philippines* sur l'expropriation, *Joy Mining c/ Egypte*, ARB/03/11 (à rapprocher de *PSEG c/ Turquie*, ARB/02/05). Mais l'on est à la limite de la distinction de la compétence et du fond.

⁽¹⁹⁾ Cette clause, dite d'épuisement des recours internes, est moins commune. La tendance actuelle est de l'abandonner, depuis le Traité US-Argentine du 14 novembre 1991. Elle est de nature à retarder considérablement la solution internationale du litige. Elle s'impose d'autant moins que la Convention de Washington (qui l'autorise néanmoins: article 26 in fine) a entendu établir une égalité procédurale entre les parties et que, sur le fond, le respect des règles de l'Etat d'accueil est indifférent à l'appréciation de son comportement au regard des normes internationales. Cette clause présente en outre l'inconvénient que la discussion se limite ensuite à l'appréciation des décisions nationales au regard des normes internationales (V. la sentence *Azinian c/ Mexique* où les faits étaient, il est vrai, accablants pour les demandeurs). Il convient de rappeler que les conditions de la compétence CIRDI échappent aux juridictions nationales, dont les décisions ne lient pas le Tribunal international (*Azinian*, § 100 où le Tribunal considère que si les décisions

dispositif, dans ses divers éléments pris ensemble, établit une équivalence entre les diverses voies ouvertes à l'investisseur; il paraît bien exclure que le traité ait envisagé des compétences d'étendue différente. Sinon, l'alternative n'aurait pas grand sens, ni le caractère définitif du choix exercé. Comment a-t-on pu, dans ces conditions, limiter la compétence de l'arbitre CIRDI lorsque l'investisseur, dans le respect du traité⁽²⁰⁾, choisit cette voie?

22. Il n'est pas cohérent de prétendre que l'option prévue par le traité serait déjà exercée par l'insertion, dans le contrat, d'une clause d'arbitrage ou de prorogation de compétence. L'option offerte par le traité présuppose l'existence d'une telle clause.

Est-il plus heureux de soutenir que la clause de juridiction exclusive insérée dans le contrat emporterait renonciation à l'option ? L'argument soulève plusieurs objections. Tout d'abord, la compétence contractuelle doit inclure la violation du traité; sinon l'investisseur se fermerait tout recours sur ce fondement; l'option procédurale emporterait renonciation à la protection au fond. Si le contrat est antérieur au traité (hypothèse *SGS c/ Pakistan*), la renonciation perd l'une de ses assises, puisque l'on ne peut renoncer à une option inexistante; s'il est postérieur (hypothèse *Vivendi c/ Argentine*), et à défaut d'une renonciation expresse de l'investisseur à la protection prévue par l'offre alternative⁽²¹⁾, la juridiction con-

tractuelle peut parfaitement s'insérer dans le jeu du traité dont elle constituera l'une des branches de l'option. Le BIT est un instrument de l'ordre international qui échappe aux normes du droit interne et ouvre une option incluant le choix contractuel: la prévision contractuelle d'une branche de l'option ne peut valoir, sauf clause spéciale, renonciation à l'option. Plus particulièrement, lorsque la clause du contrat confirme la compétence impérative des juridictions nationales administratives, les arbitres sont encore plus réfractaires à y voir une renonciation à l'arbitrage CIRDI⁽²²⁾. L'Etat hôte sera tenu par la clause du contrat, mais l'investisseur aura le choix. Prétendre qu'une attribution conventionnelle de juridiction épuiserait l'offre du traité revient à permettre à l'Etat de méconnaître celui-ci par l'insertion de cette clause. En effet, l'Etat retirerait l'offre alternative par cela seul que l'une de ses branches aurait été prévue.

23. C'est pour les mêmes raisons que l'on ne suivra pas la sentence *SGS c/ Philippines* qui, pour faire prévaloir l'arbitrage local prévu par le contrat, invoque la maxime *specialia generalibus derogant*. L'option ouverte par le traité et la clause conventionnelle d'arbitrage ne sont pas incompatibles. Au contraire, l'une présuppose l'autre. La maxime invoquée, qui ne concerne que deux textes de même portée, aboutirait à neutraliser le traité alors que celui-ci avait contemplé l'existence de la clause attributive de compétence. Celle-ci ne saurait neutraliser

nationales déclarant nul le contrat ne sont pas contestées, il n'y a plus de contrat susceptible d'expropriation. La sentence examine cependant le bien-fondé des décisions mexicaines).

(20) Négociation préalable, saisine préalable des juridictions nationales, selon les cas.

(21) L'on n'examine pas ici la validité in se de cette renonciation (v. *Azurix c/ Argentine*); peut-elle, en outre, intervenir avant la naissance du litige et donc avant que ne s'ouvre le choix effectif prévu par le traité.

(22) Décisions *Salini c/ Maroc*, *Lanco c/ Argentine*, précitées.

l'option, tant que le choix n'est pas effectivement épuisé par l'exercice de l'une des voies de recours prévues.

B. Incidence de l'identité des parties au contrat sur l'étendue de la compétence CIRDI

24. Les développements qui précèdent s'appliquent lorsque l'Etat hôte est en même temps le signataire du contrat où est insérée la clause de juridiction exclusive. La perspective change s'il en est autrement.

Dans les affaires *Salini c/ Maroc* et *RFCC c/ Maroc*, les arbitres ont considéré que l'Etat n'avait pas entendu, dans le traité, soumettre à l'arbitrage CIRDI un contrat dont il n'était pas directement signataire, fût-il conclu par une entité qui pouvait être considérée comme son émanation. Ces sentences n'excluent pas que l'entité signataire du contrat puisse être une émanation de l'Etat. Mais elles interprètent l'offre d'arbitrage CIRDI prévue par le traité comme ne couvrant pas les contrats émanant de telles entités. On peut penser qu'il s'agit d'une pure question d'interprétation de la volonté des Etats Parties au traité quant à leur soumission à l'arbitrage CIRDI: les litiges purement contractuels, lorsque l'Etat n'est pas signataire, ne ressortissent pas aux litiges entre l'investisseur et l'Etat visés par l'offre du traité⁽²³⁾.

Ainsi comprise, la solution donnée par ces sentences ne contredit pas le sys-

tème précédemment proposé. Elle invite à distinguer les parties au contrat des parties à l'arbitrage CIRDI et aurait pu donner un autre éclairage à l'affaire *Vivendi c/ Argentine* où le signataire du contrat était la province de Tucumàn. L'Etat est alors attiré nécessairement en vertu de ses obligations internationales. La théorie de l'émanation n'est écartée qu'au stade de l'offre de compétence. Elle peut trouver à s'appliquer au fond dans les hypothèses où elle permet d'imputer à l'Etat les violations du traité dont il n'aurait pas été directement l'auteur.

Ces décisions sont à rapprocher de la sentence *Azurix c/ Argentine*, qui rejette le moyen tiré de la renonciation à la compétence CIRDI, induite du contrat, au motif, notamment, que les parties (ainsi que l'objet du litige) n'étaient pas les mêmes. L'on observera aussi que l'Etat n'était pas partie au contrat dans les affaires égyptiennes gérées par des organismes publics⁽²⁴⁾.

C. La clause de choix définitif

25. Une option s'épuise lorsqu'elle est exercée. S'il s'agit de l'arbitrage CIRDI, l'article 26 confirme que:


“Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours (...)”.

⁽²³⁾ Rapprocher *PSEG et autres c/Turquie*, 4 juin 2004, qui établit un lien entre la reconnaissance de la qualité d'investisseur et le consentement à l'arbitrage.

⁽²⁴⁾ *WENA, Joy Mining, PSEG*.

De nombreux traités prévoient que le choix d'une voie de recours est définitif (fork in the road). Certaines difficultés sont apparues pour l'application de cette clause⁽²⁵⁾; elles ont été largement résolues en faveur de l'investisseur. Pour constituer l'exercice d'un choix définitif, la voie de recours doit d'abord avoir été introduite entre les mêmes parties et par l'investisseur: sinon, l'Etat pourrait supprimer l'option à sa guise. Il faut encore que l'investisseur ne soit pas en situation défensive (par exemple pour s'opposer à un titre exécutoire de l'Administration) ou contraint, en raison de brefs délais, à saisir dans l'urgence les Tribunaux locaux (par exemple en

matière fiscale). A cela s'ajoute parfois l'exigence d'une identité de l'objet du litige, voire de sa cause. Cette dernière condition doit être maniée avec prudence car l'on peut toujours diviser un litige et l'exigence d'un choix définitif est destinée, notamment, à éviter le dépeçage des litiges.

26. En conclusion, il nous apparaît peu fondé de limiter la compétence CIRDI aux seules violations du traité, même s'il existe, dans le contrat, une clause attributive de compétence arbitrale ou judiciaire, pourvu que les parties à l'arbitrage CIRDI soient les parties au contrat. Le choix appartient alors à l'investisseur, qui doit pouvoir l'exercer sans contrainte. 

⁽²⁵⁾ Sentences précitées: Vivendi *c/* Argentine; SGS *c/* Pakistan; Siemens AG *c/* Argentine; Enron *c/* Argentine; Occidental Exploration and production company *c.* Equateur; Generation Ukraine *c/* Ukraine.

¿CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARBITRAJES COMO RESULTADO DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES?

Por: JORGE LUIS INCHAUSTE (*)

Luego de la elección de Evo Morales a la presidencia de la República de Bolivia, el país está llevando a cabo un proceso de cambios políticos y estructurales que se enfrentan a políticas de anteriores gobiernos, lo cual está causando que se traten una serie de cuestiones legales en cortes nacionales como internacionales. El presente artículo hará referencia a las cuestiones legales en arbitrajes como resultado de los acuerdos de promoción y protección a las inversiones entre inversionistas extranjeros y el gobierno de Bolivia, cuestiones que actualmente son consideradas en el Tribunal Constitucional de Bolivia.

Bolivia, durante la última parte de la década de los ochenta y a través de la década de los noventa, al igual que sus países vecinos, asumió una política “*neo-liberal*”, como actualmente se la denomina; esta toma de decisiones de carácter “*neo-liberal*” implicó la privatización de

muchas empresas que estaban controladas estatalmente, reformas tributarias, incentivos para el desarrollo de recursos naturales aplicable para compañías privadas extranjeras, y la apertura de Bolivia a mercados regionales. Dentro de esta política de atraer la inversión privada internacional, Bolivia suscribió una serie de acuerdos de promoción y protección a las inversiones (Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones) con diversos países. Muchos de estos acuerdos permiten que las controversias, resultado de la inversión privada internacional, sean solucionadas por medio del arbitraje internacional.

Con la elección de Evo Morales a la presidencia, Bolivia también eligió cambiar su actual política gubernamental por una que favorezca la intervención directa del Estado en lo referente a la producción, mercadeo y primordialmente en lo que se

(*) Abogado de Guevara & Gutiérrez S.C. Servicios Legales, Bolivia.

refiere a la explotación de recursos naturales. Es en este sentido que el actual gobierno ha emitido una serie de acciones entre las cuales subrayamos las siguientes:

- El 30 de marzo de 2007, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo 29.087 por el cual se establece la formación de una comisión ad hoc para negociar con la italiana Euro Telecom Internacional NV (ETI) la recuperación por parte del Estado boliviano de la empresa capitalizada ENTEL S.A.
- El 9 de febrero de 2007, en virtud del Decreto Supremo 29.026 el Estado boliviano revierte a su dominio el Complejo Metalúrgico Vinto el cual se encontraba controlado por la compañía suiza GLENCORE.
- El 1 de mayo de 2006, mediante Decreto Supremo 28.701 el gobierno boliviano emitió el Decreto Supremo de Nacionalización, por el cual retomaba la propiedad y posesión de los hidrocarburos a favor del Estado boliviano. Asimismo, obligaba a los accionistas nacionales y extranjeros de las refinerías Gualberto Villarroel y Guillermo Elder (de propiedad de Petrobrás), la empresa de transporte de hidrocarburos Transredes S.A. y las empresas de extracción de hidrocarburos Empresa Petrolera Andina S.A. y Empresa Petrolera Chaco S.A. a entregar al Estado las

acciones necesarias para otorgarle el control de las mismas. Este decreto obliga a las empresas petroleras, entre otros aspectos, a entregar toda su producción de gas natural y petróleo a la estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), a suscribir nuevos contratos de operación y a pagar impuestos más elevados.

El antedicho proceso de nacionalización ha llevado a que varios inversionistas privados en Bolivia amenacen al gobierno boliviano con demandas de arbitraje internacional argumentando que Bolivia ha incumplido con los Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones, los cuales protegían sus inversiones. Al presente se ha formalizado un arbitraje internacional en contra del gobierno de Bolivia y el periodo de negociaciones requerido por varios tratados aun no ha prescrito en varios de los otros procesos⁽¹⁾.

Sectores allegados al actual gobierno han respondido a tales amenazas de arbitrajes internacionales exclamando que Bolivia esta ejerciendo su legítimo derecho a estructurar su economía. Además señalan que la vía del arbitraje internacional es inapropiada y evidentemente inconstitucional. Esta posición se manifiesta con la demanda del diputado Beimar Magne Hinojosa ante el Tribunal Constitucional de Bolivia, exigiendo que dicho tribunal declare todo Acuerdo de Promoción y Protección a las Inversiones inconstitucional.

(1) Bolivia ha sido sometida a arbitraje internacional por supuestas violaciones a Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones en una instancia anterior como resultado de la fallida concesión de agua y saneamiento básico otorgada en favor de Aguas del Tunari S.A., sin embargo, ese arbitraje no llegó a un laudo sobre el fondo ya que el gobierno de Bolivia y los inversores extranjeros en Aguas del Tunari S.A., subsidiarios de la empresa Americana Bechtel Engineering y la española Abengoa S.A., llegaron a una transacción después de la emisión de un laudo de jurisdicción que negó la excepción de incompetencia interpuesta por la República de Bolivia. (Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia, Laudo de Competencia del 21 de octubre de 2005 CIADI caso N° ARB/02/3).

Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que carece de competencia para revisar la constitucionalidad de los tratados una vez que ya han sido ratificados, y que las leyes que ratificaban los tratados eran constitucionales, parece interesante el argumento planteado por el Diputado Magne Hinojosa ya que proporciona una posible perspectiva al razonamiento por parte de Bolivia en el caso de un arbitraje internacional.

El diputado Magne Hinojosa mantiene que la ratificación de la Convención CIADI y los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones someten al Estado boliviano a autoridades extranjeras que son tribunales privados compuestos por abogados que puedan estar defendiendo los intereses de las partes privadas en otros casos.

Además, el Diputado argumenta que tales procesos de arbitrajes internacionales se llevan a cabo en condiciones no favorables para el Estado boliviano ya que típicamente toman lugar fuera del Estado anfitrión y son por lo general reservados y no públicos. Va más allá mencionando que el tribunal puede aplicar legislación que no sea la boliviana cuando resuelva sobre el caso. El Diputado Magne Hinojosa declara que la base de su demanda de inconstitucionalidad en el caso de los arbitrajes internacionales para solucionar controversias en lo referente a inversio-

nes, se sustenta en los artículos 135, 116 y 228 de la Constitución Política del Estado boliviano.

De acuerdo al artículo 135 de la Constitución boliviana⁽²⁾ cualquier empresa establecida dentro del territorio boliviano se considera como una empresa nacional y esta sujeta a las autoridades de la República de Bolivia. Además, el artículo 116 de la Constitución⁽³⁾ establece que el Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, las cortes y jueces que son señalados por ley, sin la posibilidad de establecer cortes ni tribunales de excepción. El Diputado Magne Hinojosa aduce que la Convención del CIADI referente a Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones subordina al Estado boliviano ante tribunales de excepción permitiendo a los inversores, sujetos a los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones, evitar la jurisdicción de las autoridades judiciales de Bolivia. También argumenta que dicha situación es contraria al artículo 228 de la Constitución boliviana, por la cual se establece la supremacía de la Constitución sobre toda otra ley o norma.

El 10 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional de Bolivia emitió la Sentencia Constitucional 0031/2006 por la cual declaraba la constitucionalidad de las leyes que ratificaban los Acuerdos de Pro-

(2) Constitución Política del Estado boliviano, artículo 135 (Se consideran Nacionales Todas las Empresas): Todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.

(3) Constitución Política del Estado boliviano, artículo 116 (Ejercicio del Poder Judicial):

El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la Ley. La Ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial.

No pueden establecer tribunales o juzgados de excepción.

tección y Promoción a las Inversiones. Más importante que la decisión formal fue el hecho de que el Tribunal Constitucional se encontró asimismo sin competencia para pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad en lo referente a tratados internacionales una vez que el Congreso de Bolivia ha ratificado estos tratados.

Las leyes que fueron declaradas constitucionales por la Sentencia Constitucional anteriormente citada ratifican Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones entre Bolivia y los siguientes países: Holanda, Argentina, Francia, Reino Unido, España y los Estados Unidos de Norte América. Todos estos Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones proporcionan arbitrajes internacionales en el caso de que surja alguna controversia bajo las condiciones de tales acuerdos. Típicamente, tales controversias son remitidas para ser resueltas en el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones “(CIADI)”, creado por los miembros del Banco Mundial a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”)⁽⁴⁾, el cual constituye una institución especialmente diseñada para facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre gobiernos e inversionistas extranjeros. La adhesión de Bolivia al Convenio CIADI a través de la Ley 1593

del 12 de agosto de 1994 también fue cuestionada por la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Diputado Magne Hinojosa y declarada constitucional por la Sentencia Constitucional.

Al declararse incompetente para revisar el contenido de los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones y el Convenio CIADI, el Tribunal Constitucional de Bolivia explicó la diferencia entre la revisión constitucional llevada a cabo posterior a la emisión y puesta en vigencia de leyes y reglamentos, al contrario de la revisión constitucional de normas legales antes de que sean adoptadas o puestas en vigencia como tal. El Tribunal Constitucional explicó que la Constitución boliviana permite el control previo de constitucionalidad sobre los Tratados y Acuerdos Internacionales mediante un procedimiento denominado “Consulta”. Además, menciona que la Ley del Tribunal Constitucional ha adoptado la configuración procedimental mencionada anteriormente, basada en el principio *pacta sunt servanda* y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽⁵⁾ (“Convención de Viena”) por el cual:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

(4) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados firmado el 18 de marzo de 1965 en Washington D.C. por los Estados miembros del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, al cual Bolivia se adhirió el 3 de mayo de 1991.

(5) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, en vigencia el 27 de enero de 1980 (1155) Series 331 de tratados de las Naciones Unidas firmado por Bolivia el 23 de mayo de 1969, pero aún no ha sido ratificado. Encontramos la referencia a la Convención de Viena en la decisión del Tribunal Constitucional de Bolivia muy interesante dado que Bolivia no ha ratificado la Convención de Viena. Una referencia tan específica de la Convención de Viena, en una decisión del Tribunal Constitucional de Bolivia parecería indicar que Bolivia acepta los principios establecidos en dicha convención como una expresión de principios de derecho internacional.

Como resultado, el Tribunal Constitucional de Bolivia determina que la revisión de tratados por la corte constitucional se reduce a la revisión previa (cuando se solicita) y que la revisión de constitucionalidad, posterior a la aprobación y ratificación por el Congreso de Bolivia, está limitado a la revisión de la constitucionalidad de las leyes que ratifican tales tratados, y no a la compatibilidad del contenido de los tratados con la Constitución boliviana.

Hacemos notar que en la opinión disidente de la Dra. Martha Rojas Álvarez va más allá del análisis del Tribunal Constitucional, argumentado que dicho tribunal no debería cuestionar la constitucionalidad de las leyes que ratifican tratados ya que tal análisis podría eventualmente llevar a la invalidez de dichas leyes y la resultante inaplicabilidad de un tratado, situación que iría en contra de la Convención de Viena y el principio *pacta sunt servanda*.

La Constitución boliviana declara en su artículo 121 que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno y que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos (*erga omnes*). Hacemos notar que en un caso como este, donde la constitucionalidad de las leyes es ratificada, tales leyes también tienen vigencia y son vinculantes para las autoridades bolivianas. Como resultado, las autoridades bolivianas están obligadas a cumplir con la sentencia del Tribunal Constitucional y por lo tanto, se puede argumentar que las autoridades bolivianas pueden estar obligadas a hacer cumplir el Convenio CIADI y

los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones que hayan sido ratificados por Bolivia.

Mirando hacia adelante sobre la posibilidad de futuros arbitrajes internacionales entre inversionistas y Estados en contra de Bolivia, la sentencia constitucional anteriormente mencionada toma un papel sumamente trascendental. Aunque la sentencia es inconclusa en lo referente a la validez o falta de validez de los argumentos presentados por el Diputado Magne Hinojosa, hace que surjan una serie de temas que sin duda alguna serán sujetos de discusión entre los demandantes. El hecho de que el Tribunal Constitucional de Bolivia encontró que las leyes que ratificaban los tratados eran constitucionales apoya una potencial afirmación por parte de los demandantes que una demanda emergente de una inversión de acuerdo a un Acuerdo de Protección y Promoción a las Inversiones debería estar sujeta a un arbitraje. Entre estos temas, la implementación del principio *pacta sunt servanda* y el hecho de que un Estado no puede invocar disposiciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de un tratado como lo establece la Convención de Viena, son conceptos instrumentales a ser discutidos por posibles demandantes en un arbitraje internacional contra Bolivia. Los demandantes en un arbitraje internacional seguramente citarán la sentencia constitucional al solicitar que un panel de arbitraje internacional, formado como resultado de una supuesta violación a un Acuerdo de Protección y Promoción a las Inversiones, asuma jurisdicción sobre tal caso. Además, puede ser que un inversionista extranjero demande que las autoridades bolivianas se adhieran a las normas establecidas dentro de los Acuerdos de Protec-

ción y Promoción a las Inversiones y el Convenio CIADI ya que estas normas han sido declaradas constitucionales y como resultado son de carácter vinculante para todos los bolivianos.

Analizando las razones por el cual el Tribunal Constitucional se declaró incompetente para revisar los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones y el Convenio CIADI, el Tribunal argumentó que los inconvenientes y dificultades políticas, estratégicas o legales emergentes de un acuerdo internacional pueden ser tratado por otras entidades competentes que podrán decidir sobre la conveniencia política de denunciar tal acuerdo internacional. El Tribunal Constitucional argumenta que esto mantiene la armonía de competencias que establece la Constitución boliviana como la entidad que tiene la facultad de vincular a Bolivia con un acuerdo internacional y que también tiene la facultad de terminar tales acuerdos internacionales dentro de los límites establecidos por el Convenio de Viena. Obviamente, las consideraciones en la sentencia constitucional no son una sugerencia por parte del Tribunal Constitucional hacia el Congreso o el Poder Ejecutivo de Bolivia para denunciar los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones o el Convenio CIADI. No obstante, ciertos miembros del partido oficialista han expresado su opinión personal sobre el tema exclamando que tales


acciones serían válidas. Nosotros entendemos que como resultado de aquello es que el Presidente Morales ha instado a los países miembros del ALBA-TCP a retirarse y denunciar de manera conjunta el Convenio CIADI en la Cumbre del Alba⁽⁶⁾.

Definitivamente, el Gobierno de Bolivia está proponiendo cambios importantes a su ordenamiento jurídico, dentro de los cuales incluye un cambio de rumbo total en lo referente a si es conveniente un arbitraje internacional entre el Estado boliviano e inversores privados extranjeros. Sin embargo, la sentencia constitucional ha indicado que una salida inmediata de los acuerdos previos para resolver controversias entre inversionistas privados extranjeros y el Estado boliviano por medio de arbitrajes internacionales de acuerdo a la Convención CIADI, no es posible. Una salida de los acuerdos ya existentes para acudir a arbitrajes CIADI no será posible salvo que el Gobierno boliviano persiga un proceso político complejo de retirarse de los Acuerdos de Protección y Promoción a las Inversiones, la Convención CIADI y posiblemente entablar la reforma de la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia.

En conclusión, señalamos que actualmente Bolivia está experimentando una reforma constitucional muy seria y controversial. El MAS, partido del oficialismo, controla más del cincuenta por ciento de la asamblea constitu-

(6) "Declaración de la Cumbre del Alba", de 29 de abril de 2007, en la ciudad venezolana de Barquisimeto: "Los países miembros del Alba-TCP (Tratado de Comercio de los Pueblos) rechazan enfáticamente las presiones jurídicas, mediáticas y diplomáticas de algunas empresas transnacionales, que habiendo vulnerado normas constitucionales, leyes nacionales, compromisos contractuales, disposiciones regulatorias, medioambientales y laborales, se resisten a la aplicación de decisiones soberanas de los países, amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional contra los Estados nacionales en instancias como el CIADI. En consecuencia, los Estados parte del Alba-TCP acuerdan retirarse y denunciar de manera conjunta la Convención del CIADI, garantizando el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional".

cional y propone refundar completamente Bolivia eliminando toda legislación previa con la creación de una nueva constitución. Tenemos la esperanza de que prevalezcan propuestas más moderadas. Sin embargo, es muy posible que debido a las recientes discusiones polí-

ticamente orientadas refiriéndose a la posibilidad de que el Estado boliviano se someta a arbitrajes con inversores internacionales, la nueva Constitución restringa de manera estricta, la habilidad del Estado boliviano a someterse a arbitrajes internacionales en el futuro. 

SOBRE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU CONTRIBUCIÓN AL ARBITRAJE TRANSNACIONAL

Por: MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*)

SUMARIO: 1. Del origen del arbitraje transnacional. 2. Del desarrollo de los tratados de protección y promoción de las inversiones extranjeras. 2.1. Sobre la recepción de las inversiones. 2.2. Sobre el tratamiento de las inversiones. 2.3. Sobre las normas de protección y garantía de las inversiones. 2.4. Sobre la solución de controversias. 3. De la influencia de los TBI/TMI sobre el respeto de los contratos de Estado. 4. De la evolución del arbitraje transnacional. 4.1. El consentimiento dentro de las legislaciones internas. 4.2. El consentimiento dentro de los Tratados Internacionales. 5. Del derecho aplicable al arbitraje transnacional sobre la base de un tratado de inversiones. 6. Conclusión.

1. DEL ORIGEN DEL ARBITRAJE TRANSNACIONAL

El arbitraje entre un inversionista extranjero y un Estado receptor de la inversión, acusado de no respetar sus obligaciones, llamado arbitraje transnacional o mixto, se dio de manera excepcional durante el siglo XIX pero ha tenido un gran desarrollo desde mediados del siglo

pasado. En efecto, el primer caso de este tipo de arbitraje registrado en la historia del arbitraje se trata de un litigio entre la compañía universal del Canal de Suez y el Vice-rey de Egipto, dando lugar a una sentencia arbitral emitida por Napoleón III en abril de 1864⁽¹⁾.

Poco a poco vamos a ir observando que los inversionistas van a introducir

(*) Especialista en Derecho Internacional Privado y Grado de Master en Derecho Internacional, con especialización en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales, por la Universidad París II. Doctoranda en Derecho Internacional por la Universidad París II.

(1) Compañía Universal del Canal de Suez c./ Vice-rey de Egipto, sentencia del 21 de abril de 1864, in: *La Fontaine Pasicrisie internationale (1794-1900)*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, reedición en 1997, pp. 122-129.

dentro de sus contratos con el Estado receptor, cláusulas compromisorias que le permitirán llevar a su socio estatal ante los tribunales arbitrales, corrigiendo en cierta forma los defectos de la protección diplomática, único recurso al que tendría sin haber introducido dicha cláusula⁽²⁾. En este sentido, vemos aparecer sentencias relacionadas con contratos de minería y petróleo durante los años 1930 y 1960, tales como: *Lena Goldfields* (septiembre de 1930), *Abu Dhabi* (agosto 1951), *Ruler of Qatar* (junio 1953), *ARAMCO* (agosto 1958) y *Sapphire* (marzo de 1963)⁽³⁾. Cabe recalcar que en todos los casos los árbitros han dado preferencia a la aplicación de principios generales del derecho, a pesar de que las reglas habituales de derecho internacional privado conducían a la aplicación del derecho del Estado contratante.

Este sentimiento de protección hacia las inversiones internacionales reflejada en las sentencias arbitrales va a evolucionar de tal forma que no sólo se van a ver

aplicados los principios generales contemplados por el artículo 38.1 del estatuto de la corte internacional de justicia, sino el derecho internacional público en general, tal y como lo reflejan las sentencias *Texaco c./ el Gobierno de Libia* (1977) y *Aminoil c./ Koweit* (1982)⁽⁴⁾.

Además de las cláusulas compromisorias, dichos contratos llamados por la doctrina “contratos de Estado”, “acuerdos de desarrollo económico” o incluso “contratos internacionalizados”, para diferenciarlos de los simples contratos administrativos, van a ir introduciendo cláusulas de elección del derecho aplicable que van a hacer referencia directa a los principios del derecho internacional o del derecho del Estado receptor de la inversión pero estabilizado por reglas de estabilización o incluso de intangibilidad del derecho⁽⁵⁾. En ambos casos, el Estado se ve imposibilitado de utilizar sus prerrogativas de derecho interno para escapar a su responsabilidad contractual.

(2) Recordemos que para recurrir a la protección diplomática del Estado nacional, el inversionista debe haber agotado previamente todas las vías de recursos internos, además, el litigio no le pertenece, es su Estado quien se encarga de dar seguimiento a la reclamación frente al otro Estado donde se ha realizado la inversión.

(3) *Lena Goldfields c./ Unión soviética*, 2 de septiembre de 1930, *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, pp. 42-53, *Petroleum Developments Ltd c./ Ruler of Abu Dhabi*, ICLQ, 1952, pp. 247-261, *Ruler of Qatar c./ International Marine Oil Company Ltd*, IRL, 1953, p. 545, *ARAMCO c./ Saudi Arabia*, 23 de agosto de 1958, *RC DIP*, 1963, pp. 272-363, *Sapphire International Petroleum Ltd c./ National Oil Company*, 15 de marzo de 1963, *Ann. Suisse de DI*, 1963, pp. 273-302.

(4) *Texaco*, Sentencia del 19 de enero de 1977, *JDI*, 1977, pp. 350-389, ver especialmente el Par 35 de la sentencia, *Aminoil*, Sentencia del 24 de marzo de 1982, ver comentarios de Lalive, especialmente Par 6 y 7 de la sentencia, *RCADI*, 1983.III, pp. 147 y ss.

(5) Sobre dichas reglas que tienen por finalidad estabilizar el derecho aplicable e igualar en este sentido las relaciones entre el Estado y el inversionista: Chatterjee, (S), *The Stabilisation clause myth in investment agreements*, *JIA*, 1988, p. 97, David (N), *Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers, questions d'un praticien*, *JDI*, 1986, p. 79, GARCIA, Amador, (F), *State responsibility in case of "stabilization" clauses*, *Journal of transnational law and policy*, 1993, Vol. 2, Nº 1, p. 23, Paasivirta, (E), *Internationalization and stabilization of contract versus state sovereignty*, *BYBIL*, 1989, p. 315, WEIL, (P), *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, WAELDE, (TH), / George NDI, *Stabilizing international investment commitments: international law versus contract interpretation*, *Texas ILJ*, 1996, p. 215.

Pero no fue hasta la adopción de la Convención de Washington de 1965 sobre la resolución de diferencias relativas a inversiones, entre Estados y nacionales de otros Estados, en el seno de la Banca mundial, que la aplicación del derecho internacional dentro del campo de las inversiones va a verse generalizado⁽⁶⁾. De esta forma, la primera etapa de la evolución del derecho internacional de las inversiones se ve marcada por la institucionalización del arbitraje transnacional para resolver los litigios entre los inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión, así como de la aplicación casi sistemática del derecho internacional a los contratos de Estado.

2. DEL DESARROLLO DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Los tratados de protección y de promoción de las inversiones comenzaron de forma bilateral (TBI) entre los países europeos desde los años 1950, se puede decir que de una forma tímida (unos 10 a 20 tratados por año), y han evolucionado progresivamente (de 100 a 200 tratados por año), hasta llegar a formar una red de convenciones sin precedente: 1513 al 31 de diciembre de 1997, 2181 en 2002⁽⁷⁾, cifra que no ha parado de aumentar gracias a las políticas comerciales de los países

como Estados Unidos que tiende a imponer el arbitraje transnacional en los Tratados de Libre Comercio (TLC) que negocia. A estos tratados se suman unos cuantos Tratados multilaterales (TMI) que se han visto consecuentemente influenciados por la red de TBI: Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA), el Tratado sobre la Carta de la energía, el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de las inversiones dentro del cuadro del MERCOSUR⁽⁸⁾.

Todos estos tratados contienen en lo esencial, disposiciones sobre a) la recepción de las inversiones, b) el tratamiento de las inversiones una vez constituidas, c) la protección y garantía de estas inversiones, d) la solución de controversias entre los Estados partes al tratado y entre el Estado receptor de la inversión y el propio inversionista.

2.1. Sobre la recepción de las inversiones

La gran mayoría de tratados deja a la iniciativa del Estado receptor de la inversión, la libertad de definir sus condiciones, limitándose a señalar que cada una de las partes se compromete a “mantener un clima favorable sobre su territorio para las inversiones de los nacionales y de las sociedades de la otra Parte, permitiendo la constitución y adquisición de estas inversiones en términos y condiciones que acuerden un tratamiento no menos favo-

⁽⁶⁾ El artículo 42.1 de la Convención prevé que: “El tribunal debe resolver sobre el litigio conforme a las reglas de derecho adoptadas por las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal aplica el derecho del Estado contratante parte al litigio, comprendiendo las reglas relativas a los conflictos de Ley es, así como los principios de derecho internacional en la materia”.

⁽⁷⁾ Fuente publicada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED), www.unctad.org.

⁽⁸⁾ Sobre los tratados multilaterales: WAEDEL, TH, “Multilateral investments agreements (MITs) in the Year 2000”, in: *Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, pp. 389-431.

rable que el tratamiento acordado, dentro de situaciones similares, a los nacionales y a las sociedades de otros Estados, si este tratamiento es más favorable”. Como podemos observar, esta mezcla de tratamiento nacional y tratamiento de la nación más favorecida se instituyen como los estándares mínimos de protección de las inversiones, sin por lo tanto prohibir al Estado receptor de limitar ciertos sectores de la economía nacional para sus nacionales.

El proyecto fallido del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) preparado por la OCDE, contemplaba la aplicación del tratamiento nacional y la nación la más favorecida al establecimiento, expansión, explotación, gestión, manejo, utilización, disfrute y venta de todo lo relacionado con la inversión extranjera; en otras palabras, no sólo protege la inversión en sí, sino también la “preinver-

sión” o la negociación para el establecimiento de la inversión en el territorio del Estado receptor, lo que no obtuvo la aprobación de muchos (en particular de los países Europeos que han mantenido siempre una postura mucho más conservadora que los Estadounidenses, al menos en lo que respecta a la etapa de “pre-establecimiento” de las inversiones)⁽⁹⁾.

2.2. Sobre el tratamiento de las inversiones

Una vez constituida la inversión de acuerdo a la ley del Estado receptor de la inversión, es posible hablar de una verdadera internacionalización del sistema. En efecto, tal y como afirma el profesor Ch. Leben, prácticamente todos los tratados suscriben de manera idéntica una lista de obligaciones convencionales protectoras

⁽⁹⁾ Sobre el AMI y su fracaso: BÖHMER, A., “The struggle for a Multilateral Agreement on Investment – An assessment of the negotiations process in the OCDE”, *GYL*, 1998, Vol. 41, pp. 267-298, DATTU, R., et BOSCARIOL, J., “A quick primer on the Multilateral Agreement on Investment”, *Int Bus. Lawyer*, 1999, pp. 50-53, FATOURUS, A., “Towards an international agreement on foreign investment”, in: *ICSID Rev. – FILJ*, 1995, Vol. 10, Nº 2, pp. 191-207, FATOURUS, A., “Vers un accord international sur l’investissement direct étranger?”, in: *Vers des règles multilatérales sur l’investissement*, Documents OCDE, 1996, p. 61, JOHNSTON, D., “L’Accord multilatéral sur l’investissement: ami ou ennemi?”, in: *Politique étrangère*, 1998, Nº 2, pp. 359-376, JUILLARD, P., “A propos du décès de l’AMI”, in: *AFDI*, 1998, pp. 595-612, JUILLARD, P., “L’Accord multilatéral sur l’investissement: un accord de troisième type”, in: *Un accord multilatéral sur l’investissement: d’un forum de négociation à l’autre?* SFDI, Paris, Pedone, 1999, p. 47, KODAMA, Y., “Dispute settlement under the draft Multilateral Agreement on Investment, the quest for an effective investment dispute settlement mechanism and its failure”, in: *JIA*, 1999, Nº 3, pp. 45-87, LANG, J., “L’AMI, c’est l’ennemi”, in: *Le Monde*, 10 février 1998, MALANCZUK, P., “State-State and investor-State dispute settlement in the OECD draft Multilateral investment agreement”, in: *JIEL*, 210, p. 417, MUCHLINSKI, P., “Towards a Multilateral Investment Agreement (MAI): the OECD and WTO, models and sustainable development”, in: *International economic law with a human face, sous la direction de DENTERS, DE WARRT et WEISS*, Kluwer, 1999, p. 429, MUCHLINSKI, P., “The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: where now?”, in: *Int. Lawyer*, 2000, Vol. 34, Nº 3, pp. 1033-1053, ROWAN, D., “Investissements, Cet AMI qui inquiète les Européens”, *Courrier International*, Nº 381, 1998, p. 17, SCHITTECATTE, C., “The politics of the MAI, on the social opposition of the MAI and its role in the demise of the negotiations”, in: *JWI*, 2000, pp. 329-356, SMALL, D., “Règlement des différends entre investisseurs et Etats d’accueil dans un Accord multilatéral sur l’investissement”, in: *Un accord multilatéral sur l’investissement: d’un forum de négociation à l’autre?*, SFDI, Paris, Pedone, 1999, p. 79, STEN, B., “International economic relations and the MAI dispute settlement”, in: *JIA*, 1999, Nº 2, pp. 118-128, VADCAR, C., “Le projet d’Accord multilatéral sur l’investissement: problématique de l’adhésion des pays du Sud”, in: *JDI*, 1998, pp. 9-44, WALLACE-BRUCE, N., “The Multilateral Agreement on Investment, an incident proposal and not learning the lessons of history”, in: *JWI*, 2001, pp. 53-85, WIMMER, A., “The impact of the General Agreement on Trade in Services on the OECD Multilateral Agreement on Investment”, in: *World Competition*, 1996, p. 109.

de los inversionistas y de sus inversiones⁽¹⁰⁾. En este sentido, los nuevos TBI y los TMI han incrementado su contenido legal, disminuyendo las excepciones al acceso libre de las inversiones internacionales en el territorio nacional del Estado receptor.

Se habla así de un tratamiento “justo e igualitario” del inversionista extranjero, muchas veces con la precisión de “conforme a los principios del derecho internacional”; de la obligación de asegurar la protección y la seguridad de las inversiones extranjeras; de acordar un tratamiento nacional y de la nación la más favorecida, siendo éstas últimas las más propagadas en todas los tratados internacionales.

Estas normas de protección, introducidas en los tratados mediante cláusulas normativas son instrumentos de no discriminación por los cuales se le prohíbe al Estado que las ha acordado de actuar discriminatoriamente en detrimento de sus beneficiarios. En este sentido, la cláusula de tratamiento nacional obliga al Estado a acordar a los nacionales de la otra parte contratante, un tratamiento “no menos favorable” que aquél acordado a sus propios nacionales; mientras que la cláusula de la nación más favorecida implica que todas las ventajas más favorables acordadas a un Estado tercero al Tratado, sean automáticamente e incondicionalmente extendidos a los nacionales del otro Estado contratante.

2.3. Sobre las normas de protección y garantía de las inversiones

Se establecen condiciones para la expropiación de las inversiones, operación que debe hacerse de buena fe, sin discriminación en razón de la nacionalidad y que debe implicar el pago de una indemnización apropiada y efectiva. Como podemos observar, estas normas tienen su origen en la legalidad internacional de las indemnizaciones en caso de nacionalizaciones.

Por otro lado tenemos la implementación, en muchos países, de agencias de garantías para las inversiones que se realizan en el extranjero, así como de la adopción por parte de la Banca mundial, en 1985, de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (AMGI) a nivel internacional, con la finalidad de proteger y garantizar las inversiones que se realicen dentro de los países en vías de desarrollo contra los riesgos no comerciales, y por consiguiente, de promover el flujo de las inversiones extranjeras⁽¹¹⁾.

2.4. Sobre la solución de controversias

En el marco de la solución de controversias debemos diferenciar entre los litigios relativos a las inversiones, entre un Estado parte y el inversionista extranjero nacional del otro Estado parte al tratado en cuestión; de aquellos litigios res-

⁽¹⁰⁾ LEBEN, Ch., “L'évolution du droit international des investissements”, in: *SFDI, Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?*, Paris, Pedone 1999, pp. 7-32.

⁽¹¹⁾ Sobre la AMGI: JOS (E.), *L'agence multilatérale de garantie des investissements : une contribution positive mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement*, *RGDIP*, 1994, pp. 387-413, SHIHATA, (I), *MIGA and foreign investment: origins, operations, policies and basic documents of the Multilateral investment guarantee agency*, Kluwer, 1988. Il convient de noter que la BIRD s'intéressait au problème de l'assurance des investissements depuis longtemps. En effet, au début des années 1960, la BIRD avait déjà envisagé la création d'un programme multilatéral créant une institution d'assurance multilatérale des investissements, en tant qu'élément stimulant des investissements privés étrangers. Le rapport a été publié en mars 1962, BIRD, *Multilateral investment insurance*, Washington D.C., p. 51.

pectivos a la interpretación del propio tratado que puedan surgir entre ambos Estados y que por lo tanto tiene un carácter interestatal. El primero de los casos corresponde al arbitraje transnacional o mixto, donde es clara la importancia relevante que va a obtener el CIADI, en su calidad de Centro especializado para la resolución de diferencias relativas a inversiones; no obstante, muchos tratados incluso a finales de los años 1980 van a continuar nombrando a otros centros como la CCI, la Cámara de Comercio de Estocolmo o incluso al reglamento de arbitraje de la CNUDMI para resolver dichas diferencias⁽¹²⁾. El segundo de los casos no es más que el arbitraje interestatal (normalmente de carácter *ad hoc* pero que también puede llevarse a cabo delante de la Corte Permanente de Arbitraje) entre los Estados Partes al tratado de inversión, con el fin de resolver una controversia sobre la aplicación o interpretación del mismo.

No es sino a mediados de los años 1990 cuando más Estados, sobre todo Estados latinoamericanos van a ir poco a poco adhiriéndose a la Convención de Washington de 1965 (Chile, el 24/09/91; Colombia, el 15/07/97; Costa Rica, el 27/04/93; Nicaragua, el 20/03/95; Panamá, el 08/04/96; Perú, el 09/08/93; República Dominicana, el 27/05/94, Uruguay, el 09/08/00; Venezuela, el 02/05/95), suceso que marca en cierta forma el “abandono” de la cláusula Calvo según la cual todo litigio entre un Estado y un inversionista extranjero es de la sola competencia de los tribunales internos y debe ser juzga-

do por el derecho interno del Estado receptor de la inversión, sin siquiera internacionalizar el litigio mediante la protección diplomática.

Sin lugar a dudas, la multiplicidad de opciones con las que va a contar el inversionista extranjero es una de las características que va a marcar el nuevo derecho de las inversiones internacionales. En efecto, mientras que de manera general el *forum shopping*, provocado por el liberalismo económico aplicado al arbitraje, no es bien visto, en materia de inversiones va a favorecerse, a fin de que el inversionista pueda escoger la máxima protección posible⁽¹³⁾.

En cuanto al arreglo de diferencias entre las Partes contratantes, relativo a la aplicación o interpretación del TBI o del TMI, cabe precisar que si bien no se descarta se la posibilidad de que el caso sea resuelto ante un tribunal de arbitraje, lo normal es que el asunto sea resuelto por la vía diplomática a través de las negociaciones entre las partes.

3. DE LA INFLUENCIA DE LOS TBI/TMI SOBRE EL RESPETO DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

A través de los Tratados de Promoción y de Protección de las Inversiones, que se traten estos de tratados bilaterales o multilaterales, el arbitraje transnacional se ve generalizado como el medio imperante para la solución de controversias relativas a los contratos de Estado o como

(12) Sobre las distintas previsiones en los TBI y en los TMI, ver PARRA, (A), Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment laws, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investments, *ICSID revue*, 1997.

(13) GAILLARD, E., “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, in: *Revue de l’arbitrage* 2003, p. 863. El autor hace referencia en este caso a un *forum shopping in favores*.

son llamados actualmente “contratos de inversión” por la materia que contemplan. En efecto, todo intento por “deslocalizar” o “internacionalizar” el contrato de inversión mediante normas tendientes a neutralizar el poder normativo del Estado contratante, se ve completado por las cláusulas compromisorias que permiten de evitar la competencia de los tribunales del Estado receptor de las inversiones⁽¹⁴⁾. Pero no es sino en presencia de un tratado internacional entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista, que el respeto de los compromisos contractuales –como sería el respeto las normas de estabilización incluidas en el contrato– puede ser el objeto de un compromiso específico a nivel internacional - convencional, por parte del Estado receptor⁽¹⁵⁾. De esta manera, cada parte contratante se compromete al respeto de las obligaciones particulares que haya podido contratar con respecto a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra parte contratante.

Por esta razón la doctrina ha designado a estos tratados como tratados “paraguas” (*umbrella agreements*) o tratados de cobertura, donde las obligaciones contractuales entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista son transformadas en verdaderas obligaciones internacionales (obligaciones de derecho internacional público que revelan la responsabilidad internacional del Estado)⁽¹⁶⁾. En otras palabras, toda inejecución del con-

trato cubierto por el tratado comprometería la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión frente al Estado de la nacionalidad del inversionista, puesto que no se ha respetado el principio de intangibilidad del contrato instaurado por el tratado.

En ausencia de una cláusula relativa al respeto de las obligaciones dentro de los tratados de inversión, surge la cuestión de saber si la violación del compromiso contractual por parte del Estado constituye un acto internacionalmente ilícito. De acuerdo a la doctrina, no existe ninguna regla que prescriba el respeto de los contratos concluidos entre los Estados y las personas privadas como una violación internacional, por lo tanto, en ausencia de una tal obligación, la responsabilidad del Estado contratante no puede verse comprometida por la violación contractual⁽¹⁷⁾. Una vez más queda de manifiesto la importancia de la protección que brindan los tratados sobre inversión y su influencia en el campo del arbitraje transnacional.

4. DE LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE TRANSNACIONAL

Al igual que los contratos de Estado, el arbitraje transnacional va evolucionar con la práctica, principalmente la práctica del arbitraje CIADI. Esta evolución se hace sentir en el fundamento de las demandas de arbitraje (contrato/tratado)

⁽¹⁴⁾ Sobre la neutralización del poder normativo del Estado, (P), MAYER, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, *JDI*, 1986, pp. 5-78.

⁽¹⁵⁾ En este sentido, LEBEN, (CH), L'évolution du droit international des investissements, cit., pp. 18 y ss.

⁽¹⁶⁾ WEIL, P., Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, *RCADI*, 1969, p. 130.

⁽¹⁷⁾ MANN, F., State contract and State responsibility, *AJIL*, 1960, p. 572.

pero también en cuanto a las modalidades del consentimiento al arbitraje.

En efecto, si tomamos en cuenta que el consentimiento de las partes al arbitraje es la base fundamental de la competencia del tribunal arbitral, que se trate este de un arbitraje institucionalizado como el CIADI o de un arbitraje ad hoc, tenemos que este consentimiento debe darse de manera efectiva y clara, y aun más si una de las partes al arbitraje es un Estado y que éste está renunciando a sus prerrogativas como tal. Cabe recalcar tal y como lo hace la Convención de Washington en su preámbulo, que las diferencias relativas a inversión siguen siendo el objeto de las instancias internas del Estado receptor de la inversión, y que con la simple ratificación de la Convención de Washington no se puede entender que dicho Estado a aceptado y se obliga a recurrir al arbitraje. Ahora bien, el consentimiento de dicho Estado puede no necesariamente estar reflejado en un contrato con el inversionista, es más, muchas veces no existe ningún contrato entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Por el contrario, tal y como podemos constatar el consentimiento del Estado puede estar dentro de un tratado internacional o dentro de su legislación sobre inversiones.

Esta oferta hecha a todo inversionista que invierta de acuerdo al derecho interno del Estado receptor de la inversión puede o no ser aceptada por el inversionista, mediante la demanda unilateral de la jurisdicción arbitral, dando nacimiento así a lo que llamamos arbitraje sin relación contractual o “*arbitration without*

privity”(18). Tal y como afirma Geneviève Burdeau, esta evolución del arbitraje transnacional transforma el arbitraje comercial internacional regente para los litigios que puedan surgir entre las personas de orden privado, de un instrumento de control de respeto de las obligaciones contractuales, a un instrumento de control de respeto, “por parte de los Estados, de la legalidad dentro de la materia económica”.

4.1. El consentimiento dentro de las legislaciones internas

Antes de entrar a profundizar sobre la influencia de los tratados de inversión en el arbitraje transnacional, una primera etapa es marcada por ciertas legislaciones internas que muestran la constatación el consentimiento disociado del Estado receptor de la inversión y del inversionista extranjero.

La experiencia ha mostrado que las partes pueden manifestar su intención de comprometerse al arbitraje por vía de referencia a otros documentos de origen contractual o reglamentario, como es el caso de una legislación interna proclamada por el Estado receptor de la inversión. Es así que el tribunal CIADI, dentro de la sentencia SPP c./Egipto, determina que la aceptación de la competencia del CIADI podía igualmente resultar de una ley nacional(19). En la especie, la demanda ante el CIADI toma su origen en la anulación del gobierno de Egipto de los acuerdos concluidos con la sociedad SPP para llevar a cabo un complejo turístico que comprendía entre otros sitios el de las pirámides. Inicialmente el litigio fue presentado

(18) Término utilizado por PAULSSON, (J), , *Arbitration without privity*, *ICSID Review*, 1995, Vol. 10, p. 232, in *The Energy charter treaty*, London, Kluwer, 1996.

(19) *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c./ República árabe de Egipto*, *ILM*, 1993, p. 933.

ante la CCI, siendo el objeto de una sentencia que posteriormente es anulada por la Corte de Apelaciones de París⁽²⁰⁾.

Una vez determinada la competencia del CIADI, la cuestión fundamental ante el arbitraje SPP fue evidentemente la determinación del derecho aplicable (artículo 42.1 de la Convención). Al respecto, el acuerdo entre el gobierno de Egipto y la SPP no contenía ninguna cláusula especial de derecho aplicable, pero su preámbulo precisaba que dicho acuerdo había sido concluido conforme a las diversas leyes de Egipto, incluyendo la Ley N° 43 de 1974 sobre inversiones. Apoyándose sobre estas referencias al derecho de Egipto, el gobierno sostenía que debía aplicarse de manera exclusiva; para la SPP, las referencias en causa no excluían la aplicación de los principios de derecho internacional. Para el tribunal arbitral, el acuerdo entre las partes no excluye el recurso del derecho internacional, con motivo a que todo sistema nacional no es completo ni exhaustivo, por lo que toda laguna debe ser completada por el derecho internacional.

En el fondo, también encontramos diferencias entre la sentencia SPP CCI y la sentencia SPP CIADI. En efecto, mientras que la primera decide que los intereses deben empezar a contarse desde la introducción de la instancia y hasta la fecha de pago, la segunda decide al contra-

rio que el pago debe remontar al día de la expropiación, puesto que lo contrario constituiría un incentivo para el autor de una nacionalización de utilizar maniobras dilatorias en vista a retardar el pago de una indemnización.

Más allá de la constatación de la competencia del tribunal arbitral y del derecho aplicable al litigio entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión tenemos que el consentimiento dado por el Estado a través de sus leyes internas puede presentar ciertas interrogantes sobre la amplitud de la protección de la cual el inversionista puede hacerse valer. En primer lugar tenemos que tomar en cuenta que el Estado es libre de cambiar sus normas una vez protectoras de las inversiones extranjeras, haciendo pleno uso de su poder normativo. En este sentido, ciertos Estados como Egipto y Tunes han reaccionado modificando sus legislaciones en materia de inversiones, exigiendo de una manera más clara un acuerdo específico entre el Estado y el inversionista para poder fundar la competencia del Centro⁽²¹⁾.

Este “defecto” del consentimiento dado a través de una legislación interna no tiene cabida en el consentimiento dado a través de un tratado internacional, para el cual el principio *Pacta sunt servanda* es siempre aplicable⁽²²⁾. Esto tiene su expli-

(20) Sentencia del 16 de febrero de 1983, *Rev. De l'arbitrage*, 1986, p. 105, anulada por París, 12 de julio de 1984, *Rev. De l'arbitrage*, 1986, p. 75, ver LEBOULANGER, Etat, “Politique et arbitrage, l'affaire du Plateau des Pyramides”, *Rev. De l'arbitrage*, 1986, p. 3.

(21) Ver el artículo 55 de la Ley N° del 20 de julio de 1989 de la República de Egipto, *ICSID Rev.*, 1989, p. 376, MARCHAIS, B., “The new investment law in the Arab Republic of Egypt”, en: *ICSID Rev.*, 1989, p. 297, HORCHANI, F., “Le code tunisien d'incitations aux investissements”, en: *JDI*, 1998, pp. 67-91, MBILAMPINDO W., “Le code congolais des investissements, illustration d'un ‘interventionnisme incitatif’ de la puissance publique”, in: *Recueil Penant*, 1997, pp. 78-97.

(22) PHILIPPE, D., “Pacta sunt servanda” et “rebus sic stantibus”, in: *Arbitrage commercial international: l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Paris, CCI Publishing SA, 1986, pp. 181-259.

cación precisamente en que si bien es cierto dicho principio se aplica al derecho interno, el Estado siempre estará en su derecho de actuar legislativamente, aun cuando exista una cláusula de estabilización en el contrato que ha firmado con el inversionista extranjero, quitándole así todo efecto útil de internacionalización.

Otro problema aun no resuelto es el eventual conflicto en el tiempo que pudiera surgir entre una legislación nueva que desplace a otra anterior, para lo cual habrá que aplicar las reglas de conflicto propias del derecho internacional privado. Esto es sin lugar a dudas diferente al posible conflicto que pueda existir entre el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional. En ambos casos, será el tribunal arbitral quien deba encargarse de determinar el derecho aplicable y resolver los posibles conflictos que se presenten en su aplicación.

4.2. El consentimiento dentro de los Tratados Internacionales

Actualmente no existe duda alguna en que el consentimiento brindado por el Estado a través de un tratado internacional (bilateral o multilateral) al arbitraje transnacional es una reafirmación sobre el plano internacional de la posibilidad de un consentimiento dissociado entre las partes⁽²³⁾. Esta fue desde un principio la posición de los autores del proyecto de la Convención de Washington al redactar el artículo 25.1 sobre la competencia del

CIADI⁽²⁴⁾. Más la posición de algunos Estados era otra.

En efecto, algunos estaban a favor de exigir un consentimiento específico entre el Estado y el inversionista, y se referían a la sumisión al arbitraje CIADI de litigios contractuales; otros por su parte aceptaban el hecho de que el Estado pudiese comprometerse por adelantado a litigios predeterminados, pero dejaban en duda si este compromiso debía referirse a litigios contractuales o podían tratarse todos los litigios relativos a una inversión. En otras palabras, existía el debate de si el consentimiento debía ser específico o podía darse de forma general. Al respecto, los trabajos preparatorios de la Convención muestran una vez más que el consentimiento implicaba todo litigio relacionado con una inversión, teniendo por objeto:

- “a) la ejecución de obligaciones resultantes de un contrato pasado entre el Estado contratante y el nacional del otro Estado;
- b) la ejecución de obligaciones nacidas de una garantía acordada por el Estado a determinadas inversiones;
- c) la fijación de una indemnidad a dar debido a medidas tomadas por el Estado en violación de derechos legalmente adquiridos por el nacional del otro Estado, teniendo en cuenta que dichas medidas no podían ser el resultado de:

⁽²³⁾ Cf. Artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía, Capítulo XI del NAFTA, Sección D del proyecto del AMI.

⁽²⁴⁾ Ver documentos relativos al origen y a la elaboración de la Convención, Documento N° 24, 1° de octubre de 1963, p. 1. STERN B., “Le consentement à l’arbitrage CIRDI en matière d’investissement international. Que disent les travaux préparatoires?”, in: *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, Litec 2000, pp. 223-244.

- (i) la aplicación correcta de las leyes en vigor dentro de los territorios del Estado a la fecha de realización de la inversión,
- (ii) la aplicación correcta de las leyes de carácter general adoptadas posteriormente y que no tienen por efecto anular o reducir las ventajas reconocidas al inversionista⁽²⁵⁾.

En este sentido podemos afirmar que el consentimiento general es una realidad que puede servir para que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales. Esta ha sido también la posición retenida por la “jurisprudencia” del CIADI, consagrada por la primera vez a través del famoso caso *Asian Agricultural Products (AAPL) c./ República de Sri Lanka*, por el cual el tribunal arbitral ha aceptado su competencia en función del artículo 8.1 del acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones firmado entre el Reino Unido y el gobierno de Sri Lanka (pero cuyos efectos habían sido extendidos a Hong Kong por medio de un intercambio de notas)⁽²⁶⁾. Esta fue la primera vez que un tribunal arbitral CIADI ha fundado su competencia exclusivamente sobre una cláusula arbitral contenida dentro de un TBI y no sobre un acuerdo directo entre las partes, ya sea que este haya estado incluido dentro de un contrato de

Estado o mediante un compromiso arbitral posterior⁽²⁷⁾.

Vemos entonces que la diferencia con el arbitraje transnacional tradicional radica en que los inversionistas extranjeros tienen ahora la oportunidad de recurrir unilateralmente delante de un tribunal CIADI para todas las diferencias posibles (hasta aquéllas que al momento de contratar se les hubiese podido escapar o inclusive, aquéllas que porten sobre diferencias relativas a la aplicación del propio tratado bilateral o multilateral), mientras que anteriormente se encontraban limitados a las categorías de litigios que habían sido señaladas y aceptadas en la cláusula compromisoria contenidas en el contrato de inversión o expresadas en el compromiso arbitral.

Para algunos, esto produce una situación de desequilibrio entre las partes, toda vez que el encuentro de consentimientos necesarios se opera no por un acuerdo entre las partes al litigio, sino por una decisión unilateral de beneficiarse de una oferta general, permanente y no individualizada dada por el Estado parte de someterse al arbitraje⁽²⁸⁾. Pero como si esto fuera poco, el Estado no puede unilateralmente retirar su consentimiento al arbitraje ni puede ser él quien demande el arbitraje, sólo de forma reconvenicional. Por estas razones, algunos han preferido llamar a este tipo de arbitraje (conocido como transnacional o mixto) “unilateral”⁽²⁹⁾, “automático” o

(25) Reporte de los administradores de la Convención, Vol. III, Documento Nº 87, pp. 657-658.

(26) Sentencia del 27 de junio de 1990, 30 *ILM*, 1991, p. 577.

(27) Sobre la sentencia ver también, ROMBAUD, P., “Des obligations de l’Etat vis-à-vis de l’investisseur étranger (Sentence AAPL c./ Sri Lanka)”, in: *AFDI*, 1992 p. 501.

(28) BURDEAU, G., “Nouvelles perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats”, in: *Revue de l’arbitrage*, 1995, p. 15.

(29) BEN HAMIDA, W., “L’arbitrage transnational unilatéral”, in: *Thèse*, Paris II, 2003.

“forzado”⁽³⁰⁾, olvidándose que en todos los casos, el consentimiento entre dos partes sigue siendo la piedra angular de la competencia arbitral, que esta se encuentre en un mismo documento o disociada en el tiempo.

5. DEL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE TRANSNACIONAL SOBRE LA BASE DE UN TRATADO DE INVERSIONES

Otro punto fundamental en la evolución del arbitraje transnacional, en presencia de un tratado internacional, es el hecho de que las normas contenidas dentro del tratado son primordialmente aplicables; teniendo en cuenta que el Estado receptor de la inversión ha dado su consentimiento expreso a dichas normas mediante la ratificación del tratado, mientras que el inversionista ha dado su consentimiento implícito, desde el momento en que antepone la demanda arbitral.


Más allá de las normas introducidas por el tratado internacional de inversión cabe la aplicación del derecho del Estado receptor de la inversión así como de los principios de derecho internacional, tal y como lo señala el artículo 42 de la Convención de Washington. En el caso de la aplicación del NAFTA en ausencia de una cláusula compromisoria o compromiso que señale el derecho aplicable, por tomar un ejemplo de tratado multilateral, se prevé la aplicación de las disposiciones del propio tratado así como toda regla pertinente de derecho internacional⁽³¹⁾. En este caso, el tratado no hace referencia al derecho interno de los Estados Partes precisamente porque el sis-

tema está destinado a garantizar a los inversionistas la aplicación de prerrogativas internacionales por encima de los derechos internos. De esta manera, aunque existiera un contrato regido estrictamente por el derecho interno, un litigio pudiera ser llevado ante un arbitraje CIADI (bajo las reglas complementarias o bajo el reglamento de la CNUDCI) sobre la base de una violación al tratado de cobertura y en aplicación a las normas de derecho internacional.

6. CONCLUSIÓN

Como hemos podido observar, los tratados de promoción y protección de inversiones, además de internacionalizar el contrato que eventualmente han podido firmar el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero, entran a modificar la dinámica misma del consentimiento al arbitraje transnacional, llegando inclusive a desplazar la necesidad de un contrato de Estado.

Que haya o no un contrato de inversiones firmado entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero ha quedado así en un segundo plano, inclusive para la determinación del derecho aplicable, ya que toda violación del tratado entraña la responsabilidad internacional del Estado y por ende la aplicación de las normas de derecho internacional.

Por último podemos afirmar que otra consecuencia de la multiplicación de los TBI y TMI es la confirmación del lugar angular que tiene el CIADI dentro del derecho internacional de las inversiones, y en un futuro quizás, la elaboración de un tratado multilateral sobre inversiones en el que participen todos los sectores del comercio mundial. 

⁽³⁰⁾ DERAIS, Y., “L’impact des accords de protection des investissements sur l’arbitrage”, in: *Gazette du Palais, Recueil mai-juin*, 2001, pp. 631 y ss.

⁽³¹⁾ Ver artículo 1131 del NAFTA.

CANADA'S ACCESSION TO THE ICSID CONVENTION AND THE 2006 / CANADA - PERU BILATERAL INVESTMENT TREATY: NEW PROTECTIONS AND OPPORTUNITIES FOR INVESTORS

Por: STEPHEN L. DRYMER (*)
PATRICK DUMBERRY (**)

SUMARIO: 1. Introduction. 2. The ICSID Convention and the Establishment and Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. 3. Manner and Form of Consent to ICSID Jurisdiction. 4. Procedural Protections Offered by the ICSID Convention. 5. Substantive Protections and Salient Features of the Canada-Peru BIT. 6. The National Treatment Standard. 7. The Minimum Standard of Treatment Clause. 8. The Most-Favoured-Nation Clause and Its Limitations. 9. Compensation for Expropriation. 10. Conclusion: Further Opportunities for Canada-Peru Trade and Investment.

1. INTRODUCTION

On 15 December 2006, Canada signed the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (the “ICSID

Convention” or the “Convention”; also known as the “Washington Convention”)(¹). Canada thereby became the newest of the more than 150 signatories of the Convention and the last of the G8 countries to sign this important interna-

(*) Abogado del despacho Ogilvy Renault, Canadá.

(**) Abogado del despacho Ogilvy Renault, Canadá.

(1) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington, D.C. on 18 March 1965, in: 575 *U.N.T.S.* p. 159, 4 *I.L.M.*, 1965, p. 532. Michael Wilson, Canada's Ambassador to the United States, signed the Convention on behalf of the Government of Canada on 15 December 2006, at the World Bank Headquarters in Washington, D.C.

tional instrument⁽²⁾. Canada is currently in the process of enacting legislation for the ratification and implementation of the Convention⁽³⁾. However, even pending ratification, the signature of the ICSID Convention creates an immediate obligation for Canada to refrain from committing acts that would defeat its object and purpose, namely, to provide for an efficient and effective means of resolving disputes between investors and the foreign States in which they invest⁽⁴⁾.

Peru for its part signed the ICSID Convention on 4 September 1991 and, under the terms of the instruments of ratification deposited by Peru on 9 August 1993, the Convention entered into force for Peru on 8 September 1993. As a result, Peru has bound itself to the principles and obligations set out in the Convention for well over a decade. In addition, as Latin American readers in particular will know, Peru has

over the years been actively engaged in negotiations with individual States aimed at the promotion and protection of foreign investment through the adoption of a range of multilateral and bilateral trade and investment initiatives.

On 14 November 2006, Canada and Peru themselves signed a Bilateral Investment Treaty (“BIT”)⁽⁵⁾, the most recent of many such treaties entered into by these countries with various partners. The agreement was signed by Canada’s Minister of International Trade, David Emerson, and his Peruvian counterpart, Mercedes Araoz Fernandez, on the margins of the Asia-Pacific Economic Cooperation Joint Ministerial meeting in Hanoi, Vietnam. Following his signature, the Canadian minister commented: “Peru is an important gateway into South America, and this agreement will help companies by creating a predictable environment for investors”⁽⁶⁾.

(2) The Convention was opened to signature on 18 March 1965 on behalf of all States members of the International Bank for Reconstruction and Development (the “World Bank”). It entered into force on 14 October 1966, thirty days after the deposit with the Bank of the twentieth instrument of ratification. The list of signatories and Contracting States to the Convention, including the dates of signature, ratification and entry into force for each country, is available on-line at the web site of the World Bank:

<http://www.worldbank.org/icsid/constate/constate.htm>. At the time of writing, 155 States had signed the Convention, 143 States had deposited their instruments of ratification and attained the status of “Contracting State” by the resulting entry into force of the Convention for such States.

(3) See Canada, Bill C-53, *An Act to implement the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington Convention)*, 1st Reading, 39th Parl., 55-56 Elizabeth II, 2006-2007 (in the House of Commons of Canada, March 30, 2007).

(4) As has been widely noted, the long delay in Canada’s accession to the Washington Convention is typically attributed to Canada’s federal system of government, according to which ratification entails the enactment of implementing legislation not only by the federal Parliament but as well by each of Canada’s 13 provincial and territorial legislatures. At the time of writing, five Canadian provinces and territories – Ontario, British Columbia, Saskatchewan, Newfoundland and Labrador, and Nunavut – have enacted legislation implementing the Convention, all based on a concise, 15-clause model “Settlement of International Investment Disputes Act,” developed by the Uniform Law Conference of Canada (available online at <http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub=1s1>).

(5) Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, done on 14 November 2006 (the “Canada-Peru BIT”). The Canada-Peru BIT can be found online at: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Canada-Peru10nov06-en.pdf>.

(6) Xinhua News Agency, “News Release” 200611140430 “Canada, Peru sign agreement on foreign investment protection” (14 November 2006), also published by People’s Daily online at <http://english.people.com.cn>.

Like most BITs, the Canada-Peru BIT accords significant substantive rights to nationals of each country investing in the other country. The creation of such rights is all the more relevant and timely given that, upon Canada's ratification of the ICSID Convention, investors from both countries will be afforded the notable advantage of recourse to facilities and procedural rules for the resolution by means of impartial *international arbitration* of investment-related claims that may be brought by them *directly against each other's government*.

The combination of the substantive rights guaranteed in the Canada-Peru BIT and the procedural safeguards of the ICSID Convention creates a solid framework for increased trade and investment between the two countries, and a durable basis for the protection of investments by Canadian and Peruvian investors in each other's country.

This paper provides a brief overview and commentary regarding certain aspects of the investment protections arising from the Canada-Peru BIT and from Canada's accession to the ICSID Convention.

2. THE ICSID CONVENTION AND THE ESTABLISHMENT AND JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

The underlying objective of the Convention, as described in its preamble and as well known to international lawyers, is the promotion of international economic development and the facilitation of private international investment by means of the *establishment of an impartial internatio-*

nal (as opposed to domestic) *method for the settlement of disputes between foreign investors and the States in which they invest*. The Convention does not contain substantive rules for the protection of foreign investments; such is the domain reserved to multilateral and bilateral investment treaties. The Convention nevertheless constitutes a seminal contribution to world trade and international investment by creating what has become perhaps the most widely-used facility and procedure for the resolution of foreign investment disputes.

Article 1 of the Convention establishes the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID", referred to in the Convention as the "Centre"), and provides that "[t]he purpose of the Centre is to provide facilities for the conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention."

The jurisdiction of the Centre as a forum for the resolution of claims brought by investors against the States in which they invest (referred to as "host States") is established in Chapter II of the Convention, Articles 25 and following. According to Article 25(1):

CHAPTER II

Jurisdiction of the Centre

Article 25

- (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another

Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

The Convention thus establishes three essential criteria for disputes to be eligible for submission to an international arbitral tribunal in accordance with the Convention:

- The dispute must be a legal dispute arising directly out of an investment;
- The parties to the dispute must be a Contracting State⁽⁷⁾, on the one hand, and a national of another Contracting State, on the other; and
- The parties must have consented to ICSID arbitration in writing.

Needless to say, Canada's ratification of the Convention will have an immediate impact in respect of these criteria and on the possibility for claims against States to be submitted to ICSID arbitration both by Canadians investing abroad and foreign investors doing business in Canada.

3. MANNER AND FORM OF CONSENT TO ICSID JURISDICTION⁽⁸⁾

The cornerstone of ICSID arbitration, like all arbitration, is the principle

of consent. In the case of arbitration in accordance with the ICSID Convention, what is required, over and above the signature and ratification of the Convention itself, is the written consent of the host State to have particular disputes with foreign investors settled by an international arbitral tribunal established under the ICSID Convention. The Convention makes it abundantly clear that the mere fact of ratifying the Convention does not, in and of itself, constitute a State's consent to the Centre's jurisdiction over a particular dispute. In addition to the terms of Article 25(1), reproduced above, the preamble to the Convention declares:

[N]o Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration.

Thus, a form of *specific* consent is required for any given dispute to be submitted to ICSID arbitration. Such consent may be found in a variety of agreements or instruments. It may be contained in a dispute resolution clause in a contract or agreement between an investor and the host State. Consent to ICSID arbitration -or to other forms of international arbitration, such as arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International

⁽⁷⁾ A Contracting State is a State which has ratified the Convention and for which the Convention has entered into force.

⁽⁸⁾ The "legal dispute" and "investment" criteria, as well as the "nationality" requirement for ICSID jurisdiction, are all critical subjects worthy of debate and analysis and in respect of which a rich jurisprudence and doctrine exist. For purposes of this brief paper, however, we focus on the issue of "consent" and, in particular, on consent to ICSID arbitration as expressed by States in BITs.

Trade Law (“UNCITRAL”)⁽⁹⁾ -is also frequently contained in a State’s domestic legislation, for example in a law concerning foreign investment. In that case, the State’s consent is proffered unilaterally and generally to any investor that meets the criteria of the legislation in question.

Arguably the most common manner and form, today, in which States consent to submit particular disputes to international arbitration, whether under the ICSID Convention or otherwise, is through the execution and implementation of trade and investment agreements entered into with other States. Multilateral agreements, such as the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”), are important instruments in the area of international trade, and also typically contain provisions for the protection of foreign investment and the use of international arbitration as a means of resolving claims by foreign investors against the host State. However, insofar as the promotion and protection of foreign investment in particular is concerned, BITs (also referred to in Canada as Foreign Investment Protection and Promotion Agreements (“FIPAs”)) have come to rule the field. Bilateral agreements on the protection of foreign investment date back to the 1960s.

In the almost 50 years since then, the number of BITs in existence has exploded to nearly 2,500⁽¹⁰⁾.

Most modern investment treaties, the Canada-Peru BIT included, contain clauses under which the States in question consent to settle all disputes regarding investments made in their country by each other’s nationals before an independent international arbitral tribunal in proceedings between the foreign investor and the host State. By way of illustration, the Canada-Peru BIT provides as follows:

**Article 27
Submission of a Claim
to Arbitration**

1. Except as provided in Annex C.27, a disputing investor who meets the conditions precedent provided for in Article 26 (Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration) may submit the claim to arbitration under:
 - (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the disputing investor are parties to the Convention;
 - (b) the Additional Facility Rules of ICSID⁽¹¹⁾, provided that either the disputing Party or the Party

⁽⁹⁾ The UNCITRAL Arbitration Rules were prepared by the United Nations Commission on International Trade Law and adopted by that body on 28 April 1976, they were subsequently adopted by the United Nations General Assembly on 15 December 1976. Unlike the ICSID, UNCITRAL is not an arbitral institution and the UNCITRAL Rules do not specify that an arbitration conducted in accordance with those Rules shall be administered by any such institution.

⁽¹⁰⁾ United Nations Conference on Trade and Development, “Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking”, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Geneva, 2007.

⁽¹¹⁾ Under the ICSID Additional Facility Rules, the Center is authorised to administrate arbitral proceedings where either the host State or the State of which the foreign investor is a national is not a Contracting State to the ICSID Convention.

of the disputing investor, but not both, is a party to the ICSID Convention;

- (c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or
- (d) any other body of rules approved by the Commission⁽¹²⁾ as available for arbitrations under this Section.

[...]

Article 28
Consent to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.
2. The consent given in paragraph 1 and the submission by a disputing investor of a claim to arbitration shall satisfy the requirement of:
 - (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the Additional Facility Rules for written consent of the parties;
 - (b) Article II of the New York Convention for an agreement in writing; and
 - (c) Article I of the Inter-American Convention for an agreement.

4. PROCEDURAL PROTECTIONS OFFERED BY THE ICSID CONVENTION

The fact that, upon Canada's ratification of the ICSID Convention, Canadian and Peruvian investors will have the ability to submit investment claims to international arbitration in accordance with the Convention, as opposed to currently existing mechanisms such as the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules, means that these investors will be afforded not merely a new option, but also a particularly powerful and effective mechanism for resolving investment disputes.

Arbitration pursuant to the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration (ICSID Arbitration Rules)⁽¹³⁾ offers concrete advantages when compared with the alternatives. Most significantly, by virtue of Section 6 of the Convention (entitled "Recognition and Enforcement of the Award"), Articles 53-55, an arbitral award issued under the Convention is immune from scrutiny by domestic courts, both at the seat of arbitration and in the State against which the award is to be enforced. Indeed, the award is directly enforceable within the territories of Contracting States subject only to the remedies provided for in the Convention.⁽¹⁴⁾ As any student or practitioner of international arbitration is aware, this is

⁽¹²⁾ The Commission is a body established by the two States, comprising cabinet-level representatives of the parties or their designees.

⁽¹³⁾ Under Article 44 of the Convention, "Any arbitration proceedings shall be conducted in accordance with the provisions of this Section [Section 3, Powers and Functions of the Tribunal] and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules (...)."

⁽¹⁴⁾ The provisions on the interpretation, revision and annulment of the award are contained in Section 5 of the Convention (Articles 50-52).

an exceptionally important and distinctive feature of ICSID arbitration. Nor is this merely a theoretical advantage. Various NAFTA arbitration awards rendered in proceedings conducted in accordance with the ICSID Additional Facility Rules⁽¹⁵⁾ and the UNCITRAL Arbitration Rules⁽¹⁶⁾ have been challenged before Canadian and U.S. Courts⁽¹⁷⁾.

In addition to the relative ease with which ICSID arbitral awards may be recognized and enforced by the domestic courts of the host State, recalcitrant debtor States may face direct pressure to respect and implement such awards from the World Bank, of which ICSID is an organ.

5. SUBSTANTIVE PROTECTIONS AND SALIENT FEATURES OF THE CANADA-PERU BIT

Canada has entered into BITs with some 23 countries⁽¹⁸⁾. Peru has entered into over 30 BITs⁽¹⁹⁾. From a Canadian perspective, the Canada-Peru BIT is significant, among other reasons, because it constitutes the first BIT entered into by Canada since the 1998 Canada-Costa Rica BIT. It is also the first bilateral investment instrument entered into by Canada based on this country's new "Model Foreign Investment Protection and Promotion Agreement" ("Model FIPA"). Below, certain of

⁽¹⁵⁾ See: *In the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement ("NAFTA") between Marvin Roy Feldman Karpa and the United Mexican States ("Mexico") ICSID Additional Facility Case (AF)/99/1*, Ontario Superior Court of Justice, judicial review of 3 December 2003, Mr. Justice Chilcott, in: 8 *ICSID Rep.*, 2005, p. 500. See also: *United Mexican States v. Marvin Roy Feldman Karpa*, Ontario Court of Appeal, judicial review of 11 January 2005, in: 9 *ICSID Rep.*, 2006, p. 508. See also: *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, ICSID Case N° ARB(AF)/97/1, Supreme Court of British Columbia, Reasons for Judgment of 2 May 2001, Mr Justice Tysoe, in: 2001 BCSC 664, also in: 119 *I.L.R.*, 2002, p. 647, 5 *ICSID Rep.*, 2002, p. 238. See also the Supplementary Reasons for Judgment of 31 October 2001, in: 2001 BCSC 1529, also in: 6 *ICSID Rep.*, 2004, p. 53.

⁽¹⁶⁾ *Attorney General of Canada v. SD Myers, Inc.* [2004] FC 38, FCJ N° 29, Federal Court of Canada, judicial review of 13 January 2004, in: 8 *ICSID Rep.*, 2005, p. 194.

⁽¹⁷⁾ See: *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, UNICTRAL (NAFTA) arbitration, Judgment of the U.S. District Court for the District of Columbia on petition to set aside award, 14 February 2007, available online at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Thunderbird-setaside.pdf>.

⁽¹⁸⁾ Canada has entered into BITs with Poland (1990), Argentina (1993), Hungary (1993), Trinidad and Tobago (1995), Philippines (1995), Latvia (1995), Ukraine (1995), Romania (1996), Egypt (1996), Panama (1996), Ecuador (1996), Barbados (1996), Venezuela (1996), Armenia (1997), Thailand (1997), Uruguay (1997), Lebanon (1997), Croatia (1997), Costa Rica (1998) and Peru (2006). BITs have also been entered into with the USSR (1991, following the dissolution of the USSR, the BIT binds Russia as the continuator State) and Czechoslovakia (1990, further to the dissolution of Czechoslovakia the BIT is considered as two separate treaties binding both the Czech Republic and the Slovak Republic). Canada has also signed BITs with El Salvador and South Africa, though these have not yet entered into force. Canada is currently negotiating BITs with India and China. The BITs to which Canada is a party and which have entered into force are available on-line at the website of the Minister of Foreign Affairs and Trade: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/fipa_list-en.asp.

⁽¹⁹⁾ Peru has entered into BITs with Thailand (1991), Switzerland (1993), Republic of Korea (1994), Sweden (1994), Paraguay (1994), United Kingdom (1994), China (1995), Bolivia (1995), Czech Republic (1995), Denmark (1995), Norway (1995), Italy (1995), Portugal (1995), Romania (1995), Malaysia (1995), Argentina (1996), Spain (1996), Netherlands (1996), El Salvador (1996), Finland (1996), France (1996), Germany (1997), Venezuela (1997), Australia (1997), Ecuador (1999), Chile (2001), Cuba (2001), Columbia (2004), Singapore (2003), and Canada (2006). The BITs to which Peru is a party and which have entered into force are available on-line at the website of the United Nations Conference of Trade and Development <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>.

the investment protections guaranteed by the Canada-Peru BIT are considered.

Defining “Investment”

Modern BITs tend to include a fairly broad and encompassing “asset-based” definition of the term “investment” under which a wide range of economic activity may be considered to constitute an investment, and thus covered by the substantive protections offered by the BIT in question. Certain treaties include in their definition of investment a non-exhaustive illustration of the types of activity considered investments.

The Canada-Peru BIT goes one step further by setting out among the definitions at Article 1 of the agreement a lengthy but closed list of *specific activities* that are considered to constitute an “investment” under the treaty. Various economic activities or instruments are expressly excluded from the definition of “investment”, for example, certain types of loans, debt securities and claims to money. Although the idea of providing specific illustrations of the investments covered by a given investment agreement is considered “an emerging trend among recent BITs”⁽²⁰⁾, the Canada-Peru BIT approach to defining investment by means of a finite list of activities is relatively rare, at least among the BITs entered into by Canada. Originally used in the context of the United States-Canada Free Trade Agreement, this approach evolved into Article 1139 of NAFTA and has since been incorporated into Canada’s Model FIPA; it is there-

fore likely to find its way into future Canadian BITs⁽²¹⁾.

6. THE NATIONAL TREATMENT STANDARD

The “national treatment” standard of protection afforded foreign investment is a relative standard of treatment; it is determined in relation to the treatment which the host State affords its domestic investors and investments. Article 3 of the Canada-Peru BIT establishes in this regard:

Article 3 National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each party shall accord to covered investments treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory .

The Canada-Peru BIT thus usefully makes explicit that the national treatment

⁽²⁰⁾ United National Conference on Trade and Development, “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking”, UNCTDAD/ITE/IIT/2006/5, Geneva, 2007, at 10.

⁽²¹⁾ *Loc. cit.*

standard applies to both investors *and* investments⁽²²⁾. In addition, Article 3 of the BIT extends the right to national treatment to foreign investors and investments at the pre-entry phase of an investment, by explicitly extending protection to the “*establishment*” of investments, in addition to their acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale. It is important to note that the standard does not require identical treatment of foreign and domestic investors, but rather grants foreign investors treatment which is no less favourable than the treatment which domestic investors and investments would receive “in like circumstances”. The national treatment standard is intended to create a level playing field for all investors and investments in the host State.

7. THE MINIMUM STANDARD OF TREATMENT CLAUSE

In addition to the national treatment standard, most bilateral investment agreements, including the Canada-Peru BIT, contain a provision conferring the right to an absolute, or minimum, standard of treatment that is disassociated from the host State’s domestic practices. Article 5 of the Canada-Peru BIT, for example, states:

Article 5

Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and

equitable treatment and full protection and security.

In an arbitration under NAFTA Chapter 11, an international tribunal defined the concept of “fair and equitable treatment” as follows:

[T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety –as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying the standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant⁽²³⁾.

Paragraphs 2 and 3 of Article 5 of the Canada-Peru BIT further provide, with respect to the minimum standard of treatment set out in paragraph 1:

2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” in paragraph 1 do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

⁽²²⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁾ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case N° ARB(AF)/98/2, Award of 2 June 2000, at Par. 98, in: 15 *ICSID Review*, 2000, p. 214, 40 *ILM*, 2001, p. 56.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

This language mirrors and is clearly inspired by the interpretation of NAFTA Article 1105(1) (concerning the minimum standard of treatment) issued by the NAFTA Free Trade Commission on 21 July 2001. This binding interpretation was made pursuant to NAFTA Article 2001(2), which grants the Free Trade Commission the power to resolve disputes that may arise with respect to the interpretation or application of the NAFTA text. NAFTA Article 1121(2) also states that an interpretation of the Free Trade Commission is binding on a Tribunal established under NAFTA Chapter Eleven. The Free Trade Commission's interpretation of Article 1105(1) is as follows:

Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

A determination that there has been a breach of another provision of the

NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

In sum, the minimum treatment standard of protection as provided by Article 5 of the Canada-Peru BIT confers an absolute, minimum standard for the treatment by each State of the other's nationals and their investments. Yet it should be noted that the actual treatment required in order to meet the standard is not easily described in all cases. That is, it is not always a simple matter to determine whether particular State conduct meets the minimum standard. This is no accident. As explained in a recent report of the Organisation for Economic Co-Operation and Development: "[...] the vagueness of the phrase is intentional to give arbitrators the possibility to articulate the range of principles necessary to achieve the treaty's purpose in particular disputes"⁽²⁴⁾.

8. THE MOST-FAVOURLED-NATION CLAUSE AND ITS LIMITATIONS

In the context of a BIT, the most-favoured-nation ("MFN") treatment standard generally entitles investors of one State to treatment by the other State that is no less favourable than the treatment the latter State affords to investors of any *other State with which it has entered into an agreement*. In this way an investor is guaranteed to receive the best treatment that each of the State parties to the BIT offers to any foreign investor. Save for one

⁽²⁴⁾ Organization for Economic Co-Operation and Development, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on international investment number 2004/3, September 2004 available online at <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>.

critical exception, Article 4 of the Canada-Peru BIT may be considered a typical MFN clause:

Article 4

Most-Favoured-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each party shall accord to covered investments treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to investments of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.

The exception referred to above concerns Annex III of the BIT, which provides in part:

ANNEX III

Exceptions from Most-Favoured-Nation Treatment

1. Article 4 shall not apply to treatment accorded under all bilateral or multilateral international agreements in force or signed prior to the date of entry into force of this Agreement.
2. Article 4 shall not apply to treatment by a Party pursuant to any

existing or future bilateral or multilateral agreement:

- (a) establishing, strengthening or expanding a free trade area or customs union; or
- (b) relating to:
 - (i) aviation;
 - (ii) fisheries;
 - (iii) maritime matters, including salvage.

Critically, Annex III means that the obligation of MFN treatment under the Canada-Peru BIT does not encompass the sort of treatment accorded foreign investors under agreements signed prior to the entry into force of the Canada-Peru BIT, Annex III also permits the State parties to deny or otherwise refrain from providing MFN treatment to Canadian or Peruvian investors in the sectors identified in the Annex. The combined effect of these exceptions is effectively to prevent tribunals from interpreting the MFN clause as extensively as would otherwise be the case – as, for example, in a recent ICSID decision in which an Argentine investor successfully argued that the MFN clause in the Argentine-Spain BIT entitled him to the more beneficial procedural protections available to investors under a separate BIT entered into by Spain and a third country⁽²⁵⁾. Note that Annex B.4 of the Canada-Peru BIT also provides that MFN treatment “does not encompass dispute resolution mechanisms (...) that are provided for in international treaties or trade agreements,” again effectively constraining the scope of the MFN protection.

⁽²⁵⁾ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case N° ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, in: 40 *ILM*, 2001, p. 1129, 16 *ICSID Review*, 2001, p. 1.

9. COMPENSATION FOR EXPROPRIATION

Article 13 of the Canada-Peru BIT protects investors from expropriation, whether direct or indirect, in the following terms:

Article 13 Expropriation

1. Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”), except for a public purpose⁸, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation.

[...]

Although once a hotly debated issue, the standard of compensation for a legal expropriation -that is, an expropriation done “for a public purpose, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation”- has become more generally and commonly understood over the years, and in many cases is explicitly defined in investment treaties. Most modern BITs include language, as in Article 13(1) above, imposing a standard of “prompt, adequate and effective compensation,” which is generally understood to comprise an assessment of the fair market value of the property expropriated. Certain instruments go further, as does the Canada-Peru BIT in paragraphs 2-4 of Article 13, which explicitly provide:

2. Such compensation shall be equivalent to the fair market value of

the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“date of expropriation”), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

3. Compensation shall be paid without delay and shall be fully realizable and freely transferable. Compensation shall be payable in a freely convertible currency and shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency from the date of expropriation until date of payment.
4. The investor affected shall have a right, under the law of the Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of its case and of the valuation of its investment in accordance with the principles set out in this Article.

[...]

These provisions are noteworthy for their level of detail. Not only do they clarify the *standard* of compensation required for a legal expropriation -“the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (...) not reflect[ing] any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier” -

they further set out a list of “*valuation criteria*” to determine fair market value.

The expropriation clause of the Canada-Peru BIT substantially represents the existing state of international law on expropriation, as elucidated by numerous international tribunals in cases involving a wide range of BITs and other investment protection instruments. However, the specificity of Article 13 of the Canada-Peru BIT constitutes a particularly clear statement of the two States’ obligations in this regard and of investors’ rights as concerns both the criteria for a legal expropriation and investors’ entitlements in the event of expropriation.

The Canada-Peru BIT also includes at Annex B.13(1) a relatively detailed definition of the term “indirect expropriation” that includes a method for determining whether or not conduct by a State constitutes an indirect expropriation for which compensation is owed to an investor:

**ANNEX B.13(1)
Expropriation**

The Parties confirm their shared understanding that:

- (a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;
- (b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
 - (iii) the character of the measure or series of measures;
- (c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.

These provisions are noteworthy not only for their specificity, but more importantly for their meaning and effect, which are generally to limit the instances in which indirect expropriation will be found. In this regard, the protection against expropriation of foreign investments under the Canada-Peru BIT is more restrained as compared with other international investment agreements. This feature of the

Canada-Peru BIT is also found in the 2004 Model BIT of the United States⁽²⁶⁾.

10. CONCLUSION: FURTHER OPPORTUNITIES FOR CANADA-PERU TRADE AND INVESTMENT

Ultimately, the truest measure of the benefits flowing from the sort of enhanced protections afforded Canadian and Peruvian investors doing business in each other's country, as discussed above, will be the level of increase in trade and foreign direct investment between the two nations. That said, the spin-offs from the Canada-Peru BIT are already becoming evident. On 29 January 2007, Export Development Canada ("EDC"), a Canadian federal Crown Corporation that provides financing and related services to Canadian exporters and investors, and Corporación Financiera de Desarrollo S.A. ("COFIDE"), a Peruvian government financial development agency, signed a cooperative agreement which promises increased opportunities for trade and investment between the two countries⁽²⁷⁾. The agreement is heralded as "a significant step in growing" Canadian-Peruvian trade and investment, with the aim being to strengthen and further develop investment projects of interest to both parties. Among

other things, the agreement "identifies possibilities for Canadian capital in support of Peruvian public and private projects, technical support programs (...) and other initiatives of common interest"⁽²⁸⁾. Sectors of particular focus include municipal and transportation infrastructure projects, medical and scientific facilities, refinery and mining projects, power generation, and information, telecommunication and security technologies.

Canada is already one of the largest sources of foreign investment in Peru. It has been estimated that the stock of Canadian foreign direct investment ("FDI") in Peru rose more than one hundred-fold between 1993 and 2001, from \$10.9 million to \$1.4 billion, and has almost doubled again since that time, to \$2.3 billion as of 2005⁽²⁹⁾. EDC's business volume in Peru alone averaged more than \$400 million per year over the last five years. In this context, it is no wonder that in the words of His Excellency Guillermo Russo, Ambassador to Canada for Peru, who signed the EDC-COFIDE agreement on behalf of Peru, the agreement "is built upon an already strong trade relationship and signals a strong desire by both countries to extend the reach of that relationship"⁽³⁰⁾.

Whatever the future holds in this regard, there is no doubt that a sound inter-

⁽²⁶⁾ 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, available online at the web site of the Office of the United States Trade Representative: http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html. See: Annex B.


⁽²⁷⁾ Canada News-wire, "News Release" 200701290307, "EDC and Peru's COFIDE sign agreement to increase trade" (29 January 2007), also published by the Government of Canada online at <http://news.gc.ca/cfmx/view/en/index.jsp?articleid=271789>.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²⁹⁾ United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, "Canada's Trade and Investment with Latin America and the Caribbean" U.N. Doc. LC/WAS/L.61 (29 January 2003).

⁽³⁰⁾ Canada News-wire, "News Release" 200701290307, "EDC and Peru's COFIDE sign agreement to increase trade" (29 January 2007), also published by the Government of Canada online at <http://news.gc.ca/cfmx/view/en/index.jsp?articleid=271789>.

national legal framework for the protection of foreign investors and investments is an essential component of efforts to promote international investment and economic development. Central to this effort are, first, the recognition of investors' rights and of the obligations owed to foreign investors by the States in which they invest, and second, the establishment of an effective, impartial international method for the settlement of disputes between foreign investors and host States. The attainment of these twin objectives is greatly enhanced, on the one hand, through the negotiation and implementation of BITs and other investment agreements between States, and on the other hand, by States' signature and ratification of the ICSID Convention.

Canada's accession to the ICSID Convention is a late but wholly welcome step toward a more meaningful protection of international investment by Canadian and foreign investors. The signature of the Canada-Peru BIT represents a modern and, in certain respects, truly innovative effort to balance as perfectly as possible the legitimate concerns of host States and the equally valid demands by foreign investors for greater rights and enhanced protections against State conduct which interferes with those rights. Together, these developments bode well for Canadian companies investing abroad (especially in Peru), for and foreign companies (especially from Peru) investing and doing business in Canada. 

TRIBUNALES ARBITRALES DE INVERSIÓN Y TRIBUNALES ESTATALES: ¿CRÓNICA DE UNA *LIAISON DANGEREUSE*?

Por: GAETAN VERHOOSSEL
CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Escenario Primero: Cuando tribunales estatales y tribunales de tratado compiten *de jure o de facto* por la adjudicación de la controversia. 2.1. Forum competidores *de jure*. a. Primera excepción: tribunales TBI con jurisdicción respecto a reclamaciones de derecho local. b. Tribunales TBI sin jurisdicción respecto a reclamaciones de violación del TBI. 2.2. Forum competidores *de facto*. 3. Escenario Segundo: Cuando los tribunales estatales se convierten en protagonistas de la disputa. 4. Escenario Tercero: Cuando a los tribunales estatales les compete asegurar la efectividad del laudo arbitral en el arbitraje de inversión. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre tribunales estatales y tribunales arbitrales es, a todas luces, una relación compleja. Ahora bien, es particularmente en el contexto del arbitraje de inversión en el cual el juego y la tensión entre los tribunales estatales y arbitrales cobra toda su complejidad y alcanza su punto álgido.

La razón es bien sencilla. El poder judicial del Estado es, a la vez que ór-

gano independiente encargado en mayor o menor medida de dirimir ciertos aspectos de la controversia, parte integrante del estado contra el que el arbitraje de inversión se desarrolla. El inversor ha acudido al arbitraje internacional para evitar que el estado al que se enfrenta sea juez y parte en la controversia. Y sin embargo, parece que en mayor o menor medida, no puede evitarse una cierta interacción con los tribunales estatales.

(*) Los autores son abogados del bufete Debevoise & Plimpton LLP, en sus oficinas de París y Nueva York, respectivamente. Los autores desean poner de manifiesto que el bufete asesoró a la parte demandante en *Occidental c. Ecuador* y a la parte demandada en *Ecuador c. Occidental*, ambos casos discutidos en esta contribución.

Esta interacción, repleta de posibles amores, desamores, encuentros y desencuentros, fluye por tres escenarios principales:

- *Escenario primero.* Cuando tribunales estatales y tribunales de tratado compiten *de jure* o *de facto* por la adjudicación de la controversia;
- *Escenario segundo.* Cuando los tribunales estatales se convierten en protagonistas de la disputa;
- *Escenario tercero.* Cuando a los tribunales estatales les compete asegurar la efectividad del laudo arbitral en el arbitraje de inversión.

2. ESCENARIO PRIMERO: CUANDO TRIBUNALES ESTATALES Y TRIBUNALES DE TRATADO COMPITEN DE JURE O DE FACTO POR LA ADJUDICACIÓN DE LA CONTROVERSIA

Tribunales arbitrales establecidos de conformidad con tratados bilaterales de inversión (“tribunales TBI”) y tribunales estatales pueden rivalizar *de jure* y *de facto* por la adjudicación de determinadas controversias.

Así, habrá rivalidad *de jure* entre ambos allá donde, a pesar de la aparentemente clara delimitación de competencias jurisdiccionales, el juego de cláusulas jurisdiccionales amplias, cláusulas paraguas, o cláusulas “electa una vía” compliquen y maten la frontera entre la jurisdicción de unos y otros.

Y habrá también rivalidad *de facto* en aquellas reclamaciones bajo un TBI en las cuales sin perjuicio de la falta de jurisdicción de los tribunales estatales, la interpretación por los mismos del derecho

local cobre especial relevancia como elemento factual de la reclamación bajo el TBI.

2.1. Forum competidores *de jure*

A primera vista, tribunales TBI y tribunales estatales parecen tener su propio espacio definido. En efecto, en principio las competencias parecieran estar bien delimitadas, correspondiendo a los tribunales estatales la jurisdicción sobre las reclamaciones de derecho local, y a los tribunales TBI las reclamaciones de derecho TBI. Ahora bien, no faltan excepciones y matizaciones a esta regla general.

Primera matización, aquellas situaciones en las que una cláusula jurisdiccional amplia o “cláusula paraguas” parece otorgar a los tribunales TBI jurisdicción con respecto a reclamaciones de derecho local. *Segunda*, allá donde una cláusula “electa una vía” o *fork in the road* priva al tribunal arbitral de jurisdicción sobre reclamaciones que derivan del tratado internacional. Veamos.

a. Primera excepción: tribunales TBI con jurisdicción respecto a reclamaciones de derecho local

Cabe imaginar una situación en la que existiera la posibilidad de que los tribunales TBI compitiesen con los tribunales estatales por las reclamaciones de derecho local o contractual. Esta situación se puede producir en aquellos casos en los que existe una amplia cláusula jurisdiccional o una cláusula paraguas o *umbrella clause*.

- *Cláusulas jurisdiccionales amplias*

Son numerosos los tratados bilaterales de inversión que otorgan jurisdicción

al tribunal TBI exclusivamente en lo relativo a las diferencias de inversiones que supongan una violación del tratado bilateral. Estos TBIs limitan por tanto claramente su jurisdicción a conocer de violaciones de tratados, y las relaciones con los tribunales estatales están, al menos desde el punto de vista de la jurisdicción de unos y otros, claras.

Hay sin embargo otros TBIs que definen su jurisdicción de forma más amplia. *A priori*, formulaciones amplias de cláusulas jurisdiccionales en los tratados de inversión a favor de los tribunales arbitrales –tales como “todas las disputas relativas a una inversión” o “todas las disputas con respecto a una inversión”– parecen otorgarles jurisdicción no solamente sobre reivindicaciones que derivan del tratado sino también sobre reclamaciones de derecho contractual local, aún cuando éstas últimas no impliquen una violación del tratado bilateral de inversión en cuestión.

En *Vivendi c. Argentina*⁽¹⁾, el comité *ad hoc* fue llamado a interpretar, en el contexto de una cláusula *fork in the road* o “electa la vía”, la provisión del TBI que otorgaba jurisdicción al tribunal arbitral sobre “todas las diferencias relativas a inversiones.” El comité entendió que dicha provisión “no precisa que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo

el TBI”. Por tanto, una reclamación por incumplimiento del contrato de concesión ante los tribunales estatales estaría *prima facie* dentro del alcance de la provisión⁽²⁾.

El mismo razonamiento adoptó el tribunal arbitral en *SGS c. Filipinas*⁽³⁾, donde el tribunal comparó la formulación amplia de la cláusula en cuestión –“disputa con respecto a inversiones”– con formulaciones mucho más limitadas. La elección del lenguaje “disputa con respecto a inversiones” debía por tanto englobar reclamaciones por incumplimientos puramente contractuales, aún cuando éstos no alcanzasen a ser incumplimientos de los estándares sustantivos contenidos en el TBI⁽⁴⁾. Esta jurisprudencia abre así la puerta a la posibilidad de que los tribunales TBI estuviesen llamados a interpretar el derecho local o contratos sujetos a derecho local.

Otros tribunales han mantenido sin embargo una posición distinta, excluyendo las reclamaciones puramente contractuales de la competencia jurisdiccional de los tribunales arbitrales aún en presencia de amplias cláusulas jurisdiccionales. En *SGS c. Pakistán*⁽⁵⁾, el tribunal consideró que la cláusula “disputas con respecto a inversiones” –idéntica a la cláusula en *SGS c/ Filipinas*– no era suficiente para otorgar jurisdicción al tribunal arbitral en materia puramente contractual⁽⁶⁾. Para el

(1) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión sobre la anulación del Comité *ad hoc* de 3 de julio de 2002.

(2) *Vivendi c. Argentina*, Par. 55.

(3) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (Caso CIADI N° ARB/02/6), Decisión sobre Excepciones de Jurisdicción de 29 de enero de 2004.

(4) *SGS c. Filipinas*, Par. 132.

(5) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/01/13), Decisión sobre Excepciones de Jurisdicción de 6 de agosto de 2003.

(6) *SGS c. Pakistán*, Par. 161.

tribunal, esa formulación no se refería a la base legal de las reclamaciones ni a la causa de pedir de las mismas, y por tanto, no otorgaba *per se* jurisdicción sobre reclamaciones puramente contractuales al tribunal arbitral.

De forma similar, el tribunal en *El Paso c. Argentina*⁽⁷⁾, en referencia a la expresión “diferencias de naturaleza jurídica que surjan de una inversión”, opinó que el tribunal arbitral “tiene jurisdicción sobre reclamos basados en el Tratado y...no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen reclamos por violaciones del TBI”⁽⁸⁾.

• Cláusulas paraguas

Un efecto análogo pueden tener las llamadas *umbrella clauses* o en español “cláusulas paraguas”. Mediante estas cláusulas, los estados signatarios de un TBI se comprometen a cumplir los compromisos que hubieran contraído en relación a las inversiones de inversores de la otra Parte contratante. Algunos tribunales han considerado que estas cláusulas elevan los incumplimientos puramente contractuales a incumplimientos del TBI.

Así, el tribunal en *SGS c. Filipinas* estimó que, en virtud de la *umbrella clause*, el incumplimiento por parte de Filipinas de obligaciones contractuales asumidas

con respecto a un inversor equivalía a un incumplimiento del TBI⁽⁹⁾. Igualmente, en *Eureko c. Polonia*⁽¹⁰⁾, el tribunal interpretó la *umbrella clause* “el estado observará todas las obligaciones contraídas en relación a inversiones de inversores de la otra parte contratante”⁽¹¹⁾ de acuerdo con el sentido ordinario de sus términos: “todas” significa “todas”, incluidas las obligaciones meramente contractuales⁽¹²⁾.

De la misma manera, en *LG&E c. Argentina*, interpretando la *umbrella clause* contenida en el TBI EE.UU./Argentina (“cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”), el tribunal arbitral consideró que ésta “constituye un requerimiento para el Estado receptor, de cumplir con todas las obligaciones asumidas con inversionistas extranjeros, incluidos aquéllos con los cuales el compromiso haya sido asumido por vía contractual”⁽¹³⁾.

Ahora bien, otros tribunales han discrepado con respecto a esta interpretación. En *SGS c. Pakistán* el tribunal consideró que, habida cuenta de las drásticas consecuencias (sobre todo para el estado frente al inversor) de elevar incumplimientos contractuales a incumplimientos del TBI, se necesitaban pruebas claras y convincentes de que tal era la intención de las partes. En ausencia de tales pruebas, el tribunal estimó que todo incumplimiento

(7) *El Paso Energy International Company c. la República de Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/15), Decisión sobre Competencia de 27 de abril de 2006.

(8) *El Paso c. Argentina*, Par. 65.

(9) *SGS c. Filipinas*, Par. 128.

(10) *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Arbitraje *ad hoc*, Laudo Parcial de 19 de agosto de 2005.

(11) Literalmente, en inglés, a state “shall observe any obligations it may have entered into”, *Eureko c. Polonia*, Par. 246.

(12) *Eureko c. Polonia*, Par. 246.

(13) *LG&E Energy Copr., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. c. la República de Argentina*, (Caso CIADI N° ARB/02/01), Decisión de 3 octubre 2006, Par. 170.

contractual no equivale a un incumplimiento del TBI⁽¹⁴⁾.

Un razonamiento similar adoptó el tribunal arbitral en *El Paso c. Argentina*, donde el tribunal razonó que el efecto de una *umbrella clause* (en este caso, “[cada] parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a sus inversiones”) no puede ser el elevar todo incumplimiento contractual a la categoría de incumplimiento del TBI, puesto que eso supondría la destrucción “de la distinción entre los órdenes legales nacionales y el orden legal internacional”⁽¹⁵⁾. Así entendida, la *umbrella clause* extendería la protección del TBI a reclamaciones contractuales cuando el estado hubiese actuado como soberano, pero no a contratos comerciales ordinarios suscritos por el estado o una de sus entidades⁽¹⁶⁾.

Igualmente, en *CMS c. Argentina*, aún reconociendo a Argentina responsable bajo la *umbrella clause* contenida en el TBI EE.UU./Argentina en el caso concreto, el tribunal arbitral señaló que “no todos los incumplimientos contractuales constituyen violaciones del tratado. El estándar de protección del tratado entrará en funcionamiento únicamente cuando exista un incumplimiento específico de los derechos y obligaciones estipulados en el tratado o una violación de los derechos contractuales protegidos por el mismo. En algunas situaciones, los aspectos puramente comerciales de un contrato podrían

no estar protegidos por el tratado, pero probablemente se dispondrá de esa protección cuando exista una importante interferencia de los Gobiernos u organismos públicos con los derechos del inversionista”⁽¹⁷⁾.

• *Complicaciones por selección contractual del forum competente*

Pero aún en aquellos casos en los que el tribunal TBI puede establecer jurisdicción para conocer de reivindicaciones de derecho contractual local, ¿qué ocurre cuando el contrato contiene una cláusula de elección de foro exclusivo a favor de los tribunales estatales?

La solución la pueden ofrecer los propios TBIs. Muchos TBIs estadounidenses, por ejemplo, resuelven este problema otorgando expresamente al inversor el derecho a elegir el arbitraje CIADI o CNUDCI con preferencia sobre “cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido”⁽¹⁸⁾. Este tipo de disposiciones permite por tanto al inversor repudiar la aplicación de un compromiso arbitral previamente convenido vía contrato con el Estado, eligiendo en su lugar proseguir el arbitraje conforme a la oferta de compromiso arbitral realizada por el Estado en el TBI.

Pero cuando el TBI no prevé una solución, la cuestión puede complicarse. De manera notable, en *SGS c/ Filipinas* el tribunal arbitral estimó que la cláusula

⁽¹⁴⁾ *SGS c. Pakistán*, Par. 167.

⁽¹⁵⁾ *El Paso c. Argentina*, Par. 81 y 82.

⁽¹⁶⁾ *El Paso c. Argentina*, Par. 81.

⁽¹⁷⁾ *CMS c. la República de Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/01/8), Laudo de 12 mayo de 2005, Par. 299-303.

⁽¹⁸⁾ Véanse por ejemplo los artículos VI 2.b. y VI 3. del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones, firmado el 27 de agosto de 1993, entrada en vigor el 11 de mayo de 1997.

de jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales filipinos en el contrato no privaba al tribunal arbitral de su *jurisdicción* para conocer de reclamaciones contractuales, pero si convertía la reclamación frente al tribunal arbitral en *inadmisibile*⁽¹⁹⁾. El tribunal arbitral razonó que si SGS reclamaba bajo el contrato, entonces debía de cumplir todas las provisiones del mismo, incluida la cláusula de jurisdicción exclusiva. Por tanto, hasta que el alcance de la deuda objeto del contrato no quedase establecido, ya fuese por acuerdo de las partes o por los tribunales estatales, una decisión por el tribunal arbitral sobre el pago de la deuda sería prematura, y por ello, inadmisibile⁽²⁰⁾.

b. Tribunales TBI sin jurisdicción respecto a reclamaciones de violación del TBI

Pueden también darse situaciones en las cuales el tribunal arbitral esté impedido de adjudicar una controversia, aunque ésta se base sobre violaciones del tratado. En efecto, allá donde el tratado contenga una cláusula “electa una vía” o *fork in the road*, puede resultar que el tribunal arbitral no tenga jurisdicción sobre reclamaciones que derivan del tratado internacional. Conforme a estas cláusulas, electa una vía, sea la estatal o la arbitral, dicha elección es definitiva y la posibilidad de acudir a la otra vía queda cerrada. La cuestión está en saber hasta qué punto el re-

curso a los tribunales estatales por incumplimiento contractual imposibilita el recurso a los tribunales arbitrales en cuestiones de derecho internacional.

Los tribunales arbitrales han venido aplicando un test de “triple identidad”: identidad de las partes, identidad de objeto o base factual e identidad de causas de pedir. En *CMS c. Argentina* y *Azurix c. Argentina*, el tribunal dictó que la cláusula “electa una vía” del BIT entre Estados Unidos y Argentina no impedía recurrir al tribunal arbitral una vez que se había recurrido al tribunal estatal porque la causa de pedir en ambos procedimientos –en el estatal, incumplimiento contractual; en el arbitral, incumplimiento del BIT– no eran idénticas⁽²¹⁾.

Igualmente, en *Occidental c. Ecuador*, la previa reclamación basada puramente en la legislación fiscal ecuatoriana ante los tribunales fiscales de Quito entre las mismas partes, y con idéntico objeto no despojaba al tribunal arbitral de jurisdicción para conocer de una causa de pedir basada en el tratado⁽²²⁾. Como el tribunal *Vivendi* explicó, “una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado”⁽²³⁾.

La interpretación restrictiva de estas cláusulas hace por tanto que sea relativa-

⁽¹⁹⁾ *SGS c. Filipinas*, Par. 154 y 155.

⁽²⁰⁾ *SGS c. Filipinas*, Par. 154 y 155.

⁽²¹⁾ *CMS c. Argentina*, Par. 80, y *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, Par. 86-92.

⁽²²⁾ *Occidental Exploration and Production Co. c República de Ecuador* (Caso CNUDCI Nº UN3467), Laudo de 1 de julio de 2004, Par. 52-58.

⁽²³⁾ *Vivendi c. Argentina*, Par. 113.

mente fácil evitar la preclusión de la vía arbitral como consecuencia de una cláusula *fork in the road*. Ahora bien, la posibilidad siempre existe.

2.2. *Forum competidores de facto*

Aún cuando a los tribunales estatales no les corresponda jurisdicción alguna con respecto a una reclamación por un inversor bajo un TBI, en ciertas circunstancias los tribunales estatales pueden todavía impactar de manera considerable la resolución de la diferencia por el tribunal TBI. La razón no es otra que el rol que puede jugar el derecho local en ciertos casos TBI. A pesar de que la ley aplicable en los arbitrajes TBI es el derecho internacional público, el derecho local puede tener gran relevancia como elemento factual en el análisis. En este sentido, uno puede hablar de una competencia adjudicatoria *de facto* entre los tribunales estatales y los tribunales TBI.

Por ejemplo, cuando las reivindicaciones basadas en los tratados internacionales se fundamentan en derechos presuntamente conferidos por el derecho estatal, la interpretación que del derecho nacional realicen los tribunales estatales tendrá, *de facto*, un impacto importante en el procedimiento de arbitraje. Las decisiones de los tribunales estatales no sientan jurisprudencia vinculante para los tribunales arbitrales, pero tampoco co-

rresponde a los tribunales TBI actuar como cortes de apelación capaces de modificar las decisiones de los tribunales estatales⁽²⁴⁾.

El resultado es una cierta deferencia por parte de los tribunales TBI hacia la jurisprudencia pertinente de los tribunales estatales. Como dijo el tribunal en *Occidental*, donde la reclamación en el procedimiento arbitral se basaba en un derecho conferido por ley fiscal ecuatoriana, las decisiones adoptadas por los tribunales ecuatorianos en la materia, si bien no constituyen precedentes vinculantes para el tribunal arbitral, sí resultan una “guía” útil para el mismo⁽²⁵⁾.

Igualmente, cuando las reivindicaciones basadas en los tratados internacionales se fundamentan en un derecho conferido por el contrato, los tribunales estatales también pueden estar llamados a jugar un papel fundamental. Un ejemplo particularmente interesante de interacción entre tribunales arbitrales y estatales lo constituye *SGS c. Filipinas*. Como ya hemos mencionado, el tribunal estimó que, a pesar de tener jurisdicción para juzgar la responsabilidad de Filipinas bajo el BIT, ésta dependía del “predicado factual de la determinación” del tribunal regional competente del monto adeudado al demandante. En consecuencia, el tribunal suspendió el procedimiento arbitral a la espera de la decisión del tribunal estatal sobre la cuestión⁽²⁶⁾.

(24) *International Thunderbird Gaming Corp. c. Mexico*, Laudo arbitral CNUCDI de 26 de enero de 2006, Par. 125.

(25) *Occidental c. Ecuador*, Par. 58 y 137. Véase también *Marvin Feldman c. Mexico* (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1), Laudo de 16 de diciembre de 2002, Par. 84.

(26) *SGS c. Filipinas*, Par. 174-176.

3. ESCENARIO SEGUNDO: CUANDO LOS TRIBUNALES ESTATALES SE CONVIERTEN EN PROTAGONISTAS DE LA DISPUTA

En derecho internacional público, el poder judicial es parte integrante del Estado y, como tal, el Estado es responsable de la conducta de su Poder Judicial. Entre las obligaciones del Estado en derecho internacional le corresponde el asegurar que los inversores extranjeros gozan de un proceso justo y con las garantías necesarias ante sus tribunales⁽²⁷⁾.

Más concretamente, la prohibición de derecho consuetudinario de denegación de justicia se subsume en la cláusula más general de “tratamiento justo y equitativo” que se encuentra en la virtual totalidad de los TBI. En términos generales, un inversor se ve denegada justicia cuando no encuentra en los tribunales estatales un foro adecuado en el que dirimir su controversia⁽²⁸⁾. Pero, ¿cuáles son exactamente los contornos del principio de denegación de justicia?

Primero, está claro que los mismos tribunales estatales pueden, en determinadas circunstancias, violar las obligaciones que un estado ha asumido bajo un tratado

de inversión. Así, los tribunales arbitrales en *Waste Management c. Mexico*⁽²⁹⁾ y *Encana c. Ecuador*⁽³⁰⁾ han señalado que aquellas conductas estatales que *per se* no alcanzan a violar el tratado en cuestión, pueden conducir a violaciones de la cláusulas de “tratamiento justo y equitativo” si la parte agraviada no tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales estatales para resolver la controversia.

Segundo, para establecer una violación del principio de denegación de justicia es necesario que el demandante haya agotado los recursos de la justicia nacional para remediar la situación antes de dirigirse a un tribunal TBI⁽³¹⁾.

Tercero, puede darse una denegación de justicia en varios supuestos. Así, el tribunal *Azinian* identificó diversos ejemplos: cuando los tribunales competentes se negasen a conocer de un asunto, cuando incurriesen en una demora indebida, cuando administrasen justicia de modo seriamente inadecuado, o cuando aplicasen la ley incorrectamente en una forma clara y maliciosa⁽³²⁾.

Hasta la fecha, no hay ningún tribunal TBI que haya reconocido la existencia de denegación de justicia. Ni en *Azinian*, ni en *Waste Management*, ni en *En-*

⁽²⁷⁾ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América* (CIADI N° ARB(AF)/98/3), Decisión de 26 de junio de 2003, Par. 123.

⁽²⁸⁾ Véase por ejemplo, el *Third Restatement on the Law of Foreign Relations of the United States*, sección 712, según el cual un estado es responsable en derecho internacional por los daños resultantes de la repudiación o el incumplimiento de un contrato con el nacional de otro estado, cuando dicha repudiación o incumplimiento son discriminatorios o donde no se pone a disposición del nacional de otro estado un foro adecuado en el que determinar la controversia derivada de la repudiación o el incumplimiento.

⁽²⁹⁾ *Waste Management, Inc. c. Mexico* (Caso CIADI N° ARB00/3), Laudo de 30 de abril de 2004, Par. 115.

⁽³⁰⁾ *EnCana Co. C. República de Ecuador* (Caso CNUDCI N° UN3481), Laudo de 3 de febrero de 2006, Par. 194.

⁽³¹⁾ *Loewen c. EE.UU.*, Par. 156 y 217.

⁽³²⁾ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/2), Laudo arbitral de 1 de noviembre de 1999, Par. 102 y 103.

cana el tribunal consideró que los tribunales estatales estuvieran cerrados a los demandantes o hubiesen actuado de manera evidentemente parcial o injusta⁽³³⁾.

El tribunal TBI que más se acercó al reconocimiento de la existencia de denegación de justicia es el de *Loewen c. EE.UU.*. Loewen demandó a Estados Unidos alegando que el Estado había incumplido sus obligaciones TLCAN al haber incurrido los tribunales de Mississippi, EE.UU., en denegación de justicia. Los tribunales estatales habían, en un proceso plagado de irregularidades, incluyendo numerosos comentarios racistas y xenófobos contra el inversor extranjero, condenado a Loewen, una funeraria canadiense, a pagar unos quinientos millones de dólares en indemnización por daños emocionales y punitivos, una suma extremadamente alta por un contrato cuya cuantía era muy inferior. El tribunal se detuvo a examinar los requisitos de la denegación de justicia, afirmando varios puntos de interés.

Loewen ilustra primero que una decisión judicial emanada de un jurado en un litigio contractual entre dos partes privadas constituye una “acción de gobierno” contra la cual el TLCAN concede al inversor extranjeros protección. El tribunal *Loewen* afirmó además que hay violación del principio de derecho consuetudinario de denegación de justicia y de la cláusula de trato justo y equitativo cuando la decisión es claramente impropia y

desacreditable a la luz de todos los hechos y de los estándares generalmente aceptados de administración de justicia⁽³⁴⁾. Específicamente, puede darse una denegación de justicia cuando el estado condiciona el derecho a la apelación de tal modo que lo convierte en impráctico o impone al apelante severas condiciones económicas⁽³⁵⁾. El tribunal *Loewen* señaló que, bajo todos los estándares de medida, el proceso ante los tribunales del Mississippi fue “una desgracia”.

Ahora bien, en opinión del tribunal, Loewen, que había optado por un acuerdo extrajudicial sin explicar las razones por las cuales no había apelado, no demostró que le fuera imposible apelar la decisión en cuestión. Debido a la falta de prueba, el tribunal concluyó que no quedaba acreditada en el caso concreto una denegación de justicia. En cualquier caso, y tras el largo *obiter dicta* sobre denegación de justicia, el tribunal acabó por considerar que no tenía jurisdicción sobre la disputa por haber Loewen perdido su nacionalidad canadiense en el momento en que el tribunal había de resolver⁽³⁶⁾.

Cabe además señalar que los Estados pueden también incurrir en violaciones de sus obligaciones bajo los TBIs por otras acciones de sus tribunales estatales. En el caso de *Saipem c. Bangladesh*⁽³⁷⁾, por ejemplo, el demandante adujo que la entidad estatal se unió a los tribunales estatales de Bangladesh para sabotear un

(33) *EnCana c. Ecuador*, 196, *Waste Management c. Mexico*, Par. 130.

(34) *Loewen c. EE.UU.*, Par. 133 (citando *Mondev c. United States* (Caso CIADI Nº ARB (AF)/99/2), Decisión de 11 de octubre de 2002) y 137.

(35) *Loewen c. EE.UU.*, Par. 170.

(36) *Loewen c. EE.UU.*, Par. 220-232.

(37) *Saipem S.p.A. c. República de Bangladesh* (Caso CIADI Nº ARB/05/07), Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación de Medidas Cautelares de 21 de marzo de 2007.

previo arbitraje ICC, negando así al inversor su derecho contractual al arbitraje⁽³⁸⁾. Saipem alegó que las actuaciones judiciales, que frustraron el laudo ICC a favor del inversor, fueron constitutivas de una expropiación⁽³⁹⁾.

El tribunal arbitral, en su decisión sobre jurisdicción, estimó que, si bien la determinación de si hubo o no incumplimiento del TBI corresponde a la decisión sobre el fondo, el tribunal tiene jurisdicción para conocer de un acto del poder judicial que pueda resultar en una expropiación⁽⁴⁰⁾. El laudo sobre jurisdicción deja además abiertas cuestiones interesantes, como la de saber si el requerimiento de agotamiento de los recursos internos se aplicaría a un caso como éste⁽⁴¹⁾. Quedamos a la espera de la decisión sobre el fondo.

4. ESCENARIO TERCERO: CUANDO A LOS TRIBUNALES ESTATALES LES COMPETE ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DEL LAUDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El recurso a los tribunales estatales en sede de protección cautelar o en materia de ejecución de un laudo contra un Estado resulta, en todo arbitraje, un ejercicio de equilibrio delicado. Sin duda, ello no es menos cierto en los arbitraje TBI. Ahora bien, existe un aspecto específico a la efectividad del laudo arbitral en los

arbitrajes de tratado: una petición de denegación de reconocimiento o ejecución de un laudo TBI puede requerir la interpretación del tratado internacional entre dos estados por los tribunales de un tercer Estado. Nos centramos aquí en este supuesto específico al arbitraje TBI.

Imaginemos el escenario siguiente: arbitraje de tratado entre un Estado soberano y un inversor extranjero bajo las reglas del CNUDCI. El Estado, no conforme con el laudo recibido, plantea un recurso de anulación contra el mismo ante los tribunales de un estado tercero, el Estado donde se ha desarrollado el arbitraje, alegando que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción. La cuestión es la siguiente: ¿hasta qué punto puede el Estado tercero pronunciarse sobre la jurisdicción del tribunal arbitral cuando un tal pronunciamiento exige la interpretación del TBI entre dos Estados soberanos?

Esa es exactamente la pregunta que se sometió a los tribunales ingleses en el contexto del arbitraje Occidental⁽⁴²⁾. Ecuador, disconforme con el laudo CNUDCI dictado por un tribunal de arbitraje con sede en Londres que le condenaba a pagar a Occidental más de 75 millones de dólares por violación del TBI entre Ecuador y Estados Unidos en una disputa acerca del reembolso del IVA a Occidental, atacó el mismo ante los tribunales ingleses. Ecuador argumentaba que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción bajo el TBI para conocer de una reclamación tal, por

(38) Saipem c. Bangladesh, Par. 61.

(39) Saipem c. Bangladesh, Par. 129.

(40) Saipem c. Bangladesh, Par. 130-133.

(41) Saipem c. Bangladesh, Par. 150-153.

(42) Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production Company, [2005] EWHC 774 (Comm) y Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production Company, [2005] EWCA Civ 1116.

estar excluidas las materias fiscales del mismo.

Occidental opuso entonces el argumento de la *non justiciability* o de la no justiciabilidad. El argumento funciona como sigue: el recurso de Ecuador requiere que el tribunal inglés interprete las disposiciones de un tratado internacional entre dos estados extranjeros, en ausencia además de una de las partes de ese acuerdo. Es una regla de derecho inglés que esa tarea de interpretación no es justiciable ante los tribunales ingleses.

En primera instancia, el Juez Aikens rechazó el argumento de la no justiciabilidad del recurso⁽⁴³⁾. La Corte de Apelación confirmó la sentencia⁽⁴⁴⁾, estableciendo que los tribunales ingleses están facultados, sobre la base de sus leyes domésticas, para conocer de tales recursos, a pesar de que ello requiera que un tribunal inglés haya de proceder a un análisis de derecho internacional público⁽⁴⁵⁾.

La Corte de Apelación señaló primero que los tribunales ingleses no están impedidos de interpretar las provisiones de tratados no incorporados cuando ello es necesario para determinar los derechos individuales bajo derecho doméstico⁽⁴⁶⁾. La Corte de Apelación se fijó entonces en la particular naturaleza de los TBIs que, aún siendo instrumentos de derecho internacional, otorgan al inversor privado el derecho a recurrir al arbitraje para adjudicar su causa de acción sin necesidad de

la presencia o el consentimiento de su Estado⁽⁴⁷⁾. En esas circunstancias, la doctrina de la no justiciabilidad no impide a los tribunales ingleses el poder adjudicar sobre el recurso de Ecuador.

Por lo tanto, los tribunales ingleses están facultados para conocer de los recursos contra laudos arbitrales TBI incluso cuando la adjudicación de un tal recurso requiera la interpretación por un juez inglés de un tratado internacional del cual el Reino Unido no sea parte contratante. La decisión de los tribunales ingleses y su razonamiento puede tener mayor repercusión que este caso concreto, en la medida en la que se pueda hacer un argumento parecido al de la no justiciabilidad inglesa en otras jurisdicciones. En estos casos, es probable que los abogados de las partes demandantes y demandadas discutan largamente acerca de la idoneidad del principio sentado por las cortes inglesas.

5. CONCLUSIÓN

Más que protagonizar una *liaison dangereuse*, los tribunales TBI y tribunales estatales se comportan como un auténtico matrimonio: a veces en feliz pareja; otras veces viviendo una tensión palpable.

Ambos aportan al matrimonio sus bienes o competencias respectivas: la jurisdicción sobre reclamaciones de derecho local por parte de los tribunales estatales; la jurisdicción sobre reclamaciones de derecho TBI por parte de los tribuna-

⁽⁴³⁾ Ecuador c. Occidental, 2005, EWHC 774 (Comm).

⁽⁴⁴⁾ Ecuador c. Occidental, 2005, EWCA Civ 1116.

⁽⁴⁵⁾ Ecuador c. Occidental, 2005, EWCA Civ 1116, Par. 31-47 y 51-57.


⁽⁴⁶⁾ Ecuador c. Occidental, 2005, EWCA Civ 1116, Par. 31. Véase también Ecuador c. Occidental, [2005] EWHC 774 (Comm), Par. 75.

⁽⁴⁷⁾ Ecuador c. Occidental, 2005, EWCA Civ 1116, Par. 32 y 43.

les TBI. Pero, como en muchos matrimonios, la frontera entre lo que pertenece a uno y al otro puede quedar espectacularmente difuminada.

Los tribunales estatales pueden además incurrir en denegación de justicia, violando el TBI, y correspondiendo a los tribunales TBI el juicio de la responsabilidad del Estado por la actuación de sus tribunales estatales. Ahora bien, hasta el momento ningún tribunal TBI ha sancionado una denegación de justicia. Ni siquiera la “desgraciada” actuación judicial de los tribunales estatales en *Loewen* dio

lugar a más que a un tirón de orejas al esposo en falta.

Finalmente, puede ser que el estado perdedor ante un tribunal TBI impugne el laudo TBI ante los tribunales de un tercer estado. Como en aquellos casos en los que una tercera persona aparece involucrada en una relación que no es la suya, se ha presentado –y es probable que vuelva a presentarse– la cuestión de hasta qué punto los tribunales estatales de un tercer estado pueden juzgar aquella diferencia cuando ello exige la interpretación del tratado internacional suscrito entre dos estados soberanos. 

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA: LECCIONES EXTRAÍDAS DE LA RECIENTE PRÁCTICA ARBITRAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS

Por: ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA (*)

SUMARIO: 1. La cláusula de la nación más favorecida en los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI). 2. La aplicación de la cláusula a los métodos de resolución de controversias: una respuesta afirmativa en los casos Mafezzini c. España, Siemens c. Argentina y Gas Natural c. Argentina. 3. Límites a la competencia: Salini c. Jordania y Plama c. Bulgaria. 4. Una solución lógica: el concreto lenguaje de la cláusula y la intención de las partes contratantes. 5. Valoración final.

1. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MAS FAVORECIDA EN LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES (TPPI)

1. El arbitraje en inversiones extranjeras es hoy en día un fenómeno en

franca expansión⁽¹⁾. La razón fundamental de este despertar se encuentra en el cada vez mayor entramado de Tratados bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI). Estos TPPI constituyen, en la actualidad, y a falta de un gran instrumento multilateral, los instrumentos básicos de regulación de la protección

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado Universidad de Castilla-La Mancha, España.

(1) Recientemente, UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, Ginebra, 2005, disponible en: <http://www.unctad.org>. Ya en Mayo de 2003, en la reunión celebrada en Madrid por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Internacional se mostró un gran interés por el incremento constante de los casos de arbitraje para resolver los pleitos surgidos en materia de inversiones extranjeras, organizándose un coloquio sobre dicho tema, cuyo informe titulado "Arbitraje internacional y protección de las inversiones" fue publicado por la Secretaría del Comité español de la CCI en el *Anuario de Justicia Alternativa*, Nº 4, 2003, pp. 267-273. En este informe ya se apuntaba que

jurídica de las inversiones extranjeras⁽²⁾. En los mismos y configurándose como una garantía más de protección de las inversiones, se incluyen disposiciones que contemplan los métodos de resolución de controversias entre Estado - inversor⁽³⁾. Entre estos mecanismos, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferente, lo que ha provocado que, de forma cada vez más habitual, los tribunales arbitrales ha-

yan tenido que interpretar las diferentes cláusulas y disposiciones materiales contempladas en estos TPPI que buscan asegurar un determinado estándar de protección⁽⁴⁾. La interpretación de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo, en qué consiste el trato nacional, cual es el ámbito de una “*umbrella clause*” o qué debemos entender por expropiación, son ejemplos claros de lo aquí manifestado⁽⁵⁾.

“estamos ante una notoria evolución que vislumbra una tercera vía entre el arbitraje comercial puro y el arbitraje entre Estados del derecho internacional público, un “animal” nuevo que deberá concretarse en el futuro con los casos que surjan de ahora en adelante”, cit., p. 273.

- (2) Sobre estos TPPI y el nivel de protección otorgado por éstos puede consultarse, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, MAURO, M.R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Turin, Giappichelli, 2003, DOLZER, R. / STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995, MIGLIORINO, L., *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffrè, 1989, LAVIEC, J-P., *Protection et promotion des investissements*, París, PUF, 1985.
- (3) DAÑINO, R., antiguo Secretario General del CIADI, en su discurso inaugural del Simposium “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”, organizado conjuntamente por la UNCTAD, el CIADI y la OCDE, París, 12 de diciembre de 2005, pone de manifiesto la interrelación existente en el cada vez mayor número de TPPI bilaterales y multilaterales existentes y el incremento de la litigiosidad, mediante la puesta en práctica de los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos Convenios, en especial, mediante el arbitraje internacional. En general sobre esta cuestión, BEN HAMIDA, W., “L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, *Journ.dr.int.*, Nº 2, 2004, pp. 419-441, BÖCKSTIEGEL, K-H., “General Introduction to Investment Treaty Arbitration”, en: *Investment treaties and arbitration*, ed. Kaufmann-Kohler, G. / STUCKI, B., Basilea, ASA, 2002, pp. 1-7, DERAIS, Y., “L’impact des accords de protection des investissements sur l’arbitrage”, en: *Gaz.Pal.*, Vol. 121, Nº 3, 2001, pp. 631-635, GAILLARD, E., “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, en: *Rev.arb.*, Nº 3, 2003, pp. 853-875, OBADIA, E., ICSID, “Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues”, en: *News from ICSID*, Vol. 18, Nº 2, 2001, pp. 4 y ss, VON MEHREN, G.M. / SALOMON, C.T. y PAROUTSAS, A.A., “Navigating through Investor - State Arbitrations - An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims”, en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59, Nº 1, 2004, pp. 69-77.
- (4) Los datos suministrados por el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI– en sus últimos informes anuales son claros al respecto. Así, por ejemplo, en el Informe anual del año 2004 se refleja que de los treinta nuevos casos iniciados ante el Centro, veinticuatro de los mismos han sido presentados conforme a cláusulas de arbitraje CIADI incluidas en Tratados de protección y promoción de inversiones. El CIADI es una institución arbitral que fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (BOE Nº 219, de 13 de septiembre de 1994). El arbitraje CIADI es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Vide sobre este procedimiento arbitral, BROCHES, A., “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application”, *Y.B.Com.Arb.*, Vol. 18, 1993, pp. 627 y ss, FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, HIRSCH, M., *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, SCHREUER, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998.
- (5) Sobre estas cuestiones, entre otros, AA.VV., *International Investment Law and Arbitration*, Todd Weiler (ed.), Londres, Cameron May, 2005, BISHOP, R.D., CRAWFORD, J. y REISMAN, W.M., *Foreign Investment*

2. Entre estas cláusulas materiales ha venido ocupando un lugar principal en la mayoría de los TPPI existentes la denominada cláusula de la nación más favorecida⁽⁶⁾. Tal cláusula tiene, en el concreto ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, el efecto de beneficiar a todos los inversores cubiertos por el TPPI que la contempla (tratado de base) de un tratamiento no menos favorable que el que sea otorgado a los inversores en otros TPPI que hayan sido concluidos por los Estados parte (tratados con terceras partes)⁽⁷⁾. Este tipo de cláusulas cumplen una doble función en estos acuerdos: por una parte, constituyen un instrumento de gran importancia para luchar contra cual-

quier discriminación entre los distintos inversores en función de su origen, y por otra parte, son un mecanismo excelente para lograr la armonización del Derecho a la protección y promoción de las inversiones internacionales⁽⁸⁾.

3. Aunque este tipo de cláusulas no tienen un alcance universal, pues ello dependerá de su concreta redacción, la aplicación del *principio ejusdem generis* no ha planteado tradicionalmente problemas para extender de forma favorable los distintos derechos contemplados en las disposiciones materiales típicas de estos acuerdos, quedando incluidas, de forma general, las distintas cuestiones referidas al tratamiento de las inversiones⁽⁹⁾. Por el

Disputes, The Hague, Kluwer, 2005, AA.VV., *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain la Neuve, Anthemis, 2006, KINSELLA, N.S. y RUBINS, N.D., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, Nueva York, Oceana, 2005.

- (6) En relación al origen de esta cláusula, OCDE, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", Septiembre, 2004, disponible en: <http://www.oecd.org>.
- (7) En 1978 la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, ha definido el tratamiento basado en esta cláusula en su artículo 5, señalando que "*Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State*". Este proyecto puede encontrarse en: <http://www.un.org/law/ilc/texts/mfnfra.htm>. La definición de qué debe entenderse por Tratado básico y Tratado con una tercera parte, había sido ya claramente establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní, *Reports*, 1952, pp. 109 y ss., ya que según este Tribunal, el tratado básico en el que se podía sustentar la pretensión del demandante era el que contiene la cláusula de la nación más favorecida, añadiendo que "*es este Tratado el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado básico, no produce efecto jurídico alguno entre Reino Unido e Irán: es res inter alios acta*".
- (8) GAILLARD, E., "Chronique du CIRDI", en: *Journ.dr.int.*, Nº 1, 2005, p. 158.
- (9) El principio *ejusdem generis* significa que la cláusula de la nación más favorecida sólo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico. Este principio es confirmado por la decisión de la Comisión de Arbitraje establecida para la demanda de Ambatielos entre Grecia y Reino Unido, de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Reports of International Awards*, Vol. XII, 1963, pp. 91 y ss., en donde se declara que "*la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula*" añadiendo, en relación con el alcance de dicha cláusula en este asunto concreto, que "*es cierto que 'la administración de justicia', considerada en forma aislada, es una materia diferente del 'comercio y navegación', pero ello no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente se incluye entre las materias que son objeto de tratados de comercio y navegación. Por consiguiente, no puede sostenerse que la administración de justicia, en la medida en que se refiera a la protección de estos derechos, debe necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye 'todas las materias relacionadas con el*

contrario, hasta muy recientemente, los tribunales arbitrales no habían tenido que manifestarse sobre si el juego de la cláusula de la nación más favorecida cubría igualmente las disposiciones procesales de los TPPI en las que se contemplan los métodos de solución de controversias Estado - inversor, lo que de forma directa, incidía en la decisión adoptada por los mismos sobre la existencia de competencia para conocer del asunto planteado. Es precisamente al análisis de dichas decisiones arbitrales que han tratado de delimitar cual es el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en estos casos a lo que dedicamos el presente trabajo.

2. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA A LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA RESPUESTA AFIRMATIVA EN LOS CASOS MAFEZZINI C. ESPAÑA, SIEMENS C. ARGENTINA Y GAS NATURAL C. ARGENTINA

4. Antes de pasar a examinar lo decidido por los tribunales arbitrales, es con-

veniente definir cuales son las consecuencias que se pueden derivar de que se adopte una u otra posición al respecto, dadas las múltiples y variadas formas de cláusulas de resolución de controversias existentes en la actualidad en los TPPI. Aunque de forma mayoritaria, las posibilidades ofertadas en estos tratados al inversor privado para resolver el litigio planteado son básicamente tres, una vez agotado el plazo previo para conseguir un arreglo amistoso: a) acudir a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, b) instar un arbitraje CIADI o c) iniciar un arbitraje internacional basado en el reglamento de la CNUDMI, el grado de interrelación entre estos mecanismos de solución de controversias e incluso su alcance material⁽¹⁰⁾, invita a hacerse distintas preguntas: ¿Qué ocurre en aquellas ocasiones en donde el TPPI de base no contemple ningún mecanismo de solución de controversias o únicamente la posibilidad de acudir a sus tribunales internos, será posible acudir al arbitraje internacional previsto en otro TPPI invocando la cláusula de la nación más favorecida? ¿Si el Tratado de base incluye un obligado

comercio y la navegación. El problema sólo puede resolverse de conformidad con la intención que hayan tenido las Partes Contratantes según se deduzca de una interpretación razonable del Tratado", cit., p.107. En el citado proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, la CDI señaló en el artículo 8.2 y 9 cual debía considerarse su ámbito de aplicación: "Artículo 8.2. *The most-favoured-nation treatment to which the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, is entitled under a clause referred to in paragraph 1 is determined by the treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State*", "Artículo 9.1. *Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause*".

(10) Sobre las divergencias que presentan los TPPI en esta materia y la amplia variedad de mecanismos de arreglos de controversias Estado-inversor previstos en los mismos, BEN HAMIDA, W., "L'arbitrage transnational face a un desordre procedural: la concurrence des procedures et les conflits des juridictions", *TDM*, Nº 2, abril, 2006, CREMADES, B., "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties", en: *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp. 149-164, SCHREUER, C., "Travelling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", en: *Journal of World Trade & Investment*, Vol. 5, Nº 2, 2004, pp. 231-256, FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, ob. cit., pp. 137-146 y 151-159.

periodo previo para intentar conseguir un arreglo amistoso, será posible obviarlo mediante la aplicación de esta cláusula? ¿Cabe evitar la necesidad de acudir previamente a los tribunales internos antes de plantear un arbitraje internacional si esta exigencia no se prevé en otros Tratados? ¿Es posible incluso, mediante el juego de la cláusula de la nación más favorecida, ampliar el alcance material de una cláusula de resolución de controversias que limite las posibles cuestiones a plantear por parte del inversor? Todas estas preguntas y algunas más, sólo pueden ser respondidas si se da una contestación previa a la cuestión de base planteada: la extensión o no de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones procesales de los TPPI en las que se contemplan los métodos de solución de controversias Estado - inversor⁽¹¹⁾.

5. La primera vez donde se ha planteado esta cuestión ante un tribunal arbitral fue en el caso CIADI Mafezzini c. España⁽¹²⁾. En este asunto, el inversor argentino Emilio Agustín Mafezzini alegaba que las acciones llevadas a cabo por

determinados organismos estatales españoles habían causado daños a su inversión en una empresa productora y distribuidora de productos químicos situada en la comunidad autónoma gallega. El tribunal arbitral, para determinar su competencia, no dudó en aplicar la cláusula de la nación más favorecida para declararse competente para conocer de la controversia suscitada mediante su aplicación a la cláusula de resolución de diferencias contemplada en un TPPI⁽¹³⁾.

En concreto, el inversor argentino había iniciado el procedimiento arbitral CIADI fundamentando, como primera alternativa, la competencia de los tribunales del centro en la cláusula de solución de controversias prevista en el artículo 10 del TPPI entre España y Argentina⁽¹⁴⁾. En este precepto, tras establecer la necesidad de someter la controversia a un posible arreglo amistoso entre las partes, si tal acuerdo no llegase en el plazo de seis meses, se señala que la controversia será sometida a petición de una de las partes, a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

(11) Sobre esta cuestión, ACCONCI, P., "The Most-Favoured-Nation Treatment and International Law on Foreign Investment", en: *TDM*, Vol. 2, Nº 5, 2005, pp. 19-31, FIETTA, S., "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", en: *International Arbitration Law Review*, Nº 4, 2005, pp.131-138, FREYER, D.H. y HERLIHY, "Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?", en: *ICSID Review-FILJ*, Vol. 20, 2005, pp.63-81, TEITELBAUM, R., "Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, Nº 3, pp. 225-238, LIBERTI, L., "Arbitrato ICSID, clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione", en: *Rivista dell'arbitrato*, Nº 3, 2004, pp. 561-589, APPLETON, B., "MFN and International Investment Treaty Arbitration: Have We Lost Sight of the Forest through the Trees?", en: *Appleton's International Investment Law & Arbitration News*, Vol. 1, Nº 2, 2005, pp. 10-24, Hsu, L., "MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet", en: *Journal of World Trade & Investment*, Vol. 7, Nº 1, 2006, pp. 25-37.

(12) Caso Nº ARB 9777.

(13) Decisión sobre competencia de 25 de enero de 2000, *ICSID Review-FILJ*, Vol. 16, 2001, pp. 212 y ss. Sobre dicha decisión, ORREGO VICUÑA, F., "Bilateral Investment Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: Implications for Arbitration in the Light of a Recent ICSID Case", en: *Investment Treaties and Arbitration*, ed. G. Kaufmann-Kohler y B. Stucki, Basilea, ASA, 2002, pp. 133-158.

(14) TPPI entre España y Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, BOE Nº 277, de 18 de noviembre de 1991.

Únicamente, si hubiesen transcurrido dieciocho meses desde la iniciación de tal procedimiento nacional o habiéndose dictado una decisión, la misma no satisfaga a las partes, es posible acudir al procedimiento arbitral CIADI, o bien a un procedimiento arbitral ad hoc establecido de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁽¹⁵⁾. En este caso el tribunal arbitral, y tal y como defendía el Estado español, señaló que el incumplimiento por parte del demandante de la obligación contemplada en este precepto de la iniciación previa de un procedimiento judicial ante los tribunales españoles provocaba que el requisito del consentimiento otorgado por parte de España no se pudiera considerar cumplido⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, el tribunal arbitral tuvo en cuenta, finalmente, la segunda de las alternativas propuestas por el demandante para fundamentar su competencia, la cual se había basado en la cláusula de la

nación más favorecida contemplada en el TPPI entre Argentina y España⁽¹⁷⁾, para beneficiarse de los medios de resolución de controversias Estado - inversor previstos en el TPPI entre España y Chile que, al contrario que en el anterior tratado citado, no prevén ninguna obligación de acudir previamente a los tribunales nacionales antes de iniciar un procedimiento arbitral CIADI⁽¹⁸⁾.

En consecuencia, para este tribunal la existencia de una cláusula arbitral dentro del precepto dedicado a la solución de controversias inversor - Estado queda incluida en la protección otorgada a los inversores, y por tanto, no sería coherente ni con el tenor literal de la cláusula de nación más favorecida cuya redacción no establece un ámbito de aplicación limitado únicamente a las disposiciones materiales del TPPI, ni con el objetivo de la misma como es el de armonizar el tratamiento de los distintas inversiones extranjeras sin importar su origen, el no permitir a los inversores que puedan recurrir a

(15) Artículo 10 del TPPI entre Argentina y España: "1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

(16) En concreto, este tribunal declaró que "(...) A este respecto cabe observar que el párrafo 2 ,dispone que la controversia "será sometida" a los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión, y que el párrafo 3(a) establece enseguida que la controversia "podrá ser sometida" a un tribunal arbitral internacional a petición de una de las partes en la controversia en las siguientes circunstancias: cuando no exista decisión de un tribunal nacional sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses o cuando existiendo tal decisión subsista la controversia (...) Esta redacción sugiere que las Partes Contratantes del ABI -Argentina y España- quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional...Si este hubiera sido el único argumento del Demandante sobre esta materia, el Tribunal habría tenido que concluir que, en vista de que el Demandante no ha sometido el caso a los tribunales españoles como lo exige el Artículo X(2) del ABI, el Centro carecía de jurisdicción y el Tribunal no era competente para considerar el caso", Decisión sobre competencia, cit., considerando 34 a 36.

(17) Artículo 4.2 "En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país".

(18) Artículo 10 del TPPI entre Chile y España.

una cláusula de solución de controversias que les sea más favorable a sus intereses⁽¹⁹⁾. En concreto, este tribunal arbitral señaló que “(...) *no obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, 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, (...) estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado (...), de*

lo expuesto puede concluirse que si 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 la nación más favorecida”⁽²⁰⁾.

6. Esta ampliación del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias Estado - inversor contemplados en los TPPI ha recibido apoyo en una segunda decisión por parte de un tribunal arbitral CIADI en el caso Siemens c. Argentina⁽²¹⁾. En este caso, el inversor de nacionalidad alemana inició el procedimiento arbitral fundamentando la competencia del tribunal CIADI en el TPPI entre la República Federal de Alemania y

(19) La representación española había defendido, por el contrario, que de acuerdo con el principio *ejusdem generis*, la referencia a “materias” que se incluye en el TPPI entre España y Argentina sólo podía entenderse como referida a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o de jurisdicción, Decisión sobre competencia, cit., cdo. 41. Sobre la posición del Estado español mantenida en este caso, LEON CAVERO, R. A., “El Estado ante el arbitraje internacional”, en: *Aranzadi civil TSJ y AP*, Nº 18, 2000, pp. 24-26.

(20) Decisión sobre competencia, cit., cdos. 54 y ss., KUNTZ, J. crítica respecto a esta afirmación del tribunal, que los miembros del mismo asumieron sin dar ninguna justificación que el acceso a los tribunales españoles en el periodo estipulado de dieciocho meses era “un tratamiento menos favorable” que el acudir directamente a un procedimiento arbitral. Esta forma de ver las cosas parece reflejar una creencia epistemológica en la superioridad del arbitraje internacional en inversiones extranjeras, “The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: Maffezini v. Kingdom of Spain”, en *International Investment Law and Arbitration*, cit., p. 547. Esta crítica está en consonancia con lo alegado por la representación procesal del Estado español que había manifestado que “tendría que probarse que el someter la controversia a los tribunales españoles es menos ventajoso para el inversor que recurrir al arbitraje del CIADI”, Decisión sobre competencia, cit., cdo. 42.

(21) Caso Nº ARB/02/8, Decisión sobre competencia de 3 de agosto de 2004, disponible en: http://www.asil.org/ilib/Siemens_Argentina.pdf. Sobre esta decisión, NEWMARK, C. y POULTON, E., “Most Favoured Nation Clause: Is The Siemens v. Argentina Decision The High-Water Mark?”, en: *MeaLey Nºs Int'l Arb.Rep.*, Enero, 2005, pp. 39 y ss. Téngase en cuenta que también en la decisión sobre competencia en el asunto Camuzzi International c. Argentina, Caso Nº ARB/03/2, se aplicó la cláusula de la nación más favorecida, que había sido invocada por el demandante para beneficiarse de los mecanismos de solución de controversias previstos en el TPPI entre Estados Unidos y Argentina y evitar de esta forma, el acudir previamente a los tribunales nacionales, tal y como prevé el Tratado básico entre Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. Sin embargo, en este caso, el tribunal no tuvo que motivar su decisión pues no se objetó por Argentina dicha pretensión. Dicha decisión puede consultarse en la dirección electrónica: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>

Argentina. Apoyándose en el artículo 3.2 de dicho Acuerdo donde se contempla la cláusula de la nación más favorecida⁽²²⁾, el demandante declaró que el tribunal arbitral era competente, ya que, a pesar de que el TPPI entre Alemania y Argentina preveía en su cláusula sobre resolución de diferencias entre inversor - Estado la necesidad de acudir de forma obligatoria previamente a cualquier arbitraje internacional a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, esta obligación no se contemplaba en el TPPI entre Argentina y Chile.

El tribunal acepta íntegramente esta argumentación y rechazando las alegacio-

nes del gobierno argentino⁽²³⁾, se apoya en la decisión de competencia adoptada en el caso Maffezini⁽²⁴⁾, para concluir que el acceso al mecanismo de solución de controversias ofertado al inversor “*forma parte de la protección otorgada por el Tratado. El mismo forma parte del tratamiento de los inversores y de las inversiones así como de las ventajas concedidas por la cláusula MFN*”⁽²⁵⁾.

7. El tercero y más reciente asunto donde los tribunales arbitrales han reconocido la posibilidad de extender el juego de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de controversias Estado - inversor ha sido en

(22) Artículo 3.2 del TPPI entre Argentina y República Federal Alemana: “Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados”.

(23) Entre los argumentos del gobierno argentino, el más importante fue el de que si se quería hacer valer la cláusula de la nación más favorecida para “importar” los mecanismos de solución de controversias previstos en el TPPI entre Chile y Argentina, no sólo deberían de tomarse en consideración aquellos aspectos de los mismos que fueran favorables para el demandante, sino que deberían de considerarse todo el conjunto, incluyendo aquellos aspectos también desfavorables. En concreto, y dado que el TPPI citado incluía una cláusula “fork in the road”, ésta debería tener aplicación, por lo que si en el caso concreto, ya se había acudido a los tribunales argentinos, la vía arbitral estaría cerrada. Decisión sobre competencia, cit., cdo. 111 a 115. Esta pretensión fue rechazada por el tribunal arbitral, declarando que

“La operación de la CNMF entendida de este modo contradiría el resultado que se pretendía con la cláusula que es el de armonizar los beneficios acordados con una parte con aquellos que son considerados más favorables para otra parte. Obligaría a la parte que reclama un beneficio en virtud de un tratado a considerar las ventajas y desventajas de ese tratado en su totalidad y no sólo los beneficios”, Decisión sobre competencia, cit., cdo.120. En relación a esta cuestión, FIETTA, S., señala que el tribunal arbitral permite entonces al demandante escoger aquellas ventajas que se pudieran derivar del TPPI entre Argentina y Chile sin considerar las desventajas que pueden haber sido incluidas como compensación de aquellas, lo que conduce de manera directa a permitir que los demandantes pudieran diseñar de la manera que consideren adecuada el modelo de solución de controversias mediante una infinita variedad de cambios y combinaciones, “Most Favoured Nation (...)”, artículo cit., p. 135.

(24) Hemos de señalar que en este caso, la redacción de la cláusula era diferente que en el asunto Maffezini. Si bien en este último caso la cláusula hacía referencia a “todas las materias”, en el asunto Siemens sólo se hace referencia a “actividades relacionadas con las inversiones”, lo que parece conducir a un alcance más limitado de la misma. Sin embargo, el tribunal, aun consciente de esta diferencia, señaló que el término “trato” y la frase “actividades relacionadas con las inversiones” eran suficientemente amplios como para incluir el arreglo de controversias, Decisión, cit., cdo. 103. Muy crítico al respecto se manifiesta FIETTA, S., “Most Favoured Nation Treatment(...)”, artículo, cit., p. 134, pues los diferentes términos utilizados en esta cláusula permiten dudar que el tribunal en el caso Siemens haya sido coherente con el principio *ejusdem generis*, ya que no parece existir ninguna pista para afirmar que el juego de dicha cláusula pueda extenderse a los mecanismos de solución de controversias.

(25) Decisión sobre competencia, cit., cdo. 102.

el caso CIADI Gas Natural c. Argentina⁽²⁶⁾, solución que era fácilmente previsible, tal y como tendremos ocasión de comprobar seguidamente. En este supuesto, Gas Natural –empresa con sede en Barcelona–demandó a Argentina ante el CIADI porque consideraba que las medidas tomadas por el gobierno de dicho país con ocasión de la crisis económica en los años 2001-2002, habían dañado sus inversiones y que éstas se encontraban protegidas bajo el TPPI entre España y Argentina⁽²⁷⁾. En concreto, el inversor español fundamentó la competencia del tribunal arbitral en la cláusula de solución de controversias prevista en el TPPI entre Estados Unidos y Argentina, que permite acudir directamente al arbitraje internacional tras un periodo de seis meses de búsqueda de un acuerdo amistoso entre las par-

tes⁽²⁸⁾, mediante la utilización de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TPPI entre España y Argentina, con el fin de evitar la necesidad prevista en este último Acuerdo de acudir previamente a los tribunales internos de cada parte contratante y agotar un periodo mínimo de dieciocho meses, antes de poder interponer una demanda ante un tribunal arbitral internacional. En consecuencia, la situación fáctica era idéntica a la planteada en el caso Mafezzini, pero en este caso, se intercambiaban los papeles, pues mientras que en el primer caso, las partes eran un inversor argentino y el Estado español, en este concreto caso, las partes eran un inversor español y el Estado argentino.

El tribunal arbitral en su decisión⁽²⁹⁾, llegó a la misma conclusión a la que ya se

⁽²⁶⁾ Caso Nº ARB/03/10.

⁽²⁷⁾ Este es un ejemplo más de lo que está ocurriendo en la actualidad donde existen más de cuarenta procedimientos iniciados contra Argentina en el CIADI como consecuencia de las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el gobierno de dicha nación en la crisis económica de 2001, entre ellas, la devaluación del peso argentino y la eliminación de la paridad de dicha moneda con el dólar. La gran mayoría de estos casos se refieren a la pérdidas sufridas en las concesiones por parte de empresas extranjeras en los sectores de servicios públicos, energéticos y de telecomunicaciones, y se han fundamentado en las cláusulas de resolución de controversias previstas en los TPPI celebrados por Argentina en la década de los 90 del siglo pasado. El primer laudo que ha sido dictado en relación a estas cuestiones ha sido en el caso CMS Gas Transmission Company c. Argentina, el 12 de mayo de 2005, en donde el tribunal ha señalado que las medidas adoptadas por Argentina no pueden considerarse como una medida expropiatoria, pero en todo caso ha condenado a este país por violar la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a un pago de ciento treinta y tres millones de dólares más intereses. Este laudo ha sido recurrido en anulación el 8 de septiembre de 2005 por Argentina por falta de motivación y porque el tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones. La cascada esperada de futuros laudos y la hipotética posibilidad de decisiones contradictorias sobre circunstancias y hechos muy similares es un peligro latente. Ante estas circunstancias, el gobierno argentino, en un primer momento, optó por vías alternativas a los propios procedimientos arbitrales para mitigar las consecuencias de los posibles laudos condenatorios. Así, se presentaron proyectos de ley que preveían, por un lado, la imposibilidad de que el Estado o sus organismos pudieran someterse en un futuro a arbitraje internacional, y por otro, a que los laudos arbitrales pudieran ser sometidos a revisión por parte de los tribunales argentinos. En la actualidad, sin embargo, la estrategia parece estar cambiando, al compás de la salida del gobierno del anterior ministro de Justicia ROSSATTI, Horacio y su sustitución por GUGLIELMINO. La idea ahora es agotar los cauces previstos en el sistema CIADI, a través del recurso de anulación, y al mismo tiempo, intentar en ese periodo, una renegociación de los contratos de concesión para lograr un acuerdo amistoso con los inversores extranjeros, a fin de terminar con los procedimientos arbitrales pendientes. Sobre estas cuestiones, RODRIGUEZ SAA, "Argentina Latest Policy Evolution with respect to ICSID Cases", en: *TDM*, Vol. 2, Nº 5, 2005.

⁽²⁸⁾ Artículo 8 del TPPI entre Estados Unidos y Argentina.

⁽²⁹⁾ Decisión sobre competencia de 17 de junio de 2005, disponible en la dirección electrónica <http://www.asil.org>.

había llegado en el asunto Mafezzini, señalando que “el Tribunal considera que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo IV(2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina”⁽³⁰⁾.

Para llegar a esta conclusión, por otra parte bastante lógica si tomamos en consideración que la cláusula de la nación más favorecida era la misma que ya había sido interpretada con ocasión del asunto Mafezzini –artículo 4.2 del TPPI entre España y Argentina–, el tribunal aceptó las alegaciones de la parte demandante, realizando además, una serie de consideraciones generales acerca de las relaciones entre el juego de la cláusula de la nación más favorecida y los mecanismos de solución de controversias Estado - inversor. Así, este tribunal arbitral comenzó declarando que “(...) resumiendo este debate, el Tribunal considera que la cuestión fundamental consiste en establecer si las disposiciones sobre solu-

ción de controversias de los tratados bilaterales sobre inversiones forman parte del conjunto de mecanismos de protección concedidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las inversiones. A juicio del Tribunal, la historia, primero del Convenio del CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo inter se), muestra como un componente decisivo –de hecho, quizás el más decisivo– la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión. La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor. La gran mayoría de los tratados bilaterales de inversiones, y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y Estados, trátase del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

⁽³⁰⁾ Decisión sobre competencia, cit., cdo. 31.

o convenios similares; y esas disposiciones son universalmente consideradas –por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven– como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas⁽³¹⁾.

Tras la anterior observación, el tribunal arbitral, en segundo lugar, adoptó una regla interpretativa de carácter general al señalar que “este Tribunal entiende que la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el Tribunal está convencido de que la intención de las partes del TBI ente España y la Argentina consistía en someter el régimen de solución de controversias a las disposiciones sobre trato de nación más favorecida, y que nuestro análisis, (...) es compatible con el pensamiento actual, expresado en otros recientes laudos arbitrales. Mantenemos nuestra convicción de que la garantía de un arbitraje internacional independiente es un elemento importante –quizás el más importante– del sistema de protección de los inversores. A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones

han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida⁽³²⁾.”

3. LÍMITES A LA COMPETENCIA: SALINI C. JORDANIA Y PLAMA C. BULGARIA

8. El tribunal arbitral en el asunto Mafezzini, a pesar de su decisión final de declararse competente, había manifestado ya cierta preocupación con los posibles efectos que pudiera tener la misma⁽³³⁾. De esta manera, declaró que “no obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista⁽³⁴⁾.”

(31) Decisión sobre competencia, cit., cdo. 29.

(32) Decisión sobre competencia, cit., cdo. 49.

(33) DOLZER, R. y MYERS, T., “After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, en: *ICSID Review-FILJ*, Vol. 19, Nº 1, 2004, pp. 54 y ss., LIBERTI, L., “Arbitrato ICSID, clausola della (...)”, artículocit., pp. 580-581.

(34) Decisión sobre competencia, cit., cdo. 62.

Entre estas consideraciones de política pública, el tribunal enumeró las siguientes: “En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar

invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes”⁽³⁵⁾.

9. Estas posibles limitaciones al juego de la cláusula de la nación más favorecida en este ámbito, no pasaron desapercibidas para el tribunal arbitral en el asunto *Salini c. Jordania*⁽³⁶⁾. En este caso, el tribunal arbitral, en su decisión sobre competencia, ha mostrado una actitud bastante precavida en relación con la postura adoptada en el caso *Maffezzini* ya que, aunque comparte las preocupaciones manifestadas en dicha decisión en relación con los riesgos creados por la extensión operada y que siempre deben existir límites a la misma, considera que las precauciones tomadas por los autores de aquella pueden ser difíciles de poner en práctica

⁽³⁵⁾ Decisión sobre competencia, cit., cdo. 63. Para DOLZER, R. / MYERS, T., estas excepciones reflejan una específica intención común de las partes de incluir dichos mecanismos de solución de controversias en su Acuerdo, por lo que en tal caso nunca una norma general como es la cláusula de la nación más favorecida importada desde otro TPPI podría ser aplicada invalidando las estipulaciones específicas pactadas por las partes, “After Tecmed: Most-Favored-Nation (...)”, artículo cit., p. 54. Más crítico al respecto se manifiesta KURTZ, J., para quién estas limitaciones al juego de la cláusula de la nación más favorecida no tienen fundamento alguno y parecen inventadas, “The MFN Standard and Foreign Investment- An Uneasy Fit?”, *Journal of World Trade & Investment*, Vol. 5, Nº 6, 2004, p. 880.

⁽³⁶⁾ Caso Nº ARB/02/13. Sobre este caso, GAFFNEY, J., “Case Summary- Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. The Hashemite Kingdom of Jordan”, *TDM*, Vol. 2, Nº 1, 2005. Vide con anterioridad, rechazando la aplicación de una cláusula de este tipo en relación a la cuestión de la aplicación en el tiempo de las disposiciones contempladas en un TPPI, el laudo de 29 de mayo de 2003, en el caso *Tecmed c. Méjico*, *ICSID Review-FILJ*, Vol. 19, 2004, pp. 158 y ss. Sobre este asunto, DOLZER, R. y MYERS, T., “After Tecmed: Most-Favored-Nation (...)”, artículo, cit., pp. 49-60.

y no hacen más que añadir incertidumbre al riesgo de “treaty shopping”⁽³⁷⁾.

En concreto, este tribunal arbitral ha decidido limitar el alcance de esta cláusula, indicando que en su opinión, dada la redacción otorgada a la cláusula de la nación más favorecida en el TPPI entre Italia y Jordania⁽³⁸⁾, la utilización de la misma no podía servir para lograr una extensión favorable de los derechos procesales contemplados en las cláusulas de resolución de controversias de los TPPI entre Jordania y Estados Unidos y entre Jordania y Gran Bretaña, con el fin de obviar la necesidad de acudir a los mecanismos de resolución previstos en los contratos de inversión, tal y como se disponía en el TPPI aplicable al caso y someter, de esta manera, de forma directa la diferencia a un tribunal arbitral del CIADI⁽³⁹⁾.

Para llegar a la anterior conclusión, el tribunal pone de manifiesto que, en la actualidad, existen numerosas formas de redacción de este tipo de cláusulas en los

TPPI y que el alcance de cada una de ellas debe ser observado y aplicado en el caso concreto. Si bien en determinados casos, no hay dudas de que las partes contratantes han querido extender de manera expresa el juego de dicha cláusula a los métodos de resolución de controversias Estado - inversor, la cuestión puede ser más dudosa cuando la redacción de dicha cláusula no lo aclara expresamente, señalando únicamente que la misma se refiere a “*todas las materias*” o a “*todas las cuestiones*” contenidas en el TPPI. En tales ocasiones, el tribunal estima que es preciso averiguar cual era la intención de las partes contratantes cuando incluyeron tal cláusula en el Convenio, y si aquellas tenían el firme propósito de incluir a los mecanismos de solución de disputas en el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Únicamente cuando no haya dudas al respecto, será posible, por tanto, extender los beneficios de la cláusula a los mecanismos de solución de controversias Estado - inversor contemplados en otros TPPI⁽⁴⁰⁾.

(37) Decisión sobre competencia de 29 de noviembre de 2004, Journ.dr.int., N° 1, 2005, pp. 182-206. En concreto, se señala que “The Arbitral Tribunal in the Maffezini case was probably aware of the risks entailed by such an extension because the Tribunal itself stated clearly that the beneficiary of the Most-Favoured-Nation clause “should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement”. The Tribunal added that “a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand”... The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the Maffezini case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of “treaty shopping”, cdos. 114 y 115.

(38) Artículo 3 del TPPI entre Italia y Jordania: “1. Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.

(39) Decisión sobre competencia, cit., cdo. 119.

(40) Decisión sobre competencia, cit., cdos. 116 a 118. Para ello, será de gran utilidad observar la práctica estatal, cuestión que, por otra parte, fue lo que hizo el tribunal arbitral en el asunto Maffezini, tal y como nos recuerda esta decisión al declarar que “*In other treaties, the MFN clause does not contain such a provision, but refers to “all rights” contained in the agreement, or to “all matters” subject to the agreement.*

10. La decisión sobre competencia de 8 de febrero de 2005 en el asunto *Plama c. Bulgaria* ha venido a reforzar esta interpretación en relación con la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida⁽⁴¹⁾. En este caso concreto, el demandante solicitaba beneficiarse, a través del juego de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el artículo 3 del TPPI entre Chipre y Bulgaria – tratado de base–⁽⁴²⁾, de los mecanismos de resolución de controversias previstos en otros TPPI de los que es parte Bulgaria, entre ellos el TPPI entre Bulgaria y Finlandia, para poder acudir directamente a un arbitraje CIADI, y evitar de esta manera, la restrictiva vía procesal contemplada en el tratado de base que consistía únicamente, en un arbitraje ad hoc limitado para conocer de las reclamaciones con

el fin de conseguir una compensación en los casos de expropiación.

El tribunal arbitral afirmó que el principio que ha de guiar la interpretación de un tribunal en estos supuestos es el de que “*an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them*”⁽⁴³⁾. En consecuencia, la regla general mantenida en el asunto *Maffezini* y que posteriormente ha sido reforzada en el caso *Gas Natural*, se convierte en excepción en este asunto⁽⁴⁴⁾.

El tribunal buscó, por lo tanto, si era posible dar contenido a esta excepción y, para ello, indagó la verdadera intención

*This was the situation in the Ambatielos and Maffezini cases. As a consequence, in Ambatielos, the Commission of Arbitration sought to ascertain the common intention of the Parties. It found that the intention was “that the trade and navigation of each country be placed, in all respects, by the other on the footing of the most-favoured-nation”(…) and concluded for this finding that “the effect of the most-favoured-nation clause (...) can be extended to the system of administration of justice”. Similarly, in the Maffezini case, the Tribunal carefully examined the practice followed by Spain and Argentina and relying not only on the text of the BITs, but also on “the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad”, concluded that the Claimant had the right to submit the dispute to arbitration “without first accessing the Spanish courts”. En contraposición al caso *Maffezini*, el tribunal estima que el demandante no había aportado ninguna prueba de que existiese una intención común de las partes contratantes de extender el juego de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias, ni tampoco en relación a una práctica estatal que demostrase la existencia de aquella.*

(41) Caso N° ARB/03/24, decisión sobre competencia de 8 de febrero de 2005, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>>. Sobre este caso, GALLUS, N., “*Plama v. Bulgaria and the Scope of Investment Treaty MFN Clauses*”, en: *TDM*, Vol. 2, N° 3, 2005, Crepet Daigremont, C., “*Plama Consortium Limited v. Republica of Bulgaria- The Most Favoured Nation Clause Issue*”, *TDM*, Vol. 2, N° 3, 2005.

(42) Artículo 3 del TPPI entre Chipre y Bulgaria: “1. Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

(43) Decisión, cit., cdo. 223.

(44) En concreto, este tribunal fue muy crítico con la decisión en el caso *Maffezini*, pues tras señalar que el tribunal en este caso partió de un fundamento erróneo para su análisis, lo que directamente conduce a una situación caótica en el ámbito de los métodos de resolución de controversias que no concuerda en nada con la intención común de las partes contratantes, afirma que no llega a comprender el origen y la justificación de las excepciones de política pública que fueron enumeradas en dicha decisión, Decisión sobre competencia, cit., cdos. 218 a 222.

de las partes contratantes cuando éstas incorporaron la cláusula a su acuerdo. A su juicio, las circunstancias concretas que rodeaban a la negociación y posterior conclusión del TPPI, y en gran medida, el régimen comunista entonces existente en Bulgaria que restringía enormemente la protección de las inversiones extranjeras en su territorio, eran prueba suficiente de que, en este caso, las partes contratantes no buscaban extender los beneficios de la cláusula a las disposiciones sobre arreglo de controversias Estado - inversor⁽⁴⁵⁾. Junto con este argumento, y en apoyo, igualmente, de su postura, el tribunal consideró que el requisito básico que es necesario para iniciar cualquier tipo de arbitraje es el consentimiento claro e inequívoco de las partes en la disputa. En el caso concreto, por el contrario, se planteaba una duda más que razonable de que la incorporación por referencia de los métodos de resolución de controversias previstos en un TPPI con una tercera parte, a través de hacer jugar la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el tratado de base, pudiese considerarse como un consentimiento claro y sin ambigüedades de someterse a un arbitraje CIADI⁽⁴⁶⁾.

Tras las anteriores consideraciones, el tribunal, por tanto, concluyó declarando que “*the MFN provision of the Bulgaria - Cyprus BIT cannot be interpreted as providing consent to submit a dispute under the Bulgaria - Cyprus BIT to*

ICSID arbitration and that the Claimant cannot rely on dispute settlement provisions in other BITs to which Bulgaria is a Contracting Party in the present case”⁽⁴⁷⁾.

4. UNA SOLUCIÓN LÓGICA: EL CONCRETO LENGUAJE DE LA CLÁUSULA Y LA INTENCIÓN DE LAS PARTES CONTRATANTES

11. Tras el examen de la jurisprudencia arbitral existente, dos posturas parecen enfrentadas: mientras que una primera serie de decisiones arbitrales no tienen dudas en admitir la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de controversias Estado - inversor, admitiendo que tales métodos forman parte de la protección otorgada por el Tratado de la que pueden valerse los beneficiarios de dicha cláusula, otro conjunto de decisiones han mantenido una posición más matizada sobre esta cuestión.

12. Estas últimas decisiones nos muestran que es preciso que un tribunal arbitral, cuando se enfrenta ante una cuestión como la planteada de la que depende de forma directa su propia competencia, ha de ponderar el significado preciso de la cláusula de la nación más favorecida en cuestión, tomando en consideración la redacción concreta de la misma en el tratado básico⁽⁴⁸⁾. Esta conclusión nos parece más coherente con la existencia de

⁽⁴⁵⁾ Decisión, cit., cdos. 195 a 197.

⁽⁴⁶⁾ Decisión, cit., cdos. 198 a 200.

⁽⁴⁷⁾ Decisión, cit., cdo. 227.

⁽⁴⁸⁾ FREYER, D.H. y HERLIHY, D., opinan en relación con esta cuestión que “as a matter of treaty interpretation, the foregoing cases can be rationalized around the unifying principle that the issue whether an MFN clause applies to dispute settlement procedures depends, in the first instance, on the wording of the MFN clause in the basic treaty”, “Most-Favored-Nation Treatment (...)”, article, cit., p. 82.

diferentes versiones en la práctica de cláusulas de este tipo incluidas en los distintos TPPI⁽⁴⁹⁾, lo que justifica que sean los Estados parte en los mismos los que decidan que ámbito de aplicación consideraran aceptable en el concreto acuerdo, y si los mismos aceptan de forma expresa o no, que dicha cláusula pueda extenderse a los mecanismos previstos de resolución de controversias.

13. Así, en primer lugar, hay supuestos donde no cabe duda de la extensión de dicha cláusula a los mecanismos de solución de controversias Estado - inversor. Este es el caso del Reino Unido, donde en sus TPPI se incluye de forma expresa la posibilidad de que el juego de la cláusula de la nación más favorecida pueda extenderse a dichos métodos. En concreto, en el artículo 3.3 del TPPI modelo de Gran Bretaña donde se incluye esta cláusula junto con la de tratamiento nacional, se declara que “for the avoidance of doubt, it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”, siendo el artículo 8 de dicho acuerdo el que contempla los mecanismos de resolución de controversias Estado - inversor.

14. En el extremo opuesto, se sitúan aquellos TPPI que al incluir la cláusula de forma expresa delimitan exactamente cual es el ámbito de aplicación material de la misma⁽⁵⁰⁾. En este grupo, podemos incluir, el supuesto de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TLCAN –artículo 1103.1– donde se limita su alcance a los derechos materiales del Acuerdo al señalar que “Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. Una disposición similar nos la encontramos en el más reciente TPPI modelo de Estados Unidos del 2004⁽⁵¹⁾, así como en el proyecto del Acuerdo de Libre Comercio para las Américas de 21 de noviembre de 2003, que viene acompañado de una nota bastante rotunda sobre el alcance de la cláusula de la nación más favorecida contenida en su artículo 5 declarando que “una delegación propone que se incluya la siguiente nota al pie en el historial de las negociaciones como reflejo del acuerdo compartido por las Par-

(49) Sobre esta diferente tipología, ver ejemplos en OCDE, “Most-Favoured-Nation...”, cit., pp. 3-8, ACCONCI, P., “The Most-Favoured-Nation (...)”, artículo, cit., pp. 6-16.

(50) Aunque para ser exactos realmente en el extremo opuesto por completo se sitúan todos aquellos recientes Acuerdos de Libre comercio y TPPI en donde no se incluye expresamente una cláusula de la nación más favorecida. Ejemplos los encontramos en el Acuerdo de Libre comercio entre Jordania y Singapur o los Acuerdos de Libre comercio entre la EFTA y Líbano y Túnez. R. TEITELBAUM alude a esta posibilidad al final de su trabajo, de eliminar dicha cláusula en el hipotético caso de que se lograra un gran acuerdo multilateral sobre inversiones –del tipo del fracasado AMI, suponemos-, y se reemplazase por un estándar o modelo único y universal de tratamiento de los inversores, “Who’s Afraid of Maffezini? (...)”, artículo, cit., p. 238.

(51) Artículo 4 del TPPI modelo de Estados Unidos de 2004, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. Una disposición similar se encuentra en el TPPI modelo de Canadá de 2003 y se repite también en los últimos Tratados de Libre comercio celebrados por Estados Unidos: Chile-Estados Unidos (artículo 10.3), Singapur-Estados Unidos (artículo 15.4) y Marruecos-Estados Unidos (artículo 10.4).

tes sobre la interpretación del artículo de trato de nación más favorecida y el caso Maffezini. Esta nota al pie se borraría del texto final del Acuerdo: Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso Maffezini (Arg.) vs. Reino de España, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplia en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. Véase Decisión sobre Jurisdicción §§ 38-64 (25 de enero de 2000), reimpresa en 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.” Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte) de este Ca-

pítulo, y que por ende no pueda llevar razonablemente a una conclusión similar a la del caso Maffezini”⁽⁵²⁾.

15. Los mayores problemas, en consecuencia, los van a seguir planteando en la práctica aquellos TPPI que incluyen cláusulas redactadas de forma muy general en donde no queda claro cual es el ámbito de aplicación de las mismas y si se puede o no entender que las mismas comprenden también a los mecanismos de solución de controversias. Una redacción de la mismas de forma amplia del tipo “todas las materias” o “todas las cuestiones” merece, en principio, un juicio favorable para entender que dicha cláusula comprende la posibilidad de hacer valer los métodos de resolución de controversias⁽⁵³⁾. Sin embargo, dadas las importantes consecuencias que se derivan, una conclusión definitiva sólo puede darse una vez que se haya clarificado cual era la intención común de las partes contratantes cuando decidieron incluir tanto una cláusula de este tipo en su Acuerdo como unos concretos mecanismos de solución de controversias en el mismo⁽⁵⁴⁾, para lo cual, será

(52) Tercer borrador del ALCA, de 21 de noviembre de 2003, Capítulo XVII: Inversión, disponible en http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp. Una disposición interpretativa similar se incluyó también en el proyecto final del US-CAFTA-DR de enero de 2004, resultante de las negociaciones realizadas en diciembre de 2003, según señala la OCDE, “Most-Favoured-Nation (...)”, cit., p. 19. Finalmente, aunque se llegó al acuerdo de suprimir esta nota interpretativa del texto final del Acuerdo, las partes contratantes acordaron que esta nota reflejaba la intención común de las partes en relación con la inclusión de la cláusula de la nación más favorecida en el Tratado.

(53) Así lo entiende GAILLARD, E., “Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause”, en: *New York Law Journal*, 2 de junio de 2005, p. 8.

(54) Una posición similar a la aquí manifestada ha sido mantenida por FIETTA, S., que al comentar la decisión en el asunto Plama llega a la conclusión de que “ (...) it reasserted the overriding importance of ascertaining the intention of the parties whenever examining the scope of any MFN clause, with primary reference to the wording of the clause itself as opposed to the broader object and purpose of BITs generally (which had been so important to the decision in Maffezini). It is submitted that the approach adopted by the tribunal in the Plama case must be preferred, particularly where (as is normally the case) claimants seek to rely upon MFN clauses as a means of incorporating provisions that are plainly inconsistent with the dispute resolution provisions that have been specifically negotiated in the basic treaty concerned”, “Most Favoured Nation (...)”, *artículo cit.*, p. 136. En este mismo sentido, KURTZ, J., “The Delicate Extension (...)”, cit., p. 553,

de gran utilidad, considerar la práctica estatal respectiva a la hora de negociar y adoptar otros Tratados del mismo tipo⁽⁵⁵⁾. Esta conclusión, por otra parte, está en consonancia con lo dispuesto en los artícu-

los 31 y 32 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁽⁵⁶⁾, a los que, por otra parte, se hace referencia en algunas de las decisiones sobre competencia anteriormente analizadas⁽⁵⁷⁾.

declara como “ (...) much greater attention needs to be given to rigorous textual and teleological interpretations of individual MFN clauses”.

- (55) Buscando un hilo conductor entre las diferentes decisiones adoptadas, FREYER, D.H. y HERLIHY, D. argumentan que mediante un “análisis de los efectos” de éstas, la línea divisoria que permite invocar la cláusula de la nación más favorecida sería la marcada por el propósito que se tiene al hacerlo. Así, en los casos en donde se ha aceptado su aplicación, el fin buscado era evitar tener que acudir a los tribunales internos previamente durante un periodo de tiempo estipulado –generalmente dieciocho meses– antes de poder presentar la demanda de arbitraje internacional, esto es, un requisito de admisibilidad temporal de la demanda arbitral. Por lo tanto, la utilización de la cláusula en estos supuestos únicamente consigue que el tribunal arbitral conozca con anterioridad de un litigio, que en todo caso, posteriormente también se le podría haber sometido. Sin embargo, en los casos en que se rechazó, se buscaba lograr que los tribunales arbitrales se declarasen competentes en supuestos en donde el arbitraje internacional no se contemplaba como un método de resolución de controversias en el Tratado básico, por lo que, parece coherente rechazar el juego de la cláusula de la nación más favorecida en supuestos en donde no conjugaba en nada con la expresa intención de las partes contratantes, “Most-Favored-Nation Treatment (...)”, artículo, cit., pp. 86-87. Una apreciación en sentido similar se puede encontrar en la decisión sobre competencia en el asunto *Plama c. Bulgaria*, donde el tribunal a la hora de enjuiciar la decisión del caso *Maffezini* declara que “*The decision in Maffezini is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present*”, cit., cdo. 224.
- (56) Artículos 31 y 32: “Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. 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. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado, 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, 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, c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31, a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.
- (57) Así, la decisión sobre competencia en el caso *Siemens c. Argentina* señala que “Ambas partes han basado sus argumentos en la interpretación del Tratado de acuerdo con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este Artículo dispone que 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”. El Tribunal se adherirá a esas reglas de interpretación para considerar las disposiciones del Tratado (...)”, cit., cdo.80, la decisión sobre competencia en el caso *Salini c. Jordania* declara que “(...)The Parties are first in disagreement over the application of Article 9(2) of the BIT in the present case. The Tribunal shall proceed to the interpretation of this Article in conformity with Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which reflect customary international law (...)”, cit., cdo.75, por último, la decisión sobre competencia en el caso *Plama c. Bulgaria* declara que “Whilst the Claimant and the Respondent agree that this provision is to be interpreted pursuant to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention of 1969 (...), they reach opposite conclusions”, cit., cdo.188.

16. Una última cuestión merece centrar nuestra atención en relación con el ámbito material de la cláusula de la nación más favorecida. En algunos TPPI se recoge expresamente dentro de la redacción de esta cláusula como un límite al juego de la misma la denominada “excepción de la unión aduanera”⁽⁵⁸⁾. Con dicha limitación se quiere evidenciar la imposibilidad de que mediante dicha cláusula se puedan extender las ventajas que en las distintas materias los Estados contratantes otorgan a los inversores de terceros Estados con los que mantienen una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o una unión económica y monetaria⁽⁵⁹⁾. Ejemplo paradigmático lo encontramos en la posición de España dentro de la Unión Europea y la inclusión, dentro de los TPPI suscritos por nuestro país, de una excepción de este tipo dentro de la cláusula de la nación más favorecida⁽⁶⁰⁾. Incluso, se ha defendido por parte de J. Diez - Hochleitner que, a pesar del silencio que pueda mostrar el TPPI sobre esta excepción en el juego de la cláusula

de la nación más favorecida, tal excepción siempre será aplicable, pues deriva directamente de la especial naturaleza de la Comunidad Europea, siendo incompatible cualquier otra interpretación con la existencia misma de ésta⁽⁶¹⁾.

5. VALORACION FINAL

17. El incremento incesante de asuntos sometidos al arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras ha venido acompañado de una extrema complejidad en las cuestiones planteadas en la práctica arbitral, problemas que hasta hace bien poco parecían impensables en un ámbito tradicionalmente poco activo y escasamente litigioso. Entre las cuestiones recientemente planteadas en relación con la competencia de los tribunales arbitrales ha alcanzado una importancia considerable la interpretación que ha de otorgarse a la cláusula de la nación más favorecida contemplada en los Tratados de promoción y protección de inversiones y su posible extensión a los

(58) Sobre dicha excepción, FORNER I DELAYGUA, J.-J., *La cláusula de la nación más favorecida, La excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*, Madrid, Civitas, 1988. En algunos TPPI incluso se llega a limitar expresamente el juego de la nación más favorecida para los supuestos específicos del tratamiento de las rentas obtenidas y la existencia de convenios bilaterales con terceros países relativos a la doble imposición internacional, ejemplos de estas limitaciones, OCDE, “Most-Favoured-Nation (...)”, cit., pp. 6-7.


(59) Así, por ejemplo, Artículo 3.3. del TPPI modelo de la República Federal Alemana: “Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or free trade area”, Artículo 3.3 del TPPI modelo de Holanda: “If a contracting Party has accorded special advantages to nationals of any third State by virtue of agreements establishing customs unions, economic unions, monetary unions or similar institutions, or on the basis of interim agreements leading to such unions or institutions, that Contracting Party shall not be obliged to accord such advantages to nationals of the other Contracting Party”.

(60) Tal y como señala DIEZ-HOCHLEITNER, J., “Protección diplomática v. arbitraje de inversiones”, en: *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p.485, donde se pone el ejemplo del TPPI entre España y Méjico, declarándose que tal excepción “encuentra reflejo en –términos más o menos similares– en todos los otros APPRI celebrados por España con los países latinoamericanos”.

(61) DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, McGrawHill, 1998, p. 196.

métodos de resolución de controversias inversor - Estado.

Los tribunales arbitrales, tal y como hemos analizado, no han seguido un sentido rectilíneo en dicha interpretación. Más aun dos posturas jurisprudenciales parecen enfrentadas. La solución correcta, sin embargo, parece encontrar un mejor acomodo en mantener una posición flexible y de cierta precaución con la idea de una excesiva extensión de los efectos de la cláusula a las disposiciones procesales de los Tratados. El tenor literal de

las cláusulas junto con la búsqueda de la intención común de las partes contratantes al incluirlas son indicios claros que deben guiar esta interpretación. Sin embargo, en lo que ya no parece haber dudas es en el papel protagonista que en el actualidad están adquiriendo los métodos alternativos de resolución de controversias, y en especial, el arbitraje internacional, en la solución de los litigios en materia de inversiones extranjeras. Un arbitraje internacional en este ámbito que ha dejado de ser “una bella durmiente” para convertirse en una “verdadera realidad”. 

ARBITRAJE Y CONTRATOS DE CONCESIÓN: APLICACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO GARANTÍA DE LAS INVERSIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CIADI

Por: JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*)
ÁLVARO LOREDO ROMERO (**)

SUMARIO: 1. El tema a desarrollar. 2. El arbitraje nacional o internacional como método de solución de controversias de inversión en los contratos de concesión. 3. Las garantías en el orden internacional: Los TBI como mecanismos que habilitan el arbitraje internacional. 4. La cláusula arbitral en los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos. 4.1. Promoción de la inversión privada y cláusulas contractuales de solución de conflictos en los contratos de concesión. 4.2. El derecho aplicable para la solución de controversias derivadas de un contrato de concesión. 4.3. La aplicación del Principio del trato justo y equitativo y la interpretación de los Tribunales Arbitrales Internacionales. 4.4. Trato justo y equitativo en sede nacional: Entre los principios de la buena fe y de interdicción de la arbitrariedad. 5. A manera de conclusiones.

1. EL TEMA A DESARROLLAR

A través de la concesión de obras de infraestructura y de servicios públicos, el Estado en el Perú promueve la

inversión y participación privada para la explotación y operación de dichas obras y servicios. Así lo autoriza el régimen económico de la Constitución –concretamente en los artículos 58 y 63 de la

(*) Fundador del Estudio Santistevan de Noriega – Abogados, Lima. Profesor del curso Regulación de las Inversiones en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), del Seminario de Inversión Extranjera en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

(**) Abogado del Estudio Santistevan de Noriega – Abogados, Lima. Profesor del Seminario de Inversión Extranjera en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Carta⁽¹⁾– y lo desarrolla el régimen promocional contenido en las normas con rango de ley que ordena el Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁽²⁾ y su Reglamento, Decreto Supremo N° 060-96-PCM que contienen las respectivas disposiciones regulatorias.

Estos contratos de concesión⁽³⁾ suponen que el Estado cumple un nuevo y complejo papel. De una parte, como concedente, entrega a manos particulares la delicada tarea de brindar los servicios públicos o permitir el uso de infraestructuras esenciales para la población. Ello supone desplazar el foco de su responsabilidad directa por la dotación de tales servicios o el uso de dichas infraestructuras hacia la función regulatoria y fiscalizadora a la que no solamente no renuncia sino que debe asumir con mayor énfasis que en el pasado. Pero el asunto se torna más complejo si, además de ello, el Estado asume el compromiso de otorgarles a los inversionistas privados

determinadas garantías que protejan su inversión.

El inversionista, por su parte, está sometido en el marco de estas concesiones a todos los requerimientos legales y contractuales que: (i) le obligan a atender –en las condiciones más adecuadas e idóneas– las necesidades propias que sean de interés público en la dotación de servicios públicos o el uso de la infraestructura que le es concesionada; y, (ii) le dan derecho a ver protegida su inversión a través de ciertos mecanismos y seguridades de orden internacional, legal y contractual de manera tal que –si cumple con las obligaciones que son inherentes a la concesión– se le permita alcanzar sus expectativas comerciales.

El rol promotor estatal en obras de infraestructura y de servicios públicos –claramente enraizado en el artículo 58 del Capítulo Económico de la Constitución– importa la planificación y ejecución de una política pública de concesiones que

(1) Artículo 58 de la Constitución.- “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

Artículo 63° de la Constitución.- “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

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”.

(2) Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

(3) Definidos por Linares, citando a Dromi, como actos administrativos en los que “(...) la administración confiere a un particular un poder o un derecho, otorgándole un estatus jurídico determinado, como por un contrato en donde el derecho nace por el traspaso de poderes al concesionario, relacionados a un servicio u obra pública y que implica una posición de privilegio aparejada por controles de la administración.” DROMI, Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo, cit. LINARES, Mario, El Contrato Estatal, Lima, Grijley, 2002, p. 23.

resulte atractiva para los inversionistas privados y que suponga además un tratamiento no discriminatorio para dicha inversión privada a la luz de lo consagrado por el artículo 63 de la Carta. Se basa en garantías institucionales eficaces que protejan a las inversiones privadas, garanticen la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos de concesión a ser exigible a la parte estatal y a la parte privada, aparte de un adecuado y coherente marco legal y de una previsible y transparente política de regulación.

En consecuencia, el Estado –con la finalidad de atraer inversionistas privados– debe regirse y actuar dentro de un marco jurídico lo suficientemente sólido y confiable que le permita asegurar cuatro aspectos que consideramos fundamentales –y que ya hemos mencionado en comentarios previos⁽⁴⁾–: (a) la viabilidad económica de los proyectos de desarrollo; (b) reglas de juego claras, transparentes y previsible para la interpretación y ejecución de los contratos de concesión; (c) el aseguramiento de que el contrato de concesión se cumple y sus finalidades

de orden público son alcanzadas; y (d) garantías suficientes para la solución de controversias o diferencias que pudieran surgir entre las partes.

Dentro de las seguridades y garantías que brinda el Estado a los inversionistas privados –y que intentaremos analizar a lo largo del presente trabajo– tenemos la posibilidad de someter a arbitraje nacional o internacional las controversias que se deriven de la ejecución de los contratos de concesión y/o de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones (TBI). A ello se añaden las pautas o normas de tratamiento que el Estado se obliga a adoptar frente a la inversión privada que pueden estar previstas en la legislación aplicable al contrato, en el contrato mismo o en un convenio internacional como los mencionados TBI. Dentro de estas últimas analizaremos en concreto el principio del trato justo y equitativo que –puesto que no está específicamente incorporada a nuestra legislación⁽⁵⁾– se rige por los principios del derecho internacional consuetudinario y se encuentra contenido en los TBI.

(4) *Vide* SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge / LOREDO ROMERO, Álvaro. "Regulación constitucional de las inversiones: igualdad de condiciones y reciprocidad? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión". En: *Gaceta Constitucional* Nº 1. (en prensa); y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge / LOREDO ROMERO, Álvaro. "Arbitraje de Inversiones: Algunas consecuencias del abandono de la Cláusula Calvo, a propósito de la interpretación del artículo 42(1) de la Convención de Washington". En: *Revista Athina* Nº 3, Año 2, Setiembre 2007, pp. 237-279.

(5) La única referencia que tangencialmente toca el tema es el principio de trato justo e igualitario que está consagrado en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Aunque los términos se parecen su contenido difiere de lo que en el Derecho de Protección a las Inversiones –como veremos– constituye el trato justo y equitativo. Veamos: Artículo 3º del Decreto Supremo Nº 059-96-PCM.- "Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los siguientes principios; (...):

8. Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a la de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.

(...)."

2. EL ARBITRAJE NACIONAL O INTERNACIONAL COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Dentro de los aspectos a desarrollar en el presente comentario se encuentran el establecimiento garantías y seguridades para los inversionistas extranjeros a través de la inserción de cláusulas arbitrales en los contratos de concesión de obras de infraestructura y de servicios públicos que dichos inversionistas pueden suscribir con el Estado Peruano (como pueden estar también en los contratos – ley o convenios de estabilidad jurídica). Pero no solo ello, el arbitraje también puede estar establecido en los TBI que los Estados hayan suscrito y que por el criterio de nacionalidad sean aplicables a las inversiones protegidas, que vienen constituyen las garantías preferidas a la inversión privada por su alta especialización, imparcialidad, celeridad y la ejecutoriedad de sus laudos.

La Constitución se ocupa de algunas de estas garantías. El artículo 62° consagra tres garantías fundamentales: (i) la li-

bertad para contratar y a que los términos que se pacten en dichos contratos no puedan ser modificados por ninguna ley; (ii) la jurisdicción arbitral como una vía para la solución de controversias; y finalmente, (iii) la posibilidad de suscribir contratos-ley con el fin de que el Estado pueda otorgar garantías y seguridades que resultan inmodificables, salvo acuerdo entre las partes, aún por ley dictada por el Congreso de la República⁽⁶⁾.

El artículo 63 de la Norma Suprema⁽⁷⁾, tiene sus propias complejidades. Desde el punto del Derecho de la Inversión, establece una forma de trato nacional a la inversión foránea, en la medida en que asegura el sujetamiento de la inversión extranjera y la nacional a las mismas condiciones⁽⁸⁾. A renglón seguido consagra la libertad de producción de bienes y servicios así como de comercio exterior. A su vez, prevé el derecho de retaliación admitido en el comercio internacional mediante el cual el Estado –en defensa del interés nacional– puede tomar medidas de represalia análogas a las proteccionistas o de discriminación que se impongan en otro Estado. Finalmente, permite que el Estado y las demás

(6) Artículo 62° de la Constitución.- “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Vide SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 577-626; PINILLA CISNEROS, Antonio, *Los contratos-ley en la legislación peruana*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*, Lima, Gaceta Jurídica, 1997.

(7) Vide Nota al pie N° 3.

(8) Vide Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00013-2007-PI/TC, de fecha 13 de julio de 2007, sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuarenta y cuatro ciudadanos, representados por don Jorge Santistevan de Noriega, contra el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley de Radio y Televisión, Ley N° 28278.

personas jurídicas de derecho público sometan las controversias derivadas de los contratos que suscriben a arbitraje, inclusive arbitraje internacional en la forma en que la ley lo disponga o ante tribunales constituidos mediante tratados suscritos por el Estado Peruano⁽⁹⁾.

A comienzos de la década de los noventa se promulgó el Decreto Legislativo N° 662 - Ley de Promoción de la Inversión Extranjera y el Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada con la intención de promover y proteger la inversión privada⁽¹⁰⁾. Dentro de las garantías a la inversión privada contenidas en las referidas normas sobre inversión, se encuentran –al igual que en las normas constitucionales citadas precedentemente– la posibilidad de suscribir cláusulas arbitrales

que permitan someter al Estado a arbitraje nacional o internacional, así como la posibilidad de que los inversionistas privados suscriban contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica⁽¹¹⁾ con el Estado a efectos de estabilizar el marco legal vigente al momento de la suscripción de dicho acuerdo.

La figura de los convenios de estabilidad jurídica o contratos-ley se constituye, de acuerdo a nuestra legislación, como el único cuerpo legal por medio del cual se puede otorgar un blindaje jurídico a las normas legales que se apliquen a un particular⁽¹²⁾. Su finalidad es la de revestir constitucionalmente de inmodificación los contratos de concesión que celebre el Estado con los inversionistas privados, otorgándole a dichos contratos fuerza de ley⁽¹³⁾. La celebración de estos contratos,

(9) El antecedente a esta norma constitucional se encuentra en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 662 que señala que el Estado puede someter las controversias que se deriven de la ejecución o interpretación de los convenios de estabilidad jurídica u otros contratos que éste suscriba a tribunales arbitrales que pueden estar constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales el Perú es parte.

(10) Asimismo, fue promulgado el Decreto Supremo N° 162-92-EF - Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada (Decretos Legislativo N° 662 y 757).

(11) Los convenios de estabilidad jurídica están regulados además por la Ley N° 27342 – “Ley que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y 757”, publicada con fecha 06 de setiembre 2000, a través de la cual se fija cual es el marco que estabilizan dichos convenios, los requisitos mínimos de inversión y sobre quien recae la titularidad de los mismos.

(12) Al respecto, la Disposición Final Única de la Ley N° 27342 dispone textualmente que “(...) la suscripción de un contrato-ley, de acuerdo con las normas legales sobre la materia, constituye el único medio por el cual se otorgará estabilidad a las normas legales aplicables a un particular, incluyendo tributarias.”

(13) Artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757.- “Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.” Asimismo, para el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC de fecha 03 de octubre de 2003 sobre Acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1, 2, 3, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de enero de 1994. Acumulativamente, solicitan que se declare inconstitucional el contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., y el Estado peruano, ha reconocido en su Considerando 16 que “(...) el contrato-ley es “un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado (...). El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial”.

supone la existencia un régimen jurídico tridimensional consistente en:

- (i) la inmodificación de los términos contractuales, salvo acuerdo entre las partes, excluyendo para el Estado la posibilidad de hacerlo mediante normas con rango de ley. Ello que supone admitir que es jurídicamente imposible introducir modificaciones a través de normas de cualquier jerarquía, permitiéndose entonces que tales contratos gocen de un blindaje constitucional que convierte en inoponibles e inaplicables a los contratos-ley las normas que las autoridades dicten contradiciendo su contenido con posterioridad a su suscripción;
- (ii) la aplicación, en su ejecución, de las normas del Código Civil, según disposición expresa de la ley de la materia, lo que supone que la actividad administrativa en relación con dichos contratos debe responder a los postulados de la contratación privada; y
- (iii) el sometimiento de las controversias que de ellos se derivan al arbitraje, excluyéndose así que los conflictos jurídicos sean resueltos en la juris-

dicción común, es decir ante el Poder Judicial⁽¹⁴⁾.

3. LAS GARANTÍAS EN EL ORDEN INTERNACIONAL: LOS TBI COMO MECANISMOS QUE HABILITAN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La proliferación a nivel mundial de acuerdos de amistad y de libre comercio (también conocidos como los TLC), así como de los TBI se han constituido en garantía para que inversionistas extranjeros inviertan en países distintos a los de su nacionalidad o domicilio⁽¹⁵⁾. Para Blackaby⁽¹⁶⁾, “(...) los TBI, tal como varios expertos legales predijeron hace algunos años, se han convertido en una fuente de verdadera protección para los derechos de los inversionistas. Estos instrumentos garantizan al inversionista ciertas protecciones mínimas para su inversión en Estados extranjeros, con los que el Estado de su nacionalidad o domicilio ha concluido dichos tratados.”

Los TBI con cláusulas arbitrales prevén la posibilidad de someter al Estado receptor de la inversión a que re-

(14) Artículo 48º del Decreto Legislativo Nº 757.- “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 empresa 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.”

(15) Como parte de estas políticas de promoción y atracción de inversiones, durante los últimos quince años los países latinoamericanos han concluido cerca de 400 TBI con la finalidad de generar un clima amigable a las inversiones.

(16) BLACKABY, Nigel, “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, en: *Revista Internacional de Arbitraje* Nº 1, Junio – Diciembre 2004, p. 24. Agrega además que “(...) estos instrumentos (los TBI) tienen como propósito promover un ambiente favorable para las inversiones, ya que el inversionista extranjero tendrá que tener en cuenta la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región”. cit. pp. 17-18.

suelva toda posible controversia o conflicto que pudiera surgir con el inversionista privado extranjero ante tribunales arbitrales constituidos bajo la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁽¹⁷⁾. En otras palabras, luego de un período de negociación (que supone una suerte de agotamiento de la vía previa, sin serlo y que normalmente se encuentra recogido dentro de los TBI como mecanismo alternativo de solución de controversias previo al arbitraje), queda en manos del inversionista extranjero la posibilidad de activar la cláusula arbitral de forma directa frente a aquel Estado que no cumpla con respetar sus derechos para que sea un tercero independiente y especializado quien se encargue de resolver la diferencia o controversia existente.

Esta garantía –que el Estado receptor de la inversión renuncie a su inmunidad de jurisdicción interna y se someta a un proceso arbitral ante una institución independiente y especializada como el CIADI llevado por el inversionista extranjero– conlleva como un beneficio adicional: la posibilidad de que el laudo que se obtenga sea automáticamente reconocido por el Estado receptor y, en consecuencia, pueda ser plenamente ejecutado al amparo de las normas de ejecución de laudos que rija en dicho país, tal y como lo ha consagrado la mencionada Convención de Washington⁽¹⁸⁾, aplicada en conjunto con las Convenciones de New York⁽¹⁹⁾ y de Panamá⁽²⁰⁾ sobre la ejecución de laudos emitidos en el exterior.

Otras de las garantías que normalmente otorgan los Estados receptores de

(17) Este sometimiento a la jurisdicción CIADI implica que el inversionista extranjero puede reclamar sus pretensiones directamente ante el Estado receptor, vía un proceso arbitral, sin tener que acudir a la protección diplomática de sus respectivos Estados para que, a través de ellos, el Estado infractor atienda lo que el inversionista le reclama, mecanismo que ha vuelto obsoleta a la denominada "Doctrina Calvo" que propugnaba que en caso de surgir dificultades o conflictos en la interpretación o ejecución de un contrato suscrito entre un inversionista extranjero y el Estado receptor, aquél debía renunciar expresamente a la reclamación diplomática ante su gobierno y comprometerse a someter todas las reclamaciones a las leyes, autoridades y jurisdicción del país receptor.

(18) Efectivamente, el numeral (1) del Artículo 54 de la Convención de Washington establece que "Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran." Asimismo, es del caso señalar la denominada triple conexión de las Convenciones de Washington (1965), New York (1958) y Panamá (1975) en las cuales se reconocen plenamente los laudos arbitrales que se emitan bajo sus normas, haciéndolos ejecutables directamente en el país receptor, sin posibilidad de que sean revisados por los tribunales del país en el que los laudos se ejecutan. No podemos dejar de mencionar que todos estos tratados deben ser interpretados bajo los alcances de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969).

(19) El texto completo de la Convención de Nueva York, de fecha de 10 de junio de 1958, "Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras" puede encontrarse en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/>

(20) El texto completo de la Convención de Panamá, de fecha 30 de enero de 1975, "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional" también puede ser encontrado en la siguiente dirección electrónica: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/>

inversión a los inversionistas privados, sobre la base de los TBI, están que dichos Estados contratantes comprometen internacionalmente su responsabilidad debiendo cumplir con los principios internacionales de tratamiento a la inversión privada consagrados por el derecho internacional consuetudinario para la protección de las inversiones.

Ello supone que dichos Estados deberán adecuar su comportamiento frente a los inversionistas extranjeros otorgándoles:

- (i) un nivel mínimo de trato de acuerdo a los estándares que establece el derecho internacional consuetudinario (el trato justo y equitativo);
- (ii) un tratamiento no menos favorable que el acordado para los inversores locales (también conocido como trato nacional);
- (iii) el tratamiento acordado a los inversores de la nación más favorecida, es decir, que el Estado receptor no podrá otorgar a terceros de otra nacionalidad condiciones más favorables (la nación más favorecida); a ellos se suman,
- (iv) el otorgamiento de protección y seguridades plenas (también denominado *umbrella clause* o cláusula paraguas); y la justa, efectiva y pronta compensación en caso de expropiación que supone una ampliación de la interdicción de la expropiación para cubrir figuras como la expropiación indirecta o la encubierta (compensación contra la expropiación).

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS

4.1. Promoción de la inversión privada y cláusulas contractuales de solución de conflictos en los contratos de concesión

La doctrina establece algunos criterios mínimos para enmarcar las actividades promocionales y de fomento de la inversión privada que realiza el Estado, que buscan convocar el involucramiento de los particulares en la satisfacción de necesidades de carácter público a través de la entrega en concesión de determinados servicios públicos y obras de infraestructura. A juicio de Ariño Ortiz, dichos criterios mínimos suponen siempre respetar cuatro principios esenciales en la materia:

- (i) el de legalidad que somete en rigor a todas las entidades del Estado;
- (ii) el de igualdad y no discriminación para evitar favorecer a individuos o grupos en desmedro de otros;
- (iii) el de libre competencia pues constituye uno de los pilares del régimen económico en una economía social de mercado; y
- (iv) el de eficiencia y economía en el gasto público que exige el análisis económico riguroso por parte de los organismos competentes y especializados del Estado para lograr eficiencia y eficacia del proceso concesional a realizar⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: ARA Editores y Ariño y Asociados, 2004, pp. 377-387.

A través de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos, el Estado delega en un privado una actividad que le es propia, en concreto la construcción de una obra de infraestructura o la prestación de un determinado servicio público⁽²²⁾. La suscripción de dichos contratos de concesión encuentra su sustento en el artículo 73 de la Constitución que establece la posibilidad de que el Estado pueda ceder a un privado los bienes de uso público a través de la suscripción de contratos de concesión⁽²³⁾.

Los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos celebrados entre el Estado y los privados constituyen un acto jurídico bilateral de derecho público a través del cual se crean deberes y derechos a cargo del concesionario, por un tiempo determinado⁽²⁴⁾. En el caso peruano, los contratos de concesión se suscriben al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y de su Reglamento, Decreto Supremo N° 060-96-PCM. Este tipo de contratos de concesión se caracterizan fundamentalmente porque en ellos:

- (i) no es el Estado quien propia y exclusivamente actúa en su ejecución y gestión, sino que es el concesionario (un inversionista privado) quien efectivamente lo realiza por delegación expresa del Estado;
- (ii) se fusionan los intereses del Estado junto a los del concesionario en un horizonte temporal de largo aliento (normalmente son períodos que comprenden de 20 a 30 años) con miras al desarrollo de un servicio público o una obra de infraestructura de uso público en beneficio de los consumidores o usuario de éstos;
- (iii) el concesionario puede hacer valer frente a terceros los derechos que dicho contrato le confiera (la facultad de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones); y
- (iv) el concesionario queda sometido, en la ejecución contractual, al régimen regulatorio correspondiente al servicio público o a la infraestructura de uso público puesto que, por definición, asume la prestación de

⁽²²⁾ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, lo sustenta en estos términos, "A través de la figura de la concesión, el Estado delega en un tercero (en este caso un privado) un cometido que le es propio: la prestación de un servicio público o de una función pública. Dicha figura contractual resulta indispensable para la vida social, toda vez que dichas funciones no pueden ser adecuadamente atendidas por el Estado y, en consecuencia, éste debe promocionar y fomentar la entrega de su gestión y explotación en manos de privados". ARIÑO ORTIZ, Gaspar, cit., pp. 377-387. Por su parte, a propósito de la concesión, SARMIENTO GARCÍA, Jorge, indica que "(...) es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente." SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1999, pp. 83.

⁽²³⁾ Artículo 73 de la Constitución.- "Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico (énfasis añadido)".

⁽²⁴⁾ El artículo 3 del Decreto Supremo N° 060-96-PCM define la concesión como aquel "(...) acto administrativo o el contrato por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos (...) por un plazo establecido".

servicios públicos o infraestructuras regulados, lo que trilateraliza el contrato al incorporar al interés fusionado del estado y del concesionario el del público que lo utiliza.

El artículo 3 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM busca promover la inversión privada en obras de infraestructura de uso público o de servicios públicos, y regula su explotación, para cuyo efecto el Estado puede otorgar concesiones a inversionistas privados, nacionales o extranjeros, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos⁽²⁵⁾.

Asimismo, la inversión privada en obras de infraestructura y servicios públicos permite hacer realidad la labor del Estado de hacer atractivos los grandes proyectos, toda vez que su ejecución —a través de contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos— implica el desembolso de grandes inversiones que provienen de los concesionarios y no de las arcas del erario nacional o de los créditos que el Estado se vería obligado a asumir. Por ese motivo el Estado

(actuando como concedente), al amparo de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Supremo N° 060-96-PCM, puede pactar con el concesionario privado el establecimiento de un régimen de estabilidad jurídica que congele el marco legal existente al momento de la celebración del contrato, a través de la suscripción de convenios de estabilidad jurídica que otorguen a los inversionistas privados determinadas seguridades y garantías respecto de las inversiones que efectúen en obras de infraestructura o en servicios públicos⁽²⁶⁾.

El Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento han dejado claramente establecido que los contratos de concesión en el Perú pueden gozar, a pedido del concesionario privado, de regímenes de estabilidad jurídica a través de la suscripción, a pedido expreso del inversionista, de contratos ley o convenios de estabilidad jurídica que brinden seguridades a dichos contratos. Las citadas normas legales —al amparo de lo dispuesto por el artículo 63° de la Carta— establecen además que el concesionario privado podrá someter las controversias de carácter patrimonial⁽²⁷⁾ que surjan o se deriven

⁽²⁵⁾ Artículo 3 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.- "Las normas contenidas en el presente Texto Único Ordenado promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio".

⁽²⁶⁾ Artículo 12 del Decreto Supremo N° 060-96-PCM.- "Los concesionarios que efectúen inversiones en obras de infraestructura o en servicios públicos por los montos indicados en el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 662, podrán acogerse al régimen de estabilidad jurídica contemplado en el Título II de dicho Decreto, en el Capítulo Primero del Título V del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y en su correspondiente Reglamento.

En consecuencia, el Estado podrá celebrar con los concesionarios convenios de estabilidad jurídica para otorgarles determinadas seguridades y garantías respecto de las inversiones que efectúen en obras de infraestructura o en servicios públicos. En estos casos, el Estado estará representado por los organismos o entidades señalados en dichas normas".

⁽²⁷⁾ Artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.- "Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente

de los contratos de concesión a arbitraje nacional⁽²⁸⁾ o internacional⁽²⁹⁾.

4.2. El derecho aplicable para la solución de controversias derivadas de un contrato de concesión

En el marco de un arbitraje nacional o internacional, ¿cuáles son las reglas aplicables al proceso arbitral? En general, en las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos en las que se pacta un arbitraje nacional, se deberá seguir aquellas reglas que las partes conengan específicamente para ese proceso y supletoriamente las disposiciones contenidas en la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje. Puede ocurrir que en sede nacional se haya pactado la aplicación de las reglas de la Comisión de Naciones

Unidas para el Comercio Internacional CNUDMI (también conocida por sus reglas UNCITRAL) o que eventualmente se remita a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, en menor medida la American Arbitration Association (AAA).

Sin embargo, lo que más viene difundándose en los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos y, en general en los arbitrajes en materia de inversión entre el Estado e inversionistas privados, es el sometimiento a arbitraje en el ámbito del CIADI. A ello suelen conducir los TBI y también las cláusulas de contratos de concesión regidos por la ley nacional pero que le han concedido al inversionista la posibilidad de llevar al Estado receptor a arbitraje internacional ante el CIADI.

Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior".

- (28) A manera de ejemplo, el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" suscrito entre el Estado Peruano con Lima Airport Partners S.R.L. contiene la siguiente cláusula para la solución de controversias: "(...) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco Millones de Dólares (US \$ 5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles, serán resueltas mediante arbitraje de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley N° 26752, Ley General de Arbitraje. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, y el laudo arbitral se emitirá en un plazo de sesenta (60) Días Útiles contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral se instale. (...)." El texto completo del contrato puede ser descargado desde: <http://www.ositran.gob.pe>
- (29) Utilizando el mismo ejemplo que en la cita anterior, el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" suscrito entre el Estado Peruano con Lima Airport Partners S.R.L. contiene la siguiente cláusula para la solución de controversias: "(...) Las Controversias No Técnicas en las que (a) el monto involucrado sea superior a Cinco Millones de Dólares (US \$ 5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles; (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero; o (c) aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el CIADI) establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (...) a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente (...)." El texto completo del contrato puede ser descargado desde: <http://www.ositran.gob.pe>

Este último caso, el arbitraje en el CIADI plantea un elemento novedoso y sumamente debatible⁽³⁰⁾: el de la determinación de la legislación aplicable al caso, ¿qué ley debe aplicar el tribunal arbitral para resolver el fondo de una controversia que se haya derivado de un contrato nacional, que se rige por la ley nacional del Estado receptor, cuando hay ausencia de pacto expreso de las partes?

En principio la Convención de Washington resuelve el tema en su artículo 42, y lo hace a favor de la aplicación de la ley nacional:

Artículo 42 de la Convención de Washington.- “(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. **A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.**

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono (el énfasis es nuestro).”

De acuerdo al artículo antes citado, observamos como el texto de su numeral (1) nos remite fundamentalmente (como corresponde en el arbitraje) a: (i) la ley que hayan pactado entre las partes en primerísimo lugar; y sólo a falta de ésta, (ii) a la ley nacional (“la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado”); para añadir solamente al final al derecho internacional (“y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables”).

No obstante ello, los laudos arbitrales que vienen emitiendo los tribunales CIADI vienen adoptando una tendencia creciente a aplicar el derecho internacional, por encima del derecho del Estado parte de la controversia, es decir por encima de la ley que rige el contrato de concesión en todos sus efectos y que no previó nunca que se le aplicarían a él las normas del derecho internacional. Esta es la situación que presenta la reciente Decisión sobre Competencia que ha emitido un tribunal arbitral CIADI en un caso que involucra al Estado Peruano y que expresa:

“El Demandado alega que el Tribunal debe aplicar la legislación del Perú para resolver esta diferencia. De hecho, la cuestión de la ley aplicable al fondo de esta causa es algo más complicado. El CEJ (...) no contiene una disposición específica con respecto al derecho sustantivo apli-

⁽³⁰⁾ Efectivamente, la doctrina internacional que ha desarrollado el tema ha reconocido el carácter controversial que tiene este tema cuando señala, “Another issue, which is by far one of the most topical and controversial issues of the Convention, is the actual definition and role which international law must be given in adjudicating disputes falling under the provisions of Article 42(1) second sentence”. DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law under Article 42(1) of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia”. En: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. (Edited by Todd Weiler). Londres: Cameron May, 2005, p. 249.

able. A este respecto, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI exige que el Tribunal aplique “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de derecho internacional privado), y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Asimismo, aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ (...), **este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional** (énfasis añadido)⁽³¹⁾.

En el caso arbitral citado anteriormente, la controversia se deriva de un convenio de estabilidad jurídica que no está protegido por un TBI, pero del que se puede apreciar que versa en torno a una controversia surgida de una relación contractual nacional en la que no se pactó nada diferente para su resolución que la legislación peruana. Lo cierto que es que ambas partes se encuentran sometidas a las normas de la Convención de Washington (Convenio del CIADI), entre ellas, el citado numeral (1) del artículo 42 bajo el cual la legislación del país contratante es la que debe aplicarse, mientras que las normas del derecho internacional lo serán de manera supletoria. A nuestro juicio, en una contro-

versia CIADI, a falta de acuerdo diferente entre las partes, se debe aplicar las normas de la legislación del Estado receptor, dejando a las normas del derecho internacional como un referente a considerar en caso sea pertinente o no exista una norma expresa en el derecho del Estado contratante.

Distinto es el caso resuelto por otro tribunal arbitral CIADI en relación a una controversia surgida de un acuerdo que además estaba protegida por un TBI. En el laudo se pueden apreciar la utilización de criterios y razonamientos que apuntan a la aplicación de las normas del TBI para resolver una controversia, así como las normas del Estado receptor, revirtiendo – como corresponde por aplicación del TBI – la “prelación” de derechos aplicables a que se hace referencia en el citado Artículo 42(1) del Convención de Washington y marginando la legislación nacional a un orden supletorio:

De acuerdo al Artículo 42(1) del Convención de Washington, “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”. En el Artículo 7(4) del Acuerdo se puede apreciar una remisión tácita a las normas del derecho internacional donde se refiere que el Acuerdo se regirá por el TBI, en adición a las normas de la República Checa⁽³²⁾.

(31) Traducción libre de la Decisión sobre Competencia emitida en el Caso Arbitral CIADI N° ARB/03/28: Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. contra la República del Perú. Considerando 162. “Respondent argues that the Tribunal must apply Peruvian law to resolve this dispute. In fact, the question of the applicable law to the merits of this case is somewhat more complicated. The (...) LSA contains no specific provision regarding the applicable substantive law. In such circumstances, Article 42(1) of the ICSID Convention requires the Tribunal to apply “the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on conflicts of laws) and such rules of international law as may be applicable.” Furthermore, even if the law of Peru were held to apply to the interpretation of the (...) LSA, this Tribunal has the authority and duty to subject Peruvian law to the supervening control of international law.” El texto completo en inglés de dicha Decisión sobre Competencia CIADI puede ser descargado desde: <http://www.investmentclaims.com/>

(32) Traducción libre del Laudo, de fecha 29 de diciembre de 2004, emitido en el Caso Arbitral CIADI N° ARB/97/4: Ceskoslovenská Obchodní Banka A.S. contra la República de Eslovaquia. Considerando 63. “Pur-

Si comparamos ambas decisiones podemos observar que el razonamiento es similar y la aplicación preferente del derecho internacional se efectúa en ambos casos, sin diferenciar al primero en el que se trataba de un convenio de estabilidad regido únicamente por la ley nacional peruana del segundo regido por el TBI correspondiente y la ley del país receptor.

En este mismo contexto, cabe destacar que en la mayoría de los casos las inversiones que se realizan en el Perú por parte de inversionistas extranjeros con la suscripción de contratos de concesión, se efectúan porque dichas inversiones se encuentran protegidas por contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica. Algunos de ellos además lo estarán por un TBI. La diferencia es que las garantías brindadas al inversionista en los primeros (contratos regidos exclusivamente por la ley nacio-

nal) no son exactamente iguales a las que consagran los TBI pues estos últimos contienen, a su vez, beneficios adicionales para la protección del inversionista.

4.3. La aplicación del Principio del Trato justo y equitativo y la interpretación de los Tribunales Arbitrales Internacionales

Dentro del régimen jurídico peruano, únicamente los TBI obligan al Estado Peruano a observar y respetar los principios del derecho internacional consuetudinario. En este orden de ideas, el Estado debe enmarcar su actuación administrativa frente al concesionario dentro de los parámetros que los TBI establezcan para el Estado receptor de la inversión en relación al principio del trato justo y equitativo a las inversiones⁽³³⁾.

suant to Article 42(1) of the ICSID Convention, "The Tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties". Implied submission to international law can be seen in Article 7(4) CA where it is stated that the CA shall be governed by the BIT, in addition to the laws of the Czech Republic (...)". Esta suerte de marginación también ha sido recogida en el ya citado Laudo emitido en el Caso Arbitral CIADI N° ARB/87/3: Asian Agricultural Products Ltd. contra la República de Sri Lanka. Considerando 24. "(...) since both Parties agreed during their respective pleading to invoke primarily the Sri Lanka/U.K. Bilateral Investment Treaty as *lex specialis*, and to apply, within the limits required, the international or domestic legal relevant rules referred to as a *supplementary source* (...)". Los textos completos en inglés de ambos laudos pueden ser descargado desde: <http://www.investmentclaims.com/>

(33) Resulta preciso indicar que la noción del principio del trato justo y equitativo se encuentra en pleno proceso de formación como lo veremos más adelante en el presente trabajo. Tan es así, que a modo de ilustración nos permitimos citar el artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos donde el trato justo y equitativo es recogido en los siguientes términos:

«1. Cada Parte 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.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. 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. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

- (a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
- (b) "protección y seguridad plenas" exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario».

Efectivamente, tanto los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos, como los TBI, los contratos-ley y los convenios de estabilidad jurídica contienen estipulaciones que obligan al Estado a no llevar a cabo ninguna medida injustificada o discriminatoria contra dichas inversiones. Consecuentemente, el Estado en el cumplimiento de sus atribuciones como concedente ha de tener especial preocupación por los estándares de trato justo y equitativo que el Derecho Internacional consuetudinario impone y que los tribunales arbitrales CIADI han venido estableciendo⁽³⁴⁾. Las obligaciones bilaterales internacionales asumidas por el Estado Peruano contienen expresamente la observancia al trato justo y equitativo que deberá ser garantizado frente a todo inversionista extranjero protegido por un TBI que contenga una cláusula reconociendo dicho principio. Implica que el Estado Peruano deberá cumplir con condiciones que rijan su proceder, es decir, debe actuar de

manera coherente, justa, razonable, imparcial, previsible, transparente, sin ambigüedades y no errónea.

El trato justo y equitativo importa que el estado receptor de la inversión privada deba otorgar al inversionista extranjero un nivel mínimo de trato de acuerdo a los estándares que establece el derecho internacional consuetudinario. La observancia al trato justo y equitativo es la plasmación en un determinado caso de una serie de normas básicas universales en el tratamiento que un Estado está obligado a brindarle a todo inversionista extranjero que se encuentre protegido por un TBI suscrito por dicho Estado con el Estado del cual es nacional el inversionista.

Ello supone que el Estado receptor de la inversión debe otorgar al inversionista extranjero un mínimo estándar de tratamiento impuesto por el derecho internacional consuetudinario y que, según la doctrina internacional⁽³⁵⁾ y la jurisprudencia

Mientras que el artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte –en términos distintos a los antes citados– incorpora al principio del trato justo y equitativo de la siguiente manera:

“1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108 (8) (b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it maintains or adopts relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 shall not apply to existing measures related to subsidies or grants that are inconsistent with Article 1102.”

(34) Los casos paradigmáticos en esta materia han dado lugar a los laudos Tecmed contra México, Waste Management contra México y MTD Equity contra Chile que ponen de manifiesto que por trato justo y equitativo se entiende la oportunidad de garantizar las legítimas expectativas del inversionista que radicó una inversión en el país.

(35) Para el profesor Sornarajah “(...) *the fair and equitable standard was no more than the international minimum standard of customary international law.*” SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge: University Press, 2004, p. 236. Asimismo, para el profesor Weiler existen tres conceptos o nociones que emanan del estándar mínimo de tratamiento que debe observar el Estado receptor “*First, the State must honour the specific representations made by its officials to investors and their investments, who have reasonably relied upon them in good faith. Second, the State must provide a transparent and (accordingly) predictable regulatory regime to investors and their investments. Third, the*

dencia CIADI⁽³⁶⁾ que ha estudiado y desarrollado este principio, su contenido se refiere a un “(...) un extenso y ampliamente aceptado estándar que incluye estándares fundamentales como buena fe, debido proceso, no discriminación y proporcionalidad (la traducción es libre).” Es la plasmación en un determinado caso de una serie de normas básicas universales en el tratamiento que un Estado está obligado a brindar a todo inversionista que se encuentre protegido por un TBI⁽³⁷⁾.

A mayor abundamiento, el principio del trato justo y equitativo ha sido ampliamente desarrollado por los tribunales arbitrales CIADI. Así, en el Laudo emitido en el caso *Waste Management c. los Estados Unidos Mexicanos*⁽³⁸⁾, se llegó a la conclusión de que “(...) el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y dis-

criminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales **o si involucra ausencia de debido proceso** que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales **o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo**. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable (...) (el énfasis es nuestro).”

De otro lado, el Tribunal Arbitral constituido para resolver la controversia surgida entre Técnicas Medioambientales S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos⁽³⁹⁾ estableció que el principio del trato justo y equitativo –además de lo establecido en el caso *Waste Management c. los Estados Unidos Mexicanos*–, “(...) exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar

officials of a State must execute their public functions in good faith with respect to their treatment of investors and investments.” WEILER, Todd. “Good Faith and Regulatory Transparency: The story of Metalclad v. Mexico”. En: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. (Edited by Todd Weiler). Londres: Cameron May, 2005, p. 719.

(36) Laudo Arbitral CIADI, de fecha 15 de mayo de 2004, Caso N° ARB/01/71 entre *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra la República de Chile*; Laudo Arbitral CIADI, de fecha 30 de abril de 2004, Caso N° ARB(AF)/3 entre *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos*; y, Laudo Arbitral CIADI, de fecha 29 de mayo de 2003, Caso N° ARB(AF)/00/2 entre *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contra Estados Unidos Mexicanos*. El texto completo de dichos laudos puede ser descargado desde: <http://www.investmentclaims.com>

(37) Considerando N° 109 del Laudo Arbitral CIADI *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra la República de Chile*. A mayor abundamiento, según el criterio del Juez Schwebel, el trato justo y equitativo importa un “(...) broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, non discrimination, and proportionality.” Citando nuevamente el Fundamento N° 109 del Laudo Arbitral CIADI recaído en la controversia *MTD Equity contra Chile* el Juez Schwebel refiere que “(...) that meaning of what is fair and equitable treatment is defined when the standard is applied to a set specific facts.” En esta misma línea se encuentra el jurista argentino TEMPONE para quien el trato justo y equitativo “(...) depende de un juicio de valor que se emite en el caso concreto, por las propias partes en consulta o por un tercero encargado de dirimir un conflicto.” TEMPONE, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires – Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 55.

(38) Considerando N° 98 del Laudo Arbitral CIADI *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos*.

(39) Considerando N° 154 del Laudo Arbitral CIADI *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contra Estados Unidos Mexicanos*.

un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.” **El inversionista extranjero “cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas (...)** (el énfasis es nuestro).”

4.4. Trato justo y equitativo en sede nacional: Entre los principios de la buena fe y de interdicción de la arbitrariedad

¿Cómo traducir entre nosotros los estándares del trato justo y equitativo que vienen desarrollando los tribunales arbitrales? A nuestro juicio la respuesta se encuentra en los principios admitidos en nuestro derecho de la buena fe, el debido proceso, la no discriminación, a lo que se añade razonabilidad y proporcionalidad.

La buena fe resulta especialmente aplicable en el marco de contratos de concesión. En materia contractual los tribunales arbitrales peruanos lo aplican como principio en las controversias nacionales que se han suscitado en materia de inversiones⁽⁴⁰⁾, en el marco de lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil⁽⁴¹⁾. Conforme lo señala Jiménez Vargas-Machuca, el concepto de la buena fe es generalmente asociado con la rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, inocencia, etc. teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable⁽⁴²⁾. Dicha jurista agrega que si bien nuestro Código Civil es asistemático en su conceptualización (al considerarla un principio general interpretativo de los contratos y los actos jurídicos, mientras que, por otro lado, menciona que los contratos se rigen por “las reglas de la buena fe y común intención de las partes”), sí la califica como principio precisamente en la norma que establece la forma como debe interpretarse el acto jurídico⁽⁴³⁾.

Asimismo, De la Puente y Lavalle⁽⁴⁴⁾ señala que la buena fe es considerada en forma consensual por la doctrina como un elemento de la vida de relación humana

(40) Lamentablemente no se han publicado los varios laudos arbitrales que se han emitido en materia de contratos de concesión y de convenios de estabilidad jurídica en el Perú, la mayoría de los cuales resultan a nuestro juicio laudos que resuelven controversias en materia de inversión. En ellos se ha aplicado el principio de la buena fe así como los criterios de razonabilidad y proporcionalidad a la conducta de las partes (incluido el Estado concedente) pero no es posible utilizarlos por el momento como fuente pues se mantienen en reserva.

(41) Artículo 1362 del Código Civil.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

(42) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “La Unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”. En: *Contratación Privada*, Jurista Editores, Lima - Perú 2002, pp. 78-79.

(43) *Ibidem*, pp. 83-84.

(44) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Buena Fe y Común Intención de las Partes, Artículo 1362, en: *Código Civil Comentado por los 100 Mejores especialistas*. T. VII, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 132.

que se ha incorporado al Derecho lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe es la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. La buena fe ha de cumplirse en consecuencia no sólo por los imperativos éticos que le son inherentes sino, fundamentalmente, porque es una obligación que impone a las partes en la ejecución de los contratos el artículo 1362 del Código Civil.

Nótese en esta materia que el principio de la buena fe en la etapa de ejecución de un contrato de concesión adquiere un carácter normativo y supone que las partes (tanto el Estado como el concesionario) deben actuar con lealtad, sujetas a un deber de honradez que permite el mejor cumplimiento de los fines de la concesión sin sacrificar una los intereses de la otra. Así, Pérez Gallardo⁽⁴⁵⁾, citando a Lasarte, enseña, con respecto a la buena fe en la ejecución contractual, que:

“(...) se trata de que los efectos del negocio se adecuen al ambiente normativo, de manera que se intenta evitar que la inexistencia de normas legales o de usos en sentido normativo, lleven a conclusiones injustas y reprobables por la conciencia jurídica.”

Igualmente, la doctrina⁽⁴⁶⁾ establece que la buena fe es un deber y que:

“(...) tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulten más beneficiosas para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos. Se trata de la buena fe en su dimensión objetiva la cual genera obligaciones secundarias pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, acorde con su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte.”

Desde la perspectiva administrativa encontraremos similares postulados de conducta coherente en la participación de los sujetos en el procedimiento administrativo. Así, la doctrina nacional⁽⁴⁷⁾ predica:

“La buena fe o la confianza legítima, como es conocido este principio en otros ordenamientos, impone el deber de coherencia en el comportamiento propio de las autoridades, los administrados, los representantes y abogados. Como bien afirma González Pérez, la Administración Pública

(45) PEREZ GALLARDO, “Buena Fe y Común Intención de las Partes, Artículo 1362, en: *Código Civil Comentado por los 100 Mejores especialistas*, cit., p.140.

(46) *Ibidem*. pp. 140-141.

(47) MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 37-38.

y administrado han de adoptar un comportamiento legal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les de vida y en las reacciones frente a los posibles defectos del acto. Han de adoptar un comportamiento leal en el desenvolvimiento de las relaciones en las dos direcciones en que se manifiesta: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como el ejercicio de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

Consecuentemente, el principio de la buena fe se aplica en los contratos de concesión tanto desde el punto de vista civil, cuando desde el administrativo, para dar cuenta de relaciones de confianza y honestidad entre las partes que justifican relaciones de transparencia y honradez entre ellas. Todo ello con el propósito de mantener un grado de confianza que permita cumplir con las obligaciones contractuales o admitir los comportamientos en el marco de la ejecución del contrato de concesión, incluyendo para el concesionario cumplidor el respeto por las legítimas expectativas que se derivan de los contratos.

En nuestro criterio, junto con la buena fe va de la mano el principio de interdicción de la arbitrariedad que, sin estar explícitamente reconocido en la Constitución, ha sido plenamente identificado por el Tribunal Constitucional del Perú⁽⁴⁸⁾. El jurista Marcial Rubio Correa⁽⁴⁹⁾, luego de analizar los casos en los que el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de interdicción de la arbitrariedad⁽⁵⁰⁾, llega a la conclusión de que éste:

“(...) consiste en que los órganos del Estado debe vedar la conducta del poder estatal que actúe con arbitrariedad (...). Arbitrariedad es lo contrario a la justicia, al derecho, a una fundamentación objetiva y a la congruencia con la realidad. El poder del Estado debe actuar en todo momento con respeto por sus atribuciones y sin exceder el poder, sin utilizarlo para afectar los derechos de las personas y sin arrogarse atribuciones de las que carece. Si lo hiciera, el principio establece que la acción será ilegal.”

El Tribunal Constitucional ha dicho no sólo que la fundamentación es indispensable sino además que no darla es ejercicio arbitrario del poder que hay que impedir⁽⁵¹⁾ desde el punto de vista constitucional:

(48) *Vide* Artículo 9 de la Constitución de España de 1978.- “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...)”

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (énfasis añadido).”

(49) RUBIO CORREA, Marcial, *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 170.

(50) Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de abril de 2003, en el Expediente N° 0016-2002-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N° 27755.

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 05 de julio del 2004, en el Expediente N° 0090-2004-AA-TC sobre acción de amparo interpuesta por don Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

“De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.”

Concordante con este principio constitucional, la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 manda que los actos administrativos, que la mayoría de las veces son a través de los cuales se expresa el Estado concedente, deben responder al principio de razonabilidad al amparo de lo previsto en el artículo IV, numeral 1.1 de la Ley N° 27444. Los términos de este dispositivo son los siguientes:

“Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando (...) establezcan restricciones al administrado, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

Por su parte, en sede arbitral internacional, sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales CIADI que hemos citado, se observa claramente que la conducta del Estado receptor de la inversión que no respete o vulnere los estándares de tratamiento fijados por el principio al trato justo y equitativo, no solo incumplirán los acuerdos bilaterales que suscriban, sino que la casuística internacional establece indemnizaciones sumamente onerosas. ¿Debemos esperar el mismo estándar pactado en los TBIs a la resolución de conflictos por medio de arbitraje internacional que surge de un contrato nacional regido por la ley nacional que no contiene dicho principio? A la luz del desarrollo maximalista que viene produciéndose en los laudos de los tribunales arbitrales CIADI tendríamos que responder positivamente, a no ser que se establezca en los convenios arbitrales o en reglas específicas dentro de los procesos arbitrales la aplicación de la legislación nacional y que ello sea admitido por ambas partes.

La pregunta obvia en esta materia es: ¿debe garantizarse dicho estándar mínimo de tratamiento justo y equitativo a todo inversionista por el solo mérito de un TBI? ¿Pierden, por el compromiso internacional asumido por el Estado Peruano, las autoridades concedentes sus atribuciones contractuales o inclusive las facultades que el régimen nacional les confiere para ejercer su autoridad por la amenaza de un litigio indemnizatorio ante el CIADI? No lo creemos. Por el contrario, interpretamos que la protección a las inversiones como está concebida en los TBI suscritos por el Perú, e inclusive como está diseñada en la legislación interna que también beneficia a los inversionistas privados, beneficia al inversionista cumplidor de sus

obligaciones contractuales y cumplidor de la legislación del país que lo acoge para hacer sus negocios.

Consideramos que las medidas que pueda tomar Estado Peruano para disciplinar a un inversionista privado concesionario de determinada obra de infraestructura o servicio público en el marco del respectivo contrato de concesión, son compatibles con las obligaciones asumidas conforme al TBI suscrito entre el Perú con el país del cual el inversionista es nacional, en la medida en que se tomen respetando lo pactado en el contrato de concesión, la gradualidad del efecto disciplinador y que respondan razonablemente al grado de incumplimiento manifestado por el inversionista concesionario.

Lo anterior supone que cualquier acto administrativo o medida sancionadora contractual que el Estado realice con la intención de disciplinar la conducta del inversionista concesionario –de acuerdo las potestades sancionadoras contenidas en el contrato de concesión con las que esté investido–, debe velar por respetar el debido procedimiento contractualizado a fin de no afectar las expectativas del inversionista concesionario. Asimismo, dicho acto administrativo o medida contractual debe encontrarse plenamente justificada y no configurar como una actuación discriminatoria o arbitraria por parte del Estado o autoridad administrativa a cargo.

En consecuencia, para no comprometer la responsabilidad del Estado (concedente) en el marco de los TBI suscritos, su actuación fiscalizadora debe efectuarse respetando estrictamente las condiciones contractuales pactadas con el inversionista concesionario y exigiéndole a éste que cumpla a cabalidad con las obligaciones que le corresponde conforme a ley,

al contrato suscrito y al interés público que cada concesión conlleva.

5. A MANERA DE CONCLUSIONES

Primera. Dentro de las garantías y seguridades que el régimen jurídico peruano brinda a los inversionistas nacionales y extranjeros que suscriben contratos de concesión con el Estado:

- (a) se produce una forma huída del derecho público nacional al ámbito del derecho privado nacional, en la medida que permiten como método de solución de controversias al arbitraje que supone la decisión de excluirse el Poder judicial para hacerlo en el ámbito arbitral en el que predomina la voluntad de las partes y el principio de igualdad ante ellas que se aplica a plenitud en el arbitraje; y
- (b) por ley además se permite que en un contrato de concesión nacional se pacte arbitraje internacional, lo que sumado a las disposiciones de los TBIs sobre la opción arbitral en el caso de afectación de los derechos del inversionista, da cuenta de una forma de huida del derecho nacional al derecho internacional.

Segunda. Las posibilidades del arbitraje para los inversionistas privados bajo el sistema peruano incluyen:

- (a) un arbitraje nacional en el que sin duda se aplicará siempre la ley nacional (salvo pacto en contrario que en materia de inversiones será difícilmente admisible por el Estado y sus agentes); y
- (b) también un arbitraje internacional en el que a, la luz de la jurisprudencia

arbitral, especialmente del CIADI, parece consolidarse –como señalamos– una huída de la ley nacional al derecho internacional cuyas consecuencias deben sopesarse debidamente a la hora de suscribir convenios arbitrales o de establecer reglas bajo las cuales se desarrollen arbitraje específicos en materia de inversión que deberían dejar claramente establecido la legislación aplicable para la solución de la controversia de fondo.

Tercera. No cabe duda de que tratándose de controversias de inversión surgidas de TBI la aplicación del derecho internacional contenido en un tratado específico está plenamente consolidada. Pero no se llega a una conclusión tan rotunda cuando se trata de controversias que surgen de contratos de concesión que se han celebrado íntegramente bajo la ley nacional y que tienen como única referencia internacional un convenio arbitral que conduce a un tribunal CIADI.

No obstante ello:

- (a) se puede apreciar que comienza a manifestarse una conducta maximalista en los laudos y resoluciones de los tribunales CIADI que consideran que, por el sólo hecho de haberse pactado un arbitraje que remite a la aplicación de la Convención de Washington, que rige la actuación de dichos tribunales, la ley preponderantemente aplicable será la internacional, salvo que las partes hayan pactado de otra manera;
- (b) Se ha llegado a afirmar el deber de los árbitros de someter la legislación nacional al control del derecho internacional, aún a falta de TBI, sin que

ello haya sido parte de la voluntad de quienes suscribieron un contrato de concesión conviniendo en un arbitraje en sede internacional; y

- (c) a nuestro juicio, esto último significa una interpretación audaz del contenido del artículo 42(1) de la mencionada Convención que establece como primera opción la aplicación de la ley pactada por las partes; solamente ante la ausencia ésta, la ley nacional del Estado materia de la controversia (vale decir, la ley que rige el contrato en los casos de contratos-ley, de estabilidad o de concesión en nuestro caso). Dicha interpretación puede llegar a controles y soluciones admisibles en el derecho internacional que no fueron en ningún momento previstas por las partes en conflicto al momento de celebrar contratos que no están protegidos adicionalmente por un TBI.

Cuarta. En el ámbito de la ejecución de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicio público el Estado concedente o la autoridad administrativa competente, aunque se haya sometido a arbitraje:

- (a) no pierde las facultades disciplinadoras pactadas en el contrato de concesión o las que le atribuye la ley. Ello supone que el concedente –con el propósito de buscar el fiel cumplimiento de las obligaciones que ha asumido el inversionista concesionario– puede sobreponer el fin público superior de la concesión, que está por encima del interés de las partes, para disciplinar al concesionario que no ejecute adecuadamente el contrato de concesión; pero


(b) a la luz de los más recientes fallos arbitrales internacionales el concedente deberá hacerlo respetando los acuerdos y procedimientos contractuales y observando los principios que recoge el derecho internacional consuetudinario, como es el trato justo y equitativo, a fin de no incurrir en actuaciones arbitrarias.

Quinta. El principio del trato justo y equitativo importa que el Estado receptor de la inversión se somete, en lo que respecta a su actuación frente al inversionista privado, a los niveles de trato consagrados por los estándares mínimos que impone el derecho internacional consuetudinario.

(a) la observancia por parte de las entidades concedentes del principio del trato justo y equitativo importa la plasmación de ciertas normas básicas universales en el tratamiento que un Estado debe brindar a un inversionista que se encuentre protegido por un TBI, a condición de que éste cumpla con sus obligaciones;

(b) en sede arbitral internacional –como viene siendo interpretado por los laudos emitidos por los tribunales CICA- DI en los laudos *Waste Management c/ Mexico*, *MTD equito c/ Chile* y *Técnicas Medioambientales c/ Mexico*– el trato justo y equitativo se ha

ido perfilando como aquel nivel mínimo de comportamiento que se sus- tenta en la buena fe, y que además evita todo trato que no sea coheren- te, que irrespete el debido procedi- miento, que sea ambiguo, que sea injusto, discriminatorio y que no res- ponda al criterio de razonabilidad;

(c) En sede nacional el principio del tra- to justo y equitativo se ve reflejado en el principio de la buena fe (como está previsto en el artículo 1362 del Código Civil) que convoca a pon- derar la lealtad de las partes con el contrato de concesión y la coheren- cia de sus actos con el cumplimien- to de los fines públicos del contra- to; de la mano con el principio de interdicción de la arbitrariedad que tiene amplio reconocimiento doctrinal y jurisprudencial constitucional. Este último, aunque no ha sido ex- presamente recogido por la Consti- tución, ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como prin- cipio rector que inspira el orden constitucional rechazando lo que pueda identificarse como arbitrario, ajeno de fundamento, lejano al res- peto del debido proceso y carente de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben inspi- rar las decisiones que puedan tomar las partes en la ejecución de los con- tratos de concesión. 

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Por: PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO(*)
ÁLVARO GUSTAVO AGUILAR OJEDA(**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Capítulo vigésimo primero: Solución de controversias. 2.1. Sección A: Solución de Controversias. 2.2. Sección B: Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas. 3. Capítulo diez, Sección B: Solución de Controversias Inversionista - Estado. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la reciente firma y ratificación del Acuerdo de Promoción Comercial⁽¹⁾ con los Estados Unidos de América (en adelante, APC) traerá consigo un importante flujo de inversión de capitales en nuestro país, así como el aumento de las exportaciones peruanas a dicha nación, lo cual acarreará la generación de cadenas productivas y de empleos significativos. Como cualquier convenio,

el APC no estará exento de dudas o impases acerca de la interpretación y aplicación de su texto, las que tienen vías de solución en el propio Acuerdo.

Al respecto, el APC contiene tres secciones dedicadas a regular la resolución de conflictos. Las dos primeras están desarrolladas en el Capítulo Vigésimo Primero: la sección A se refiere a la solución de controversias entre las partes, es decir los Estados firmantes, los Estados

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP y de la Universidad de Lima, y Profesor del Executive MBA de la Universidad San Ignacio de Loyola. Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(1) En todo el proceso de negociación, este acuerdo fue denominado Tratado de Libre Comercio – TLC. Dejando de lado las nomenclaturas, el contenido de los capítulos que reseñaremos es el mismo.

Unidos de América y el Perú; la sección B, a la promoción de los procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas. La tercera sección, en tanto, está contenida en el Capítulo Diez relativo a Inversiones, aplicable específicamente para la resolución de controversias en esta materia.

El objetivo de este artículo, a la luz de la implementación del APC programada para el 1 de enero de 2009, es ofrecer al lector una aproximación panorámica a los mecanismos de solución de controversias en el ámbito comercial y de las inversiones, propuestas por el Tratado. A tales efectos, expondremos los aspectos más relevantes de cada una de las secciones vinculadas a este tema.

2. CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

2.1. Sección A: Solución de Controversias

Los llamados a aplicar el procedimiento utilizado en la sección A de este Capítulo son únicamente las partes del APC, es decir, los propios Estados que lo han suscrito. En este sentido, los particulares no podrán hacer uso del procedimiento allí regulado.

En esta medida, las materias a ser resueltas a través de la aplicación de esta sección, serán aquellas relativas a cada uno de los capítulos establecidos en el APC, bastando únicamente que los actos controvertidos estén vinculados a alguna obligación regulada en ellos.

Según lo dispuesto en el APC, los Estados firmantes podrán recurrir a este mecanismo para prevenir o solucionar las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de este acuerdo cuando:

- a) Una parte ha incumplido las obligaciones contenidas en el APC.
- b) Una de las partes se vea o pueda verse afectada por una medida ejecutada por otra parte (medida vigente) o que aún no se ha ejecutado, pero es factible que se lleve a cabo (medida en proyecto) y que sea o pudiera ser inconsistente con las obligaciones contenidas en el APC⁽²⁾.
- c) Una medida realizada por otra parte, que no es contraria al APC, pueda anular o menoscabar el beneficio que la parte recurrente pudiera haber esperado recibir razonablemente respecto a los capítulos Segundo (Trato Nacional y Acceso al Mercado de Bienes), cuarto (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen), Noveno (Compras Públicas), Undécimo (Servicios Transfronterizos) y Decimosexto (Propiedad Intelectual), salvo que la medida esté sujeta a una excepción en el caso de los últimos dos capítulos indicados.

Como se aprecia, el mecanismo de solución de controversias entre las partes del APC podrá ser activado no sólo cuando se haya realizado un acto concreto o exista una omisión que vulnere el Tratado (incumplimiento de obligación), sino que se extiende a supuestos donde, si bien

⁽²⁾ El Capítulo Uno relativo a Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales, señala que el término medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica. Asimismo, el numeral 6 del artículo 21.6 señala que no se podrá establecer un Panel para revisar una medida en proyecto.

no hay una violación concreta del Tratado, sí puede o podría haber una afectación a las expectativas de la otra parte. Este es el caso, por ejemplo, de las medidas en proyecto, que implican actuaciones o regulaciones potenciales que pudiera desarrollar una de las partes del Tratado, en colisión o posible violación con las obligaciones establecidas en el propio Acuerdo.

La justificación para la inclusión de estos supuestos en el mecanismo de solución de controversias del APC es dotar a las partes de dispositivos que les permitan hacer frente a actos que en principio son válidos pero que, de hecho, afectan o afectarían el flujo comercial disminuyendo los beneficios que debería generar el Tratado.

No obstante, el propio acuerdo busca que la solución de las controversias que se generen dentro de su marco sea racional, teniendo como objetivo que aquellas disputas se resuelvan antes que se genere un mayor nivel de conflicto.

Por ello, este mecanismo de resolución de diferencias, contempla tres etapas destinadas a solucionar la controversia suscitada por la amenaza o realización de una medida que afecte la aplicación del APC o el incumplimiento de una obligación contenido en éste, a saber:

a) La parte afectada deberá enviar a la otra parte, por escrito, una consulta respecto del asunto materia de la controversia, con la finalidad que tal controversia se resuelva de forma directa.

b) En caso de que la controversia no se resuelva de esta manera, la parte afectada podrá solicitar la intervención de la Comisión de Libre Comercio⁽³⁾, quien buscará resolver la controversia.

c) Finalmente, la parte afectada, luego de transcurrido un plazo determinado conforme a lo señalado en el texto de este capítulo del APC, podrá solicitar la constitución de un Panel, conforme al procedimiento señalado en el Acuerdo, para que emita un informe que busque poner fin a tal controversia.

Estas etapas estructuradas sobre la base de la buena fe están diseñadas de manera tal que, a medida que evoluciona el conflicto, las partes podrán contar con el apoyo de terceros para su resolución, los cuáles podrán estar cada vez más relacionados con la materia del conflicto.

En efecto, si en un primer momento las partes no pueden arribar a un acuerdo directamente, intervendrá la Comisión de Libre Comercio como ente ajeno a ellas y, de ser el caso, se podrá solicitar la intervención de un Panel de especialistas, conformado por tres miembros, quienes tendrán un mayor manejo de la materia relativa a la controversia.

Estos panelistas, a diferencia de la Comisión de Libre Comercio, serán necesariamente especialistas en derecho, comercio internacional u otros asuntos relativos al APC.

⁽³⁾ La Comisión de Libre Comercio es el órgano integrado por representantes de cada parte del TLC, a nivel ministerial, que tiene como función primordial supervisar la implementación y ulterior desarrollo del APC. Como parte del cumplimiento de esta función, la Comisión buscará resolver las controversias que pudieren surgir respecto de la interpretación o aplicación del TLC.

En principio, las partes podrán designar libremente a los panelistas que resolverán la controversia siempre y cuando sean personas independientes y no tengan ninguna vinculación con las partes. Además, a falta de nombramiento de un panelista, su elección podrá ser efectuada mediante sorteo sobre una lista indicativa preestablecida por las propias partes de común acuerdo.

Por ello, la eficacia de esta etapa final del procedimiento dependerá en gran medida de la calidad de los individuos que lleguen a conformar el Panel, quienes, si bien no emitirán un dictamen vinculante, sí efectuarán un pronunciamiento que puede poner fin a la disputa. En este sentido, la designación de los panelistas, deberá ser precedida por una labor de las partes destinada a que tal designación responda a los requerimientos de la controversia, evitando de esa manera que la decisión del Panel no se ajuste a las expectativas de las partes.

Con relación a esta materia, es recomendable que se tenga en cuenta aspectos tales como la especialidad del panelista, su experiencia sobre controversias de naturaleza similar, la nacionalidad y la vinculación previa que pueda haber tenido con alguna de las partes, sobre todo, en estos últimos dos casos, si se trata del nombramiento del presidente del Panel.

Cabe precisar que una vez que una de las partes solicite la conformación del Panel, el foro del APC será excluyente del foro de cualquier otro acuerdo comercial en que las partes también sean miembros, como por ejemplo la OMC. Esta regulación busca evitar que se constituyan especialistas o Tribunales en virtud de la aplicación de distintos tratados que puedan resolver la controversia de manera contradictoria a la dispuesta por el Panel.

Constituido el Panel y, por tanto, determinado el foro, los especialistas, luego de llevar a cabo un procedimiento conforme a las Reglas Modelo aprobadas por las partes⁽⁴⁾, deben emitir un primer informe, denominado Informe Inicial. Si alguna de las partes lo solicita, este Informe Inicial podrá contener recomendaciones para la solución de la controversia.

Dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición del Informe Inicial, el Panel efectuará un segundo pronunciamiento, denominado Informe Final, el cual contendrá las aclaraciones y observaciones efectuadas por las partes sobre el Informe Inicial.

Es importante hacer notar que los pronunciamientos emitidos por el Panel no serán de carácter vinculante para las partes⁽⁵⁾. No obstante ello, el propio capí-

(4) A la fecha de elaboración de este artículo las partes todavía no han establecido las Reglas Modelo de Procedimiento. Estas Reglas de Procedimiento a la luz del texto del APC deben contemplar el derecho de las partes a tener al menos una audiencia pública ante el Panel y la oportunidad de las partes de presentar un alegato inicial y una réplica por escrito.

(5) Al respecto, el artículo 21.15 del APC señala lo siguiente:

“Artículo 21.15.- Cumplimiento del Informe Final

1. Al recibir el informe final de un panel, las partes contendientes acordarán la solución de la controversia, la cual normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel.

2. Si en su informe final el panel determina que una Parte contendiente no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Acuerdo o que la medida de una Parte contendiente causa anulación o

tulo contempla un mecanismo destinado a compensar a la parte que se ha visto afectada por una medida efectuada por otra parte o por el incumplimiento de una obligación contenida en el Acuerdo.

En este sentido, si el Panel Arbitral otorga la razón a la parte afectada, ésta

podrá suspender la aplicación de beneficios comerciales a favor de la otra parte, siempre que tenga un efecto equivalente. Asimismo, el APC contempla un mecanismo por el cual la parte infractora puede compensar monetariamente a la parte afectada, con la finalidad de que no proceda una suspensión de beneficios⁽⁶⁾.

menoscabo en el sentido del artículo 21.2, la solución será, siempre que sea posible, eliminar la no conformidad o la anulación o menoscabo"

(6) Sobre el particular, el Artículo 21.16 del Tratado dispone:

"Artículo 21.16.- Incumplimiento – Suspensión de Beneficios

1. Si el panel ha hecho una determinación del tipo descrito en el Artículo 21.15.2, y las Partes contendientes no logran llegar a un acuerdo sobre una solución en virtud del Artículo 21.15 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final, o dentro de otro plazo que las Partes convengan, la Parte demandada iniciará negociaciones con la Parte o Partes reclamantes con miras a establecer una compensación mutuamente aceptable.

2. Si las partes contendientes:

- a) no acuerdan una compensación dentro de los 30 días posteriores al inicio del plazo fijado para establecer tal compensación; o
- b) han acordado una solución o una compensación conforme al Artículo 21.15 y una Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo, cualquier Parte reclamante podrá, a partir de ese momento, notificar por escrito a la Parte demandada su intención de suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente con respecto de la Parte demandada. La notificación especificará el nivel de beneficios que la Parte pretende suspender. Sujeto al párrafo 5, la Parte reclamante podrá iniciar la suspensión de beneficios 30 días después de la fecha que resulte posterior entre la fecha de la notificación de conformidad con este párrafo, o la fecha que el panel emita su determinación conforme al párrafo 3, según sea el caso.

3. Si la Parte demandada considera que:

- a) el nivel de beneficios que pretende suspender es manifiestamente excesivo; o
- b) ha eliminado la disconformidad o anulación o menoscabo constatada por el panel, podrá solicitar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Parte reclamante de conformidad con el párrafo 2, que el panel se vuelva a constituir para examinar el asunto. La parte demandada entregará su solicitud por escrito a la parte reclamante. El panel se volverá a constituir tan pronto como sea posible después de entregada la solicitud y presentará su determinación a las Partes dentro de los 90 días siguientes a su reconstitución para examinar la solicitud conforme a los subpárrafos (a) o (b), o dentro de los 120 días siguientes a la solicitud presentada conforme a los subpárrafos (a) y (b). Si el panel establece que el nivel de beneficios que se pretende suspender es manifiestamente excesivo, fijará el nivel de beneficios que considere de efecto equivalente. Al determinar el nivel de beneficios que pueden ser suspendidos, el panel tomará en cuenta los hallazgos hechos por el panel sobre el nivel de efectos comerciales adversos, de haberse realizado una solicitud para la determinación de tales hallazgos en virtud del Artículo 21.10.6.

4. La Parte reclamante podrá suspender beneficios hasta el nivel que el panel haya determinado conforme al párrafo 3 o, si el panel no ha determinado el nivel, el nivel que la Parte reclamante pretenda suspender conforme al párrafo 2, salvo que el panel haya establecido que la Parte demandada ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo.

5. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse de conformidad con el párrafo 2:

- a) la Parte reclamante procurará primero suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, o por otro asunto que el Panel haya considerado incompatible

Es pertinente recalcar que las decisiones de un Panel, a diferencia de aquellas tomadas por un Tribunal Arbitral en un laudo, al no tener carácter vinculante, no pueden ser materia de ejecución ante ningún fuero jurisdiccional ni algún tipo de organismo, quedando su cumplimiento únicamente en la esfera de la voluntad de las partes.

Como se aprecia, este mecanismo no pretende generar sanciones a las partes frente a la afectación del APC, sino que busca establecer criterios que permitan seguir con el flujo comercial luego de ocurridas situaciones concretas que puedan afectar un ámbito concreto de la relación de las partes, sin que el resto de tales relaciones se vean perjudicadas.

2.2. Sección B: Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas

Definitivamente, la mayor cantidad de controversias que se presenten a raíz de la entrada en vigencia del APC serán aquellas relativas a las relaciones comerciales que se generen entre los particulares que sean nacionales de las partes del Tratado.

Al respecto, no existe una regulación en el propio texto del APC destinada a solucionar las controversias entre privados. Esto debe ser así en tanto son los propios particulares quienes deben contar con la libertad para poder determinar, de la manera que mejor les parezca, el medio por el cual solucionarán las posibles

con las obligaciones derivadas de este Acuerdo, o que haya sido causa de anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 21.2; y

b) si la Parte reclamante considera que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores, ésta podrá suspender beneficios en otros sectores.

6. La Parte reclamante no podrá suspender beneficios si, dentro de los 30 días a partir de la notificación por escrito de su intención de suspender beneficios o, si el panel ha sido reconstituido bajo el párrafo 3, dentro de los 20 días a partir de los cuales el panel presenta su determinación; la Parte demandada proporciona una notificación por escrito a la Parte reclamante que pagará una contribución pecuniaria anual. Las Partes consultarán a más tardar dentro de los 10 días después de que la Parte demandada proporciona notificación, con miras a lograr un acuerdo respecto a la cantidad a pagar. Si las Partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 30 días después de iniciadas las consultas, el monto de dicha contribución monetaria se fijará en dólares de Estados Unidos y en un nivel correspondiente al 50 por ciento del nivel de los beneficios que el panel, conforme al párrafo 3, haya determinado ser de efecto equivalente o, si el panel no ha determinado el nivel, en un 50 por ciento del nivel que la Parte reclamante pretende suspender conforme al párrafo 2.

7. Salvo que la Comisión decida algo distinto, la contribución monetaria se pagará a la Parte reclamante en dólares de Estados Unidos, o en un monto equivalente en moneda de la Parte demandada, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los 60 días posteriores a la fecha en que la Parte demandada notifique su intención de pagar dicha contribución monetaria. Cuando lo ameriten las circunstancias, la Comisión podrá decidir que la contribución monetaria se pague a un fondo que ella misma establecerá y que se utilizará, bajo su dirección, en iniciativas apropiadas para facilitar el comercio entre las Partes, incluyendo iniciativas orientadas a una mayor reducción de obstáculos injustificados al comercio o a ayudar a una Parte contendiente a cumplir sus obligaciones conforme a este Acuerdo.

8. Si la Parte demandada no paga la contribución monetaria, la Parte reclamante podrá suspender beneficios a la Parte demandada de acuerdo con el párrafo 4.

9. Este Artículo no aplicará a los asuntos señalados en el Artículo 21.17.1.

10. La compensación, el pago de una contribución monetaria y la suspensión de beneficios son entendidos como medidas transitorias aplicables hasta que se elimine cualquier disconformidad o la anulación o menoscabo que el panel haya determinado".

controversias que se puedan presentar dentro de su relación comercial.

Sin embargo, sí compete a los Estados dotar a los particulares de herramientas suficientes para poder llevar a cabo esta tarea. Por tal motivo, el artículo 21.22 del APC⁽⁷⁾ establece la obligación de las partes de promover y facilitar el acceso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales.

En este sentido, el texto del APC exige que las partes dispongan de procedimientos adecuados que aseguren la observancia y respeto de los convenios arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los

laudos que se expidan. Asimismo, se entiende que esta obligación se ha cumplido si es que la parte se ajusta al Convenio de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958) o a la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975⁽⁸⁾).

En el caso peruano no sólo se han ratificado las Convenciones de Nueva York y Panamá, sino que se cuenta con una Ley General de Arbitraje⁽⁹⁾ que se ajusta en gran medida a la Ley Modelo propuesta por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

(7) "Artículo 21.22.- Medios Alternativos para la Solución de Controversias

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considera que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975".

(8) El Estado Peruano se adhirió a la Convención de Nueva York el 7 de julio de 1988 mientras que la Convención de Panamá fue ratificada el 21 de abril de 1988. Asimismo, Estados Unidos se adhirió a la Convención de Nueva York el 30 de setiembre de 1970 efectuando reservas, en este sentido, este Estado sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante y aplicará la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno. Del mismo modo, Estados Unidos ratificó la Convención Interamericana el 11 de octubre de 1986 efectuando las siguientes reservas: (a) Al menos que entre las partes en un acuerdo sobre arbitraje exista un compromiso expreso en contrario, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado o Estados que han ratificado o hayan adherido a dicha Convención y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, se aplicará la Convención Interamericana. En todos los demás casos se aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (b) Los Estados Unidos de América aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén vigentes en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación, al menos que con posterioridad los Estados Unidos de América tomen una decisión oficial de adoptar y aplicar las modificaciones ulteriores de dichas reglas. (c) Los Estados Unidos de América aplicarán la Convención sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante.

(9) La Ley General de Arbitraje peruana, Ley N° 26572, entró en vigencia el 6 de enero de 1996.

Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

Del mismo modo, en la última década se ha generado un desarrollo exponencial del arbitraje doméstico en el Perú, lo que ha permitido el afianzamiento de varias instituciones arbitrales⁽¹⁰⁾ así como el aumento de especialistas en la materia.

3. CAPÍTULO DIEZ, SECCIÓN B: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA - ESTADO

A diferencia de la sección anterior, este mecanismo faculta a cualquier inversionista⁽¹¹⁾ (no únicamente a un Estado) a iniciar un arbitraje contra un Estado parte del APC, en cuyo territorio se encuentre la inversión⁽¹²⁾ que será materia de la controversia. Asimismo, esta sección permite que el demandante (el inversionista) pueda actuar en representación de una sucursal o una empresa constituida bajo la legislación del Estado demandado y que lleve a cabo actividades en su territorio; siempre y cuando dicha empresa o sucursal sea de propiedad del demandante o esté bajo su control.

Esta sección del APC constituye una obligación para someter una controversia a arbitraje, condicionada a que no haya transcurrido más de tres años desde la fecha en que el demandante tuvo o debió tener conocimiento de la violación alegada.

Para someter a arbitraje una reclamación en materia de inversiones se exige dos requisitos:

Para someter a arbitraje una reclamación en materia de inversiones se exige dos requisitos:

- a) Que el Estado demandado haya violado una obligación del Capítulo de Inversiones del APC (Capítulo X), una autorización de inversión o un acuerdo de inversión.
- b) Que el demandante o la empresa que representa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de tal violación como resultado de ésta.

Cabe precisar que la controversia podrá estar referida a una inversión existente antes de la entrada en vigencia del

⁽¹⁰⁾ Entre las principales instituciones arbitrales que operan en el Perú se encuentran el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que en promedio administra 140 casos al año, el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, el Centro de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE; y el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁽¹¹⁾ El artículo 10.28 señala que 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 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.

⁽¹²⁾ El artículo 10.28 señala que 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; (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; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

APC, siempre y cuando tal controversia se haya generado con posterioridad a la firma de éste.

A efectos de dar inicio al arbitraje, el demandante deberá efectuar una notificación escrita a la otra parte, por lo menos con noventa días de anticipación, indicando su intención de someter una reclamación a arbitraje.

Transcurridos seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación⁽¹³⁾ y efectuada la notificación

aludida en el párrafo precedente, el demandante podrá iniciar un arbitraje, de conformidad con el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) entre Estados y Nacionales de Otros Estados⁽¹⁴⁾, el Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁽¹⁵⁾, las Reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁽¹⁶⁾ o,

(13) Un año si se alega que la violación la cometió un país andino, según el texto del Anexo 10-E.

(14) Estados Unidos y el Perú ratificaron el Convenio CIADI el 10 de junio de 1966 y el 9 de agosto de 1993, respectivamente. Al respecto, el artículo 25 del Convenio del CIADI establece:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenía la nacionalidad del estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.”

(15) El segundo párrafo de la introducción de este Mecanismo Complementario señala que “El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.”

(16) El artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI señala lo siguiente:

“Artículo 1

1. Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios

previo acuerdo de las partes, ante cualquier otra institución de arbitraje o reglas de arbitraje.

Al respecto, el artículo 10.17 del APC contiene el consentimiento de cada parte del Tratado (Perú y Estados Unidos) en someter una reclamación al arbitraje. Además, el sometimiento de la reclamación a arbitraje deberá cumplir con el Capítulo II del Convenio del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exige el acuerdo por escrito de las partes de la controversia; el artículo II de la Convención de Nueva York⁽¹⁷⁾ que requiere un acuerdo por escrito y el artículo I de la Convención Interamericana⁽¹⁸⁾ que requiere un acuerdo.

4. CONCLUSIÓN

El APC comprende un marco autorregulatorio para solucionar las discrepancias

Estado-Estado generadas respecto a su interpretación y aplicación. En este sentido, las partes del Tratado cuentan con un procedimiento que va desde el trato directo hasta la intervención de un Panel de especialistas, cuyo pronunciamiento, si bien no es vinculante para ellas, puede establecer pautas para la solución de sus diferencias.

Asimismo, el APC contempla la obligación de las partes de brindar a los particulares acceso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia comercial internacional. Al respecto, es importante recalcar que tanto Estados Unidos como el Perú han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, instrumentos internacionales destinados a promover el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

Del mismo modo, el Acuerdo contempla la posibilidad que un inversionis-

se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.

2. Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición."

(17) El Artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras señala:

"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 hayan 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.
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
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".


(18) El Artículo I de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional señala:

"Artículo 1.

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex".

ta pueda demandar a un Estado parte en caso de incumplimiento del Capítulo referido a inversiones conforme a las reglas que las partes elijan. Sobre el particular, merece una mención particular el sometimiento de ambas partes al CIADI. Ello otorga un alto nivel de seguridad jurídica para el cumplimiento efectivo de las obligaciones y responsabilidades derivadas

del propio Acuerdo con relación a esta materia.

Por otra parte, consideramos que el APC es una herramienta de gran importancia económico-social, cuya suscripción y ratificación reciente brinda una oportunidad importante de desarrollo a los actores económicos nacionales y habitantes de nuestro país. 

NOTAS SOBRE EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA “DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES DEL PAÍS RECEPTOR DE LA INVERSIÓN” DESPUÉS DEL CASO FRAPORT V. FILIPINAS

Por: ÍTALO CARRANO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El caso *Fraport*. 2.1. Antecedentes. 2.2. Las posiciones de las partes. 2.3. La decisión en mayoría. 2.4. El voto del árbitro Cremades. 3. La cláusula luego del fallo en el caso *Fraport*. 3.1. ¿Jurisdicción o méritos? 3.2. ¿En qué momento se analiza la violación? 3.3. ¿Todas las violaciones o sólo algunas? 3.4. La conducta del Estado receptor de la inversión. 3.5. ¿Quién debe determinar la existencia de la violación? 4. Comentarios finales.

1. INTRODUCCIÓN

a. El 16 de agosto de 2007 el tribunal conformado por los árbitros Yves Fortier, Bernardo Cremades y W. Michael Reisman notificó la decisión de jurisdicción del caso *Fraport AG. Frankfurt Airport Services Worldwide (“Fraport”) v. República de Filipinas (“Filipinas”)*⁽¹⁾. En el fallo referido (de acuerdo al voto en mayoría de los árbitros Fortier y Reisman), se declaró que ese tribunal no tenía jurisdicción para analizar el reclamo presen-

tado en el marco del Tratado Bilateral de Inversión (“BIT”) suscrito por Alemania y Filipinas.

El fallo (que cuenta con el voto en contra del árbitro Cremades) niega jurisdicción al reclamo debido a que la inversión realizada por *Fraport* no se habría efectuado “de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión”, lo que supondría un incumplimiento de lo dispuesto en el BIT Alemania – Filipinas. Para el tribunal, el incumplimiento de las

(*) Abogado Asociado de Miranda & Amado, Lima.

(1) *Fraport AG. Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*. Decisión de jurisdicción. Caso ICSID Nº ARB/03/25, 16 de agosto de 2007.

leyes del país receptor de la inversión es el fundamento para negar jurisdicción, toda vez que las protecciones del tratado sólo se aplicarían a las inversiones que cumplan con el requisito de legalidad.

b. La decisión en este caso resulta importante, toda vez que supone el mayor desarrollo efectuado por un tribunal arbitral del contenido de la cláusula “de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión” (la “Cláusula”). Ésta ya había sido analizada previamente (en mayor o menor medida y con diversos resultados) en casos anteriores como *Salini v. Marruecos*⁽²⁾, *Tokio Tokelés v. Ucrania*⁽³⁾, *Kardassopoulos v. Georgia*⁽⁴⁾, *Aguas del Turnari v. Bolivia*⁽⁵⁾, *Saluka v. República Checa*⁽⁶⁾, *Bayindir v. Pakistán*⁽⁷⁾ e *Inceysa v. El Salvador*⁽⁸⁾.

La importancia del caso aumenta si tomamos en cuenta que con el fallo de *Fraport v. Filipinas* quedaría claro que la Cláusula es una herramienta útil para la defensa de los estados receptores de inversión a fin de evitar el sometimiento de controversias sobre inversiones a tribunales arbitrales internacionales (conformados en el marco de BITs).

c. Sin embargo, la importancia del caso no ha dejado al mismo al margen de la controversia.

De acuerdo con la decisión de la mayoría, el reclamo del inversionista extranjero es rechazado sin que éste sea analizado. Debido a que no existiría jurisdicción en el marco del BIT aplicable, el fondo de la controversia ya no es analizado por el tribunal arbitral: los inversionistas reclamantes ya no tendrían la posibilidad de discutir el (alegado) incumplimiento del estado receptor en el marco del BIT y, más grave aún, no podrían beneficiarse de las protecciones especiales derivadas de ese tratado (i.e., trato justo y equitativo, trato de nación más favorable, protección contra la expropiación).

En opinión de los críticos de la decisión, esta circunstancia supondría una manifiesta desigualdad en el tratamiento al inversionista extranjero, toda vez que si la Cláusula es una defensa jurisdiccional, el inversionista podría verse impedido de exponer su caso. Ciertamente, antes que éste exponga su situación particular (i.e., la conducta del estado anfitrión, los daños que se le habrían causado) podría encontrarse “fuera de juego”⁽⁹⁾.

(2) *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos*. Decisión de jurisdicción. Caso ICSID Nº ARB/00/4, 23 de julio de 2001.

(3) *Tokio Tokelés v. Ucrania*. Decisión de jurisdicción. Caso ICSID Nº ARB/02/18, 29 de abril de 2004.

(4) *Ioannis Kardassopoulos v. República de Georgia*. Decisión de jurisdicción, Caso ICSID Nº ARB/05/18, 6 de Julio de 2007.

(5) *Aguas del Turnari v. República de Bolivia*. Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado. Caso ICSID Nº ARB/02/3, 21 de octubre de 2005.

(6) *Saluka Investments BV v. República Checa*. Laudo parcial. Arbitraje bajo Reglas UNCITRAL 1976, 17 de marzo de 2006.

(7) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. A.S. v. República Islámica de Pakistán*. Decisión de jurisdicción. Caso ICSID Nº ARB/03/29, 14 de noviembre de 2005.

(8) *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*. Caso ICSID Nº ARB. 03/26, 2 de agosto de 2006.

(9) Como veremos más adelante, las primeras críticas pueden encontrarse e el voto singular del árbitro CREMADES. Ver: *Fraport v. Filipinas*. Voto singular, Par. 37. Similares dudas formula BORRIS, C. / HANNECKE, R. in:

Dentro del marco expuesto (y con la controversia generada), la intención de este documento es revisar cuál la situación actual del contenido de la Cláusula a partir de las decisiones arbitrales que han tratado sobre la misma y, de ser posible, establecer algunas guías para su aplicación.

d. La Cláusula es común en los BITs. Así lo reconocen diversos fallos arbitrales. Por ejemplo, en *Tokio Tokelés v. Ucrania*, el tribunal señaló que: “*The requirement in Article 1(1) of the Ukraine – Lithuania BIT that investments be made in compliance with the laws and regulations of the host state is a common requirement in modern BITs*”⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, pese que la Cláusula es recurrente, no presenta un texto uniforme (y tampoco una ubicación uniforme): varía de documento en documento. Para ilustrar nuestra afirmación, tomemos como ejemplo algunos de los BITs suscritos por el Perú.

En el BIT Perú – España, este tipo de cláusula se encuentra en la definición de inversión (Artículo 1.2): “A efectos del presente acuerdo (...) Por inversiones se designa a todo tipo de haberes, tales como bienes, derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión (...)”. Un texto similar tiene el BIT suscrito por Perú y Chile (“El término inversión se refiere a cualquier clase de bien, siempre que la

inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión (...).”).

El BIT Perú – Alemania encuentra esta referencia en dos secciones de un mismo artículo. Así, el artículo 2(1) dispone: “Cada una de las partes contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante”; mientras que el artículo 2(3) recoge el siguiente texto: “Las inversiones realizadas por nacionales o sociedades de una de las partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última, gozarán de la plena protección de este Convenio”.

Por su parte, el BIT Perú – Suecia recoge la Cláusula tanto en la definición de inversión (artículo 1.1: “El término inversión significará cualquier clase de activo, invertido por un inversionista de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante, a condición de que la inversión haya sido hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la otra parte contratante”) como en la declaración de promoción y admisión

“Fraport A.G. Frankfurt Services Worldwide v. Republic of Philippines – Compliance with national laws: A jurisdictional requirement under BITs?”, p. 1, in: *Transnational Dispute Management*, Volumen 4, Número 5, Setiembre 2007.

(10) *Tokio Tokelés v. Ucrania*, Par. 84. A similares conclusiones llega el tribunal del caso *Kardassopoulos v. Georgia*, Par. 147. Por su parte, DOLZER / STEVENS señalan que: “As noted above, BITs generally do not include any specific requirements that an investor must follow other than it must be done in accordance with the law (...)”. DOLZER, Rudolf / STEVENS, Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1995, p. 54.

(artículo 2: “Cada parte contratante promoverá en su territorio, con sujeción a su política general en el campo de la inversión extranjera, las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante y admitirá dichas inversiones en concordancia con su legislación”).

Nótese, entonces, como la Cláusula puede encontrarse en distintas secciones del BIT (y con distintos textos). En algunos casos aparece en la propia definición de “inversión”, mientras que en otros puede verse en las disposiciones referidas a la “promoción” o “admisión” de las inversiones⁽¹¹⁾.

2. EL CASO *FRAPORT*

2.1. Antecedentes

a. Este caso se origina en la inversión realizada por Fraport en Filipinas para la construcción y desarrollo del terminal 3 del aeropuerto Ninoy Aquino. Para el desarrollo del proyecto, el 12 de julio de 1997 se suscribió el contrato de concesión entre la sociedad Philippine International Air Terminals Co. Inc (PIATCO) y Filipinas. El contrato otorgaba a PIATCO la explotación exclusiva del terminal 3 por 25 años renovables.

Originalmente, Fraport no participó del proyecto. Su entrada a PIATCO se produjo en 1999 y fue aumentando hasta lograr (a través de participación directa e indirecta) el 61.44% de PIATCO entre los años 2001 y 2002. Este aumento en la participación se encontró acompañado, además, por un acuerdo de accionistas que otorgaba control a Fraport respecto a la

administración de la concesión. De acuerdo con el acuerdo de accionistas, Fraport era quien decidiría respecto a materias como la administración y mantenimiento de la concesión, así como las operaciones ordinarias del terminal.

El acuerdo de accionistas señalado en el párrafo anterior no fue conocido por Filipinas sino hasta el procedimiento arbitral. Dicho acuerdo tenía una cláusula de confidencialidad que impedía su revelación a cualquier tercero distinto a los accionistas de PIATCO. El acuerdo fue entregado al tribunal en diciembre de 2006, como consecuencia del requerimiento efectuado por éste.

b. De acuerdo a la legislación de Filipinas, la participación de extranjeros en empresas que prestan servicios públicos (i.e., aeropuertos) se encuentra restringida.

Para efectos de nuestro análisis es importante destacar que a la fecha de la entrada de Fraport en PIATCO se encontraba vigente en Filipinas la Commonwealth Act N° 108 (conocida como “Anti-Dummy Law”). Esta norma imponía sanciones penales, entre otros supuestos, a aquellas personas que ayuden a extranjeros a participar en el manejo, administración o control de actividades que se encuentren reservadas por la Constitución o las leyes de Filipinas para sus nacionales.

c. La ejecución de la concesión no se efectuó tranquilamente. Desde el año 2001 la opinión pública se manifestó en contra del proyecto del terminal 3. Como consecuencia de la oposición, el gobierno de Filipinas tomó la posición que el contrato de concesión no era válido, toda

(11) Ver *Inceysa v. El Salvador*, Par. 186-188.

vez que: (i) PIATCO no habría cumplido con los requisitos de precalificación necesarios para obtener la buena pro correspondiente y (ii) no se habían obtenido todas las aprobaciones estatales necesarias para el proyecto.

En las mismas fechas, el senado filipino conformó tres comisiones investigadoras para analizar el otorgamiento y desarrollo de la concesión por PIATCO. Como resultado de ello, el denominado “Blue Ribbon Committee” concluyó que el contrato de concesión con PIATCO era nulo puesto que se había celebrado en contravención con el orden público, así como porque carecía de las aprobaciones administrativas necesarias.

Diversas acciones legales fueron iniciadas contra el contrato de concesión y PIATCO. Entre éstas se encuentra la petición formulada por diversos trabajadores de los terminales 1 y 2 (quienes sentían que sus puestos de trabajo podrían peligrar como consecuencia de la operación del terminal 3) y algunos congresistas. Su demanda de nulidad del contrato de concesión fue declarada fundada por la Corte Suprema de Filipinas el 5 de mayo de 2003.

d. A la fecha de la decisión de la Corte Suprema de Filipinas, el terminal 3 ya estaba terminado.

e. En el año 2004, Filipinas comenzó un proceso de expropiación del terminal 3. El Presidente de Filipinas señaló que en el marco de esta expropiación, los inversionistas recibirían una compensación justa rápidamente, de acuerdo con la legislación de Filipinas. Los procedimientos para el pago de la expropiación

no habían culminado a la fecha de emisión del laudo del caso Fraport.

Debido a la circunstancia descrita en el párrafo anterior, Fraport presentó una solicitud de arbitraje ante Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de acuerdo con el mecanismo de solución de controversias establecido en el BIT Alemania – Filipinas.

2.2. Las posiciones de las partes

a. En respuesta a la solicitud presentada, Filipinas señaló que el tribunal no tenía jurisdicción para ver el reclamo presentado.

Filipinas precisó que las protecciones contenidas en el BIT Alemania – Filipinas no podían extenderse a inversiones realizadas en contravención con sus leyes. En ese sentido, si la inversión de Fraport era ilegal, dicha inversión no podría encontrarse protegida por el tratado y, por ende, el fundamento para la jurisdicción del tribunal desaparecía.

Filipinas señaló, asimismo, que la “legalidad” de la inversión es una obligación del inversionista que se mantiene durante todo el período que dure la inversión. El tribunal reconoce que –en resumen– la posición del demandando es: “*In other words, the duty to comply with the Host State’s Laws is an ongoing one which must be respected throughout the period which the investment is made*”⁽¹²⁾.

Fraport habría violado las regulaciones locales de Filipinas (y en forma especial la “Anti-Dummy Law”), toda vez dicho inversionista habría suscrito el con-

(12) Fraport v. Filipinas, Par. 286.

venio de accionistas secreto descrito en la sección 2.1.a precedente. Este convenio secreto le habría otorgado el control *de facto* de la concesión.

b. La defensa de Fraport señaló que su inversión –en ningún momento– violaba las normas de Filipinas.

El inversionista destacó que si bien es cierto tenía una participación (directa e indirecta) del 61.44% en PIATCO, en realidad debía ser considerado como un accionista no controlante puesto que sólo mantenía directamente una participación del 30% en la sociedad concesionaria (PIATCO). La mayoría de las acciones de PIATCO se encontraban en poder de la Familia Cheng, de nacionalidad filipina, quien sí era el accionista controlante de la sociedad concesionaria. En forma adicional, Fraport señaló que la agencia estatal filipina encargada de la supervisión del mercado de valores había emitido una opinión en la que indicaba que aquellas compañías que eran propiedad del filipinos en por lo menos un 60% eran consideradas filipinas sin perjuicio de la propiedad de la minoría de las acciones.

De otro lado, Fraport insistió en el hecho que el BIT Alemania – Filipinas debía ser interpretado en el sentido que creaba una obligación al estado receptor

de admitir la inversión realizada. Para este efecto, el demandante señaló que el BIT debía ser interpretado tomando en cuenta que su propósito es la promoción y protección de inversiones en el estado anfitrión.

Finalmente, Fraport señaló que las autoridades filipinas nunca habían tenido ningún reparo a su inversión. Por el contrario, la aceptación y reconocimiento realizados a la inversión por las autoridades filipinas demostraba que la inversión realizada cumplía con las regulaciones nacionales.

2.3. La decisión en mayoría

Con el voto favorable de los árbitros Reisman y Fortier, se declaró que el tribunal no contaba con jurisdicción para analizar el reclamo de Fraport, toda vez que éste había incumplido con la Cláusula estipulada BIT Alemania – Filipinas⁽¹³⁾.

La decisión se encuentra fundamentada en el hecho que Fraport habría violado la Anti-Dummy Law al suscribir un acuerdo de accionistas secreto que le daba control (efectivo) sobre PIATCO y la concesión. En opinión del tribunal, la participación (directa e indirecta) de Fraport ascendente a 61.44% en PIATCO no suponía una violación a las leyes de Filipinas.

⁽¹³⁾ Para efectos de su análisis, el tribunal analiza el articulado del BIT Alemania – Filipinas que se refiere a la Cláusula. A continuación, citamos los textos usados por el tribunal.

El Artículo 1 (1) del BIT Alemania – Filipinas que contiene la definición de inversión señala: “*The term ‘investment’ shall mean any kind of assets accepted in accordance with the respective laws and regulations or either Contracting State (...)*” (el subrayado es agregado).

De otro lado, el artículo 2(1) (referido a la protección y admisión de las inversiones) dispone: “*Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as reflected in article 1, paragraph 1*” (el subrayado es agregado).

Finalmente, el tribunal se refiere a la declaración de ratificación del BIT emitida por Filipinas. En ese documento se señala: “*Whereas, the Agreement provides that the investment shall be in the areas allowed by and in accordance with the Constitutions, laws and regulations of each of the Contracting Parties*” (el subrayado es agregado).

El tribunal sobre esta materia entendió que *“The issue upon which the Tribunal focuses in connection with the ADL is not to be found in the fact that Fraport may have exceeded the statutorily determined level of equity investment lawfully permitted to a foreign investor in a constitutionally defined category of public utilities. In the view of the Tribunal, Fraport did not. Nor did Fraport violate the ‘in accordance’ requirement of the BIT in that it may have loaned ‘too’ much money to the public utility in question. Neither of these actions, both essentially quantitative, translates per se into managerial control over a modern corporation”*⁽¹⁴⁾.

El tribunal resaltó, asimismo, que el acuerdo de accionistas confidencial suscrita cuando Fraport invirtió en PIATCO demostraría que la demandante intencionalmente había estructurado su inversión en una forma que violaba la Anti-Dummy Law (al otorgarle el control sobre PIATCO). En esta línea, el tribunal dispuso: *“Fraport’s equity investment in terms of the statutorily limited percentage in the Terminal 3 project was lawful under Philippine law. Fraport’s controlling and managing the investment was not. Despite having been advised and plainly understanding this, Fraport secretly designed its investment in the project so as to have that prohibited management and control, in particular by reserving to itself the ultimate authority as a shareholder in PIATCO to decide those matters set out in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of Article 2.02 (2) (a) of the FAG-PAIR-CARGO-PAGS-PTI Shareholders’ Agreement of 6 July 1999”*⁽¹⁵⁾.

2.4. El voto del árbitro Cremades

Como adelantamos, el fallo cuenta con el voto singular del árbitro Cremades. En este voto, el árbitro Cremades señaló que el tribunal sí tenía jurisdicción sobre el reclamo presentado por Fraport en el marco del BIT Alemania – Filipinas.

El análisis del árbitro Cremades se centra, principalmente, en tres puntos: (i) el significado de la Cláusula de acuerdo al texto del artículo 1(1) del BIT Alemania – Filipinas; (ii) el error del tribunal en la aplicación de la Anti-Dummy Law; (iii) la declaración de nulidad de la concesión efectuada por la Corte Suprema de Filipinas.

Sobre el primer punto, el árbitro Cremades consideró que las preguntas referidas a la legalidad de la conducta del inversionista debían ser examinadas cuando se analice el fondo de la controversia (y no en la etapa jurisdiccional). Ello se debe a que la exigencia de legalidad en el artículo 1(1) del BIT sólo se refiere a la calificación de la inversión realizada y no a la evaluación de la conducta del inversionista. En ese sentido, la Cláusula sólo debe evaluar si la inversión se encuentra permitida (formalmente) en la legislación del estado receptor y, en ningún caso, debe permitir analizar la conducta del inversor. Esa materia se trataría en los méritos del arbitraje. En las propias palabras del árbitro Cremades: *“As a matter of principle, therefore, the legality of the investor’s conduct is a merits issue. The inquiry at the jurisdictional phase required by the phrase ‘in accordance with the laws and regulations of the Host State’ is limited to determining whether the type of asset*

⁽¹⁴⁾ Fraport v. Filipinas, Par. 350.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, Par. 323.

is legal in domestic law. For the reasons already explained, I consider that the proper interpretation of article 1(1) of the Philippines-Germany BIT in accordance with the principles of the Vienna Convention produces exactly this result"⁽¹⁶⁾.

Un razonamiento distinto supone para el árbitro Cremades colocar al inversionista en una situación de desventaja frente al estado receptor de la inversión, ya que no le permitiría presentar su caso ante el tribunal lo que no respetaría una regla fundamental del debido proceso⁽¹⁷⁾.

El árbitro Cremades también considera que la Anti-Dummy Law fue aplicada de manera incorrecta por el tribunal arbitral, toda vez que ésta norma sanciona únicamente a aquella persona que ayuda al extranjero en su violación a las restricciones por razón de nacionalidad en empresas de servicios públicos. Al no haberse demostrado ninguna violación de PIATCO (o algún otro filipino), no podría sancionarse al extranjero (Fraport).

Finalmente, la opinión del árbitro Cremades considera que tampoco puede determinarse la existencia de una violación de la Anti-Dummy Law, ya que la Corte Suprema de Filipinas había declarado la nulidad del contrato de concesión de PIATCO. Esa nulidad es *ab initio*, lo que significa que –desde un punto de vista legal– nunca existió ese contrato de concesión. Si éste no existió, tampoco pudo presentarse una violación a la Anti-Dummy Law.

3. LA CLÁUSULA LUEGO DEL FALLO EN EL CASO FRAPORT

3.1 ¿Jurisdicción o méritos?

a. Como adelantamos al inicio de este documento, el fallo del caso Fraport niega el otorgamiento de jurisdicción al reclamo de un inversionista sobre la base de que la inversión efectuada habría incumplido con la legislación del estado anfitrión. Con ello impide que el reclamo del inversionista sea analizado en los méritos del arbitraje.

El tribunal señala que para recibir la protección derivada del tratado necesariamente debe tenerse una inversión "legal". A falta de ella, no es posible otorgar protección al inversionista. En esta línea, el tribunal indicó: "*Compliance with the host state's laws is an explicit and hardly unreasonable requirement in the Treaty [BIT Alemania – Filipinas] and its accompanying Protocol. Fraport's ostensible purchase of shares in the Terminal 3 project, which concealed a different type of unlawful investment, is not an 'investment' which is covered by the BIT. As the BIT is the basis of jurisdiction of this tribunal, Fraport's claim must be rejected for lack of jurisdiction *ratione materiae**" (el texto en corchetes y el subrayado son agregados)⁽¹⁸⁾.

Esta posición no es nueva: ya había sido recogida en otros arbitrajes⁽¹⁹⁾. En *Salini v. Marruecos*, por ejemplo, el tri-

⁽¹⁶⁾ Fraport v. Filipinas, voto singular, Par. 38.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, Par. 37.

⁽¹⁸⁾ Fraport v. Filipinas, Par. 404.

⁽¹⁹⁾ También es recogida en doctrina. "*In many investment treaties the definition of 'investment' includes a requirement that the categories of assets admitted as 'investments' must be made 'in accordance with the*

bunal analiza el contenido de la Cláusula y concluye que ésta sólo busca proteger a las inversiones que se realizaron en concordancia con las leyes del estado receptor. El resto no se encontrarían protegidas. El tribunal del caso Salini señaló: *"The Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that the paragraph 1 refers the law of the host State for the definition of 'investment'. In focusing on 'the categories of invested assets (...)' in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party", this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal"* (el resaltado es agregado)⁽²⁰⁾. En la misma línea, el caso Kardassopoulos v. Georgia reconoce que: *"The requirement that an investment be made in accordance with the laws of the host State in order to benefit from a BIT's protection is uncontroversial. It is found in numerous BITs (...) The ordinary meaning of the words in Article 12 of the BIT (...) connotes that if an investment is made in violation of Georgian law, such and investment is not*

entitled to protection under the BIT" (el resaltado es agregado)⁽²¹⁾.

El fundamento de la negativa del tribunal al otorgamiento de jurisdicción se encuentra en el hecho que la Cláusula tiene un efecto directo en el consentimiento del estado receptor respecto a qué inversiones son protegidas. El estado receptor tiene la facultad de restringir el ámbito de aplicación del mismo. Al momento de suscribir el tratado, dicho estado puede decidir a qué inversiones protege y cuáles no protege. La Cláusula es una limitación unilateral permitida al consentimiento del estado receptor respecto al alcance de las inversiones protegidas⁽²²⁾.

La limitación del consentimiento del estado receptor es permitida por la Convención CIADI⁽²³⁾. El artículo 25 de este tratado⁽²⁴⁾ permite restringir el alcance del consentimiento del estado anfitrión al reconocer que sólo se someterán a arbitraje aquellas controversias en las que "las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro". El BIT, entonces, define el alcance del consentimiento y, por lo tanto a través de la Cláusula, éste sólo incluye las controversias relacionadas con las inversiones "legales".

laws and regulations of the said party. The plain meaning of this phrase is that investments which would be illegal upon the territory of the host State are disqualified from the protection of the BIT". MCLACHLAN, Campbell/ SHORE, Laurence/ WEINIGER, Matthew, International Investment Arbitration. Substantive Principles. Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 181.

(20) Salini v. Marruecos, Par. 46. En la misma línea se encuentran Tokio Tokelés v. Ucrania, Par. 84 y Bayindir v. Pakistán, Par. 109.

(21) Kardassopoulos v. Georgia, Par. 174-177.

(22) Ver: Inceysa v. El Salvador, Par. 184-185.

(23) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

(24) "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".

En resumen, de acuerdo con el fallo en el caso Fraport, sin consentimiento no es posible la protección (ni el arbitraje para buscar ésta). El resultado de la aplicación de la Cláusula es una defensa jurisdiccional que impide al tribunal ver el fondo del reclamo.

b. Sin embargo, la posición de la mayoría ha sido criticada duramente.

Las primeras críticas, ciertamente, se encuentran en el voto singular de árbitro Cremades. Éste –como hemos indicado antes– rechaza el hecho que la Cláusula pueda contener una defensa jurisdiccional. El árbitro Cremades considera que la frase “de conformidad con las normas del estado receptor de la inversión” en el BIT Alemania – Filipinas no permiten el análisis de la legalidad de la inversión en la etapa jurisdiccional.

El árbitro Cremades considera que el fallo coloca al inversionista en una situación de desventaja frente al estado receptor de la inversión, puesto que no permitiría analizar las violaciones cometidas por el estado anfitrión contra el inversionista. Ello no respetaría una regla fundamental del debido proceso: “*If the legality of the Claimant’s conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent’s conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure*”⁽²⁵⁾.

Esta situación de desventaja para el inversionista se deriva de la propia naturaleza de la etapa jurisdiccional del arbitraje. En ésta sólo se analiza el cumplimiento formal de los requisitos de admisión del reclamo y no permite la discusión en detalle de las circunstancias del caso. Tomando en cuenta ello, Borris y Hennecke comentan sobre este caso que: “*(...) its approach is unsuited to the determination of jurisdiction ratione materiae for a variety of reasons: First, in order to avoid top-heavy proceedings (ideally), jurisdictional requirements should not only be simple and straightforward, but also suited for a ‘digital’ decision: the decision on jurisdiction can only be yes or No. There is no room for differentiated solutions (...) Non compliance with national laws and its legal consequences is an issue to be considered in the context of the merits of the case where it can be dealt with in a differentiated manner. The majority’s jurisdictional approach, by forcing and all or nothing decision, inappropriately curtails the Tribunal’s discretion and its ability to reach a just solution that takes into account all facts (...)*”⁽²⁶⁾.

c. Ahora, ¿son fundadas las críticas a la decisión de la mayoría?

Sin perjuicio de reconocer la pertinencia de los comentarios del árbitro Cremades, su posición no nos resulta convincente. Es cierto que si entendemos a la Cláusula como una defensa jurisdiccional el efecto directo será la imposibilidad del inversionista de presentar su reclamo ante

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, Par. 37.

⁽²⁶⁾ BORRIS / HANNECKE, “Fraport A.G. Frankfurt Services Worldwide v. Republic of Philippines – Compliance with national laws: A jurisdictional requirement under BITs?”, cit., p. 13.

el tribunal conformado en el marco del BIT. Sin embargo ése es el efecto de una limitación de consentimiento del estado en un tratado. Si la inversión no se encuentra protegida por el tratado, mal podría un tribunal arbitral avocarse al conocimiento de una controversia sobre la misma⁽²⁷⁾.

El texto del tratado y la declaración de ratificación efectuada por Filipinas, por lo demás, respaldarían esta conclusión. El artículo 2 del BIT Alemania – Filipinas consigna como obligación del estado la de “admitir las inversiones en concordancia con su Constitución, leyes y regulaciones” (el subrayado es agregado). Entendemos que el uso de la palabra “admitir” no es gratuito, ésta supone una distinción entre unas inversiones y otras. En esa línea, la admisión (diferenciación y luego aceptación) sólo se produce si se presenta el cumplimiento del requisito establecido (i.e., cumplimiento de la ley). En la misma línea, la declaración de ratificación señala: “*Whereas, the Agreement provides that the investment shall be in the areas **allowed by and in accordance with the Constitutions, laws and regulations of each Contracting Parties***”.

Finalmente, es importante destacar que la situación de indefensión resaltada por el árbitro Cremades no se presentaría. Si bien el camino del BIT se encontraría cerrado, el inversionista contaría aún con otros mecanismos para hacer valer su reclamo (i.e., cortes locales, otros arbitrajes en sedes distintas al CIADI).

3.2. ¿En qué momento se analiza la violación?

Un segundo tema que aborda el tribunal se encuentra en el ámbito temporal de la Cláusula. En su defensa, Filipinas había señalado que la Cláusula debía ser interpretada como una obligación que se mantiene durante toda la duración de la inversión. Así, en opinión de Filipinas, el incumplimiento de cualquier obligación legal durante el tiempo de la inversión haría que se rechace la protección derivada del BIT⁽²⁸⁾.

La posición de Filipinas fue rechazada por el tribunal. El tribunal entendió que el texto del BIT Alemania – Filipinas limita la aplicación de la Cláusula a las obligaciones para la iniciación de la inversión. Sólo las obligaciones derivadas de la iniciación de la inversión podrán ser usadas como defensa jurisdiccional, el resto deberán ser tratadas como argumentos en los méritos del arbitraje⁽²⁹⁾.

Esta posición es reconocida en doctrina. Por ejemplo, Dolzer y Stevens sobre este tema señalan: “*Admission clauses are important because they determine the degree of control that a State party has retained over the conditions on the basis of which investments are allowed into the host State. The most common type of clause will record that parties’ undertaking to ‘promote’ investments under the treaty and admit such investments as long as they are made in accordance with the*

(27) Una opinión similar puede encontrarse en KNAHR, C. “Investments ‘in accordance with host state law”, en: *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, Nº 5, Septiembre de 2007, Par. 17.

(28) *Fraport v. Filipinas*, Par. 344.

(29) *Ibidem*, Par. 345.

host country's legislation. As indicated above, it would require an analysis of all the relevant laws of a host country to ascertain properly the obligations that must be complied with in respect of a particular entry" (el resaltado es agregado)⁽³⁰⁾.

3.3. ¿Todas las violaciones o sólo algunas?

a. Una primera interrogante es si la Cláusula se aplica a todas las inversiones realizadas o sólo a aquellas que expresamente han sido aprobadas por el país receptor. La interrogante resulta relevante en casos como nuestro país en los que sólo un número limitado de inversiones requieren aprobación previa expresa, siendo por el contrario la regla que las inversiones se efectúen sin necesidad de aprobación estatal anterior.

La duda, ciertamente, no es gratuita. Ésta fue una de las defensas del inversionista extranjero en el caso *Inceysa v. El Salvador*. De acuerdo con el tribunal: "Para *Inceysa* la interpretación correcta de la frase 'conforme a su legislación' es la de (...) que si existe una limitación fundada en el texto 'conforme a su legislación' ésta tiene que referirse a la aprobación de la inversión (libertad de admitir o no admitir una determinada inversión, procedimiento a seguir para la aprobación)" (el subrayado es agregado)⁽³¹⁾.

b. El tribunal del caso *Fraport* rechazó esta defensa. En su análisis, se señala que existen dos tipos de inversiones internacionales. El primer tipo es aquella en la que la inversión se realiza acompa-

ñada con el reconocimiento o permiso del estado anfitrión, mientras que el segundo tipo es aquel que se efectúa sin necesidad de aprobación alguna.

Ahora bien, la interpretación de la Cláusula (en el BIT Alemania – Filipinas) no puede restringirse sólo a las primeras inversiones mencionadas en el párrafo anterior. Todas las inversiones (tanto si requieren aprobación o no) deben cumplir con el marco legal del país anfitrión.

En opinión del tribunal, no resultaría coherente que se requiera sólo a las inversiones que requieren aprobación que cumplan con el marco legal del estado receptor y que a las otras se les libere de ese requisito, más aun cuando el texto de la declaración de ratificación firmada por Filipinas señala que las inversiones en el marco del BIT deben realizarse "en las áreas permitidas y de conformidad con las leyes de Filipinas"⁽³²⁾. Ciertamente, aun cuando algunas inversiones requieren una declaración de aceptación expresa, todas tienen que ser legales.

c. De otro lado, es importante notar que la señalada defensa del inversionista también falla si tomamos en cuenta que cuando los estados desean establecer una limitación al tipo de inversión protegida, dicho deseo es expresamente incluido en el BIT.

En tanto restricción al consentimiento, cualquier limitación al ámbito de protección de la inversión debe ser colocada en forma expresa en el tratado. La práctica internacional confirma nuestro entendimiento. Es usual que los BITs sucritos

⁽³⁰⁾ DOLZER / STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, cit., Par. 51.

⁽³¹⁾ *Inceysa v. El Salvador*, Par. 78.

⁽³²⁾ *Fraport v. Filipinas*, Par. 343.

por los países del sudeste asiático limiten la aplicación de la Cláusula a aquellas inversiones que sean previamente aprobadas por el país anfitrión⁽³³⁾. A manera de ejemplo, el BIT suscrito por Perú y Singapur contiene una Cláusula con ese tipo de restricción material. El artículo 2.1 señala que: “El presente Convenio se aplicará únicamente: (...) (b) con relación a las inversiones en el territorio de la República de Singapur, a todas las inversiones realizadas por inversionistas de la República del Perú **que hayan sido aprobadas específicamente por escrito por la autoridad competente designada por el Gobierno de la República de Singapur** y de acuerdo a las condiciones, si existiera alguna, que éste estime conveniente” (el resaltado es agregado).

d. Una segunda pregunta sobre este tema se encuentra referida al estándar qué debe aplicarse para establecer la violación a la ley nacional.

En Fraport, el tribunal toma una aproximación subjetiva, buscando establecer si la violación a la legislación nacional se debió a un error de buena fe o a que

las regulaciones nacionales no eran claras. El tribunal en Fraport entiende que sólo las violaciones intencionales (de mala fe) hacen que el inversionista pierda las protecciones derivadas del tratado⁽³⁴⁾.

El estándar planteado contrasta con el usado en Tokio Tokelés v. Ucrania. Este caso se origina a partir del reclamo ante CIADI de un inversionista de nacionalidad lituana respecto a su inversión en una subsidiaria constituida en Ucrania. Como una de sus defensas rechazando la jurisdicción del tribunal constituido bajo reglas CIADI, la demandada señala que la inversión de Tokio Tokelés no se realizó de acuerdo a las normas de Ucrania, motivo por el cual debía rechazarse la protección de la misma⁽³⁵⁾. Ucrania señala que la inversión del demandante no se encuentra protegida debido a que éste habría incumplido con: (i) la denominación de la subsidiaria de Tokio Tokelés no recogería el nombre correcto de la forma societaria escogida conforme a las leyes de Ucrania⁽³⁶⁾ y (ii) diversos documentos relacionados con la inversión se habría presentado sin tener las firmas necesarias o

(33) SORNARAJAH, M., *International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, Par. 225.

(34) Fraport v. Filipinas, Par. 396 (“When the question is whether the investment is in accordance with the law of the host state, considerable arguments may be made in favour of construing jurisdiction *ratione materiae* in a more liberal way which is generous to the investor. In some circumstances, the law in question of the host state may not be entirely clear and mistakes may be made in good faith. An indicator of a good faith error would be the failure of a competent local counsel’s legal due diligence report to flag that issue. Another indicator that should work in favour of an investor that had run afoul of a prohibition in local law would be that the offending arrangement was not central to the profitability of the investment, such that the investor might have made the investment in ways that accorded with local law without any loss of projected profitability. This would indicate the good faith of the investor”).

(35) El artículo 1(1) del BIT Lituania – Ucrania define una inversión como: “Every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of ht latter (...)”.

Un análisis similar se sigue en Inceysa v. El Salvador. Ver Par. 230-244.

(36) La demandada señala que el nombre de la subsidiaria (“*The Lithuanian subsidiary private Enterprise The Publishing, Informational and Advertising Agency Taki Spravy*”) es incorrecto debido a que “subsidiary enterprise” (y no “*subsidiary private enterprise*”) es la forma societaria reconocida por las leyes ucranianas.

el sello notarial correspondiente.

El tribunal en *Tokio Tokelés v. Ucrania* establece una regla objetiva para la evaluación de la violación: sólo las violaciones de importancia no recibirán la protección derivada del tratado (o en palabras del tribunal, “*The Respondent now alleges that some of the documents underlying these registered investments contain defects of various types, some of which relate to matters of Ukrainian law. Even if we were able to confirm the Respondent’s allegations, which would require a searching examination of minute details of administrative procedures in Ukrainian law, to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty*”⁽³⁷⁾).

En conclusión, debemos notar que si bien la intención de la mayoría en *Fraport v. Filipinas* ha sido evitar la aplicación draconiana de la Cláusula (tomando en cuenta sus consecuencias en materia jurisdiccional), la aplicación de la decisión puede resultar en algunos casos problemática ya que debe determinarse la buena o mala fe del inversionista⁽³⁸⁾.

3.4. La conducta del Estado receptor de la inversión

Tal como hemos visto hasta este momento, la Cláusula impone al inversionista la obligación de realizar su inversión de acuerdo con las leyes nacionales del país anfitrión. Pero, ¿existe algún deber correlativo de cargo de este último? o ¿el país receptor sólo tiene una posición pasiva frente al error cometido?

La duda es relevante en la práctica puesto que las inversiones usualmente se efectúan con conocimiento del estado receptor y la interacción entre el inversionista y el estado es continua durante todo el tiempo de la inversión. En este escenario, una pregunta obligada es si el estado anfitrión puede oponer la defensa jurisdiccional derivada de la Cláusula aún cuando conocía de la ilegalidad de la inversión.

La respuesta que a este problema propone el caso *Fraport* se encuentra fundada en las reglas de la buena fe. Si el estado anfitrión conocía de la infracción, éste no podrá oponer la defensa jurisdiccional: “*There is, however, the question of estoppel. Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law*”⁽³⁹⁾.

La existencia de esta obligación de cargo del estado receptor ya había sido afirmada en otros casos anteriores. En *Kardassopoulos v. Georgia*, uno de los vehículos de inversión del demandante constituyó conjuntamente con una empresa estatal una sociedad local para la construcción y explotación de oleoductos, así como celebró un contrato de concesión para el desarrollo de esta actividad por un plazo determinado.

Ante la demanda del inversionista por el incumplimiento de diversas obligaciones, Georgia alegó que el tribunal (constituido en el marco del BIT Grecia – Georgia) no tenía jurisdicción, toda vez

(37) *Tokio Tokelés v. Ucrania*, Par. 86.

(38) *KNAHR, C.*, Par. 17; *BORRIS, C / HENNECKE, R.*, Par. 12.

(39) *Fraport v. Filipinas*, Par. 346.

que el referido BIT no protegía las inversiones realizadas de manera contradictoria a las regulaciones del país receptor. Georgia alegaba que la entidad que celebró el contrato de concesión a nombre del país receptor no tenía la autorización suficiente para otorgar la concesión correspondiente. Debido a ello, el contrato suscrito con el inversionista era nulo y la inversión no podía encontrarse protegida debido a que no se había realizado (correctamente) conforme a las regulaciones de Georgia.

El tribunal de este caso rechazó las alegaciones de Georgia sobre la base del principio de la buena fe (y la creación de expectativas legítimas sobre la validez al inversionista). Georgia desde el inicio conoció la situación de la inversión realizada sin haber efectuado ninguna objeción a la misma, por lo que no podía ampararse en la Cláusula para negar la protección derivada del BIT: *"The Tribunal further observes that in the years following the execution of the JVA and the Concession by SakNavtobi and Transneft [entidades estatales de Georgia], respectively, Georgia never protested nor claimed that these agreements were illegal under Georgian law. In light of all of the above circumstances, the Tribunal is of the view that Respondent created a legitimate expectation for Claimant that his investment was, indeed, made in accordance with Georgian law and, in the event of breach, would be entitled to treaty protection"*⁽⁴⁰⁾.

El mismo razonamiento es seguido en *Saluka v. República Checa*. En este caso, se señaló: *"In this connection, the Tribunal notes that, throughout the events giving rise to this arbitration, the Czech authorities have never questioned either the legality of the original transaction by which Nomura acquired the IPB shares, or the legality of Saluka's subsequent ownership of them: on the contrary, the Czech authorities took many steps explicitly acknowledging Saluka's status as properly the owner of those shares after October 1998"*⁽⁴¹⁾.

3.5. ¿Quién debe determinar la existencia de la violación?

a. La existencia de la violación debe ser determinada por el propio tribunal. Esta conclusión no sólo es expresada por la decisión de *Fraport*⁽⁴²⁾, sino también por *Inceysa v. El Salvador* (decisión de jurisdicción en la que se basa la mayoría del caso *Fraport*).

En *Inceysa v. El Salvador*, la demandante argumentó que la Corte Suprema de El Salvador ya se había pronunciado en dos oportunidades sobre la legalidad de su inversión. Ello significaba –para *Inceysa*– que la legalidad de inversión en El Salvador era ya cosa juzgada, motivo por el cual ella no podía ser cambiada por el tribunal arbitral constituido en el marco del BIT.

⁽⁴⁰⁾ *Kardassopoulos v. Georgia*, Par. 192.

Este razonamiento sería además concordante con la responsabilidad del estado anfitrión en los casos de autoridades que exceden sus poderes. El artículo 7 del texto de los "Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts" preparado por la International Law Commission (ILC) señala: *"The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions"*.

⁽⁴¹⁾ *Saluka v. República Checa*, Par. 217.

⁽⁴²⁾ *Fraport v. Filipinas*, Par. 391.

El tribunal del caso *Inceysa v. El Salvador* rechazó la subordinación de la determinación de la legalidad de la inversión a lo señalado por las cortes locales. Para el tribunal, “Sostener un criterio diverso al antes descrito, implicaría dar a los estados signatarios del acuerdos de protección recíproca de inversiones en los que se incluye la cláusula ‘de conformidad con la legislación’ la facultad de retirar su consentimiento de manera unilateral, (al determinar ellos mismo si una inversión fue hecha de acuerdo con su legislación), una vez haya surgido una diferencia (...)”⁽⁴³⁾.


La decisión del tribunal es concordante con la razón por la cual existe el arbitraje de inversión. De acuerdo con Schreuer, éste aparece con la finalidad de evitar que el país receptor utilice sus cortes para discutir una controversia sobre inversiones. Las cortes locales serían vistas –de manera general para este tipo de controversias– como carentes de objetividad y muy poco abiertas a aplicar los estándares de protección previstos en el derecho internacional⁽⁴⁴⁾. Y también estaría acorde con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados internacionales, el mismo que señala que un estado no puede invocar sus normas internas como justificación para cumplir con un tratado internacional.

b. Sin embargo, algunas dudas surgen del caso *Fraport*. ¿Qué sucede si la propia ley nacional establece un procedimiento específico para la determinación de la infracción? ¿Puede el tribunal “saltarse” ese procedimiento?

En *Fraport v. Filipinas*, la violación de la ley nacional es establecida por el incumplimiento de la *Anti-Dummy Law*, que es una ley penal. ¿Podría el tribunal arbitral decidir que existe violación a la ley sin que exista un pronunciamiento previo por parte de las cortes penales? La duda subsiste: ¿no estaría el procedimiento de determinación incorporado en la propia Cláusula? Y si eso es así, ¿debería recurrirse primero a las cortes locales antes que cumplir con la regla recogida en *Inceysa v. El Salvador*?

4. COMENTARIOS FINALES

No cabe duda que (estemos a favor o no) la decisión de jurisdicción en el caso *Fraport v. Filipinas* supone un desarrollo importante respecto al contenido de la Cláusula, así como una guía necesaria para su futura aplicación por estados e inversionistas. Sin embargo, es cierto que también algunas dudas surgen luego del fallo, las mismas que podrían aclararse en futuros laudos.

Sólo queda señalar como dato relevante en la lectura de esta nota que la decisión de jurisdicción revisada se encuentra (a la fecha de preparación de este artículo) sometida a un proceso de anulación. Con fecha 8 de enero de 2008, *Fraport* solicitó la anulación del mismo conforme a las reglas previstas en el artículo 52 de la Convención CIADI. El proceso aún no se ha iniciado, encontrándose pendiente la conformación del comité *ad hoc* correspondiente. 

⁽⁴³⁾ *Inceysa v. El Salvador*, Par. 211.

⁽⁴⁴⁾ SCHREUER, C. “Calvo’s grandchildren. The return of local remedies in investment arbitration”, en: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, N° 4, Año 2005, Par. 1.

ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	V
<i>Presentación</i>	XI

ARBITRAJE NACIONAL

COMENTARIOS A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ - LEY N° 26572

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
(Perú)

1. Regulación del arbitraje antes de la promulgación de la vigente Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572	3
2. El arbitraje es una jurisdicción autónoma e independiente del fuero judicial	5
3. Materias que pueden someterse a arbitraje	6
4. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia	7
4.1. Arbitraje de derecho	8
4.2. Arbitraje de conciencia	8
5. Arbitraje <i>ad-hoc</i> y arbitraje institucional o administrado	9
5.1. Arbitraje <i>ad-hoc</i>	9
5.2. Arbitraje institucional o administrado	10
6. Convenio Arbitral	11
7. Árbitros	15
8. Procedimiento arbitral	19
9. Laudo arbitral	21

10. Recursos contra el laudo arbitral	22
10.1. Recurso de apelación	22
10.2. Recurso de anulación	23
11. El “arbitraje obligatorio” contenido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	26
12. El Arbitraje Internacional	27
13. ¿Por qué arbitrar?	30

**MARCO LEGAL APLICABLE AL ARBITRAJE EN EL PERÚ:
LEY GENERAL DE ARBITRAJE Y LEGISLACIÓN
APLICABLE AL ESTADO PERUANO**

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
(Perú)

1. Arbitraje Nacional, Internacional y Extranjero	35
2. La práctica del Arbitraje en el Perú	36
3. El Convenio Arbitral	37
3.1. Contenido del Convenio Arbitral	38
3.2. Forma del Convenio Arbitral	39
3.3. Materia arbitrable	40
3.4. Ejecución del Convenio Arbitral	40
4. Autonomía del Convenio Arbitral y competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia	43
5. Excepción de Convenio Arbitral	45
6. Árbitros	46
6.1. Número	46
6.2. Requisitos	46
6.3. Designación	47
6.4. Recusación	47
6.5. Sustitución	48
6.6. Responsabilidad	48

7.	Procedimiento Arbitral	50
7.1.	El lugar del arbitraje	50
7.2.	El procedimiento arbitral en general	51
7.3.	Evidencia	52
7.4.	Medidas cautelares	55
7.4.1.	<i>Medidas cautelares antes del inicio del arbitraje</i>	55
7.4.2.	<i>Medidas cautelares una vez iniciado el arbitraje</i>	55
7.4.3.	<i>Medidas cautelares mientras se encuentra en trámite el recurso de anulación del laudo arbitral</i>	57
7.5.	Asistencia legal	57
8.	Laudo arbitral	58
8.1.	Tipos de laudos arbitrales	58
8.2.	Mayorías para formar decisión	58
8.3.	Forma del laudo arbitral, firma de los árbitros y opiniones disidentes	59
8.4.	Contenido del laudo arbitral	59
8.5.	Ley aplicable al fondo del conflicto	60
8.6.	Costos del arbitraje	62
8.7.	Plazo para dictar el laudo arbitral y su notificación a las partes	63
8.8.	Laudo arbitral por acuerdo de las partes	64
8.9.	Corrección, aclaración e integración del laudo arbitral	65
8.10.	Protocolización o registro del laudo arbitral	67
9.	Recursos contra el Laudo Arbitral	67
9.1.	Recurso de apelación	67
9.2.	Recurso de anulación	67
10.	Ejecución de los Laudos Arbitrales	68
11.	Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros	69
12.	Participación del Estado peruano en arbitrajes	70
12.1.	<i>Arbitraje en la contratación estatal</i>	70
12.2.	<i>Arbitraje en materia de inversiones</i>	71

**¿SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN ARBITRAJE
O EN EL PODER JUDICIAL? MECANISMOS PARA
INTEGRARLAS EN UNA SOLA JURISDICCIÓN**

FELIPE OSTERLING PARODI
(Perú)

¿Solución de controversias en arbitraje o en el poder judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción	75
--	----

LA SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES DE ARBITRAJE

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ
(Perú)

La supletoriedad de las leyes de arbitraje	87
--	----

**ARBITRAJE AD HOC O ARBITRAJE ADMINISTRADO.
EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL PERÚ**

CARLOS RUSKA MAGUIÑA
(Perú)

Arbitraje <i>ad hoc</i> o arbitraje administrado. El rol de las instituciones arbitrales en el Perú	91
---	----

**EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA*
Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN LAUDOS ARBITRALES**

GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA
(Perú)

1. Origen y concepto	99
2. Supuestos de aplicación	100
2.1. Falta de alegación del derecho (función supletoria)	100
2.2. Error en la alegación del derecho (función correctora)	100
3. Límites de su aplicación	101
3.1. Los hechos	101
3.2. El objeto de la pretensión	102
4. ¿Es válido aplicar la regla <i>iura novit curia</i> en arbitrajes de derecho?	103

**SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOCIETARIAS
A TRAVÉS DEL ARBITRAJE**

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
(Perú)

Solución de controversias societarias a través del arbitraje	107
--	-----

**EL ALMA DIVIDIDA DEL ARBITRAJE:
¿SOLUCIÓN ALTERNATIVA PARA LOS USUARIOS O FUENTE ALTERNATIVA
DE HONORARIOS PARA ABOGADOS? CÓMO APACIGUAR
Y CONCILIAR EL CORAZÓN CONSIGO MISMO**

ROBERTO G. MACLEAN UGARTECHE
(Perú)

1. Introducción a las opciones alternativas	118
2. El imperio total de los sentidos en la teoría general de la prueba y en los procesos de arbitraje, como la mejor opción de todas las disponibles, y una inversión rentable a escala, también	119
3. La arbitraria cultura que violentamente mutila, desfigura para siempre, marca de cicatrices, y convierte en minusválido, discapacitado, o excepcional, a “lo jurídico”	125
4. Una cultura jurídica todavía autoritaria y formalista echada sobre el diván de un psicoanalista democrático y libre, para el análisis e interpretación judicial de sus sueños más íntimos	128
5. Apuntes de dos experiencias de arbitraje sobre hechos, uno de ellos en el Perú y el otro en CIADI, y la exigencia de usar otros métodos de trabajo para una solución más satisfactoria para todos	132
6. Lectura de las líneas de la mano en el arbitraje, que llevan desde el arbitraje como una solución alternativa de controversias específicas, hasta llegar al examen y diálogos abiertos, como una posible solución nacional alternativa, que sea accesible e inclusiva, al sistema nacional de justicia	136

¿ES UN ARBITRAJE UN JUICIO?

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
(Perú)

1. Introducción	145
2. La selección de árbitros	148
3. El arbitraje es más fáctico que legal	149

4. ¿Cómo alegar en un arbitraje?	150
5. Conclusión	153

ARBITRAJE INTERNACIONAL

WHEN TO ARBITRATE RATHER THAN LITIGATE

CAROLYN B. LAMM / ECKHARD R. HELLBECK
(*Estados Unidos*)

1. Jurisdiction	159
2. Procedure	160
3. Discovery	162
4. Rules of evidence	163
a. Admissibility	163
b. Fact witness testimony	163
c. Expert testimony	164
d. Sources of authority	164
5. Preliminary remedies, judicial review, and enforcement	165
a. Preliminary remedies	165
b. Judicial review and enforcement	166
6. Confidentiality	169
7. Time and expense	170
8. Conclusion	171

NEGOTIATING AND DRAFTING AN INTERNATIONAL ARBITRATION CLAUSE

STEPHEN R. BOND
(*Francia*)

1. Introduction	173
2. Key points	173
A. The ideal, all-purpose clause	173

B.	Must the arbitration agreement be in writing?	174
C.	When should arbitration be agreed upon?	174
D.	Administered or non-administered arbitration?	174
E.	And if the parties prefer non-administered arbitration?	174
F.	Which arbitration institution?	174
G.	Are the standard clauses of arbitral institutions satisfactory?	175
	1. <i>“All disputes arising out of or in connection with the present contract (...)”</i>	175
	2. <i>“Rules of arbitration of the international chamber of commerce”</i>	175
	3. <i>“Finally settled”</i>	175
H.	Elements that may usefully be added to the standard clause	176
	1. <i>Substantive governing law of the contract</i>	176
	2. <i>Procedural law governing the arbitration</i>	176
	3. <i>Place (situs) of arbitration</i>	176
	4. <i>Number of arbitrators</i>	177
	5. <i>Profession/expertise of the arbitrator(s)</i>	177
	6. <i>Language of the arbitral proceedings</i>	177
	7. <i>Interim or conservatory measures</i>	177
	8. <i>Discovery</i>	178
	9. <i>Forbidding punitive damages</i>	178
	10. <i>Waiver of sovereign immunity</i>	178
	11. <i>Payment of costs</i>	178
	12. <i>Exclusion agreement</i>	179
	13. <i>Entry of judgment stipulation</i>	179
3.	Other delicate issues	179
	A. Who is a party to the arbitration clause?	179
	B. Multi-party/multi-contract arbitration	179
	C. Negotiations, conciliation or mediation as a precondition to commencing arbitration	180
4.	Conclusion	180

**REFLECTIONS ON THE DEFINITION
OF AN 'INVESTMENT'**

MARTÍN HUNTER / ALEXEI BARBUK
(Inglaterra)

1.	Introduction	183
2.	Treaty definitions	185
3.	Published awards	191
4.	Conclusions	198

**LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL
Y SU INTERPRETACIÓN**

FERNANDO AGUILAR
(Argentina)

Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación	201
---	-----

**LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL:
OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO**

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO
(México)

1.	Introducción	209
2.	La forma	210
	2.1. Antecedentes	210
	2.2. La <i>ratio legis</i>	211
3.	La forma del acuerdo arbitral	211
	3.1. La Convención de Nueva York	211
	3.2. La Ley Modelo de la UNCITRAL	212
4.	Problemas derivados de los requisitos de forma del acuerdo arbitral	212
5.	Pasos que se han tomado	214
	5.1. Pasos internacionales	214
	5.2. Pasos nacionales	215
6.	El nuevo paradigma	215

6.1. Nuevo concepto de “por escrito”	217
6.2. Firma	217
a. <i>Consentimiento expreso</i>	218
b. <i>Consentimiento tácito</i>	218
c. <i>Convalidación</i>	218
d. <i>Formación</i>	219
6.3. Las implicaciones jurídicas	219
7. Efectos en la ejecución del laudo arbitral	220
7.1. Los requisitos de forma aplican a la ejecución del acuerdo, no del laudo, arbitral	220
7.2. La validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecución del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable	221
7.3. La disposición de derecho más favorable	222
8. Conclusión y recomendación	223

LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ARBITRABILIDAD

SANTIAGO TALERO RUEDA
(Colombia)

1. Marco introductorio	226
2. Caracteres de la arbitrabilidad objetiva de controversias	227
3. Desarrollo histórico de la noción de la arbitrabilidad objetiva	228
3.1. Fase 1: Una materia es arbitrable, si no recae en asuntos o consideraciones de orden público	228
3.2. Fase 2: Una materia relativa al orden público es arbitrable, salvo que se haya violado una norma de orden público en el caso concreto	229
3.3. Fase 3: Una materia es arbitrable, aunque se haya violado una disposición de orden público en el caso concreto, pero las cortes judiciales pueden revisar esta situación posteriormente	230
4. La arbitrabilidad objetiva en la jurisprudencia de los Estados Unidos	231
4.1. El fallo del caso de Scherck v. Alberto Culver (1974)	231
4.2. El fallo del caso de Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth (1985)	232

4.2.1. <i>La ampliación de la arbitrabilidad</i>	232
4.2.2. <i>La doctrina de la segunda revisión: El precio impuesto a la arbitrabilidad</i>	233
4.3. El fallo del caso de Shearson/American Express v. McMahon (1987)	237
4.4. El fallo del caso de Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express	238
4.5. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en los Estados Unidos	238
5. La arbitrabilidad objetiva en la jurisprudencia europea: Visión general	241
5.1. Arbitrabilidad de materias de libre competencia en el ámbito comunitario	242
5.2. Arbitrabilidad de materias de propiedad intelectual	243
5.3. Arbitrabilidad de controversias de derecho laboral	244
5.4. Reflexiones finales sobre la arbitrabilidad en Europa	245
6. Conclusiones y perspectivas	245

**ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL:
LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE
AL FONDO DEL ASUNTO**

JULIO CÉSAR RIVERA
(Argentina)

I. Introducción. Principios generales	250
1. Explicación de la problemática	250
II. Elección de la ley por las partes del contrato	250
2. El principio básico: Autonomía de las partes para elegir la ley aplicable	250
2.1. <i>Reconocimiento del principio</i>	250
2.2. <i>Fuentes internacionales</i>	251
2.3. <i>Derechos locales sobre arbitraje</i>	252
2.4. <i>La elección de la ley aplicable en los reglamentos arbitrales</i>	252
3. Extensión de la facultad de las partes de elegir la ley aplicable	253
4. Efectos de la elección del derecho aplicable	253
5. Límites a la elección del derecho aplicable. Remisión	253
6. La elección de la ley aplicable al contrato en el derecho argentino	254

■ ÍNDICE GENERAL	961
6.1. <i>Principio general</i>	254
6.2. <i>Contrato internacional</i>	254
7. La elección de la ley aplicable al contrato en los países miembros del Mercosur	255
8. Alternativas en la elección del derecho aplicable	256
8.1. <i>Elección de un derecho neutral</i>	256
8.2. <i>Elección de más de una ley (depeçage)</i>	257
8.3. <i>Elección parcialmente negativa</i>	257
III. Elección totalmente negativa: El contrato sin ley	258
9. La importancia del tema	258
10. Distinciones previas	258
11. Contrato autorregulado	258
12. Elección de reglas de derecho no estatales	260
13. Fuentes que autorizan la elección de reglas no estatales	261
13.1. <i>Fuentes internacionales</i>	261
13.2. <i>Leyes nacionales</i>	262
IV. Elección de la ley aplicable por jueces y árbitros	264
14. Introducción	264
15. Elección por los jueces	264
16. Elección por los árbitros	264
16.1. <i>La solución en algunas leyes nacionales</i>	264
16.2. <i>Ley modelo</i>	264
16.3. <i>Reglamentos arbitrales</i>	265
16.4. <i>Aplicaciones concretas</i>	266
17. Derecho argentino	273
17.1. <i>Proyecto de Reformas al Código Civil de la comisión designada por Decreto 468/92</i>	273
V. Límites a la elección de la ley	274
18. Planteo del tema	274
19. Distintos supuestos	274
19.1. <i>Insuficiencia de la ley elegida</i>	274

19.2.	<i>Interpretación extensiva de los usos del comercio internacional</i>	275
19.3.	<i>Orden público, normas imperativas y normas de policía</i>	275
VI.	Otras cuestiones	279
20.	Las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes	279
21.	Actuación del Tribunal como amigable componedor	280

EL PLAZO EN EL ARBITRAJE

HÉCTOR ALEGRÍA
(Argentina)

1.	Función del plazo en el arbitraje	281
2.	Los plazos en el arbitraje	285
2.1.	Diferentes tipos de plazos	285
a.	<i>Plazo para el reclamo de formación de un tribunal arbitral</i>	285
b.	<i>Distintos plazos procesales de tramitación</i>	285
c.	<i>Plazo de perención o caducidad de instancia</i>	286
d.	<i>Plazos y trámites para los recursos y la ejecución forzosa del laudo</i>	287
e.	<i>La suspensión o interrupción de los plazos en el procedimiento arbitral</i>	287
2.2.	Plazo global para el trámite hasta el dictado del laudo	289
a.	<i>La voluntad de las partes en la determinación del plazo</i>	289
b.	<i>Las normas supletorias en la determinación del plazo</i>	290
c.	<i>El cómputo del plazo</i>	290
d.	<i>Suspensión del plazo</i>	292
e.	<i>La prórroga del plazo</i>	292
2.3.	Plazo para emitir el laudo a partir de la conclusión del procedimiento anterior	296
a.	<i>Aspectos generales</i>	296
b.	<i>Valoración medio termine</i>	297
2.4.	Reglamentos que no exigen plazos determinados	298
3.	Consecuencias de la falta de emisión del laudo o de su dictado fuera de plazo	299
3.1.	Extinción del procedimiento arbitral	300
4.	Reflexiones finales	301

**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL:
COSTO Y DURACIÓN**

YVES DERAINS
(Francia)

1. El origen de los plazos y costos del arbitraje internacional	304
2. Los medios de reducir los plazos y costos del arbitraje internacional	308

**EL TRATO IGUAL Y LA PLENA OPORTUNIDAD
DE HACER VALER LOS DERECHOS:
REGLA FUNDAMENTAL EN EL ARBITRAJE**

CECILIA FLORES RUEDA
(México)

1. Introducción	311
2. Necesidad de tomar en consideración la regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos	312
3. Análisis de la regla	312
3.1. La flexibilidad del arbitraje	313
3.2. La regla de trato igual y plena oportunidad de hacer valer los derechos	313
3.3. Los términos igualdad y plena oportunidad de hacer valer los derechos	316
3.4. El ámbito de aplicación de la regla	317
3.5. Derechos que se derivan de la regla	318
a. <i>Derecho a que todos los escritos sean comunicados a cada una de las partes</i>	318
b. <i>Derecho a participar en la integración del tribunal arbitral</i>	318
c. <i>Derecho a que los árbitros designados sean imparciales e independientes</i>	319
d. <i>Derecho a modificar o ampliar la demanda</i>	319
e. <i>Derecho a la celebración de audiencias</i>	320
f. <i>Derecho a que el experto participe en la audiencia</i>	320
3.6. Violación de la regla	320
3.7. Deber ético de los árbitros	321
4. Conclusión	322

EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

(España)

1.	El deber de revelación del árbitro	323
2.	Contenido y alcance del deber de revelación del árbitro	324
3.	Las <i>IBA rules</i> y el <i>Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes de la ABA/AAA</i>	325
3.1.	Ideas generales	325
3.2.	Las <i>IBA rules</i>	326
3.2.1.	Lista roja “no renunciable”	326
3.2.2.	Lista roja “renunciable”	327
3.2.3.	Lista naranja	327
3.2.4.	Lista verde	328
3.2.5.	Valoración	328
3.3.	El <i>Code of Ethics</i>	329
4.	Ejemplos del valor limitado de las listas contenidas en las <i>IBA rules</i>	329
5.	Los árbitros parciales no son útiles	330
6.	La disponibilidad del árbitro. Complemento del deber de revelación	331
7.	Conclusión	332

EL DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN LA LEY ESPAÑOLA: EVOLUCIÓN Y ASPECTOS PRÁCTICOS

JORGE ANGELL / ÁNGEL BRIOSO

(España)

1.	Introducción	333
2.	Evolución de la legislación española	335
3.	El deber de independencia e imparcialidad en la Ley de 2003	337
4.	Valoración de la Ley de 2003	340

INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

RODRIGO JIJÓN LETORT

(Ecuador)

1.	De la independencia e imparcialidad de los jueces como garantías ciudadanas	343
2.	De la independencia e imparcialidad de los árbitros	345
3.	Los conceptos de independencia, imparcialidad y neutralidad	347
	A. Independencia e imparcialidad	347
	B. Neutralidad	350
4.	La apreciación de la independencia y la imparcialidad	351
	A. Aplicación de estándares judiciales a los árbitros	351
	B. La situación del árbitro designado por cada una de las partes	352
	C. Árbitros de parte en arbitrajes del Estado	355
	D. Decisiones arbitrales unánimes	356
5.	El control de la independencia e imparcialidad	357
6.	Conclusión	359

ARBITRAJES COMPLEJOS

FERNANDO DEL CASTILLO ELORZA

(México)

1.	Arbitrajes complejos	361
	1.1. Arbitrajes multiparte	361
	1.2. Arbitrajes que involucran varios contratos	362
	1.3. Arbitrajes de materia compleja	363
2.	Organización del procedimiento	363
	2.1. Reunión preliminar	363
	2.2. Calendario procesal	363
	2.3. Presentación de escritos y documentos	363
	2.4. Audiencias	364
	2.5. Tribunal arbitral	364

3.	Bifurcación del procedimiento	364
4.	Costos	364

ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO

CÉSAR CORONEL JONES
(Ecuador)

1.	Introducción	365
2.	Arbitraje y procedimiento	366
3.	Límites a la flexibilidad procesal	370
4.	De la teoría a la práctica	371
5.	Conclusión	373

ICC ARBITRATION AND ADR – A BRIEF OF RESUME

F. S. NARIMAN
(India)

ICC arbitration and ADR – A brief of resume	375
---	-----

COMENTARIOS AL PROCESO ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC), PARÍS-FRANCIA

CARLOS ALBERTO CORREDOR RUSSA
(Venezuela)

1.	A manera de prefacio	381
2.	Requisitos formales del laudo arbitral	384
3.	El acuerdo de arbitraje. La cláusula compromisoria	385
4.	La Corte Internacional de Arbitraje y el Tribunal Arbitral	389
5.	El derecho aplicable	392
6.	Supletoriedad de las normas procesales con respecto al Reglamento de Arbitraje de la CCI	394
7.	El tribunal arbitral como director del proceso	394
8.	Medidas cautelares	396
9.	La autonomía de la voluntad de las partes en el proceso arbitral	399
10.	El acta de misión como auto de proceder	400

■ ÍNDICE GENERAL	967
11. La instrucción de la causa en el proceso arbitral	404
12. El derecho aplicable para decidir el fondo de la controversia	405
13. El <i>thema decidendum</i> del laudo arbitral	407
13.1. Extensión de su competencia	412
13.2. Competencia residual	414
13.3. Carácter obligatorio de su contenido	415
13.4. Carácter vinculante del criterio de la Corte Internacional de Arbitraje con relación al Proyecto de Laudo	415
a. Aspectos formales	417
b. Aspectos de fondo	418

EL ESTADO Y EL JUICIO DE ARBITRAJE SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

EDGAR NEIRA ORELLANA
(Ecuador)

1. Antecedentes históricos	422
2. Requisitos de validez procesal cuando el Estado ecuatoriano es parte de un juicio arbitral	423
2.1. La exigencia de un documento escrito	424
2.2. La transigibilidad y la naturaleza contractual de la controversia	424
2.3. Laudo fundamentado en derecho	426
2.4. Cláusula compromisoria anterior a la controversia	427
2.5. Señalamiento de la forma en que se designarán árbitros	428
2.6. Renuncia de la jurisdicción ordinaria y firma del representante de la entidad de Derecho Público	429
2.7. Los demás requisitos legales	430
3. Dificultades que derivan del juicio arbitral en que el Estado es parte procesal	430
3.1. Insuficiencia de las cláusulas compromisorias	430
3.2. Debilidad en el patrocinio público	432
3.3. Acción de nulidad de los laudos arbitrales	432
3.4. La Contraloría General del Estado desconoce laudos arbitrales	433
4. Conclusiones	433

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION
- THE OPTIONS FOR CEO'S AND CFO'S**

DER HURLEY
(*Estados Unidos*)

1. Mediation	435
2. Arbitration	436
3. What are the Costs of ADR?	436
4. Ideal Arbitrators	437
5. Ideal ADR Agreement	438

**PLANNING FOR COMMERCIAL DISPUTE
RESOLUTION IN MAINLAND CHINA**

JOSEPH T. McLAUGHLIN / KATHLEEN M. SCANLON / CATHERINE X. PAN
(*Estados Unidos*)

1. U.S. Chinese construction and development contract	440
2. The longstanding influence of mediation in resolving disputes in china	440
2.1. Overview	440
2.2. Private mediation	441
2.3. Mediation within litigation	443
2.4. Mediation within the arbitration	443
2.5. Enforcement of mediated settlement agreements	445
3. Adjudicative processes	445
3.1. Arbitration	445
3.1.1. <i>Advantages of arbitration</i>	445
3.1.2. <i>Elements of a valid arbitration clause</i>	446
3.1.3. <i>Distinction between “domestic” and “international” arbitration proceedings</i>	447
3.1.4. <i>Role of foreign-invested enterprises in determining status of arbitration</i>	448
3.1.5. <i>CIETAC’s dominant role in international arbitrations</i>	448
3.1.6. <i>Importance of properly identifying “arbitration commission” and its location</i>	449
3.1.7. <i>Composition of the arbitral tribunal</i>	451

3.1.8.	<i>Jurisdictional issues</i>	452
3.1.9.	<i>The “Seat” of arbitration</i>	452
3.1.10.	<i>Language of arbitration proceeding</i>	453
3.1.11.	<i>Provisional measures and partial awards</i>	453
3.1.12.	<i>Confidentiality</i>	454
3.1.13.	<i>Arbitral awards</i>	454
3.1.14.	<i>Hong Kong: An alternative arbitration venue</i>	456
3.2.	<i>Litigation</i>	456
4.	<i>Employment and labor disputes</i>	458
5.	<i>Conclusion</i>	458

**PROVISIONAL RELIEF IN ARBITRATION:
HOW THINGS STAND IN THE UNITED STATES**

ALAN SCOTT RAU
(Estados Unidos)

1.	<i>Power of the arbitral tribunal to grant interim relief</i>	462
1.1.	<i>By statute</i>	463
1.2.	<i>By contract</i>	464
a.	<i>Custom-tailored arbitration agreements</i>	465
b.	<i>Institutional rules</i>	466
c.	<i>Explicit authority</i>	467
d.	<i>Inherent power</i>	468
e.	<i>Judicial review</i>	469
2.	<i>Interim relief granted by courts in aid or arbitration</i>	469
2.1.	<i>The complexities of a federal system</i>	469
2.1.1.	<i>What law is to apply?</i>	470
2.1.2.	<i>State or federal courts?</i>	475
2.1.3.	<i>Forum non conveniens</i>	483
2.1.4.	<i>The Jurisdiction of State Courts</i>	485
2.2.	<i>Interim relief in aid of arbitration: domestic cases</i>	487
2.3.	<i>Interim relief in aid of arbitration international cases</i>	489
2.4.	<i>Forms of interim relief</i>	492

2.4.1. Preliminary injunctions	493
2.4.2. Attachment	501
2.4.3. Antisuit Injunctions	506
2.4.4. Obtaining and preserving evidence	508
2.4.5. Other forms of provisional relief	515
2.5. Timing and duration of interim relief: deferring to the arbitrators	516
2.6. Proceedings in admiralty cases	519
3. Enforcement or confirmation of partial or interim awards	520
3.1. Interim awards granting provisional relief	521
3.2. Awards of sums clearly or admittedly due	522
3.3. Arbitral orders that one party should turn over certain records	524
3.4. Arbitral declaration of liability alone without an award of damages in “bifurcated proceedings”	524
3.5. Consequences of a valid partial or interim award	526
3.6. Distinguishing reviewable “interim awards” from “interlocutory orders”	527

**RENUNCIA AL RECURSO DE
ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO:
ALCANCES Y ANÁLISIS COMPARATIVO**

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES
(Chile)

1. Introducción	531
2. Alcances de la renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el Perú	533
3. Legislación comparada	535
4. Conclusión	536

**IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAUDOS ARBITRALES
EL CASO “CARTELLONE” - UN LAMENTABLE RETROCESO**

HÉCTOR MÉNDEZ
(Argentina)

1. El fallo “Cartellone”. Introducción	539
2. El antecedente del caso “Meller”	544

■ ÍNDICE GENERAL	971
2.1. La postura de la mayoría	545
2.2. Inadmisibilidad del R.E.F	546
2.3. Las disidencias	551
3. “Cartellone”: Nuevamente el compromiso de intereses estatales	556
3.1. Un pronunciamiento sin disidencias	558
3.2. La nulidad del laudo por extralimitación decisoria	559
3.3. La revocación del laudo respecto al cómputo de los intereses	559
4. Análisis del fallo	561
4.1. La anulación por exceso decisorio	561
4.2. La revocación por ilegitimidad	562
4.3. Nuestra postura crítica	562
5. Los efectos de Cartellone. La reciente sentencia de 1º instancia en “Yacireta”	569
6. Las modernas concepciones en el tema	571
7. Conclusiones	572

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO
POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE
EJECUTAR UN LAUDO EXTRANJERO**

ALEXIS MOURRE
(Francia)

A. Laudos privados	574
B. Laudos CIADI	580
C. Laudos del <i>Iran-US Claims Tribunal</i>	582

**EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL
DE LAUDOS ANULADOS**

EDUARDO ZULETA
(Colombia)

1. Los criterios establecidos en la Convención de Nueva York para determinar a qué laudos se aplica	586
2. La jurisprudencia en materia de reconocimiento y ejecución de laudos anulados	587

2.1. Los antecedentes	588
2.2. El caso <i>Hilmarton</i>	589
2.3. El caso <i>Chromalloy</i>	591
a. <i>Francia</i>	592
b. <i>Estados Unidos</i>	592
2.4. El caso <i>Sonatrach</i>	595
2.5. El caso <i>Radenska</i>	596
2.6. El caso <i>Baker Marine</i>	597
2.7. El caso <i>Termorío</i>	599
3. La anulación de un laudo en un Estado no impide necesariamente su reconocimiento y ejecución en otro Estado	605

LA INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

MONTSERRAT GUZMÁN PECES
(España)

1. Introducción	609
2. Notas en torno al arbitraje en España a partir de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de modificación de la Ley 36/1988	610
3. La adopción de medidas cautelares en contratos con cláusula arbitral	612
4. Peculiaridades del contrato de transporte de mercancías a bordo de buque	614
5. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, núm. 401/2006 de 19 de abril de 2006	616
5.1. Antecedentes en Primera Instancia	616
5.2. Apelación ante la audiencia provincial de Valencia	617
5.3. Casación ante el Tribunal Supremo	619
6. Consideraciones finales	620

NOTAS SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR ÁRBITROS EN ESPAÑA

MARÍA MARCOS GONZÁLEZ
(España)

1. Planteamiento	623
------------------------	-----

■ ÍNDICE GENERAL	973
2. Implicaciones terminológicas	625
3. Objeto	626
4. Metodología	626
A. Interpretación sistemática	627
B. Perspectiva internacional	627
C. Perspectiva práctica	628
5. Potestad arbitral y medidas cautelares	629
A. La Ley Modelo	629
B. La Ley Española de Arbitraje	629
6. Potestad arbitral en la actividad cautelar y protección registral	631
A. La Ley de Arbitraje española	631
B. La resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 20 de febrero de 2006.....	631
C. Crítica a la interpretación de la RDGRN	634

REFLECTIONS ON THE USE OF ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

EMMANUEL GAILLARD
(Francia)

1. The varied use of anti-suit injunctions in international arbitration	638
2. The inadequacy of anti-suit injunctions in international arbitration	643

¿“SE ACABÓ EL ARBITRAJE” EN AMÉRICA LATINA? LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ Y EN AMÉRICA LATINA

JONATHAN C. HAMILTON
(Estados Unidos)

1. La evolución del arbitraje en América Latina	650
A. La Doctrina Calvo	650
B. El cambio en el marco jurídico aplicable	652
2. ¿El regreso de la Doctrina Calvo?	654
A. La actitud de los Estados frente al arbitraje de inversión	654

B. El Poder Judicial y el arbitraje comercial: reacción o aceptación	656
3. La evolución del arbitraje en el Perú	657
4. Conclusión	659

UN SISTEMA DE ARBITRAJE MUY POSITIVO PARA LA AMÉRICA DEL SUR

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY
(Argentina)

Algunas conclusiones	684
----------------------------	-----

EL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA: LA EXPERIENCIA RECIENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI

KATHERINE GONZÁLEZ ARROCHA
(Panamá)

1. Crecimiento del arbitraje en América Latina	687
2. Experiencia reciente de la Corte Internacional de Arbitraje en la administración de arbitrajes con partes latinoamericanas	688
2.1. Puesta en marcha del procedimiento arbitral	689
2.2. El laudo arbitral	691
3. Conclusión: Riesgos, problemas y progresos	693

LA GLOBALIZACIÓN NORMATIVA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA LABOR DE LA CNUDMI/UNCITRAL

MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS
(España)

1. Introducción	695
2. La influencia de la Ley Modelo en España	697
3. La modificación de la Ley Modelo aprobada en 2006	698
3.1. Revisión del artículo 7 LMA y la recomendación en la interpretación del Convenio de Nueva York	698

■ ÍNDICE GENERAL	975
3.2. Las medidas cautelares	703
3.3. Otras modificaciones de la Ley Modelo	706
3.3.1. <i>Interpretación y suplementación de lagunas en la Ley Modelo</i>	706
3.3.2. <i>La modificación del artículo 35.2 LMA</i>	707
4. Los trabajos en curso de la CNUDMI: La revisión del Reglamento de Arbitraje de 1976	707

**ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE: ALGUNOS
LLAMATIVOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES
EN EUROPA Y EL MERCOSUR**

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ
(Paraguay)

1. Introducción	711
2. Aproximación a la idea del orden público	715
3. El orden público en el derecho internacional privado	716
4. Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional	718
5. La expresión “orden público internacional”	720
6. ¿Nacionalidad del orden público internacional?	724
7. Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional	725
8. Efectos	727
9. Verdadero orden público internacional	728
10. Orden público transnacional como estándar	730
11. Orden público comunitario	732
12. Otras esferas de “orden público”	734
13. Normas imperativas o leyes de policía	734
14. Otras expresiones relacionadas a leyes imperativas	737
15. Aplicación de leyes imperativas extranjeras	738
16. Orden público, arbitraje y fraude a la ley	739
17. Paralelismos en Europa y el Mercosur	741
18. Consideraciones finales	743

**HACIA UNA VERDADERA JUSTICIA ARBITRAL
TRANSNACIONAL DEL SIGLO 21**

LEONEL PEREZNIETO CASTRO / JAMES A. GRAHAM
(México)

1.	Introducción	745
2.	El contrato y su desvinculación nacional	749
3.	El proceso de desvinculación nacional del arbitraje y la abolición del recurso de nulidad	752
4.	El reconocimiento de laudos anulados en el extranjero	754
5.	El recurso de ejecución del laudo	755
6.	Conclusión	756

**APROXIMACIÓN A LA SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS EN EL SECTOR DE
TELECOMUNICACIONES EN LATINOAMÉRICA**

HERNANY VEYTIA
(Italia)

1.	Aproximación empíriológica al sector de telecomunicaciones en Latinoamérica	757
2.	Asuntos recientes de arbitrajes en materia de telecomunicaciones en Latinoamérica	759
3.	El futuro de las telecomunicaciones en Latinoamérica: ¿se adivina o se construye?	764
4.	Consideraciones finales	765

**EL ÁRBITRO Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
(Colombia)

1.	Las armas del árbitro en la lucha contra la corrupción	769
2.	No parecen tener mucho filo	772
3.	Conclusión	778

ARBITRAJE DE INVERSIÓN

ARBITRANDO LA INVERSIÓN

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
(Perú)

1.	La aparición del arbitraje de inversión	783
2.	Elementos propios del arbitraje de inversión	786
2.1.	Los sujetos: Estado e inversionista extranjero	786
2.2.	Las fuentes del nuevo derecho de la inversión	788
2.3.	La noción de inversión	790
2.4.	El derecho aplicable	790
2.5.	Una nueva forma de razonamiento jurídico	793
3.	Los principios fundamentales: La buena fe como eje del sistema de principios del derecho internacional	794
4.	Conclusiones	798

EL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

ÁLVARO GALINDO C.
(Ecuador)

1.	Introducción	801
2.	El consentimiento	802
3.	Interpretación del consentimiento	804
4.	Alcance del consentimiento	805
5.	Condiciones de procedimiento al consentimiento	807
6.	Conclusión	808

THE DOCTRINE OF ASSERTION AND JURISDICTIONAL ISSUES IN INVESTMENT ARBITRATION

PAULO FOHLIN
(Suecia)

	The doctrine of assertion and jurisdictional issues in investment arbitration	809
--	---	-----

**LA DISTINCTION “TREATY CLAIMS – CONTRACT CLAIMS”
ET LA COMPÉTENCE DE L'ARBITRE CIRDI:
FAISONS-NOUS FAUSSE ROUTE ?**

IBRAHIM FADLALLAH
(*Francia*)

1.	Aperçu	820
2.	Commentaire	823
	A. Etendue de la compétence ratione materiae	824
	B. Incidence de l'identité des parties au contrat sur l'étendue de la compétence CIRDI	828
	C. La clause de choix définitif	828

**¿CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARBITRAJES COMO
RESULTADO DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN
Y PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES?**

JORGE LUIS INCHAUSTE
(*Bolivia*)

¿Constitucionalidad de los arbitrajes como resultado de los Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones?		831
--	--	-----

**SOBRE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA
Y SU CONTRIBUCIÓN AL ARBITRAJE TRANSNACIONAL**

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ
(*Panamá*)

1.	Del origen del arbitraje transnacional	839
2.	Del desarrollo de los tratados de protección y promoción de las inversiones extranjeras	841
	2.1. Sobre la recepción de las inversiones	841
	2.2. Sobre el tratamiento de las inversiones	842
	2.3. Sobre las normas de protección y garantía de las inversiones	843
	2.4. Sobre la solución de controversias	843
3.	De la influencia de los TBI/TMI sobre el respeto de los contratos de Estado	844
4.	De la evolución del arbitraje transnacional	845

■ ÍNDICE GENERAL	979
4.1. El consentimiento dentro de las legislaciones internas	846
4.2. El consentimiento dentro de los Tratados Internacionales	848
5. Del derecho aplicable al arbitraje transnacional sobre la base de un tratado de inversiones	850
6. Conclusión	850

**CANADA'S ACCESSION TO THE ICSID CONVENTION
AND THE 2006 / CANADA - PERU BILATERAL
INVESTMENT TREATY: NEW PROTECTIONS
AND OPPORTUNITIES FOR INVESTORS**

STEPHEN L. DRYMER / PATRICK DUMBERRY
(*Canadá*)

1. Introduction	851
2. The ICSID Convention and the Establishment and Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes	853
3. Manner and Form of Consent to ICSID Jurisdiction	854
4. Procedural Protections Offered by the ICSID Convention	856
5. Substantive Protections and Salient Features of the Canada-Peru BIT	857
6. The National Treatment Standard	858
7. The Minimum Standard of Treatment Clause	859
8. The Most-Favoured-Nation Clause and Its Limitations	860
9. Compensation for Expropriation	862
10. Conclusion: Further Opportunities for Canada-Peru Trade and Investment	864

**TRIBUNALES ARBITRALES DE INVERSIÓN Y TRIBUNALES ESTATALES:
¿CRÓNICA DE UNA *LIAISON DANGEREUSE*?**

GAETAN VERHOOSSEL / CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ
(*Francia*)

1. Introducción	867
2. Escenario Primero: Cuando tribunales estatales y tribunales de tratado compiten <i>de jure</i> o <i>de facto</i> por la adjudicación de la controversia	868
2.1. Forum competidores <i>de jure</i>	868

a. Primera excepción: tribunales TBI con jurisdicción respecto a reclamaciones de derecho local	868
b. Tribunales TBI sin jurisdicción respecto a reclamaciones de violación del TBI	872
2.2. Forum competidores <i>de facto</i>	873
3. Escenario Segundo: Cuando los tribunales estatales se convierten en protagonistas de la disputa	874
4. Escenario Tercero: Cuando a los tribunales estatales les compete asegurar la efectividad del laudo arbitral en el arbitraje de inversión	876
5. Conclusión	877

**ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A TRAVÉS
DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA:
LECCIONES EXTRAÍDAS DE LA RECIENTE PRÁCTICA ARBITRAL
INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS**

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍÁ
(España)

1. La cláusula de la nación mas favorecida en los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI)	879
2. La aplicación de la cláusula a los métodos de resolución de controversias: una respuesta afirmativa en los casos Mafezzini c. España, Siemens c. Argentina y Gas Natural c. Argentina	882
3. Límites a la competencia: Salini c. Jordania y Plama c. Bulgaria.	889
4. Una solución lógica: el concreto lenguaje de la cláusula y la intención de las partes contratantes	893
5. Valoracion final.....	897

**ARBITRAJE Y CONTRATOS DE CONCESIÓN:
APLICACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO
GARANTÍA DE LAS INVERSIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE
JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CIADI**

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA / ÁLVARO LOREDO ROMERO
(Perú)

1. El tema a desarrollar	899
2. El arbitraje nacional o internacional como método de solución de controversias de inversión en los contratos de concesión	902

■ ÍNDICE GENERAL	981
3. Las garantías en el orden internacional: Los TBI como mecanismos que habilitan el arbitraje internacional	904
4. La cláusula arbitral en los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos	906
4.1. Promoción de la inversión privada y cláusulas contractuales de solución de conflictos en los contratos de concesión	906
4.2. El derecho aplicable para la solución de controversias derivadas de un contrato de concesión	909
4.3. La aplicación del Principio del trato justo y equitativo y la interpretación de los Tribunales Arbitrales Internacionales	912
4.4. Trato justo y equitativo en sede nacional: Entre los principios de la buena fe y de interdicción de la arbitrariedad	915
5. A manera de conclusiones	919

**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL
ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL
CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO / ÁLVARO GUSTAVO AGUILAR OJEDA
(Perú)

1. Introducción	923
2. Capítulo vigésimo primero: Solución de controversias	924
2.1. Sección A: Solución de Controversias	924
2.2. Sección B: Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas	928
3. Capítulo diez, sección B: Solución de Controversias Inversionista - Estado	930
4. Conclusión	932

**NOTAS SOBRE EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA
“DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES DEL PAÍS RECEPTOR
DE LA INVERSIÓN” DESPUÉS DEL CASO FRAPORT V. FILIPINAS**

ÍTALO CARRANO
(Perú)

1. Introducción	935
2. El caso <i>Fraport</i>	938

2.1. Antecedentes	938
2.2. Las posiciones de las partes	939
2.3. La decisión en mayoría	940
2.4. El voto del árbitro Cremades	941
3. La cláusula luego del fallo en el caso <i>Fraport</i>	942
3.1. ¿Jurisdicción o méritos?	942
3.2. ¿En qué momento se analiza la violación?	945
3.3. ¿Todas las violaciones o sólo algunas?	946
3.4. La conducta del Estado receptor de la inversión	948
3.5. ¿Quién debe determinar la existencia de la violación?	949
4. Comentarios finales	950
ÍNDICE GENERAL	951

Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones
en el mes de marzo de 2008

