

APUNTES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

Dra. Elina Mereminskaya**

I. Trazando los límites conceptuales del arbitraje comercial internacional

El siguiente análisis del arbitraje se desarrolla a partir de la premisa teórica de la globalización de la sociedad. Este fenómeno, aunque afecta las más diversas esferas de la vida humana,¹ se ha hecho particularmente notorio en el ámbito del comercio transfronterizo. En otras palabras, la existencia de las fronteras estatales no impide un desarrollo sincronizado de las economías nacionales como tampoco un intenso intercambio entre ellas. En el contexto de la apertura económica mundial, el arbitraje comercial internacional ha adquirido un amplio reconocimiento que se extiende hoy en día por distintas regiones del planeta. Lo anterior ha impulsado una armonización de las legislaciones nacionales en materia de arbitraje. Con ello, el análisis de este fenómeno se torna más fácil, pues pueden desarrollarse conclusiones generalizadas, válidas para un número alto de ordenamientos jurídicos. Gracias a la explosiva aceptación del arbitraje se ha ampliado el círculo de las jurisdicciones nacionales donde éste puede llevarse a cabo, cuestión que transforma el escenario del arbitraje internacional en uno verdaderamente global. Por otro lado, no obstante el alto grado de armonización que exhibe actualmente el arbitraje comercial internacional, siempre existirán, en paralelo, soluciones particulares válidas tan sólo para algunas jurisdicciones.

* El presente texto fue elaborado como apuntes del Taller de Arbitraje Comercial Internacional dictado en la Universidad Autónoma de Nuevo León entre los días 24 y 26 de agosto del año 2005.

** Directora de Investigación del Centro Jurídico de Implementación del Libre Comercio, Profesora del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora y Magíster en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania), Licenciada en Derecho (Universidad Rusa de Emanuel Kant, Kaliningrado).

¹ Mereminskaya, Elina y Mascareño, Aldo, “La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno”, en Martín, María Dora y Tapia, Mauricio (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, LexisNexis, 2005, pp. 1391-1427.

1. Mundialización del arbitraje

El arbitraje comercial internacional emerge en la realidad moderna como un fenómeno netamente europeo, especialmente impulsado y promovido por los círculos jurídicos franceses. Su mundialización se vio favorecida, básicamente, por dos fenómenos.² En primer lugar, la labor desarrollada por el Tribunal Arbitral Irán-EE.UU. desde los inicios de los años 80, contribuyó a que los abogados estadounidenses adoptaran una postura mucho más proclive al arbitraje.³ Con el tiempo, su activa participación en los procesos arbitrales ha provocado la transformación del procedimiento arbitral de cuasi inquisitivo a uno adversarial. En la práctica, también ha llevado a sustituir a los árbitros que en el contexto europeo eran mayormente renombrados profesores universitarios, capaces de crear teorías de derecho en sus sentencias, reemplazándolos por los abogados litigantes, con la formación típicamente pragmática de la tradición del *common law*.⁴

En segundo lugar, con el fin de la guerra fría y a raíz de la consolidación de la economía del tipo capitalista como la única modalidad económica viable, la mayoría de los países entraron en una verdadera competencia por atraer las inversiones extranjeras. Para garantizar a las contrapartes extranjeras un marco normativo más neutro y eficaz, las legislaciones latinoamericanas, asiáticas y ex soviéticas optaron por introducir el arbitraje comercial internacional.⁵

2. Nacionalización vs. des-nacionalización del arbitraje

Ante las múltiples remisiones hechas a los ordenamientos jurídicos nacionales, cabe preguntarse hasta qué punto el arbitraje comercial internacional se halla

² Carbonneau, Thomas, "The Ballad of Transborder Arbitration", *University of Miami Law Review*, Vol. 56, 2002, pp. 773-829, p. 778.

³ Consulte Caron, David, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *The American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 104-156.

⁴ Helmer, Elena, "International Commercial Arbitration: Americanized, "Civilized", or Harmonized?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2003, pp. 35-67.

⁵ Carbonneau, Thomas, "The Ballad of Transborder Arbitration", op.cit., p. 778.

vinculado con un sistema jurídico determinado, o si, gracias a su internacionalidad, puede considerarse desligado de toda jurisdicción nacional.⁶

A pesar de varios intentos, originados principalmente en los círculos académicos franceses,⁷ para consolidar un concepto del arbitraje internacional como un procedimiento completamente desterritorializado, dicha tendencia no ha podido imponerse en términos absolutos.⁸ La división del planeta en jurisdicciones estatales sigue siendo un dato innegable, así que actualmente no existe un espacio que no esté cubierto por un derecho nacional. Por su parte, la normativa vigente en la mayoría de estas jurisdicciones, se basa en el concepto del arbitraje internacional que sí supone la existencia de un vínculo con un Estado nacional determinado. Dicho vínculo se expresa a través del concepto del 'lugar' o de la 'sede' del arbitraje. Tal es también la solución que contempla la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional (LMA), cuyo art. 2.1. define la aplicabilidad de la Ley a un procedimiento arbitral determinado en relación al lugar en que tiene su sede.

La aspiración a implementar un concepto de arbitraje íntegramente desterritorializado, había llevado a algunos Estados europeos a limitar la supervisión judicial sobre el procedimiento, por lo menos, cuando éste no involucraba a sus nacionales. En otras palabras, un arbitraje con sede en Bélgica prácticamente no existía para el sistema jurídico de este país si las partes no tenían la nacionalidad belga. No obstante, un procedimiento carente de asistencia judicial generó una cierta inseguridad y desconfianza de los usuarios y no pudo prosperar.⁹ De lo anterior se desprende, que un cierto grado de vinculación del arbitraje con el foro no sólo es inevitable a la luz de la estructura político-jurídica del mundo como consecuencia lógica de la

⁶ Sandrock, Otto, "To Continue Nationalizing or to De-Nationalize? That is Now the Question in International Arbitration", *American Review of International Arbitration*, Vol. 12, 2001, pp. 301-333.

⁷ Gaillard, Emmanuel, Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer, La Haya, 1999.

⁸ Véase Santos Belandro, Ruben, *Arbitraje comercial internacional*, Oxford, México, 3ª Ed., 2000, pp. 28-32.

⁹ Theofrasous, Theodore, "International commercial arbitration in Europe: Subsidiarity and supremacy in light of the de-localization data", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, pp. 455-494.

aplicación territorial de las leyes, sino que también podría considerarse deseable para garantizar mayor eficiencia de este procedimiento.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el arbitraje internacional se incorpore dentro del sistema de administración de justicia del Estado en el que tiene su sede. Los árbitros internacionales reciben su mandato de las partes y por ello no representan a ningún Estado. Estas características son decisivas para la comprensión del fenómeno del arbitraje comercial internacional y explican tanto el rol que en este proceso corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes, como el carácter altamente restringido de la intervención judicial.¹⁰ El arbitraje internacional es distinto del doméstico, concebido éste como uno de los métodos de administración de justicia, en cuanto a su naturaleza, sus principios rectores y su relación con el derecho nacional. La situación es distinta en los países que, como España o Brasil, han adoptado la LMA como un marco regulatorio único en materia de arbitraje, acogiendo con ello la concepción contractual de la naturaleza del arbitraje.¹¹

3. Internacionalidad del arbitraje

La normativa que más ha servido como punto de referencia en materia de arbitraje, la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del año 1958, no define el carácter internacional del arbitraje. Este instrumento ha creado un marco regulatorio del arbitraje que se lleva a cabo en el extranjero y culmina con una sentencia arbitral pronunciada fuera del territorio nacional. La Convención también admite la posibilidad de que un laudo dictado en el territorio de un Estado no se considere doméstico (art. I.1). Lo anterior se refiere a los casos en que la jurisdicción sede del arbitraje contempla un procedimiento específico para el

¹⁰ Garnett, Richard, "International arbitration law: progress towards harmonisation", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3, 2002, pp. 400-414.

¹¹ Ley de Arbitraje, 60/2003, de 23 de diciembre, Art. 1.1: "Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje."

arbitraje comercial internacional.¹² En otras palabras, a falta de una legislación global o uniforme, el reconocimiento de la internacionalidad del arbitraje está entregado al derecho nacional del país sede de arbitraje. En este contexto, la LMA constituye un gran avance en la construcción conceptual del arbitraje, dado que ofrece una importante pauta para la definición del criterio de la internacionalidad.¹³

En primer lugar, la internacionalidad del arbitraje puede ser determinada sobre la base de las características intrínsecas del procedimiento. Así, el principal criterio de internacionalidad recogido por la LMA corresponde al hecho de que los establecimientos de las partes que intervienen en el arbitraje se sitúen en países distintos (art. 1.3.a LMA). Asimismo, la internacionalidad del arbitraje relacionada con el procedimiento, puede desprenderse del hecho de que el lugar sede del arbitraje se encuentre en un país distinto a aquel donde las partes tienen sus establecimientos (art. 1.3.b.i LMA).¹⁴ Tal requisito permite prescindir del estudio de las características propias de la controversia, en otras palabras, no se interesa por el carácter internacional o doméstico de ésta. En cambio, refleja la naturaleza del arbitraje como un servicio legal que se presta por mandato de las partes involucradas. Así, si dos argentinos desean beneficiarse del marco jurídico del arbitraje desarrollado en Chile y están dispuestos a soportar los gastos adicionales que les pueda significar un procedimiento arbitral celebrado en el extranjero, desde la perspectiva del derecho chileno el arbitraje debería considerarse internacional dado que los vínculos con la jurisdicción nacional son remotos.

¹² En este contexto vale volver a subrayar el art. 1.2 LMA que regula el ámbito de aplicación de la Ley. Asimismo, llama la atención que la LMA no hace referencia a la 'ley aplicable' al procedimiento arbitral, en cambio, consagra en el art. 19.1: "Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones".

¹³ Vale destacar que la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en el año 1975, a pesar de su título, no aborda el criterio de la internacionalidad. En cambio, otro instrumento internacional regional, la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional suscrita en el año 1961 define, en el art. 1.1, su ámbito de aplicación con respecto a los arbitrajes cuyas partes tienen "su residencia habitual o su sede en el territorio de diferentes Estados Contratantes."

¹⁴ Consulte la sentencia alemana que ex post buscó determinar la nacionalidad de un arbitraje cuando su lugar no estaba explicitado ni por las partes ni por el árbitro: Oberlandesgericht Dusseldorf, 23 de marzo de 2000, caso 374 en www.uncitral.org.

La internacionalidad del arbitraje también puede ser definida sobre la base de su función auxiliar en el desarrollo del comercio internacional, expresión que no pretende negar el papel preponderante que juega en ese ámbito. Este es el enfoque del art. 1492 del Nuevo Código del Procedimiento de Francia del año 1981, según el cual el arbitraje es internacional cuando involucra los intereses del comercio internacional. Dicho concepto puede considerarse precisado y detallado por la LMA que hace depender la internacionalidad del arbitraje de ciertas características del asunto materia de la controversia. Estas características son el cumplimiento de la parte sustancial de las obligaciones contractuales o la situación del bien objeto de la controversia en un país distinto a aquel donde las partes tienen sus establecimientos (art. 1.3.b.ii LMA). Así, fue declarado internacional un arbitraje entre dos empresas establecidas en Singapur, cuyo contrato se regía por el derecho de este país y en cuyo territorio se cumplían también las obligaciones de pago. Sin embargo, la preparación de la carga, la notificación de que estaba lista para ser entregada, la transmisión de riesgo y la carga misma fueron realizados en Corea. En este lugar, se produjeron también los gastos de sobrestadía que se reclamaban en el arbitraje.¹⁵

La LMA, asimismo, permite a las partes consolidar el carácter internacional del arbitraje señalando que el objeto de la controversia está relacionado con más de un Estado (art. 1.3.c LMA). Dicha expresión de la autonomía de la voluntad no ha estado exenta de crítica y ha llevado a algunos países a eliminarla a la hora de incorporar la LMA en sus respectivas legislaciones.¹⁶ Sin embargo, este precepto tiene una limitación que le es inmanente a la luz de los objetivos de la ley. En este contexto, al ser presentado ante el Congreso de la República de Chile un proyecto de ley idéntico a la LMA, se planteó que “naturalmente, este

¹⁵ Véase Singapur High Court, 27 de mayo de 1996, caso 209 en www.uncitral.org. Consulte, asimismo, los casos N° 20, 39 y 120.

¹⁶ Fouchard, Philippe opina que este precepto autoriza una internacionalidad ficticia: por mera decisión de las partes las restricciones legales relativas a los contratos o a los arbitrajes puramente internos podrían ser burlados, al conferirle ficticiamente carácter internacional a un arbitraje interno. Véase “La loi Type de la CNUDCI, sue l’arbitrage commercial international”, *Journal du Droit International*, 1987, pp. 861-885, pp. 873-874. Parece estar preocupado del mismo problema Santos Belandro, Ruben B., *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*, Ed. AEU: Montevideo, 2002, p. 34.

reconocimiento a la autonomía de la voluntad tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor.”¹⁷

4. Carácter comercial del arbitraje

La tarea de definir el carácter comercial del arbitraje se enfrenta con un doble desafío. Primero, corresponde distinguirlo del arbitraje de derecho público y segundo, delimitarlo del arbitraje de derecho privado que no verse sobre los asuntos comerciales. La primera distinción apunta a la participación en el arbitraje de los Estados en su capacidad soberana y a las fuentes que contemplan las cláusulas arbitrales que se consideran tratados de derecho público.¹⁸ Sin embargo, tal distinción resulta difícil de sostener si se toma en cuenta que el arbitraje entre un inversionista y un Estado puede efectuarse por dos vías. Por un lado, están los Acuerdos de Protección y Promoción de las Inversiones que suelen contemplar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) del Banco Mundial como foro arbitral. Pero por otro lado, la controversia entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión puede ventilarse en un foro ‘privado’, por ejemplo, en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. De hecho, hasta los años 80, un tercio de los casos resueltos por este Centro de Arbitraje involucraba a un Estado o a una entidad de derecho público, aunque a inicios de los años 90, dicho porcentaje correspondía a apenas un 12%.¹⁹

En cuanto a las diferencias del carácter comercial del arbitraje por oposición a aquel de derecho privado, la LMA entrega, en una nota de pie al art. 1.1, una extensa pero no taxativa lista de ejemplos de las relaciones jurídicas que

¹⁷ *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, Sesión 4, martes 10 de junio de 2003, p. 56.

¹⁸ Sellarés Serra, Jordi, “¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?”, *Anuario*, N°3, 2002, pp. 131-163 (accedido por la base de datos EBSCO).

¹⁹ *Ibid.*, p. 141.

deberían considerarse comerciales. Con esta técnica jurídica se ha pretendido descartar antes que nada las relaciones laborales y las de consumo, dejando un amplio margen de maniobra en la definición de la comercialidad de una materia sometida al arbitraje.²⁰ No obstante, lo anterior no impidió que un tribunal canadiense considerara comercial un arbitraje que versaba sobre la compraventa de una casa familiar, lo que a primera vista parece constituir una compra para el consumo. En esta ocasión, el tribunal llegó a la conclusión que, si bien la compraventa no guardaba relación con la actividad comercial profesional de ninguna de las partes, se había realizado con la debida seriedad, contando ellas con la asistencia de corredores profesionales de bienes raíces y dentro del marco jurídico apropiado para una transacción que había entrañado una suma cuantiosa.²¹

La amplitud del término 'comercial' en el contexto de la LMA, sin embargo, no significa que cualquier controversia que cumple con estas características puede resolverse vía arbitraje. En otras palabras, para poder someter una materia al tribunal arbitral, ésta, además de ser de carácter comercial, debe cumplir con el requisito denominado la arbitrabilidad.

5. Arbitrabilidad de la materia: Observaciones preliminares

En forma preliminar, pueden destacarse tres principales enfoques para aproximarse al problema de la arbitrabilidad de una controversia. Una postura, más bien excepcional, considera la arbitrabilidad como elemento integrante de la validez del acuerdo sobre el arbitraje. En otras palabras, un acuerdo que verse sobre una materia no arbitrable es nulo. Dicha posición expresa, por ejemplo, la sentencia arbitral de la CCI Nº 2558 que versa sobre un contrato de 'asistencia en comercio internacional' suscrito entre una sociedad francesa y un prestador de servicios de la misma nacionalidad. El tribunal arbitral determinó que se trataba de un contrato de trabajo, que no podía ser objeto

²⁰ A/CN.9/264, Nº18 <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-264-e.pdf>.

²¹ Sentencia de Ontario Court, 1 de febrero de 1996, caso 390 en www.uncitral.org.

de convención arbitral. Por lo anterior, el tribunal acogió la excepción de incompetencia fundada en la nulidad del acuerdo de arbitraje.²²

La segunda opción se encuentra recogida en el derecho estadounidense. Según este ordenamiento jurídico, la validez del acuerdo de arbitraje constituye un elemento de la arbitrabilidad de la controversia. En otras palabras, las partes deben haber consentido válidamente en someter su controversia al arbitraje para que ésta pueda considerarse arbitrable.²³

Sin embargo, en las legislaciones basadas en la LMA, corresponde distinguir entre estos dos elementos. La validez del acuerdo de arbitraje se refiere al concierto efectivo de las voluntades de las partes, mientras la arbitrabilidad implica las características intrínsecas de la materia objeto de la controversia, en especial, la posibilidad de sustraer el conflicto del conocimiento de la justicia ordinaria. Dicha distinción, asimismo, se hace manifiesta a través del art. 36 de la LMA que contempla criterios diferentes para examinar la validez del acuerdo de arbitraje y la arbitrabilidad durante la etapa del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.²⁴

II. El acuerdo de arbitraje

A falta de una regulación universal de las transacciones internacionales, son los mismos actores quienes deben diseñar los procedimientos y normas a ser aplicables a sus relaciones. El presente acápite busca entregar algunas observaciones de índole dogmática y práctica que tienen relevancia en la etapa previa al procedimiento arbitral propiamente tal y que pueden influir en su posible éxito o fracaso.

²² CLUNET N° 104, 1977, p. 951-957.

²³ Véase un detallado análisis de la práctica estadounidense en Reuben, Richard, "First Option, Consent to Arbitration, and Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions", *SMU Law Review*, Vol. 56, 2003, pp. 819-883.

²⁴ Compare los arts. 36.1.a.i LMA y 36.1.b.i LMA.

1. Elaboración de un acuerdo de arbitraje

Gracias a su eficiencia y flexibilidad, el arbitraje internacional pasó de considerarse un método 'alternativo' de resolución de conflictos comerciales internacionales a ser el único método adecuado en el actual contexto de la globalización económica. No obstante, la opción por el arbitraje, junto con ofrecer a las partes numerosas ventajas, tiene como correlato la renuncia al recurso a la justicia nacional y ciertos beneficios que ésta ofrece, como son, por ejemplo, los costos relativamente más bajos. Por lo tanto, es imprescindible que la sumisión al arbitraje tenga un carácter voluntario y deliberado.

Asimismo, al decidirse en favor del arbitraje, resulta necesario elegir el momento apropiado para negociar el acuerdo de arbitraje con tal de poder incluirlo dentro del conjunto de las relaciones contractuales, esto es, poder convertirlo en términos monetarios sin tener que quebrar por ello un equilibrio alcanzado durante una negociación ya avanzada.²⁵ Por su parte, definir correctamente el contenido del acuerdo de arbitraje tiene una gran importancia, ya que su formulación deficiente puede prolongar el conflicto en lugar de llevar a su solución expedita.

El acuerdo de arbitraje, en primer lugar, debe manifestar claramente la intención de las partes de resolver un conflicto única y definitivamente por la vía del arbitraje. Así, no producirá efecto deseable una cláusula del siguiente tipo: "En el caso de arbitraje, éste se efectuará según el Reglamento de la CCI, pero en el caso de litigio, los tribunales del Estado de Nueva York serán competentes."²⁶ Por otro lado, se debe tener presente que, por ejemplo, un intercambio de correos electrónicos en que una de las partes plantea: "¿Estarían ustedes de acuerdo con el arbitraje?" y la otra contesta: "Sí, en

²⁵ Sobre el valor monetario de las cláusulas de elección de foro véase O'Hara, Erin Ann, Exploring The Need For International Harmonization: The Jurisprudence And Politics Of Forum-Selection Clauses, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, 2002, pp. 301-316.

²⁶ Townsend, John, "Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, N° 1, 2003, pp. 28-36, p. 30.

Nueva York”, también constituye una cláusula compromisoria. Ésta, sin embargo, adolece de un carácter demasiado genérico y deja abiertos múltiples aspectos del procedimiento arbitral que podrían dificultar una solución expedita del conflicto. Por lo anterior, la negociación de un acuerdo de arbitraje debería apuntar a lograr un cierto equilibrio redactándose una cláusula que efectivamente vincule a las partes a su opción por el arbitraje y que precise sus expectativas, por ejemplo, en relación a determinadas características profesionales de los árbitros o a la conducción del procedimiento. No obstante, se debe evitar contemplar en ella detalles excesivos, ya que los requerimientos específicos para el diseño del procedimiento se aclararán, solamente, después del surgimiento del conflicto. Asimismo, debería tomarse la precaución de no alterar la ejecutabilidad de la cláusula, contemplando en ella expectativas poco realistas. Tal suerte podría correr un acuerdo de arbitraje que exija que los tres miembros del tribunal arbitral fueran expertos en el derecho chileno y del Estado de Nueva York y que al mismo tiempo hablaran japonés o, por ejemplo, que el tribunal arbitral dictara el laudo en un plazo de 7 días una vez cerrada la instrucción de la causa.²⁷

En segundo lugar, debe determinarse si se desea recurrir al arbitraje para resolver cualquier controversia que se suscite en el marco de la relación contractual o, por ejemplo, tan sólo para resolver los conflictos relacionados con el incumplimiento contractual. Desde el punto de vista de la economía procesal, la primera solución es la más adecuada, ya que permite evitar que las partes tengan que enfrentarse en los tribunales nacionales sobre el tema de la interpretación del contrato o con respecto a la responsabilidad extracontractual que emane de la relación, mientras que el cumplimiento del contrato se analizaría en un foro arbitral. En este contexto, las cláusulas tipo de las instituciones de arbitraje suelen recurrir a la fórmula más amplia, señalando, por ejemplo: “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

²⁷ Ibid., pp. 32-33.

Internacional por uno ó más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.” Pero tomando en cuenta que ciertos ordenamientos nacionales todavía no tienen una postura consolidada con respecto a la competencia del árbitro para decidir acerca de su propia competencia, en especial, EE.UU.²⁸, puede resultar útil incluir este aspecto dentro de los alcances de la cláusula arbitral.²⁹

En la práctica, un acuerdo de arbitraje rara vez se negocia en todos sus detalles, más aun, la cláusula compromisoria suele denominarse la cláusula de las dos de la madrugada, destacándose con ello el tratamiento marginal que por lo general se le brinda. Sin embargo, existen determinados elementos del acuerdo de arbitraje que deben considerarse esenciales y requieren ser abordados en cualquier negociación. Con ello se podrá evitar un posterior estancamiento en la resolución de un posible conflicto. Se trata de definir, primero, el carácter del arbitraje, optando entre el arbitraje ad-hoc y el institucional, y designando en este último caso la institución competente. Las múltiples ventajas del arbitraje institucional son bien conocidas y, a menos que las partes tengan mucha experiencia en esa materia y estén incondicionalmente obligadas a mantener su relación, el arbitraje institucional se transforma en una verdadera necesidad.³⁰ Dado que el arbitraje institucional conlleva también el pago de los gastos administrativos, la elección de la institución a cargo de la administración debería efectuarse cuidadosamente, tomando en consideración el valor del pleito y la disponibilidad de los recursos financieros.³¹

El segundo elemento que indispensablemente debe estar regulado en un acuerdo de arbitraje es el lugar o la sede del arbitraje. La justicia francesa ha

²⁸ Barceló III, John, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1115-1136.

²⁹ Así, sostuvo la Corte Suprema en el caso *First Option of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995): “The question ‘who has the primary power to decide arbitrability’ turns upon what the parties agreed about *that* matter. Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to the arbitration? If so, then the court’s standard for reviewing the arbitrator’s decision about *that* matter should not differ from the standard courts apply when review any other matter that parties have agreed to arbitrate”.

³⁰ Carbonneau, Thomas, “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1189-1232, 1207.

³¹ Ver comparación de los costos en Biukovic, Ljiljana, “International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 22, 2002, pp. 319-352, p. 339.

planteado que: "La sede de arbitraje es un concepto netamente jurídico, sin embargo, tiene importantes consecuencias legales que conciernen notablemente la jurisdicción de los tribunales nacionales con respecto a la solicitud de anulación del laudo; la elección de la sede depende de la voluntad de las partes, en cambio no constituye un concepto físico que dependa del lugar donde se hayan llevado a cabo las sesiones o se haya pronunciado el laudo, lugares que pueden variar dependiendo de la bondad o la disponibilidad de los árbitros."³² En otras palabras, la sede del arbitraje predetermina la normativa aplicable al procedimiento, el grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, el nivel de vinculación con la justicia nacional. Para un desarrollo exitoso del arbitraje se requiere que su sede esté localizada en un ambiente propicio para este tipo de procedimiento. Lo anterior, supone la existencia de una normativa procesal adecuada, que reconozca la especificidad del arbitraje comercial internacional, normas de conflicto modernas, un sistema judicial capaz de prestar apoyo al procedimiento en lugar de entorpecerlo o la disponibilidad de los profesionales capaces de trabajar con criterios internacionales, sólo por mencionar algunos de los requerimientos.³³

Por otro lado, sería recomendable que las partes definan de antemano el número de árbitros, eligiendo entre designar un tribunal unipersonal o uno compuesto por tres árbitros. En el primer caso, se estaría favoreciendo el aspecto económico del procedimiento, mientras que en el segundo, se estaría contemplando una garantía adicional para que el tribunal pueda alcanzar una solución justa, razonable y fundada. A falta de un acuerdo explícito de las partes, la composición del tribunal arbitral se definirá sobre la base de un Reglamento institucional o, en el evento del arbitraje ad-hoc, según la ley aplicable al procedimiento. Así los Reglamentos de la CCI y de la AAA optan por nombrar un árbitro único, en cambio, la LMA designa a un tribunal de tres

³² Cass, 1ere civ., 28 de octubre de 1997, Société Procédés de Préfabrication pour le béton c/ Libye, cit. por Manevy, Isabelle, "Online dispute resolution: What future?", www.juriscom.net, p. 42.

³³ Blessing, Marc, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1999, pp. 158-163.

árbitros.³⁴ En ambos casos, sería preferible que la decisión la tomaran las partes a la hora de celebrar su acuerdo de arbitraje para poder atender sus necesidades reales.

2. Efectos de un acuerdo de arbitraje

El principal efecto de un acuerdo de arbitraje consiste en la llamada sumisión negativa, lo que significa que ningún tribunal nacional pueda conocer de la controversia que surja entre las partes. El carácter casi universal de este efecto se funda en el art. II de la Convención de Nueva York, ratificada hasta la fecha por 137 países. Este precepto obliga a los tribunales nacionales a remitir a las partes al arbitraje siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Las partes solicitan la remisión al arbitraje.
- b) El acuerdo de arbitraje entra en la esfera de aplicación de la Convención, en otras palabras, contempla un procedimiento en el extranjero o se refiere a un arbitraje que no es considerado doméstico.
- c) El ámbito temático de la demanda está cubierto por el acuerdo de arbitraje.
- d) La materia objeto de la controversia es arbitrable.
- e) El acuerdo de arbitraje no es nulo, inválido o inejecutable.
- f) El acuerdo de arbitraje cumple con los requisitos en cuanto a la forma.³⁵

La primera condición se explica por la posibilidad que tienen las partes para anular, en forma consensuada, su acuerdo de arbitraje, prorrogando la jurisdicción a los tribunales ordinarios en forma explícita o tácita. La misma idea se encuentra acogida con aún mayor claridad en el art. 8.1 de la LMA que establece el momento en que debe ser invocada la existencia de un acuerdo de

³⁴ Véase el art. 8.2 del Reglamento de la CCI o el art. 5 del Reglamento de American Arbitration Association. En cambio, el art. 10.2 de la LMA prevé que a falta de la elección de las partes, el tribunal se compondrá de tres árbitros.

³⁵ Art. II.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”.

arbitraje: Un tribunal nacional está obligado a remitir a las partes al arbitraje si lo solicita alguna de ellas en el momento de presentar el primer escrito en cuanto al fondo.³⁶

Por otro lado, según el precepto citado, el tribunal puede entrar a conocer del caso tan sólo si concluye que el acuerdo de arbitraje es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. De lo anterior, se desprende que en virtud de la LMA, y a diferencia de la Convención de Nueva York, a un tribunal nacional no le corresponde analizar los alcances del mandato del acuerdo de arbitraje y tampoco puede indagar en el carácter arbitrable de la materia.

En los países que, además de haber ratificado la Convención de Nueva York, han incorporado en sus respectivas legislaciones la LMA, podría plantearse la duda acerca de cuál de los dos catálogos prevalece para juzgar la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje. La respuesta podría encontrarse en el espíritu de la Convención que busca fomentar un tratamiento más favorable al arbitraje y que por ello, no pretende desplazar las normas domésticas que permitan alcanzar el mismo objetivo. En particular, el art. VII.2 proclama que las disposiciones de la Convención no “privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho 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.” Aplicando este precepto en forma análoga al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, es viable sostener que las normas de una ley doméstica basada en la LMA prevalecen por sobre los preceptos convencionales, dado que contienen soluciones más favorables para la realización del arbitraje.

Por su parte, el alcance de las facultades que tiene un tribunal nacional para analizar el acuerdo arbitral en el marco del art. 8.1 de la LMA, no puede sino que determinarse a la luz del art. 16.1 de la LMA. Este último precepto

³⁶ El momento para reclamar la remisión al arbitraje resulta de suma importancia y de ser ignorado equivaldría a la prórroga tácita de la jurisdicción judicial. Véanse las sentencias de British Columbia Supreme, de 24 de marzo de 1995, caso 181 y de Ontario Court of Justice, de 21 de diciembre de 1994, caso 118 en www.uncitral.org

consagra el principio Kompetenz-Kompetenz, esto es, la competencia del árbitro para decidir acerca de su propia competencia, inclusive sobre la validez de la cláusula arbitral. De la lectura conjunta de estos dos artículos se desprende que el análisis al que se refiere el art. 8.1 no puede ir encaminado a confirmar la competencia de un foro arbitral determinado, más bien, debe mantener el nivel de un examen *prima facie*. Interesa destacar que en el derecho francés, el principio Kompetenz-Kompetenz tiene, además, un llamado efecto negativo. Así, el art. 1458 del Nuevo Código de Procedimiento Civil establece que: "Siempre y cuando una disputa sometida a un tribunal arbitral se presente a un tribunal ordinario, éste deberá declinar su jurisdicción. Si el tribunal arbitral no se haya establecido aún, el tribunal ordinario deberá declinar su jurisdicción, a menos que el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo." En otras palabras, el tribunal arbitral tiene la prioridad para decidir acerca de su competencia sin que esta decisión pueda someterse al control por parte de la justicia nacional previo a la dictación de la sentencia arbitral. La intervención de la justicia ordinaria, en cambio, es posible tan sólo ante una nulidad manifiesta del acuerdo de arbitraje, expresión que no fue acogida por la LMA.

3. Forma del acuerdo de arbitraje

Según el art. II.2 de la Convención de Nueva York, el acuerdo de arbitraje debe ser por escrito, entiendo por ello "una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas". En otras palabras, si el acuerdo de arbitraje se consagra en un solo documento, éste debe ser suscrito por las partes. De ello podría deducirse que un acuerdo de arbitraje necesariamente debe llevar la firma de los signatarios, esto es, que se trata de un requisito *ad solemnitatem*.³⁷ Sin embargo, la Convención también reconoce como válido un acuerdo de arbitraje celebrado a través de un canje de letras o telegramas, siendo obvio que estas últimas no pueden ser firmadas por sus autores. Con

³⁷ Santos Belandro, Ruben, *Arbitraje comercial internacional*, op.cit., p. 61.

ello es viable concluir que la Convención se preocupa más bien por el valor probatorio de los documentos que expresen la intención de las partes de someterse al arbitraje, antes que por la autenticidad de los mensajes que usan para ello. Asimismo, la lista del art. II.2 no se considera exclusiva y podría abarcar cualquier otro medio de comunicación, por ejemplo, el correo electrónico.³⁸

Esta idea se encuentra acogida y extendida por la LMA, que en su art. 7.2, establece que el requisito de la forma escrita puede ser cumplido de las siguientes maneras: "a) por un documento firmado por las partes; b) por un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo; c) un intercambio de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo de arbitraje sea afirmada por una parte sin ser negada por otra; d) asimismo, el acuerdo de arbitraje puede adoptar la forma de una remisión hecha en un contrato que consta por escrito a un documento que contiene una cláusula de arbitraje." En otras palabras, el principal requerimiento que estipula la ley dice relación con documentos probatorios del consentimiento de las partes, sin que sea necesario que éstos lleven una firma personal, tal como se desprende, en particular, de lo establecido en la letra b).

En derechos nacionales nos encontramos con enfoques aun más flexibles en cuanto a los requisitos de forma. Así, *Arbitration Act* de Gran Bretaña del año 1996 no sólo admite las modalidades anteriores, sino que las amplía, considerando en su sección 5(2) que: "3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing; 4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement." Se agrega, a modo más genérico: "6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means." Por su parte, en el derecho francés

³⁸ Ibid., p. 60.

el requisito de la forma escrita del acuerdo tan sólo se aplica al arbitraje doméstico (art. 1443 NCPC). En el arbitraje internacional, en cambio, no se exige el cumplimiento de ninguna forma particular, considerando suficiente cualquier prueba del consentimiento de las partes.³⁹ En base a lo anterior, corresponde subrayar que los requisitos que deberá cumplir un acuerdo de arbitraje en cuanto a la forma dependerán, en primer lugar, de la jurisdicción dentro de la cual se radica el proceso arbitral, esto es, de su sede.

4. Validez del acuerdo de arbitraje

Ni el art. II de la Convención, ni los art. 8 o 16 de la LMA estipulan de acuerdo a qué normativa deberá juzgarse la validez de un acuerdo de arbitraje. Este último precepto consagra el llamado principio de la autonomía o de la separabilidad de la cláusula arbitral al sostener que la nulidad del contrato de fondo no entraña *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria. La cláusula arbitral se entiende entonces como un contrato autónomo, lo cual impide someterla automáticamente a la ley aplicable al contrato principal.⁴⁰

Para resolver la interrogante de la ley aplicable corresponde recurrir a las normas relativas a la nulidad o al reconocimiento de un laudo arbitral, esto es, el art. V.1.a de la Convención de Nueva York junto con los art. 34.2.a.i y 36.1.a.i de la LMA. Los tres preceptos, con un tenor literal idéntico, facultan para atacar un laudo arbitral si el acuerdo de arbitraje “no es válido según 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 el laudo”. Dado que en la práctica no se suele pactar una ley aplicable tan sólo al acuerdo de arbitraje, la regla general sería que su validez se determinará por la ley del país sede del arbitraje.

³⁹ Manevy, Isabelle, “Online dispute resolution: What future?”, op.cit., p. 37.

⁴⁰ Sin embargo, antiguamente nos encontrábamos con soluciones contrarias. Así, sostuvo el tribunal arbitral en el caso CCI N° 2626: “Se ha admitido comúnmente que la elección del derecho aplicable al contrato principal regula además tácitamente la situación de la cláusula de arbitraje, en ausencia de disposiciones particulares.” CLUNET N° 105, 1978, p. 980-984, p. 981.

En este contexto se requiere volver a destacar la diferencia que existe entre la validez de un acuerdo de arbitraje, por un lado, y la arbitrabilidad de la materia, por otro. Del art. V.2.a de la Convención y art. 36.2.b.i de la LMA, se desprende que la ley aplicable a la arbitrabilidad del litigio es la ley propia del juez, esto es, del país donde se pide el reconocimiento del laudo. Con ello, si el lugar de arbitraje es Colombia, el tribunal chileno no puede recurrir a la *lex fori* y deberá aplicar la ley colombiana a la validez del acuerdo de arbitraje.

Por su parte, la llamada "arbitrabilidad subjetiva" de la controversia constituye, más bien, un problema relacionado con la validez del acuerdo. Usualmente, con esa expresión se alude a la capacidad de las partes, tales como el Estado, las empresas públicas o los consumidores, para celebrar un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, no es recomendable usar la expresión señalada en el contexto de la LMA, debido a que puede provocar una confusión. La diferencia entre estos dos elementos se aprecia con un ejemplo del derecho de la Unión Europea. Así, según la normativa europea, las cláusulas compromisorias celebradas por consumidores con antelación al surgimiento del conflicto, son válidas bajo la condición del consentimiento posterior del consumidor pero no afectan la arbitrabilidad de la controversia en sí.⁴¹ Una conclusión semejante se desprende del art. 16 de la Ley Chilena 19.496 del Consumidor. En general, la falta de capacidad para suscribir un acuerdo de arbitraje afecta la validez de éste, pero no altera la naturaleza de la controversia que se quiere resolver por la vía arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, particularmente en el derecho francés se ha manifestado la tendencia de juzgar la validez de la cláusula arbitral, según los principios generales del derecho. Así, en el caso Dalico, la Corte de Casación francesa señaló: "En virtud de las reglas sustantivas de arbitraje internacional, el acuerdo de arbitraje es legalmente independiente del contrato principal, que lo contiene o se refiere a él, y su existencia o efectividad se determinan con

⁴¹ Bouza Vidal, Nuria, "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LII, 2000, pp. 371-393.

sujeción a las normas imperativas del derecho francés y el orden público internacional, sobre la base de la intención común de las partes, sin necesidad de referirse a algún derecho nacional”.⁴² De manera semejante se pronuncia el tribunal arbitral en el caso CCI N° 5721: “La autonomía de la cláusula arbitral, tan extensamente reconocida en la hora actual, justifica esta remisión a una ley no estatal, que emana de los puros usos del comercio internacional. En particular, se justifica separar el fondo del contrato, de la validez y alcances del acuerdo de arbitraje. Por lo tanto, el tribunal emitirá su pronunciamiento en virtud de la noción general de la buena fe en los negocios y de los usos del comercio internacional.”⁴³

5. Ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje

Un tribunal ordinario puede entrar a conocer el asunto en el fondo a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje, si considera que éste es de ejecución imposible (art. 8.1 LMA). En general, la práctica internacional ha sido rigurosa a la hora de juzgar la ejecutabilidad de las cláusulas compromisorias. Así, la Corte Suprema de Hong Kong tuvo que resolver un caso en que la cláusula compromisoria contemplaba un arbitraje en un “tercer país, según la regla del tercer país y de conformidad con el reglamento de la Asociación Internacional de Arbitraje Comercial”. La Corte concluyó que la cláusula compromisoria indicaba suficientemente la intención de las partes de someterse al arbitraje. Estimó que la referencia a un tercer país y a una organización y unas reglas inexistentes no hacía inoperante o de imposible aplicación el acuerdo de arbitraje, dado que éste podía celebrarse en cualquier país que no fuera uno de aquellos en que las partes tenían sus establecimientos y conforme a la ley del lugar del arbitraje, que podía ser elegido por el demandado.⁴⁴

Por su parte, ante la Corte Suprema de Alemania se presentó una controversia que abarcaba los siguientes hechos relativos a pagos provisionales: a pesar de

⁴² http://playmendment.free.fr/droit_du_commerce_international/l_arbitrage.htm.

⁴³ CLUNET N° 117, 1990, p. 1019-1029, 1028.

⁴⁴ High Court of Hong Kong, 5 de mayo de 1993, caso 57, www.uncitral.org

la existencia de una cláusula arbitral, la parte A planteó la posibilidad de llevar el conflicto a los tribunales estatales, considerando que el arbitraje era demasiado caro. Su contraparte B le contestó que, en tal evento, invocaría la cláusula arbitral. La parte A no procedió a tomar pasos litigiosos. Un año más tarde, la parte B puso término al contrato, invocó la ruina financiera y demandó a la parte A ante los tribunales nacionales. La Corte Suprema resolvió que el acuerdo de arbitraje resultaba impracticable en las circunstancias dadas, pues la parte B no podía pagar los costos del arbitraje, ya que se encontraba al borde de la insolvencia y la única opción para ejercer sus derechos era el recurso a un tribunal ordinario. Sostuvo que no se encontraba inhabilitada de invocar aquello a pesar de sus anteriores alegatos acerca de la existencia de una cláusula compromisoria. Éstos no se hicieron de mala fe, lo que habría podido llevar a la Corte Suprema a remitir a las partes al arbitraje.⁴⁵

III. El procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral se caracteriza por su carácter altamente dispositivo y puede ser diseñado conforme con la autonomía de la voluntad de las partes, el denominador común en materia de arbitraje internacional. Por este motivo la presente exposición tan sólo puede abordar algunos aspectos básicos del procedimiento. En cambio, se dejan al margen variadas tendencias que vienen marcando los procedimientos de arbitraje en la actualidad y que responden a la búsqueda de mayor eficiencia procesal.⁴⁶

1. Examen de jurisdicción por parte de una institución de arbitraje

Al presentarse la solicitud de arbitraje ante el centro de arbitraje correspondiente, la parte demandante puede encontrarse con la oposición de la demandada, la que podría desplegar tácticas dilatorias para evitar que se inicie

⁴⁵ Bundesgerichts, Alemania, 14 de septiembre de 2000, caso 404 en www.uncitral.org.

⁴⁶ Véase la publicación del foro “How to Save Time & Money in Arbitration – Users Speak Up”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 57, 2002, pp. 27-35 y 78-88.

el procedimiento.⁴⁷ Dentro de los recursos a los cuales puede recurrir se encuentra, por ejemplo, la presentación de una demanda ante un tribunal ordinario. Sin embargo, el procedimiento arbitral puede seguir su curso según lo que establece el art. 8.2 de la LMA. Asimismo, podría abstenerse de contestar la demanda. Pero el procedimiento arbitral podrá seguir a pesar de la rebeldía de la demandada. Lo anterior no afectará la ejecutabilidad del laudo siempre y cuando se siga notificando a la parte en rebeldía de todas las actuaciones efectuadas. Por último, la parte demandada podría impugnar la competencia del centro de arbitraje buscando impedir que se desarrolle el proceso.

Para este último caso, los reglamentos institucionales consagran la facultad de la institución administradora para revisar el acuerdo de arbitraje en el marco de un examen superficial, esto es, *prima facie*. Así, lo señala el art. 6.2 del Reglamento de la CCI: "Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el art. 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podría decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje." Por su parte, según el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo: "Si es claro que el Instituto CCE carece de jurisdicción sobre la controversia (...), la petición de arbitraje del Demandante será desechada" (art. 7). Dicho precepto fue aplicado, por ejemplo, al ser analizada la jurisdicción del Centro cuando una cláusula compromisoria establecía lo siguiente: "All disputes and disagreements arising out of the present Contract or in connection with it are subject, without recourse to common courts, to settlement by arbitration at Arbitration ... domiciled in Stockholm, Sweden." En otra controversia la institución tuvo que evaluar su jurisdicción ante la cláusula del siguiente tenor: "Should the parties fail to reach an agreement all disputes

⁴⁷ Cremades, Bernardo, "Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina", www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm.

between the parties shall be brought for settlement to International Arbitration in Stockholm". En ambos casos la conclusión a que llegó el SCCI era: "No es obvio que el Instituto carezca de competencia."⁴⁸

Dicho examen no es definitivo, dado que no exime al árbitro de la obligación y de la facultad para pronunciarse acerca de su propia competencia, tal como se verá a continuación. De la misma manera, el hecho de haber cuestionado la jurisdicción de una instancia administradora de arbitraje, no libera a la parte que se opone al procedimiento, de la necesidad de presentar sus objeciones ante el tribunal arbitral mismo.⁴⁹

2. Constitución del tribunal arbitral: Calidades de los árbitros

Mientras ciertas calidades de los árbitros pueden ser definidas en la etapa de celebración del contrato, previo al surgimiento del conflicto, no parece muy adecuado que dichas calidades se fijen con un exceso de detalles. Ello debido a que en ese momento resulta difícil prever con exactitud si la controversia tendrá que ver con el derecho contractual, con la propiedad intelectual, o si será de carácter técnico, etc. De plantearse un conflicto de índole técnico, correspondería, asimismo, ponderar si se desea que los árbitros sean expertos técnicos. En este contexto cabe tener presente que el arbitraje, como método de solución de conflictos, tiene una naturaleza procesal y jurisdiccional. Por lo tanto, la eficacia del laudo que se dicte va a depender del cumplimiento de algunos criterios netamente jurídicos. Lo anterior puede aconsejar optar, al menos en el caso del arbitraje ad hoc, por un tribunal arbitral que incluya a abogados, pudiendo establecerse un tribunal mixto. Por otro lado, se observa que en las situaciones en que el representante de una profesión que se encuentre en minoría, sea el abogado o el experto técnico, éste a veces se

⁴⁸ Citado por Magnusson, Annette, "Prima Facie Decisions on Jurisdiction", *Stockholm Arbitration Report*, 2001, en http://www.sccinstitute.com/uk/Articles_Archive/.

⁴⁹ Consulte el art. 16.2 de la LMA.

siente 'perdido' en la compañía de dos especialistas de otro ámbito, dado que no comparte su forma de abordar el problema que ante ellos se plantea.⁵⁰

Mientras ciertas calidades requeridas de los árbitros tales como su formación profesional, los idiomas que hablan, la manera de conducir el procedimiento, etc., están relacionados íntegramente con las características particulares de la controversia, los árbitros siempre deben cumplir con un requisito que es menester para la implementación del arbitraje. Se requiere que el árbitro esté en condiciones de tomar una decisión justa, esto es, basada en los argumentos jurídicos o, si fuera el caso, en equidad, pero necesariamente con exclusión de los aspectos ajenos a la naturaleza del conflicto mismo. En otras palabras, se exige que el árbitro sea independiente e imparcial.

La postura tradicional consistía en nombrar como co-árbitros a las personas que se sentían cercanas a las partes y actuaban, prácticamente, como representantes de ellas. Se consideraba suficiente que el presidente del tribunal arbitral fuera imparcial.⁵¹ Con ello, el arbitraje se efectuaba no tan sólo entre las partes, sino que dentro del tribunal arbitral. En cambio, la postura casi unánime hoy día exige de todos los árbitros guardar su independencia e imparcialidad.⁵²

En el derecho positivo este aspecto se aborda con distintos matices. Mientras la LMA exige que el árbitro cumpla con ambos requisitos (art. 12), el Reglamento de la CCI sólo se centra en la dimensión externa, esto es, en la independencia del árbitro (art. 11). En cambio, la ley inglesa contempla tan sólo el requisito de imparcialidad del árbitro (art. 24).

En este contexto interesa recordar el caso AT&T Corp. v. Saudi Cable Co., que permite apreciar los alcances de estos criterios distintos. En la controversia

⁵⁰ "How to Save Time & Money in Arbitration – Users Speak Up", *Dispute Resolution Journal*, op.cit.

⁵¹ Carbonneau, Thomas, "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", op.cit., p. 1212.

⁵² Véase un análisis del derecho comparado en González de Cossío, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", pp. 1-26 (accedido por base de datos EBSCO).

señalada, el presidente del tribunal era *nonexecutive director* de la compañía competidora de la AT&T, la que, además, había perdido la licitación del contrato objeto de la controversia. Antes de asumir el cargo como árbitro y según lo que exige el Reglamento de la CCI, el presidente del tribunal sostuvo que no existía nada que tuviera que declarar en cuanto a sus relaciones con las partes y confirmó su independencia con respecto a ellas. Cuando AT&T se enteró del vínculo existente entre el presidente del tribunal arbitral y su competencia, recusó al árbitro ante la Corte de Arbitraje de la CCI, pero su solicitud fue rechazada como inmotivada. Presentándose el caso ante la justicia ordinaria, ésta invocó el criterio aplicable a la sustitución de los jueces públicos, esto es, el peligro real de parcialidad y sostuvo que el desarrollo del caso no permitía concluir que el árbitro era imparcial.⁵³

3. Kompetenz Kompetenz y la autonomía de la cláusula arbitral

El art. 16.1 de la LMA recoge dos estándares generales desarrollados previamente por la práctica del arbitraje internacional. El primero se refiere a la facultad del árbitro para decidir acerca de su propia competencia, denominado el principio Kompetenz-Kompetenz. El segundo apunta a la autonomía de la cláusula arbitral, esto es, que la nulidad de un contrato que contiene una cláusula compromisoria no entraña *ipso jure* la nulidad de ésta. La parte demandada que se oponga a la competencia del tribunal arbitral, deberá señalarlo en el momento de la contestación de la demanda (art. 16.2 LMA). Dado que la LMA establece el momento preciso para presentar los reparos, la parte que omita hacerlo debería verse impedida para invocar los vicios relacionados con la competencia del tribunal arbitral en la etapa de la supervisión judicial de la sentencia arbitral.⁵⁴

La LMA faculta al tribunal arbitral para pronunciarse acerca de su competencia en forma de un laudo parcial como cuestión previa a la resolución de la

⁵³ Citado por Shore, Laurence, “Disclosure and Impartiality”, *Dispute Resolution Journal*, 2002, pp. 32-39, 78-84, pp. 35-37.

⁵⁴ Compare el art. 34.2.a. caso iii) y iv) y el art. 36.1.a. caso iii) y iv).

controversia en el fondo. Tan sólo en el evento de una decisión positiva se podrá recurrir contra el laudo parcial ante la justicia ordinaria en un plazo de 30 días, solicitando que “se resuelva la cuestión” (art. 16.3 LMA). Sin embargo, la Ley no precisa que forma debe adoptar dicha solicitud. Dado que el tribunal arbitral se pronunciaría a través de un laudo, es viable concluir que al control de éste debería aplicarse el art. 34 LMA. Dicho artículo contempla el único recurso que se admite en contra de un laudo arbitral, esto es, la solicitud de su nulidad. En este contexto, las causales para anular dicho laudo parcial serían los motivos restrictivos que dicho precepto contempla y que serán analizados más adelante. De no haber incurrido el laudo en un vicio de nulidad, debería otorgarse, en cambio, su reconocimiento de conformidad a lo que establecen los art. 35 y 36 LMA.

El principio de economía procesal sugiere, que en casos dudosos, la pregunta sobre la competencia del tribunal arbitral se someta al escrutinio de la justicia ordinaria en la etapa inicial del procedimiento. Con ello se evitará que se lleve a cabo un costos procedimiento arbitral, cuyo resultado sería un laudo susceptible de ser anulado. Por lo tanto, puede resultar conveniente que las partes contemplen como obligación del tribunal el emitir un laudo parcial sobre su propia competencia. El control judicial, en cambio, no podrá entorpecer el desarrollo del procedimiento, dado que, según lo que dispone el art. 16.3 LMA, se efectúa en única instancia y mientras esté pendiente la decisión del tribunal ordinario, el curso del procedimiento arbitral o la dictación del laudo no se suspenden.

La LMA no especifica los criterios que debe respetar el tribunal arbitral al examinar la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje o su propia competencia. No obstante, una interpretación sistemática de la ley exige volver a recurrir al art. 34 de la LMA, precepto que regula la solicitud de nulidad como único recurso contra la sentencia arbitral. Dado el vínculo que existe entre cualquier procedimiento arbitral y el lugar del arbitraje, éste debe cumplir con los requisitos que establece la jurisdicción en la que se ha fijado su sede. Con

ello, el árbitro deberá evaluar la procedencia del arbitraje conforme con los mismos criterios que fueron analizados en relación al art. 8 de la LMA, esto es, según la ley designada por las partes explícitamente para aplicarse al acuerdo de arbitraje o, en subsidio, por la ley territorial. Al mismo tiempo, para no incurrir en el vicio de la nulidad, el tribunal arbitral tendrá que confirmar el carácter arbitrable de la materia según lo que establece la ley del lugar del arbitraje (art. 34.2.b.i de la LMA).

Tal como señalamos más arriba, el art. 16 LMA consagra también el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria con respecto al contrato de fondo. El tratamiento que actualmente se le da a este principio se aprecia con el ejemplo de los contratos de tráfico de influencias llamados también contratos de corrupción. El concepto describe una situación en que un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial. Sin embargo, la verdadera obligación de este 'asesor-representante' consiste en facilitarle el contacto con las autoridades domésticas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho.⁵⁵ A un caso de esta índole se refiere la sentencia de la CCI Nº 1110, en que una empresa extranjera se rehusaba a remunerar a su 'representante' argentino, alegando el objeto ilícito del contrato. El árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de "los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza." Sostuvo que "los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales."⁵⁶

A pesar de compartirse la indignación de este árbitro, su solución no puede considerarse correcta a la luz del principio de la autonomía de la cláusula

⁵⁵ Cremades, Bernardo y Cairns, David, "Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58 2003/2004, pp. 76-85.

⁵⁶ Citado por Hanotiau, Bernard, "L'Arbitrabilité et la Favor Arbitrandum: Un Reexamen", *Journal Du Droit International*, Nº 121, 1994, p.899-966, p. 958.

arbitral. En este contexto convence más la solución pronunciada en la sentencia de la CCI N° 3916. Junto con apuntar al carácter ilícito del tráfico de influencias, se subrayó la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato del cual forma parte, por lo cual el tribunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a anular el contrato de fondo.⁵⁷

4. Ley aplicable al procedimiento arbitral

La determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral puede llevarse a cabo por dos métodos, la elección subjetiva y la elección objetiva. La primera la efectúan las partes del arbitraje designando de manera explícita la ley procesal que consideren apropiada. En cambio, la elección objetiva se realiza en forma indirecta, determinando el lugar de arbitraje. En virtud de la aplicación territorial de las leyes, la normativa procesal que rige en el Estado sede se aplicará también al procedimiento arbitral. Mientras la elección objetiva se produce siempre, tan pronto se conozca el lugar del arbitraje, la elección subjetiva tan sólo es viable si está permitida por la ley territorial. En otras palabras, para que la elección objetiva surta efecto, la jurisdicción estatal donde el arbitraje tenga su sede debe admitirla. La elección objetiva de la ley procesal predomina hoy día gracias a la difusión de la LMA. En cambio, el derecho francés, por ejemplo, sí admite explícitamente la elección objetiva, tal como se desprende de la lectura de los artículos 1493 a 1495 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés. Dichos preceptos contemplan soluciones distintas con respecto a la asistencia judicial de los tribunales franceses dependiendo de si las partes han pactado o no la aplicación al arbitraje de la ley procesal de ese país. Asimismo, admite la elección subjetiva el Reglamento de la CCI cuando señala en su art. 15.1: "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".

⁵⁷ CLUNET, N° 111, 1984, pp. 930-934.

Al combinar la elección subjetiva con la objetiva, podría crearse un marco regulatorio del procedimiento compuesto por cuatro niveles. En primer lugar, se aplicaría lo acordado por las partes, y en segundo lugar, el Reglamento institucional. De manera supletoria tendría cabida la ley procesal designada por las partes y por último, se aplicarían las normas imperativas del país sede aplicables al arbitraje. En este contexto, no parece del todo eficiente designar una ley procesal aplicable en los países que se rigen por la LMA. Aunque la LMA no excluye esta posibilidad, no la contempla explícitamente. Así, señala el art. 19.1: "Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones." Con ello, queda de manifiesto que ciertas normas procesales tienen un carácter imperativo y que a las partes les corresponde diseñar su procedimiento dentro del marco que éstas establecen. Por cierto que la remisión a la ley procesal de otro país no se prohíbe, pero podría ser malinterpretada por el tribunal nacional como contraria al orden público.

Por lo tanto, para evitar un conflicto de esta índole, en las jurisdicciones que se basan en la LMA y, en especial, donde el arbitraje comercial internacional es todavía un fenómeno reciente, es recomendable regular determinados aspectos del procedimiento a través de la autonomía de la voluntad de las partes. Por ejemplo, podrían incluirse en un arbitraje con sede en México determinados elementos del derecho procesal estadounidense, tales como *discovery* o *deposition*, sin tener que referirse a la ley procesal de un Estado norteamericano como a la ley que rija el procedimiento de arbitraje.

Por último, vale señalar que, según el art. 20.1. de la LMA, "las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes." No obstante, pueden darse los casos cuando ni las partes ni el árbitro lleguen a determinar el lugar del arbitraje. Esta fue la situación en que un tribunal alemán tuvo que resolver sobre la nacionalidad de un laudo que llevaba la firma del árbitro junto

con la indicación del domicilio de este último, la ciudad de Dusseldorf. Sin embargo, la controversia versaba sobre la compraventa de una empresa con sede en Suiza donde se hicieron las actuaciones del tribunal arbitral. El tribunal alemán señaló que la sede del arbitraje se ubicaba en el país donde se encontraba el objeto de la controversia. Supletoriamente indicó que, si lo anterior no fuera susceptible de ser determinado, la sede correspondía al país donde se había llevado a cabo la mayoría de las actuaciones y si lo anterior tampoco fuera determinable, la sede se encontraría en el país donde había tenido lugar la última audiencia oral.⁵⁸

5. Ley aplicable al fondo de la controversia

En materia de contratación internacional y en el arbitraje comercial internacional, en particular, impera el principio que las partes tienen la facultad para determinar la ley aplicable a su relación contractual, esto es, al fondo de la controversia. Más aún, la normativa moderna no circunscribe esta libertad a la elección de una ley nacional únicamente. Así, se consagra en el art. 28.1 LMA: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio." De la misma manera se pronuncia el Reglamento de la CCI en su art. 17.1: "Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia." De lo anterior se desprende, que las partes pueden, asimismo, optar por la aplicación de una normativa a-nacional, sometiendo su relación a los principios generales de derecho, la *lex mercatoria*, los Principios de UNIDROIT para los Contratos Mercantiles Internacionales, etc.⁵⁹

Una pregunta más desafiante plantea la situación en la que las partes han omitido hacer la elección de ley. Hasta los años sesenta del siglo pasado, se creía mayoritariamente que, a falta de elección hecha por las partes, la ley

⁵⁸ Oberlandesgericht Dusseldorf, 23 de marzo de 2000, caso 374 en www.uncitral.org.

⁵⁹ Derains, Yves y Schwartz, Eric, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press México, 2001, pp. 268-269.

aplicable al fondo de la controversia tenía que ser determinada según las normas del conflicto del país sede de arbitraje.⁶⁰ Hoy día, el derecho alemán y suizo todavía siguen esta tendencia, ya que contemplan una regla de conflicto que exige de los árbitros aplicar, a falta de la elección hecha por las partes, la ley del Estado con la que la materia objeto de la controversia guarda el vínculo más estrecho.⁶¹

La LMA recoge la solución iusprivatista, pero al mismo tiempo la flexibiliza. Así en el art. 28.2 se consagra lo siguiente: "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 otras palabras, aunque el tribunal arbitral debe seguir la vía tradicional conflictualista, posee discreción a la hora de elegir dichas normas. Dicho enfoque parece más convincente a la luz del postulado de que un tribunal arbitral internacional no ejerce la justicia en nombre de ningún Estado y con ello carece de sus propias normas de conflicto. No obstante, la solución de la LMA exhibe todavía un grado de artificialidad. A consecuencia de esta construcción, el tribunal arbitral primero debe 'localizar' la controversia para determinar las normas de conflicto que después le permitirán 'localizar' el caso en el contexto de un derecho sustantivo determinado.

A diferencia de la LMA, el Reglamento de la CCI contempla la opción de la llamada vía directa. Según lo que señala el art. 17.1, "a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas." Los autores de esta versión del Reglamento estimaron que fue una solución más acorde a las realidades de la práctica del arbitraje, esto es, dotaba al tribunal arbitral de la libertad necesaria para recurrir a una norma de

⁶⁰ Crook, John, "Aplicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience", *The American Journal of International Law*, Vol. 83, 1989, pp. 278-311, p. 283.

⁶¹ Sandrock, Otto, "To Continue Nationalizing or to De-Nationalize? That is Now the Question in International Arbitration", *op.cit.*, p. 318. Véanse el art. 1051.2 del Código Procesal alemán y el art. 187.1 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado.

conflicto o para optar por una solución sustantiva, encontrándola en un derecho nacional o a-nacional.⁶²

La relevancia de esta última posibilidad se puede apreciar a la luz de un fenómeno denominado por la doctrina la elección negativa de ley (*negative choice of law*). Dicha expresión se refiere a la situación en que las partes de un contrato internacional hayan descartado, de manera tácita o explícita, el recurso a toda legislación nacional. En especial, se plantea la pregunta si ante el silencio de las partes sobre la ley aplicable a su contrato debe estimarse que han efectuado la elección negativa de ley.

El postulado más conforme a las enseñanzas del derecho internacional privado tradicional, sostiene que, ante el silencio de las partes con respecto a la ley aplicable, el primer paso del árbitro no puede ser el rechazo de las leyes nacionales y el recurso a una normativa a-nacional. Bajo esta premisa, la *lex mercatoria* o los principios generales de derecho ofrecen una opción adicional antes que una alternativa real a la aplicación de una ley nacional. Ahora bien, las razones que llevan a las partes a dejar el tema de la ley aplicable sin regular pueden ser diversas. Por un lado, dicha omisión puede reflejar su confianza en que el árbitro determinara la ley nacional competente, pero, por otro lado, puede deberse a la elección negativa de ley. A todo evento, la voluntad de las partes es vinculante para los árbitros, a quienes corresponde analizar las circunstancias concretas que rodean la omisión. En palabras de un tribunal arbitral, es pertinente efectuar un "objective test revealing what would have been the reasonable intention and expectations of the parties regarding the applicable law as evidenced by all the circumstances surrounding the negotiation of the contracts, as well as by contractual terms likely to evidence the applicable law."⁶³

⁶² Derains, Yves y Schwartz, Eric, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, op.cit., pp. 272-274.

⁶³ Laudo de la ICC 7110 (1995), en www.unilex.info (mayo 2005).

Al respecto resulta ilustrativo el laudo arbitral pronunciado en el marco del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en una controversia entre dos empresas chinas y una europea. En este caso, las partes no habían fijado la ley aplicable y en el procedimiento arbitral invocaban sus respectivas legislaciones nacionales o la ley sueca como la ley del lugar del arbitraje. El tribunal arbitral estimó que las partes deliberadamente se habían abstenido de acordar la ley aplicable a su contrato, el cual, en lo demás, estaba cuidadosa y calificadamente elaborado. Afirmó que, probablemente, una o todas las partes habían esperado que, en el evento de surgir una disputa, se resolviera en base a una ley con la que éstas se 'sintieran más conformes'.⁶⁴ El tribunal sostuvo: "It is reasonable to assume that the contracting parties expected that the eventual law chosen to be applicable would protect their interest in a way that any normal business man would consider adequate and reasonable, given the nature of the contract and any breach thereof, and without any surprises that could result from the application of domestic laws of which they had no deeper knowledge."⁶⁵

Otro laudo arbitral en el cual la elección negativa de la ley se analiza extensamente, se refiere a una controversia surgida entre el gobierno de Irán y una empresa estadounidense con sede en Maryland.⁶⁶ La pregunta sobre la ley aplicable era crucial para el éxito de la demanda presentada por el Estado iraní. Mientras según la ley iraní no existían plazos de prescripción de las pretensiones, la ley de Maryland establecía el límite temporal de cuatro años. Ante la ausencia de una elección explícita de la ley aplicable al contrato y a falta del acuerdo posterior de las partes, el tribunal arbitral señaló que existían dos métodos que permitían llenar dicho vacío: el objetivo y el subjetivo. Conforme al primero, correspondía recurrir a las normas de conflicto que, en este caso, llevaban a la aplicación de la ley estadounidense. Sin embargo, este

⁶⁴ El fallo indica: "It may well be that either or both of the parties had hopes or expectations on the application of a law, in case of a dispute between them, with which they would feel comfortable." Laudo 117/1999, en www.unilex.info (mayo 2005).

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Laudo de la ICC 7375 (1996), www.unilex.info (mayo 2005). Ver comentarios en Marrella, Fabrizio, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1137-1188, pp. 1162 y ss.

enfoque pasaría por alto el hecho de que las partes hayan omitido regular un aspecto tan 'obvio' de su relación contractual. En cambio, el segundo enfoque buscaba descubrir la verdadera intención de las partes. Aplicándolo, el tribunal arbitral tomó en cuenta que los contratantes no habían operado dentro de un mismo entorno y en el mismo ámbito de la cultura jurídica; tampoco habían cooperado previamente, por lo cual no existía entre ellas una relación basada en la confianza mutua; por otro lado, no se encontraban en pie de igualdad en cuanto a su familiaridad con las prácticas del comercio. Con esos fundamentos, el tribunal confirmó que las partes habían efectuado una elección negativa implícita de la ley, por lo cual, a ninguna de ellas podría imponerse la aplicación de la ley nacional de la otra.

Para determinar la normativa que procedía aplicar en tal caso, el tribunal evaluó tres soluciones alternativas. La primera, que consistía en la aplicación de una ley nacional neutra fue descartada por tener, a falta de vínculo alguno con el contrato, un carácter artificial. La segunda salida consistía en el recurso a la doctrina del *trunc commun*, a saber, a las normas que sean sustancialmente comunes a los ordenamientos jurídicos involucrados. A pesar de mostrar cierta simpatía por esta solución, el tribunal arbitral estimó imposible descubrir el tronco común de legislaciones tan disímiles como la iraní y la estadounidense. Por lo tanto, recurrió a la solución 'desnacionalizada', la cual ofrecía la ventaja de proteger a ambas partes ante la amenaza de encontrarse con preceptos peculiares y sorpresivos de una legislación nacional desconocida, que, además, podría no contener soluciones apropiadas para el contexto internacional. El tribunal decidió aplicar 'los principios generales de derecho', considerando que debía esta solución a ambas partes para mantener el equilibrio entre ellas y respetar sus expectativas.

En resumen, un contrato internacional, que tiene rasgos de haber sido cuidadosamente elaborado y que permite apreciar el carácter no del todo espontáneo del acuerdo, cuando no regula la ley aplicable, refleja la imposibilidad de las partes de lograr un consenso al respecto. Ante esta

hipótesis, es irrelevante si la causa de la omisión se halla en el orgullo nacional o en el deseo de no transformar la elección de la ley en términos monetarios, cediendo con ello uno de sus intereses comerciales. En tales casos, al someter el tribunal arbitral un contrato de estas características a una legislación nacional, estaría defraudando las expectativas de las partes. En este contexto, la elección negativa de la ley debería presumirse y, de no ser revertida dicha presunción, el árbitro estará obligado recurrir a un derecho a-nacional, es decir, a la *lex mercatoria*.

IV. Etapa posterior a la dictación de la sentencia arbitral

El papel decisivo en el desarrollo y la divulgación del arbitraje comercial internacional corresponde a la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El sistema que introdujo la Convención vino a reemplazar los llamados Acuerdos de Ginebra, esto es, el Protocolo relativo a las cláusulas arbitrales en materia comercial del año 1923 y la Convención relacionada con la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del año 1927. Los Acuerdos de Ginebra no gozaban de aceptación general y fueron ratificados sólo por algunos países de Europa continental. Una de sus principales desventajas consistía en que, para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, la parte que lo solicitaba tenía que probar que la sentencia era firme según el derecho del Estado donde se había dictado. Aquello se transformaba en una exigencia de probar un hecho negativo y en la práctica llevaba a las partes a solicitar un doble exequátur: uno en el Estado de origen de la sentencia con el fin de probar su carácter definitivo, y otra en el Estado de su ejecución.⁶⁷ Uno de los grandes logros de la Convención de Nueva York fue establecer una presunción de la validez de la sentencia arbitral,⁶⁸ la cual puede ser revertida sobre la base de una lista restringida de los criterios consagrados en su art. V.2.

⁶⁷ Santos Belandro, Ruben, *Arbitraje comercial internacional*, op.cit., pp. 4-8.

⁶⁸ Véase el art. III de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes.”

Por su parte, la LMA ha dado un paso más allá y ha uniformado los recursos disponibles contra una sentencia arbitral en el país de su origen. Dichos recursos se reducen a uno solo, a la solicitud de la nulidad de la sentencia arbitral (art. 34 LMA). Las causales que pueden motivar la anulación del laudo son idénticas a aquellas comprendidas en el art. V.2 de la Convención de Nueva York. Asimismo, dicha norma se encuentra reproducida en el art. 36 LMA, el que se aplica al reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, cualquiera que sea el país donde se haya dictado (art. 35.1 LMA). Con esta técnica regulatoria, se alcanza un alto grado de uniformidad en el tratamiento de las sentencias arbitrales internacionales, dado que la jurisdicción en que se dicta un laudo lo somete a los requisitos idénticos a aquellos que debe cumplir para ser reconocido fuera del país de su origen.

Los preceptos en análisis estipulan que “sólo se podrá” anular o denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral cuando se presentan los motivos en ellos establecidos. De lo anterior se desprende que el rechazo del laudo no se produce de pleno derecho y que la decisión judicial ha de ser de carácter discrecional, quedando con ello de manifiesto el espíritu de esta normativa, altamente favorable al arbitraje comercial internacional.⁶⁹ A continuación, se abordarán, de manera esquemática, las causales que permiten oponerse a una sentencia arbitral. El primer grupo de estas causales surte efecto tan sólo si son probadas por la parte que las alegue, mientras que las causales que se abordarán en el segundo lugar, pueden ser invocadas por el tribunal de oficio.

1. Causales aplicables a iniciativa de la parte demandada

El primer grupo de causales puede ser dividido en dos subcategorías que corresponden a las principales falencias de un procedimiento arbitral. Dicha

⁶⁹ Véase Park, William, “Duty and Discretion in International Arbitration”, American Journal of International Law, Vol. 93, 1999, pp. 805-823.

sistematización se hace con fines didácticos, en cambio, los preceptos analizados no la siguen. En primer lugar, podemos destacar los defectos del laudo arbitral relacionados con el incumplimiento de la voluntad de las partes en materia procesal. A esta categoría pertenece la incapacidad de las partes del acuerdo de arbitraje, característica que les impide expresar válidamente su autonomía de la voluntad, por un lado, y la invalidez del acuerdo del arbitraje, por otro. Dentro de la misma categoría podría situarse el caso en que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. Asimismo, existe una violación de la voluntad de las partes en el caso de que la composición del tribunal arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre ellas.

La segunda categoría de los defectos que permiten a la parte atacar un laudo arbitral dice relación con las violaciones al debido proceso y abarca los supuestos en que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya 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. También comprende los casos en que hayan sido violadas las normas procesales, de carácter imperativo, del país donde se dictó el laudo.

Por último, el reconocimiento y la ejecución de un laudo pueden ser denegados si éste no es obligatorio aún para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado. Dicha causal constituye hoy día el aspecto más polémico en materia de reconocimiento de las sentencias extranjeras. Ello a la luz de las decisiones de los tribunales franceses y estadounidenses, que en casos singulares, han reconocido las sentencias anuladas en el país de su origen, en Suiza y en Egipto, respectivamente. Se basaron en el lenguaje permisivo del art. V.2 de la Convención -'podrá ser denegado', y en su art. VII que permite a las partes invocar las normas del derecho interno que les resultan más favorables.⁷⁰

⁷⁰ Véanse Davis, Kenneth, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Texas Interantional Law Journal*, Vo. 37, 2002, pp. 43-87; Smith, Erica, "Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the County of Origin", *Boston*

2. Arbitrabilidad de la materia y la excepción del orden público

La falta de arbitrabilidad de la materia y la excepción del orden público son dos causales que pueden ser invocadas de oficio por el foro afectado. En otras palabras, por el tribunal del país donde se dictó el laudo, según la LMA, y por el tribunal que evalúa su reconocimiento o ejecución en base a la LMA o la Convención de Nueva York. Ambas causales buscan proteger valores jurídicos imprescindibles del foro, aunque sus aspectos son distintos.

La excepción del orden público constituye una clásica forma de defensa en materia del derecho internacional privado y permite excluir la aplicación de un derecho extranjero manifiestamente contrario a la *lex fori*. La doctrina suele distinguir entre el orden público interno e internacional. Se entiende que el orden público internacional no abarca todas las normas imperativas de la *lex fori*, sino que solamente comprende aquellas que responden a los principios jurídicos más fundamentales para el ordenamiento jurídico en cuestión.⁷¹ Los tribunales de los países *common law* usan el criterio de “*most basic notions of morality and justice*” o recurren a expresiones semejantes, estimando que hay una violación de *public policy* cuando el derecho extranjero es “*clearly injurious*” o “*wholly offensive*” con respecto a la *lex fori*.⁷²

Aunque ni la Convención de Nueva York ni la LMA usan la expresión del orden público internacional,⁷³ es menester acoger esta dimensión particular para que la aplicación de un derecho extranjero no se transforme en una ficción y éste no sea sustituido por todas las normas imperativas del foro. En la

University International Law Journal, Vol. 20, 2002, pp. 355-392. Se trata, en particular del caso llamado *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907, 1996 y de *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, 20 Y.B. of Commercial Arbitration, 1994.

⁷¹ Consulte Díaz Labrano, Roberto, *Derecho internacional privado. La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho*, Ed. Intercontinental, Asunción, 1992, pp. 279-280; Rigaux, Francois, *Derecho internacional privado. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 378 y ss; Ramírez Necochea, Mario, *Derecho internacional privado*, Ed. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 123-126.

⁷² Citado por Curtin, Kenneth-Michael, “Redefining public policy in international arbitration of mandatory national laws”, *Defense Counsel Journal*, 1997, pp. 271 y ss.

⁷³ Gorjón Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, Ed. McGraw Hill, México, 2001, p. 278.

jurisprudencia comparada que tuvo la oportunidad para analizar el principio de orden público en el contexto de la LMA se ha confirmado el sentido restrictivo de este concepto y que sólo procede invocar el orden público en casos excepcionales, cuando se haya incurrido en una injusticia muy grave de orden procesal o sustantivo.⁷⁴

Conforme con lo anterior, los principios del orden público internacional en materia de arbitraje se dividen en dos categorías: los procesales y los sustantivos. A nivel procesal operan los principios universalmente reconocidos tales como el debido proceso, en particular, el derecho de las partes a un trato igualitario, un procedimiento contradictorio, la prohibición de la parcialidad del tribunal arbitral, fraude o corrupción del tribunal arbitral.⁷⁵ Por su parte, como ejemplo típico de la aplicación del orden público en el ámbito sustantivo sirve el fenómeno de daños punitivos que pueden ordenar los árbitros aplicando las reglas de *common law* y que puede afectar el orden público de los países de tradición continental. Ello en virtud de que dicho castigo ejemplar que se impone a solicitud de un particular se considera incompatible con valoraciones jurídicas de los sistemas continentales, que reservan dicha facultad para el poder público únicamente.⁷⁶

Por último cabe señalar que la arbitabilidad de la materia, asimismo, está relacionada con los intereses de carácter general del foro afectado, sin embargo, se distingue de la noción del orden público. El tema de la arbitabilidad no dice relación con el contenido del laudo, sino que con la naturaleza de la materia sobre la cual éste versa. Si desde la perspectiva del foro afectado,⁷⁷ la controversia puede ventilarse tan sólo ante la justicia ordinaria, en otras palabras, se trata de un derecho no disponible, el asunto se

⁷⁴ Informativo de la UNCITRAL, A/CN.9/563/Add.1, de 24 de mayo de 2004, p. 13.

⁷⁵ Arfazadeh, Homayoon, "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception", *The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, 2002, pp. 43-64, p. 49.

⁷⁶ Véase Wood, Darlene, "International Arbitration and Punitive Damages: Delocalization and Mandatory Rules", *Defense Counsel Journal*, Vol. 71, 2004, pp. 402-411.

⁷⁷ La pregunta sobre la ley aplicable a la arbitabilidad desde la perspectiva del tribunal arbitral es una mucho más compleja. Mientras es de esperar que cumpla con las normas del país sede del arbitraje, no puede prever con toda seguridad cuál va a ser el país de su ejecución. Consulte Lehmann, Mattias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2004, pp. 753-775.

considera no arbitrable.⁷⁸ Se entiende que la mayoría de los conflictos en materia comercial versan sobre derechos patrimoniales, por lo cual estos asuntos sí pueden resolverse a través de arbitraje.⁷⁹ Más aún, a partir de mediados de los 80, se observa una flexibilización generalizada del concepto de arbitrabilidad. En particular, un contrato cuyo cumplimiento posiblemente puede afectar la libre competencia, dado que contiene cláusulas de exclusividad, ha pasado a considerarse arbitrable. Central para la formación de esa tendencia ha sido la famosa sentencia *Mitsubishi*, en que la Corte Suprema de EE.UU. confirmó la jurisdicción de un tribunal arbitral a pesar de que al caso se aplicaban las leyes imperativas de protección a la libre competencia.⁸⁰

V. Epílogo

Cerrando esta presentación, más bien esquemática, del arbitraje comercial internacional en el contexto del mundo globalizado, cabe subrayar que el estudio de este fenómeno constituye un desafío de particular encanto. El apego a la práctica de las relaciones comerciales y la internacionalidad por la que se mueven los procedimientos arbitrales, permiten que los abogados se acerquen a los procesos que viven actualmente los sistemas jurídicos, los procesos de mutua influencia, de abandono de los localismos, de armonización y de unificación. Por cierto, que los ordenamientos jurídicos nacionales siguen constituyendo la forma principal en que el derecho se organiza, pero hoy en día se encuentran vinculados por varios canales, intercambiando los contenidos y valoraciones, siendo, tal vez, el principal de estos canales el arbitraje comercial internacional.

⁷⁸ Bouza Vidal, Nuria, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, op.cit., p. 372.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, el art. 177(1) de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado de Suiza que hace referencia a “toute cause de nature patrimoniale”.

⁸⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614.

BIBLIOGRAFÍA

Arfazadeh, Homayoon, "In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception", *The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, 2002, pp. 43-64.

Barceló III, John, "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1115-1136.

Biukovic, Ljiljana, "International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 22, 2002, pp. 319-352.

Blankley, Kristen, "Arbitrability after *Green Tree v. Bazzle*: Is There Anything Left for the Courts?", *Ohio State Law Journal*, Vol. 65, 2004, pp. 697-711.

Blessing, Marc, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1999.

Bouza Vidal, Nuria, "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LII, 2000, pp. 371-393.

Carbonneau, Thomas, "The Ballad of Transborder Arbitration", *University of Miami Law Review*, Vol. 56, 2002, pp. 773-829.

Carbonneau, Thomas, "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1189-1232.

Caron, David, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *The American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 104-156.

Cremades, Bernardo y Cairns, David, "Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58 2003/2004, pp. 76-85.

Cremades, Bernardo, "Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina", www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm.

Crook, John, "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience", *The American Journal of International Law*, Vol. 83, 1989, pp. 278-311.

Curtin, Kenneth-Michael, "Redefining public policy in international arbitration of mandatory national laws", *Defense Counsel Journal*, 1997.

Davis, Kenneth, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Texas Interantional Law Journal*, Vo. 37, 2002, pp. 43-87.

Derains, Yves y Schwartz, Eric, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press México, 2001, pp. 268-269.

Díaz Labrano, Roberto, *Derecho internacional privado. La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho*, Ed. Intercontinental, Asunción, 1992.

Fouchard, Philippe "La loi Type de la CNUDCI, sue l'arbitrage commercial international", *Journal du Droit International*, 1987, pp. 861-885.

Gaillard, Emmanuel, Savage, John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer, La Haya, 1999.

Garnett, Richard, "International arbitration law: progress towards harmonisation", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3, 2002, pp. 400-414.

González de Cossío, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", pp. 1-26 (accedido por base de datos EBSCO).

Gorjón Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, Ed. McGraw Hill, México, 2001.

Hanotiau, Bernard, "L'Arbitrabilité et la Favor Arbitrandum: Un Reexamen", *Journal Du Droit International*, N° 121, 1994, p.899-966.

Helmer, Elena, "International Commercial Arbitration: Americanized, "Civilized", or Harmonized?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2003, pp. 35-67.

"How to Save Time & Money in Arbitration – Users Speak Up", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 57, 2002, pp. 27-35 y 78-88.

Lehmann, Mattias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2004, pp. 753-775.

Magnusson, Annette, "Prima Facie Decisions on Jurisdiction", *Stockholm Arbitration Report*, 2001, en http://www.sccinstitute.com/uk/Articles_Archive/.

Manevy, Isabelle, "Online dispute resolution: what future?", www.juriscom.net.

Marrella, Fabrizio, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDRIT Principles of International Commercial Contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1137-1188.

Mereminskaya, Elina y Mascareño, Aldo, "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, LexisNexis, 2005, pp. 1391-1427.

O'Neill, Philip, "International Arbitral Jurisdiction: When Taking Control Goes Out of Control", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, Nº 2, 2003, pp. 66-85.

O'Hara, Erin Ann, Exploring The Need For International Harmonization: The Jurisprudence And Politics Of Forum-Selection Clauses, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, 2002, pp. 301-316.

Park, William, "Duty and Discretion in International Arbitration", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pp. 805-823.

Ramírez Necochea, Mario, *Derecho internacional privado*, Ed. LexisNexis, Santiago, 2005.

Reuben, Richard, "First Option, Consent to Arbitration, and Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions", *SMU Law Review*, Vol. 56, 2003, pp. 819-883.

Rigaux, Francois, *Derecho internacional privado. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

Sandrock, Otto, "To Continue Nationalizing or to De-Nationalize? That is Now the Question in International Arbitration", *American Review of International Arbitration*, Vol. 12, 2001, pp. 301-333.

Santos Belandro, Ruben B., *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*, Ed. AEU: Montevideo, 2002.

Santos Belandro, Ruben, *Arbitraje comercial internacional*, Oxford, México, 3ª Ed., 2000.

Sellarés Serra, Jordi, "¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?", *Anuario*, Nº3, 2002, pp. 131-163 (accedido por la base de datos EBSCO).

Shore, Laurence, "Disclosure and Impartiality", *Dispute Resolution Journal*, 2002, pp. 32-39 y pp. 78-84.

Smith, Erica, "Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the County of Origin", *Boston University International Law Journal*, Vol. 20, 2002, pp. 355-392.

Theofrasous, Theodore, "International commercial arbitration in Europe: Subsidiarity and supremacy in light of the de-localization data", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, pp. 455-494.

Townsend, John, "Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, Nº 1, 2003, pp. 28-36, p. 30.

Wood, Darlene, "International Arbitration and Punitive Damages: Delocalization and Mandatory Rules", *Defense Counsel Journal*, Vol. 71, 2004, pp. 402-411.