

### 3.1 Introducción y alcance del artículo

El arbitraje es la alternativa principal al juicio en la resolución de conflictos comerciales transnacionales. Sin embargo, existe una gran diversidad dentro de la práctica y la legislación arbitral internacional. Las discrepancias de las estructuras legales nacionales combinadas con las adaptaciones llevadas a cabo por las partes dan como resultado tal variedad que las generalizaciones son especialmente difíciles de formular. Asimismo, debido a que el procedimiento privado de los arbitrajes y los laudos arbitrales no son a menudo publicados, la formulación de un estudio exhaustivo del tema se enfrenta con un obstáculo inherente.<sup>1</sup> A pesar de ello, ciertos temas y cuestiones caracterizan el área y a continuación se detalla un estudio que presenta algunos de estos. El objetivo de este capítulo es introducir un debate del sistema norteamericano y ubicarlo en un contexto más global. Muchos de los textos presentados en este capítulo (reglamentos, tratados y formulaciones modelo) son tratados a lo largo del libro y están reproducidos como Apéndices.

### 3.2 La importancia del emplazamiento del arbitraje<sup>2</sup>

#### 3.2.1 Importancia legal: la *lex arbitri*

La elección del lugar del arbitraje es de suma importancia legal. El lugar de arbitraje determina el régimen legal al cual se considera que pertenece el arbitraje,<sup>3</sup> por lo

---

<sup>1</sup> Véase Lalive, P. "On the Inevitable and Dangerous Character of Generalization in the Field of Arbitration", en *International Arbitration: 60 years of ICC Arbitration- A Look at the Future*. pp. 317, 324 (1984).

<sup>2</sup> Véase Holtzmann, H. "The importance of Choosing the Right Place to Arbitrate an International Case", en *Private Investors Abroad* (1977); Park, W. "The Influence of National Legal Systems on International Commercial Arbitration: Recent Developments in English Arbitration Law", en *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration* 80 (Carbonneau, T. (ed.), 1984); Paulsson, J. "International Commercial Arbitrations", en *Handbook of Arbitration Practice*, 425, pp. 445-48 (Bernstein, R. & D. Wood (eds.), 2da edición, 1993).

menos comúnmente.<sup>4</sup> Por lo tanto, se dice que el lugar del arbitraje o “sede legal” del arbitraje generalmente provee la *lex arbitri*, también conocida como la ley de procedimiento arbitral.<sup>5</sup> En concordancia, cuando las partes o alguna entidad en su representación determinan el lugar de arbitraje, en realidad están seleccionando el sistema legal que regirá una gama de asuntos importantes:<sup>6</sup> la interpretación y validez del acuerdo de arbitraje; la disponibilidad de medidas provisionales; los fundamentos sobre los cuales se puede atacar un árbitro o su laudo y las diversas formas de supervisión judicial que pudieran imponerse. Todo lo anterior está gobernado generalmente por la ley de la sede. La ley del lugar de arbitraje también ejerce influencia sobre quienes pueden servir como representantes o árbitros. Dado que la legislación sobre arbitraje varía ampliamente entre los sistemas legales, es una práctica peligrosa seleccionar la sede de arbitraje exclusivamente en base a fundamentos geográficos, climáticos u otros fundamentos superficiales similares.

---

<sup>3</sup> Véase para un panorama general Redfem, A. & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration 70-95* (2da edición 1991). Según observan los autores: “el concepto de que el arbitraje está regido por la ley del lugar en el cual se lleva a cabo y que es la *sede o fórum o locus arbitri*, está bien establecido tanto en la teoría como en la práctica del arbitraje internacional.

*Ibid.*, p. 81.

<sup>4</sup> Las autoridades inglesas en especial han reconocido que las partes pueden elegir una legislación procedimental diferente a la ley del lugar de arbitraje. Véase Collins, J. “The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England”, en *Contemporary Problems in International Arbitration* 126 (Lew, J. (ed.) 1987). Aparentemente, esto sigue siendo válido en virtud de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996.

<sup>5</sup> Dicho de otra forma, la *lex loci arbitri* (ley de arbitraje del emplazamiento) es generalmente también la *lex arbitri*. Las autoridades inglesas a menudo utilizan el término *curial law* (ley de procedimiento arbitral) como sinónimo de *lex arbitri*. Redfer & Hunter, *supra* p. 72, núm. 3.

<sup>6</sup> Para consultar listas sobre estos temas véase *Ibid.* p. 79; Craig, W. *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, pp. 447-49, (2da. edición, 1990).

La *lex arbitri* está analíticamente bastante separada del derecho sustantivo elegido para regir las relaciones comerciales de las partes.<sup>7</sup> Consecuentemente, solo por elegir la ley comercial aplicable las partes no necesariamente ejercen influencia en la selección o cobertura de la *lex arbitri*.

La elección de la sede también afecta la aplicabilidad global del laudo eventual en virtud de cualquier convención en vigencia de la cual el estado sede pueda ser parte. El más importante de dichos tratados es la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la comúnmente conocida como “Convención de Nueva York”. Generalmente y a los fines de la aplicación, un laudo será asociado con el estado en el cual fue otorgado. Si ese estado es una de las aproximadamente 100 partes de la Convención, el laudo en principio debería estar sujeto sólo a una revisión limitada cuando fuera presentado para su reconocimiento o ejecución en otro estado de la Convención de Nueva York.

Se comprende fácilmente la importancia de permitir sólo una revisión limitada de laudos extranjeros, que es el enfoque adoptado por la Convención de 1958. La promesa de que se alcanzará un relativo carácter definitivo a nivel internacional permite a las partes arbitrar con confianza en un lugar diferente de aquél en que probablemente ocurrirá la aplicación. La Convención de Nueva York se presenta más a fondo en la sección 3.5.1 y es desarrollada en detalle en el Capítulo 12.

### **3.2.2 Relevancia práctica**

Para los participantes, el lugar del arbitraje también tiene implicancias en la logística. Los factores que pueden ejercer influencia de manera significativa en los procedimientos incluyen la relativa accesibilidad del lugar y la sofisticación de sus redes

---

<sup>7</sup> Sin embargo, no siempre es evidente si un asunto está regido por la *lex arbitri* o por la ley que rige los derechos y obligaciones sustantivos de las partes. Por ejemplo, las restricciones de tiempo que afectan los reclamos contractuales pueden caracterizarse de diferentes formas.

de telecomunicaciones. También son de importancia los asuntos cotidianos como la disponibilidad de salas de reuniones apropiadas, traductores e intérpretes competentes, servicio de copiado y bibliotecas jurídicas. También pueden depender del lugar de arbitraje el acceso a expertos neutrales y la buena disposición de un árbitro en particular para ejercer su función.

### 3.2.3 Independencia del lugar del arbitraje

En la literatura existe un rico debate en cuanto a si el arbitraje comercial internacional puede y debería ser independiente del régimen legal que de no ser así se aplicaría en el lugar de arbitraje.<sup>8</sup> Los enfoques del tema son multifacéticos y variados. Simplificado y estructurado en términos prácticos, el entorno está tipificado por dos interrogantes principales: en qué medida el arbitraje internacional debería estar libre de intervenciones previas y posteriores al laudo por parte de los tribunales del lugar de arbitraje y si debería restringirse la aplicabilidad del laudo internacional resultante en caso de falta de cumplimiento de la ley de arbitraje local.

Incluso los más acérrimos propulsores de que el arbitraje internacional esté separado de la reglamentación del lugar de arbitraje no sostienen que sea posible o deseable una completa desvinculación. En muchos contextos es de utilidad el apoyo judicial local, por ejemplo puede ser necesario el cumplimiento obligatorio de los acuerdos arbitrales; el nombramiento o reemplazo de los árbitros y que los laudos sean confirmados o aplicados. Sin embargo, quienes proponen la teoría de la desvinculación sugieren que el arbitraje internacional debería, en mayor o menor grado, ser

---

<sup>8</sup> Véase para un panorama general Craig et al, nota 6 *supra*, pp. 273-74, 441-43, 449-59; Redfern & Hunter, nota 3 *supra*, pp. 81-95; Mann, F. "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*. p. 157 (Sanders, P. (ed.) 1967); Mustill, M. "Transnational Arbitration in English Law", en *International Commercial and Maritime Arbitration* 15 (Rose, F. (ed.) 1988); Paulsson, F. *Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin*, Int'l & Comp. L.Q. 358 (1981)(en adelante *Arbitration Unbound*; Paulsson, J. *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters*, 32, Int'l & Comp. L.Q. 53 (1983) (en adelante *Delocalisation*); Paulsson, J. *Arbitration Unbound in Belgium*, 2 Arb. Int'l 68 (1986) (en adelante *Unbound in Belgium*).

considerado autónomo en general y desafectado de la idiosincrasia de la ley arbitral nacional.<sup>9</sup> Se desprende para algunos que los laudos resultantes de los procedimientos que no cumplen totalmente con normas obligatorias y particulares del lugar de arbitraje deberían, sin embargo, tener fuerza legal en estados diferentes a la sede<sup>10</sup> y quizás también en los tribunales de la sede arbitral.<sup>11</sup> Algunos más heréticos afirmarían que la aplicabilidad internacional del laudo no debería verse afectada por la anulación de su acción afirmativa por parte de los tribunales locales al no seguir los procedimientos locales.<sup>12</sup>

Se pueden apreciar elementos de deslocalización en los regímenes modernos que abordan el arbitraje comercial internacional. En particular muchas jurisdicciones permiten que las partes restrinjan la revisión judicial del laudo final en ciertos escenarios.<sup>13</sup> Por ejemplo, de acuerdo al Código Judicial Belga modificado en marzo de 1985 “los tribunales de Bélgica pueden entender en una solicitud de anulación sólo si por lo menos una de las partes del conflicto resuelto por el laudo arbitral es una persona física con nacionalidad o residencia belga, o bien una entidad legal creada en

---

<sup>9</sup> Véase Paulsson, J. “The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs”, en *Contemporary Problems in International Arbitration*, p. 141-142 (Lew, J. (ed.), 1987), (en adelante *Independence*). Cf. Craig *et al*, *supra* nota 6, p. 10-15.

<sup>10</sup> Cf. *Independence*, nota *supra* p. 148 (dado que los fundamentos de nulidad en el emplazamiento y los fundamentos de no aplicabilidad o ejecución en el extranjero se vuelven similares, se diluyen las razones para la promoción de la teoría de la independencia).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Para mayores detalles, véase *ibid.* p. 142-148, véase también *Two Views of Chromalloy, ADR Currents*, Winter 1996/1997, p. 5 (que señalan posturas opuestas respecto del caso *Matter of Chromally Aeroservices and Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp 997 (D.D.C. 1996) en el cual la Corte confirmó un laudo egipcio que había sido revocado por un tribunal egipcio).

<sup>13</sup> Véase Berger, K. *The Modern Trend towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective*. p. 12, Fordham Int’l L.J. 605 (1989).

Bélgica o que tuviere una sucursal o cualquier otro establecimiento en Bélgica.”<sup>14</sup> El propósito, obviamente, es impulsar la elección de Bélgica como un lugar de arbitraje neutral al prometer una mejor resolución definitiva<sup>15</sup>. De igual manera en Inglaterra en virtud de la Ley de 1979 las partes podían, sujeto a ciertos requisitos, restringir la revisión judicial de un laudo al celebrar un “acuerdo de exclusión”, una política continua y consolidada en virtud de la Ley de 1996.<sup>16</sup> Otros sistemas contemporáneos proveen otros ejemplos.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> El Código belga *Judiciare*, Art. 1717, *Law Relating to the Annulment of Arbitral Awards* (promulgada el 27 de marzo de 1985). Véase Berger, *supra* nota 13, pp. 636-37; *Unbound in Belgium*, *supra* nota 8.

<sup>15</sup> “Bélgica ha surgido de repente como un contendiente principal en la carrera por el lugar del arbitraje, y ha superado a todos en sus esfuerzos por satisfacer a aquellos que pretenden que el arbitraje quede fuera de la interferencia judicial”. *Unbound in Belgium*, *supra* nota 8, p. 68.

<sup>16</sup> La nueva Ley continúa con la distinción presentada en la ley de 1979 entre acuerdos de arbitraje internos y no internos. Los acuerdos no internos generalmente podían contener acuerdos de exclusión logrados antes de que surgiera el conflicto. Salvo que sean desistidos mancomunadamente, los acuerdos de exclusión válidos usualmente impedían por lo general el ejercicio de ciertas funciones de supervisión de parte de las cortes inglesas. Véase Mustill, M. & S. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England 373-74*, 631-37 (2d ed. 1989). Según la ley de 1996, las partes pueden excluir por acuerdo la revisión del tribunal o el laudo sobre cuestiones de derecho y la nulidad de los laudos por irregularidades procedimentales está sujeta a restricciones de fondo. Véase Marriott, A. *The New Arbitration Bill*, 62 *Arbitration* 97, 105-06 (1996).

<sup>17</sup> El Código Francés de Procedimientos Civiles, por ejemplo, establece en su Artículo 1482, que las partes pueden “en el acuerdo de arbitraje renunciar a su derecho a apelar”, Código Civil y Procesal Francés, Art. 1482. Según el mismo artículo, la apelación es excluida si las partes han concedido la autoridad al árbitro para actuar como *amiable compositeur* (mi traducción: amigable componedor), a menos que las partes expresamente retengan el derecho a llevar a cabo una apelación. En algunas jurisdicciones también existe el recurso de acordar que no se requiera de un laudo fundamentado. La falta de razones dificulta la revisión de errores fácticos o legales, ya sea llevados a cabo en el emplazamiento en una acción para dejar sin efecto el laudo, o bien en un segundo estado en el cual se persigue su ejecución. Este recurso está disponible para las partes cuyo arbitraje está emplazado o tiene su sede en los Estados Unidos. Véase *infra* Capítulo 11, § 11.2.1. Sin embargo, en otras jurisdicciones se le puede solicitar al tribunal que de sus razones. Además, en la práctica, las partes usualmente quieren estar al tanto de las razones que motivaron el laudo.

### 3.3 El rol fundamental del acuerdo de arbitraje

#### 3.3.1 Generalidades

El arbitraje depende fuertemente del acuerdo entre las partes. Los árbitros obtienen sus facultades del acuerdo de arbitraje y el alcance de su mandato está limitado por dichos términos. En cierto sentido el acuerdo es aquel acuerdo internacional por el cual las partes renuncian a acceder a una resolución judicial de su conflicto. A menudo se puede vincular a ese hecho la postura de un sistema legal en particular respecto del arbitraje. Los sistemas modernos reconocen la efectividad de los acuerdos de arbitraje, incluso si se lo logra antes de que surja el conflicto. En realidad los acuerdos previos al conflicto son la norma en el comercio internacional; constituyen lo que la Corte Suprema estadounidense ha denominado “una clase especializada de cláusula de elección de jurisdicción”.<sup>18</sup>

Es fundamental la noción de que el mandato del árbitro se circunscribe por medio del acuerdo arbitral.<sup>19</sup> Un laudo otorgado por fuera de los límites fijados en el mismo está generalmente sujeto a impugnación tanto en el lugar de emisión<sup>20</sup> como en el lugar en donde se busca su aplicabilidad. La Convención de Nueva York, en especial, permite a los tribunales de un estado declinar su reconocimiento y aplicación cuando “el laudo trata una discrepancia no contemplada por o no comprendida en los términos

---

<sup>18</sup> Scherk v. Alberto Culver CO., 417 U.S. 506,507 (1974).

<sup>19</sup> Como explica el libro guía del arbitraje inglés:

“El rol del árbitro está definido por completo en el acuerdo de arbitraje. Para evaluar el alcance de las cuestiones que está autorizado a investigar, los principios que debe aplicar al decidir sobre ellas, y los procedimientos que debe adoptar en el curso de la investigación, debe recurrirse solamente a los términos explícitos e implícitos del contrato privado entre las partes”. Mustill & Boyd, *supra* nota 16, p. 641.

<sup>20</sup> Por ejemplo, según la Ley Federal de Arbitraje (LFA) pueden invalidarse los laudos otorgados en los Estados Unidos y que no estén regidos por una Convención “cuando los árbitros abusaron de sus facultades, o las llevaron adelante de manera tan imperfecta que no se llegó a un laudo consensuado, final y definitivo”. 9 U.S.C. § 10(d).

del compromiso arbitral, o bien contiene decisiones sobre cuestiones que van más allá del alcance del compromiso arbitral".<sup>21</sup>

No es de extrañar que las partes cambien sus respectivos puntos de vista sobre el arbitraje luego de que surja un conflicto. No existe inconveniente cuando ambas partes acuerdan que el arbitraje se ha vuelto inconveniente y ellos pueden simplemente ignorar su acuerdo y gestionar la resolución del conflicto de otra manera. Sin embargo, cuando sólo una de las partes pretende desconocer el acuerdo de arbitraje se pone de manifiesto su naturaleza vinculante. Salvo algunas excepciones, los sistemas legales contemporáneos generalmente sostienen que los acuerdos de arbitraje, cuando son invocados adecuadamente por una de las partes, excluyen la resolución judicial de las cuestiones alcanzadas por el acuerdo. La Convención de Nueva York ha dado origen a esta tendencia y la ha reforzado. Una importante doctrina respaldatoria permite que los arbitrajes prosigan incluso si no se encuentra presente la parte renuente.<sup>22</sup> El laudo resultante no es menos vinculante por haber sido otorgado luego de un arbitraje "cojo" (*ex parte*), siempre y cuando los árbitros hayan evaluado los hechos relevantes y la legislación y no simplemente adoptado los puntos de vista de la parte participante.<sup>23</sup>

Dado que el acuerdo de arbitraje es el fundamento legal del arbitraje, su creación e interpretación ocupan un lugar importante en la jurisprudencia del arbitraje

---

<sup>21</sup> Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (celebrada en Nueva York), 10 de junio de 1958, art. V(I)(c). 21 U.S.T. 2517. 330 U.N.T.S. 38 (1959) (en adelante la Convención de Nueva York) (1958), reproducida como Apéndice 42 anexo.

<sup>22</sup> Véase Redfern & Hunter. *supra* nota 3, pp. 351-53, 381-82.

<sup>23</sup> *Ibid.* Los señores Redfern y Hunter explican que cuando una parte ha desistido de participar, el tribunal "está obligado a ocupar un rol más positivo." Por tanto: El tribunal debe asumir por cuenta propia la carga de evaluar las decisiones tomadas por la parte activa, y debe exigir las pruebas y argumentos jurídicos que se requieran a tal fin. La tarea de un tribunal de arbitraje no es la de dar prestamente el visto bueno a las demandas que sean presentadas ante él.

*Ibid.* p. 381.

internacional. Un problema fundamental surge cuando la cláusula no está clara.<sup>24</sup> Con mucha frecuencia, los redactores comerciales (por razones que no siempre son claras) no eligen un lenguaje eficaz para impedir la determinación judicial de los asuntos destinados al arbitraje. Es ese compromiso arbitral el que los tribunales honran cuando se rehúsan a entender en un conflicto estipulado por una cláusula. Se encuentran sobre una base menos sólida cuando las partes han expresado su compromiso sin pericia utilizando por ejemplo un lenguaje ambiguo, contradictorio o desiderativo, o bien nombrando una institución no existente.<sup>25</sup>

### 3.3.2 Separabilidad y competencia para evaluar la potestad jurisdiccional

La autonomía del acuerdo de arbitraje en relación al acuerdo principal de las partes, es decir su separabilidad, es un asunto de importancia.<sup>26</sup> La cuestión surge al ponerse en duda la validez o continuidad del acuerdo principal. La tendencia moderna es considerar que la cláusula arbitral constituye un acuerdo por separado y autónomo que no finaliza, por ejemplo cuando el contrato principal ha sido rescindido por extinción o, menos dramáticamente, por cumplimiento.<sup>27</sup> El tema de la “separabilidad” está, por tanto, estrechamente relacionado con el tema de la competencia arbitral. Si la cláusula es considerada autónoma, el tribunal no necesita buscar más allá de la cláusula para determinar su competencia a proceder. Si más tarde el tribunal determinara que el

---

<sup>24</sup> Las referencias estándar habitualmente ponen atención al problema de las cláusulas defectuosas de arbitraje (algunas veces denominadas “patológicas”). Véase Craig *et al.*, *supra* nota 6, pp. 157-66 (Capítulo 9); véase también Redfern & Hunter. *supra* nota 3, p. 177 (“Los principales defectos encontrados en las cláusulas de arbitraje son de inconsistencia, falta de certeza e inoperabilidad”). El capítulo (anteriormente citado) en Craig *et al.* brinda muchos ejemplos destacados. Para un ejemplo clásico ante la corte norteamericana, véase Republic of Nicar. v. Standard Fruit Co. 937 F.2d 469 (1991) (desarrollado en los capítulos 5 y 6 *infra*).

<sup>25</sup> El Cap. 6 trata sobre consideraciones preliminares que afectan a las cláusulas de arbitraje.

<sup>26</sup> Véase. Holtzmann, H. & Neuhaus, J. *A Guide To The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* 478-82 (1989); Schwebel, S. *International Arbitration: Three Salient Problems* 1-60 (1987).

<sup>27</sup> Redfern & Hunter, *supra* nota 3.

contrato en el cual la cláusula está incorporada fue frustrado o inducido por error o estafa, no está necesariamente afectada su potestad jurisdiccional para tomar una decisión legalmente vinculante a tal fin.<sup>28</sup> Sin embargo y como se tratará en el siguiente apartado, el relativo carácter concluyente de tales determinaciones y el papel que desempeñan los tribunales en su revisión varía de un sistema legal a otro.

La separabilidad del acuerdo de arbitraje también implica que teóricamente la ley que lo rige puede ser diferente a aquella aplicable al acuerdo principal.<sup>29</sup> Sin embargo, en la práctica la misma ley a menudo rige también la cláusula arbitral y el contrato al cual está incorporada. Esta regla general de las circunstancias puede no ser válida si el acuerdo de arbitraje es celebrado en un tiempo y lugar diferentes al tiempo y lugar del contrato principal, como podría ser el caso en un acuerdo de sometimiento a arbitraje creado a posteriori del surgimiento del conflicto.

Debido a que la separabilidad se fundamenta supuestamente en una ficción legal, algunos autores han cuestionado su base doctrinal. Sin embargo, otras voces sensatas la han respaldado fuertemente.<sup>30</sup> A pesar de estar ampliamente reconocida, la doctrina de la separabilidad no es observada de la misma manera en todos los sistemas legales

---

<sup>28</sup> Esto no quiere decir que la Corte no pueda dejar sin efecto posteriormente la determinación del tribunal respecto de su competencia en la conducción del arbitraje. Esto plantea un interrogante relacionado aunque diferente, cuya respuesta tenderá al cambio con la ley vigente. Véase *ibíd.* pp. 275-76.

<sup>29</sup> Schwebel, *supra* nota 26, p. 6 n.4.

<sup>30</sup> El juez Stephen Schwebel ha llegado a las siguientes conclusiones, por ejemplo:

- En teoría, es sólido el principio de la separabilidad de una cláusula de arbitraje respecto del acuerdo principal que la contiene.
- En la práctica, ese principio ha sido sostenido por los términos e implicancias de las convenciones y normas de arbitraje, como así también por la jurisprudencia, ya sea que pertenezcan al Derecho Internacional Público, al arbitraje comercial internacional o al arbitraje nacional.
- Según el análisis de los estudiosos, el respaldo al principio de la separabilidad es tanto amplio como convincente.

*Ibíd.* p. 60.

modernos. En una determinada jurisdicción su aplicación puede variar con la naturaleza de las dudas suscitadas sobre el acuerdo principal.<sup>31</sup>

### 3.3.3 *Compétence de la Compétence*: Una mirada más profunda<sup>32</sup>

Como fue abordado en la subsección anterior, la doctrina de la separabilidad y las cuestiones de competencia arbitral están íntimamente relacionadas. Sin embargo, las muletillas doctrinales tales como “*Kompetenz-Kompetenz*” o “separabilidad” oscurecen con frecuencia las fronteras entre asuntos distintos aunque relacionados. Por ejemplo, los siguientes cinco interrogantes son diferentes:

- (1) ¿El acuerdo de arbitraje está analíticamente separado del acuerdo principal en el cual está incorporado, de manera tal que los vicios legales que afecten este último no impacten *ipso facto* en el acuerdo de arbitraje? Esta es la pregunta de separabilidad básica. En general, los sistemas legales modernos sostienen que el acuerdo de arbitraje es autónomo.
- (2) ¿Los árbitros tienen la autoridad de evaluar la existencia y el alcance del acuerdo de arbitraje, es decir, de determinar su propia competencia? Esta es la pregunta de la *compétence de la compétence* (*Kompetenz-Kompetenz*). Reitero, en los sistemas modernos la respuesta a esta pregunta también es positiva en diversos grados.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Véase, por ej., Mustill & Boyd, *supra* nota 16.

<sup>32</sup> Véase para un panorama general Park W. “The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz has Crossed The Atlantic?”, en *Arb Int’l* 137, (1996) (en adelante *Park*); Rosen J., “Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence”, en *Fordham Int’l* 17, L. J. 599 (1994).

<sup>33</sup> La Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 (promulgada el 17 de Junio de 1996), a diferencia de la Ley Modelo, trata discretamente sobre la separabilidad y la competencia arbitral en cláusulas separadas. La cláusula 30 del Proyecto de Ley (actualmente ley) autoriza al tribunal a dictaminar sobre la validez del acuerdo de arbitraje, el alcance de dicho acuerdo y si el tribunal está correctamente constituido.

- (3) Si los árbitros tienen la autoridad mencionada en la pregunta 2, ¿hasta qué punto sus conclusiones están sujetas a una revisión judicial? Esta pregunta destaca que la importancia de la facultad de los árbitros para determinar la competencia del tribunal puede ser tanto compartida con el sistema judicial como subordinada a él. En general, se puede asumir con certeza que en la mayoría de los países el sistema judicial carecerá por completo de la facultad de revisar (y tal vez anticiparse a) las decisiones arbitrales sobre la jurisdicción, lo cual es cierto en alguna medida; sin embargo en algunos sistemas dependerá de lo que las partes hayan dicho en su acuerdo de arbitraje.
- (4) Si las decisiones jurisdiccionales de los árbitros pueden ser revisadas o bien desconocidas por medio de las evaluaciones judiciales del acuerdo de arbitraje, ¿entonces en qué momento del proceso el poder judicial lleva a cabo su función? En otras palabras, ¿los árbitros tienen oportunidad en primera instancia de decidir si poseen competencia y luego actuar sobre tal determinación, o bien existe alguna forma de preselección judicial que prevea procedimientos inútiles?<sup>34</sup>
- (5) ¿Hasta qué punto las respuestas a estos interrogantes dependen de las intenciones de las partes conforme se expresan en el acuerdo de arbitraje? ¿Las

---

Marriott, A. *The New Arbitration Bill*, 62 *Arbitration* 97 (1996). La cláusula 7 establece la separabilidad de la cláusula de arbitraje respecto del acuerdo principal. *Ibid.*, p. 103.

<sup>34</sup> De acuerdo con la ley francesa, el principio de la *compétence de la compétence* se sustenta en un código de procedimiento civil que otorga a los árbitros el rol inicial en la evaluación del alcance y la existencia del acuerdo de arbitraje. Los tribunales pueden cuestionar la jurisdicción arbitral, pero no hasta que se otorga el laudo. Una vez alcanzado el laudo, los tribunales tienen la libertad de reevaluar la decisión del tribunal arbitral sobre la competencia. La abstención previa al laudo que es característica del enfoque francés contrasta con la postura clásica de Inglaterra y Estados Unidos, que tradicionalmente han otorgado a las partes renuentes acceso a los tribunales para evaluar la competencia arbitral en los primeros tramos del proceso. Park, *supra* nota 32, p. 152.

partes gozan de suficiente autonomía como para otorgar al tribunal arbitral la función primordial o exclusiva de evaluar su propia competencia?<sup>35</sup>

### 3.4 Autonomía de las partes

#### 3.4.1 Generalidades

Tal vez la característica más esencial del arbitraje comercial internacional sea la libertad de la que gozan las partes en la conformación de los procedimientos. Ya se ha puntualizado sobre su capacidad para adaptar el alcance del sometimiento a arbitraje, como también el hecho de que al elegir un emplazamiento, en realidad se está eligiendo una ley aplicable al procedimiento arbitral.

#### 3.4.2 Elección de derecho sustantivo

Las partes de un contrato internacional generalmente gozan de amplio margen en la elección del derecho sustantivo que va a regir su relación comercial.<sup>36</sup> Esto no es menos cierto cuando el método elegido para la solución del conflicto es el arbitraje.<sup>37</sup> En realidad, el arbitraje internacional ciertamente es más flexible que el litigio judicial para respetar la elección de las partes, aunque es anecdótico el apoyo a esta proposición.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> El Profesor Park informa que en Alemania, en caso de que las partes así lo dispongan, la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz* permite al tribunal determinar su propia competencia en forma concluyente. *Ibid.* p. 151. De modo similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que las partes pueden, por medio de un acuerdo inequívoco, limitar la revisión de las resoluciones a las que arriban los árbitros en relación a su competencia. *First Options v. Kaplan*, 115 S. Ct. 1923 (1995).

<sup>36</sup> Véase para un panorama general North, P. *Reform But Not Resolution: General Course on Private International Law*, 220 *Recueil des Cours* 9, 156-205 (1990) ( en adelante *General Course*)

<sup>37</sup> Véase Redfern & Hunter, *supra* nota 3, p. 97-106.

<sup>38</sup> Cf. Kramer, L. *Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends and Developments*, 39 *Am. J. Comp. L.* 465 (1991). El Profesor Kramer observa lo siguiente:

Verdaderamente existen diferencias, aunque la noción general de la autonomía de las partes es prácticamente universal entre los regímenes arbitrales. Tradicionalmente, ha sido controversial en algunos organismos de la ley arbitral si las partes podrían elegir una ley distinta a aquella de un sistema legal nacional en particular.<sup>39</sup> La cuestión surge, por ejemplo, cuando las partes designan a la *lex mercatoria* o los “principios generales del derecho comercial internacional” u otra formulación “no nacional” para regir sus derechos y obligaciones.<sup>40</sup> Un problema similar puede ocurrir cuando las partes autorizan al tribunal a actuar *ex aequo et bono*, o bien como *amiable compositeur*.<sup>\*41</sup>

---

“La idea de que las partes deberían ser libres de elegir la ley que regirá su contrato está ampliamente aceptada en principio. Sin embargo, en la práctica la facultad de las partes de elegir no parece ser tan fuerte. Esto es particularmente cierto en las cortes que emplean la *Second Restatement* (véase *nota del traductor*), la cual libremente considera a las leyes particulares como contrarias a la “política fundamental” del estado cuya ley se aplicaría en caso contrario”.

*Ibid.* pp. 480-81 (que se basa en parte en *DeSantis v. WaCkenhut Corp.*, 793 S.W.2d 670 (Tex. 1990) (La Corte Suprema de Texas sostuvo que el acuerdo de no competir, aunque válido según las leyes elegidas, estaba en contra de la política fundamental de Texas).

<sup>39</sup> Craig *et al.*, *supra* nota 6, p. 481 (ley inglesa).

<sup>40</sup> La ley inglesa, por ejemplo, no ha sido ágil para dar cabida a dichas designaciones. Para discusiones más eruditas sobre estos temas de autoría inglesa véase Lew, J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration* 436 y ss. (1978); Mann, F. *The Proper Law in the Conflict of Laws*, 36 Int'l Comp. L. Q. 437 (1987); Mustill, M., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years*, 4 Arb. Int'l 86 (1988). Al liberalizar la ley actual, la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 (art. 46) exige que un tribunal decida sobre el conflicto “de acuerdo con la ley elegida por las partes”, pero permite que las partes autoricen al tribunal a decidir conforme “otras consideraciones”, una referencia aparente respecto de las facultades *ex aequo et bono* y diversas normas nacionales. Sin embargo, cuando las partes no han manifestado su elección, el tribunal debe “aplicar la ley determinada por las normas sobre conflicto de leyes que considere conveniente” (el énfasis es nuestro). Ese lenguaje, tomado del Artículo 28(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI, *infra* nota 42, no llega a condonar expresamente la aplicación de principios no nacionales.

\*N. del T.: amigable componedor

<sup>41</sup> Para una discusión más extensa de estas funciones arbitrales, véase *infra* Capítulo 6, § 6.9.2 y Capítulo 10, §§ 10.4, 10.13.

### 3.4.3 Procedimientos

Sujeto a ciertas máximas amplias<sup>42</sup> y a normas obligatorias referidas al emplazamiento, las partes pueden diseñar las medidas procesales arbitrales a voluntad.<sup>43</sup> Un método eficaz de determinar los procedimientos pormenorizados que se seguirán consiste en la adopción de normas estándar, tales como las de una institución en particular.<sup>44</sup> Las disposiciones particulares dentro de los textos de las normas pueden ser aumentadas o reemplazadas mediante acuerdo de las partes. Aunque las partes hayan expresamente elegido un conjunto de normas, siguen teniendo libertad en gran medida para formular su propio enfoque, o bien para ampliarlo, respecto de una cuestión procedimental en particular que, de otra forma, no sería tratada por las normas.<sup>45</sup> A lo largo de los capítulos 6 y 9 se tratan ejemplos específicos de cómo las partes pueden ejercer sus poderes conjuntos.

---

<sup>42</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI, que constituye la base de recientes promulgaciones en varios estados, ordena que: "Las partes serán tratadas con equidad y a cada parte se le brindará plena oportunidad de presentar su caso." La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 18) de 1985 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (en adelante la Ley Modelo de la CNUDMI), reproducida como Apéndice 13 adjunto al presente. Véase *infra* § 3.12. Orientaciones similares se encuentran en la ley de arbitraje suizo y holandés. La norma de tratamiento equitativo está dirigida a los árbitros. Es un punto interesante si las partes pudieran, por medio de un acuerdo en vigencia, no aplicar la norma respecto de ciertos aspectos de los procedimientos. Holtzmann y Neuhaus concluyen que dentro del contexto de la Ley Modelo, las partes no pueden desviarse de la norma de tratamiento igualitario. Holtzmann & Neuhaus, *supra* nota 26, p. 583.

<sup>43</sup> *Cf.* Holtzmann & Neuhaus, *supra* nota 26, pp. 564-65 (al tratar la autonomía de las partes sobre el procedimiento la califica como "crítica para un sistema efectivo de arbitraje comercial para casos internacionales").

<sup>44</sup> La determinación de dichas normas estaría normalmente implícita en la propia elección de la institución, aunque el hecho de que las instituciones algunas veces tienen diversos grupos de normas puede causar confusión.

<sup>45</sup> Incluso sin modificar la operatividad de un conjunto dado de normas, las partes tienen generalmente el derecho a determinar ciertos detalles importantes. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) brinda los siguientes ejemplos específicos y no exhaustivos de cuestiones procedimentales que pueden resolverse por acuerdo de las partes: el lugar de arbitraje, el número de árbitros, la identidad de un árbitro único, la identidad de la autoridad que designa, la remoción de un árbitro recusado, el lenguaje de los procedimientos, ya sea para apartarse de audiencias *in camera*, y si un arreglo se va a registrar en

### 3.5 El rol y el contenido de los tratados

Tal como se sugirió en el capítulo 1,<sup>46</sup> los tratados ejercen una importante influencia en el entorno legal transnacional. En cuanto al arbitraje, ellos generan previsibilidad al establecer enfoques comunes respecto de la aplicación de acuerdos y laudos arbitrales. Incluso los tratados que no se refieren directamente al arbitraje pueden, sin embargo, afectar el proceso. Las convenciones que facilitan el litigio, por ejemplo (tales como las que mejoran la aplicación de sentencias), pueden impactar en la elección entre arbitraje y litigio. Asimismo, los tratados que logran una unificación sustantiva, tales como la Convención sobre Venta Internacional de Mercaderías, hacen menos determinativo el análisis de la elección del derecho aplicable respecto de sus resultados, un beneficio que parecería conferirse de igual manera al arbitraje y al litigio.

El siguiente breve estudio de instrumentos legales está destinado a presentar los tratados más importantes que conciernen al arbitraje comercial internacional. Se han efectuado citas con un tratamiento relativamente integral para incentivar un estudio más exhaustivo.

#### 3.5.1 La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“La Convención de Nueva York”)

De todos los tratados de arbitraje, la Convención de Nueva York es el más importante,<sup>47</sup> aproximadamente 100 estados han adherido a dicho tratado.<sup>48</sup> Posee

---

forma de laudo. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se reproduce como Apéndice 36 adjunto al presente.

<sup>46</sup> Véase *supra* Capítulo 1, § 1.4 y texto adjunto.

<sup>47</sup> *Supra* nota 21.

dos aspectos esenciales. En primer lugar, requiere que los tribunales de los estados firmantes se abstengan de arbitrar en conflictos que estuvieren cubiertos por un acuerdo arbitral válido, por lo menos cuando una de las partes invoque el acuerdo. En segundo lugar, la Convención obliga a los estados adherentes a “reconocer los laudos arbitrales como vinculantes y aplicarlos conforme a las normas procedimentales del territorio del cual depende el laudo”<sup>49</sup> Los laudos de la Convención son aquellos que “se llevan a cabo en el territorio de un Estado diferente a aquel en el cual se solicita su reconocimiento y ejecución, o que no son considerados como laudos nacionales en el Estado en el cual se solicita su reconocimiento y ejecución.”<sup>50</sup> La obligación esencial del reconocimiento y la aplicación está condicionada por diversas excepciones, las cuales deben ser interpretadas restrictivamente.<sup>51</sup>

Un estado contratante puede elegir limitar la aplicación de la Convención de dos maneras. Primero, un estado puede insistir sobre la reciprocidad declarando que acordará el tratamiento de la Convención únicamente a los laudos “llevados a cabo...en el territorio de otro estado contratante.”<sup>52</sup> Segundo, puede declarar que aplicará la Convención sólo en conflictos que surgieren de relaciones tipificadas como “comerciales” según su ley nacional.<sup>53</sup> Los Estados Unidos, por ejemplo, han adoptado ambos requisitos.

---

<sup>48</sup> Un trabajo monográfico destacado que analiza la Convención es Van den Berg, A. *The New York Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981). Los casos que analizan la Convención son incluidos anualmente en el *Anuario de Arbitraje Comercial del ICCA*.

<sup>49</sup> Convención de Nueva York, *supra* nota 21, Cap. III.

<sup>50</sup> *Ibid.* Cap. 1(1).

<sup>51</sup> Para los casos que ilustran el enfoque norteamericano sobre las excepciones del Artículo V véase *infra* Capítulo 12.

<sup>52</sup> Convención de Nueva York, *supra* nota 21, art. 1(3).

<sup>53</sup> *Ibid.*

La amplia aceptación de la Convención ha estandarizado el enfoque general tomado por los estados contratantes para los laudos arbitrales extranjeros. Además, dado que los fundamentos para rechazar la aplicación tienden a ser interpretados restrictivamente, los laudos gozan de aplicabilidad previsible. En contraste, las sentencias judiciales no están sujetas a ningún régimen global similar, y por consiguiente en un aspecto crítico logra que el arbitraje sea relativamente ventajoso. Al mismo tiempo, la Convención aumenta la posibilidad de que efectivamente se lleve a cabo el arbitraje al requerir a los tribunales que “remitan a las partes a arbitraje” cuando entiendan en asuntos cubiertos por un acuerdo válido de arbitraje.<sup>54</sup>

El grado en el que los estados han adoptado la Convención de Nueva York la coloca como uno de los esfuerzos más provechosos de su tipo. El número de países que la adoptan aumenta año a año,<sup>55</sup> tal como se demuestra en una referencia estándar: “(la Convención) puede ser considerada como uno de los factores que principalmente contribuyen al rápido desarrollo del arbitraje como medio de resolución de conflictos comerciales internacionales.”<sup>56</sup> Además, uno puede observar la fórmula convertida en norma que logra replicarse en otros lugares, tal el caso de la Ley Modelo CNUDMI y la Convención Interamericana mencionadas en los siguientes sub-apartados.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibid.* Art. II (3).

<sup>55</sup> Un listado apropiado y actualizado de los firmantes y las partes de la Convención se encuentra en “Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties”, en *News and Notes From the Institute for Transnational Arbitration (ITA)* revisado varias veces anualmente por la Fundación Southwestern Legal Foundation. Una versión reciente se reproduce como Apéndice 47 adjunto al presente.

<sup>56</sup> Redfern & Hunter. *supra* nota 3, p. 63.

<sup>57</sup> Véase *infra* § 3.12.

### **3.5.2 La Convención de 1965 sobre resolución de conflictos relacionados con inversiones entre los estados y los ciudadanos de otros Estados (“Convención de Washington” o “Convención del CIADI”)**

De la misma manera que la Convención de Nueva York, la Convención del CIADI goza de amplia participación. Establece un régimen especializado y relativamente integral en virtud del cual se resuelven los conflictos sobre inversiones (a diferencia de otros asuntos comerciales) entre un estado (o una de sus reparticiones o departamentos) y un no-estado. El CIADI se desarrollará más en detalle en el capítulo 13.

### **3.5.3 La Convención Interamericana de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”)<sup>58</sup>**

A la fecha aproximadamente dieciséis países han ratificado esta Convención de importancia regional.<sup>59</sup> La Convención de Panamá se haya en estrecho paralelo con la Convención de Nueva York, sin embargo, los dos instrumentos varían en cierta forma. Las diferencias principales son: 1) la Convención de Panamá no distingue entre laudos extranjeros y nacionales, sino más bien aparentemente es aplicable a cualquier laudo otorgado en relación a una transacción comercial;<sup>60</sup> 2) aunque la Convención de Panamá establece que será válido un acuerdo de sometimiento de arbitraje por conflictos existentes o futuros, no requiere expresamente de los tribunales que

---

<sup>58</sup> Celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975, en vigencia desde el 16 de junio de 1976. Serie Tratados de la O.E.A. n° 42, Pub. L. N° 101-369, 104 Stat. 448 (1990) (en adelante Convención de Panamá) reproducida como Apéndice 44 adjunto al presente. Por mayores comentarios véase Jackson, J. *The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration: Scope, Application and Problems*, 8(3) J. Int'l Arb.91 (1991); Norberg, C., *V.S. Ratification and Implementation of the Inter-American Convention: A Commentary*, 1 Am. Rev. Int'l Alb. 588 (1990).

<sup>59</sup> Mientras que la Convención de Panamá es decididamente regional en su enfoque, está abierta a la adhesión de cualquier estado.

<sup>60</sup> Convención de Panamá, *supra* nota 58, art 4. Sobre la postura contraria, véase la Convención de Nueva York, *supra* nota 21, art I (1).

entienden en un asunto hagan cumplir activamente el acuerdo de arbitraje;<sup>61</sup> y 3) la Convención de Panamá establece una institución (la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial) cuyas normas arbitrales van a regir en ausencia de una elección contraria de las partes.<sup>62</sup> La Convención de Nueva York, por el contrario, no estipula nada respecto de las normas procedimentales o de la implicancia institucional.

### 3.5.4 Tratados Bilaterales de Inversión

Más de 100 Tratados Bilaterales de Inversión<sup>63</sup> (TBI) se han celebrado entre estados. El número aumenta anualmente.<sup>64</sup> Como puntualiza un analista, el efecto “ha sido establecer una compacta red creciente de relaciones convencionales entre estados exportadores de capital y países en vías de desarrollo.”<sup>65</sup> Los TBI intentan asegurar que los estados huéspedes mantengan regímenes predecibles en relación a las inversiones extranjeras de forma tal de infundir confianza. Como parte de un paquete de garantías, se ha vuelto algo habitual en dichos tratados que contengan disposiciones sobre resolución de conflictos que fomentan o requieren de arbitraje. La tendencia es especificar el arbitraje del CIADI,<sup>66</sup> sin embargo, también pueden encontrarse referencias al arbitraje de la CCI.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Convención de Panamá, *supra* nota 58, art 1. Sobre la postura contraria véase la Convención de Nueva York *supra* nota 21, art II (3).

<sup>62</sup> Convención de Panamá, *supra* nota 58, art 3. Las Normas de Arbitraje de la CIAC (Comisión Interamericana para el Arbitraje Comercial) se reproducen como Apéndice 29 adjunto al presente.

<sup>63</sup> Cf. Pappas, A. *References on Bilateral Investment Treaties*. 4 ICSID Rev. Foreign Inv. L.J. 189, 194-203 (1989).

<sup>64</sup> Para textos y comentarios sobre la generación actual de BITs respaldados por los Estados Unidos véase Vandeveld, K., *United States Investment Treaties Policy and Practice* (1992) (en adelante *Investment Treaties*). Véase también Allison, R. & J. Coe, *Protecting Against the Expropriation Risk in Investment Abroad* 2A-11 (1993) (que contiene las disposiciones del tratado que requieren arbitraje).

<sup>65</sup> Salacuse, J. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral /Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*. 24 Int'l Law. 655. 656 (1990).

<sup>66</sup> Véase *Investment Treaties*, *supra* nota 64, pp. 163-87

<sup>67</sup> Véase el Tratado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Haití referido al impulso y protección de inversiones recíprocas. Dec.13, 1983, S. Treaty Doc. 16, 99th Cong., 2d Sess., Art VII (1986) (en adelante Haiti BIT).

### 3.6 Diferencia entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc

Diversas instituciones arbitrales afectan el arbitraje comercial internacional. Aunque algunas merecen atención por sus esfuerzos en la unificación del campo, el grueso de dichas instituciones existe para la provisión de servicios relacionados con el desarrollo del arbitraje. Las normas procedimentales estándar impulsadas por una institución se convierten en uno de los aspectos distintivos. Quizás la más conocida de las muchas instituciones es la Cámara de Comercio Internacional (CCI).<sup>68</sup> Otras organizaciones bien reconocidas incluyen a la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (CAIL) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), cada una de las cuales será desarrollada en mayor detalle en el capítulo 8. Con el evidente surgimiento del arbitraje en el comercio internacional han sobrevenido decenas de nuevos participantes. La lista, que continúa expandiéndose, representa actualmente a todas las regiones del mundo.<sup>69</sup>

Además de proveer normas procedimentales pormenorizadas, las instituciones cumplen diversas funciones: de gran importancia es la función de designar árbitros cuando sea necesario, también proveen el personal, instalaciones y ayuda a los árbitros y pueden actuar como cámara de intercambio documental, tanto como lo haría un secretario de tribunal, para todas las comunicaciones entre las partes y el tribunal.

La mayoría de las instituciones no están financiadas a través de las arcas públicas. Ellas dependen de tarifas para funcionar y algunas veces son criticadas por ser demasiado onerosas. Probablemente las tarifas no deseadas son la razón principal por la cual las personas en conflicto eligen continuar sin la colaboración de una institución, es decir conducir el arbitraje “ad hoc”.

---

<sup>68</sup> La CCI es desarrollada más extensamente en el Capítulo 8, *infra*.

<sup>69</sup> Véase “Arbitral Institutions Active in International Commercial Arbitration”, en *The International Arbitration Kit* 387-95 (L. Brown (ed.), 1993).

En teoría, no se requiere en absoluto a las partes que recurran a los servicios de una institución. Un laudo producido a partir de un procedimiento ad hoc tiene derecho al mismo tratamiento que uno que conlleva una afiliación institucional.<sup>70</sup> Siguen siendo debatidos los méritos relativos de un arbitraje ad hoc.<sup>71</sup> Las normas de la CNUDMI fueron específicamente diseñadas, por lo menos parcialmente, para ser utilizadas sin apoyo institucional. Su introducción, que llenó un considerable vacío, hace posible que la decisión de continuar con un arbitraje ad hoc sea más sostenible.<sup>72</sup>

A pesar de las normas de la CNUDMI siguen siendo considerables los argumentos a favor del arbitraje institucional. Tres de ellos son especialmente notables. En primer lugar, el “know-how” sirve para asegurar que el arbitraje pueda seguir adelante sin interrupción. La mayoría de las contingencias paralizantes han sido previstas ya sea en las normas procedimentales de la institución, o bien en sus políticas internas. En segundo lugar, el compromiso de una institución puede promover la irrevocabilidad y fuerza ejecutoria del laudo. En especial, la impresión de la supervisión de una institución puede cubrir el laudo con un aura de regularidad que recibirá respeto en un tribunal revisor. Esto sigue siendo cierto a pesar de que las instituciones generalmente no llevan a cabo ninguna revisión sustantiva de los laudos que ellas avalan. En tercer lugar, las instituciones frecuentemente colaboran en la determinación y el cobro de los honorarios del árbitro. Esta mediación es bien recibida por muchos árbitros y partes.

---

<sup>70</sup> Las normas institucionales no son leyes *per se*; se hacen aplicables sólo a través de la adopción que las partes hacen en su cláusula de arbitraje.

<sup>71</sup> Véase Aksen, G. *Ad Hoc Versus Institutional Arbitration*, 2(1) ICC Int'l Cl. Alb. Bull. 8 (1991); R. Coulson, *The Practical Advantages of Administered Arbitration*, 8(3) Mealey's Int'l Arb. Rep. 30 (1993); Marriott, A. *ICC/UNCITRAL Arbitration*, 8(3) Mealey's Int'l Arb. Rep. 34 (1993).

<sup>72</sup> Además, dos versiones de las normas comerciales para arbitraje ad hoc también se hallan respaldadas por el Center for Public Resources (CPR).

Si al tribunal lo constituyen árbitros experimentados,<sup>73</sup> la ausencia de una institución administradora supone menos riesgos. La eficiencia puede ser acrecentada reduciendo el número de personas involucradas y eliminando posibles ambigüedades en la división de la tarea entre el tribunal y la institución en el manejo de diversas decisiones procedimentales.

Además, los formatos institucionales estándar pueden no ser convenientes en algunos casos. Un estudio de arbitraje internacional “mixto”, por ejemplo, cuestiona acerca de la conveniencia del arbitraje institucional cuando una de las partes es un estado.<sup>74</sup> Entre las inquietudes mencionadas se encuentra el hecho de que los procedimientos codificados y la formalidad que caracterizan las medidas institucionales pueden en realidad entorpecer el proceso del conflicto. El “énfasis en normas procedimentales rigurosas podría no tener en cuenta la suficiente sensibilidad a las inquietudes políticas y a las discontinuidades culturales.”<sup>75</sup> De igual manera, los plazos estándar pueden ser irreales considerando los trámites burocráticos agregados y los vaivenes políticos que pueden implicar el cumplimiento por parte de un estado.

Una alternativa a los arbitrajes ad hoc “puros” y a aquellos que están completamente administrados yace en algún punto entre los dos extremos. Los arbitrajes “semi administrados” (tal como Redfern y Hunter los denominan)<sup>76</sup> requieren que todos los asuntos procedimentales sean manejados por las partes y en caso de no haber acuerdo, sean manejados por el tribunal arbitral. Asimismo, las comunicaciones entre las partes y el tribunal no están canalizadas a través de una institución que actúa como notario. El papel de la institución se reduce simplemente a designar o reemplazar los árbitros según sea necesario, determinar los honorarios del tribunal y, tal vez,

---

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, el Laudo Parcial del 5 de febrero de 1988 y el Laudo Definitivo del 31 de mayo de 1988 (de los Sres. Stevenson, Brownlie y Cremades), 15 ICCA Y.B. Comm. Arb. 30 (1990); 28 I.L.M. 795 (1989).

<sup>74</sup> Toape, S. *Mixed International Arbitration* (1990).

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 203.

<sup>76</sup> Redfern & Hunter, *supra* nota 3. pp. 159-60.

reconsiderar el laudo antes de ser notificado a las partes.<sup>77</sup> Los arbitrajes de la CCI se ajustan a este patrón básico,<sup>78</sup> de la misma forma que ciertas medidas de la AAA.

Incluso una relación menos institucional ocurre en los arbitrajes ad hoc cuando las partes han designado una institución sólo como autoridad de nombramiento. Bajo las normas de la CNUDMI tal entidad no precisa ser una institución. De ser necesario nombra árbitros, decide acerca de las recusaciones de árbitros y los reemplaza. La disponibilidad de las instituciones para desempeñar este rol limitado muestra la debilidad principal de las medidas ad hoc “puras”, es decir la posibilidad de que la demora o los desacuerdos al seleccionar los integrantes del tribunal pudiera descarrilar el proceso.

### **3.7 La influencia de la tradición legal, la ética profesional y otros aspectos relacionados**

#### **3.7.1 Generalidades**

Un arbitraje internacional determinado se verá afectado por lo que podría denominarse la “cultura legal” de los abogados de las partes y de los árbitros. Incluso aquellos versados en derecho comparado pueden introducir al proceso nociones derivadas de un sistema legal en particular y la preferencia por aquello que es conocido. El carácter maleable del arbitraje implica que estas preferencias pueden moldear el proceso en un grado significativo. Las diferencias en las tradiciones legales pueden también afectar la interpretación de las normas institucionales y la aplicación de cánones abstractos, tales como la “igualdad de las partes”. El estilo de la defensa, los niveles del cuestionamiento llevado a cabo por el tribunal y otros aspectos referidos al proceso, también variarán considerablemente como resultado de la formación legal de los participantes. Muchas de estas divergencias y los aspectos concomitantes del procedimiento se explican en el capítulo 9.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

### 3.7.2 Los cánones que rigen a los abogados y árbitros

Los estándares éticos que rigen a los abogados difieren considerablemente entre los sistemas. La práctica transnacional y la abogacía pueden plantear, por consiguiente, un conflicto con las normas de responsabilidad profesional, presentando cuestiones de difícil elección.<sup>79</sup> Una preocupación aparte tiene que ver con los estándares diferentes potencialmente adoptados por los árbitros, en particular aquellos designados por una de las partes. El tema provee otros ejemplos de cultura legal en funcionamiento.<sup>80</sup> Como se menciona en los capítulos 4 y 11, la práctica nacional estadounidense (por lo menos en ciertos sectores), abiertamente reconoce que los árbitros designados por las partes pueden ser menos “neutrales” que el árbitro que preside o un tercer árbitro en un tribunal constituido por tres personas, siempre que las normas elegidas u otras circunstancias no requieren lo contrario. Por el contrario, el estándar internacional estructura las obligaciones en términos de “independencia” e “imparcialidad” y requiere que todos los árbitros posean y practiquen cada una de ellas. Es poco probable que los árbitros e instituciones estadounidenses con experiencia malinterpreten el estándar internacional cuando sea aplicable. Sin embargo, subsiste posible confusión y temor, que puede agravarse con la controvertida práctica estadounidense de entrevistar a los árbitros potenciales y con las normas algunas veces mal definidas relativas al contacto *ex parte* entre los árbitros y los representantes de las partes.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Véase en general Paulsson, J. *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*, 3 Am. Rev. Int'l Arb. 214 (1992).

<sup>80</sup> Véase en general Carter, J. *Living With the Party-Appointed Arbitrator: Judicial Confusion, Ethical Codes and Practical Advice*. 3 Am.Rev. Int'l Arb. 153 (1992); véase también *infra* Capítulos, 4, § 4.13.

<sup>81</sup> Véase *infra* §§ 4.13 (independencia del árbitro) y 10.6 (comunicaciones *ex parte*). Cf Lowenfeld, A. *The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*, 30 Tex. Int'l L.J. 59, 61 (1995) (adopta la regla general que rechaza ser entrevistado antes de una designación).

### 3.8 Problemas prácticos tradicionales: dos casos

#### 3.8.1 Conflictos multiparte

La base consensual del arbitraje y los aspectos de su formato básico lo convierten en un método poco ágil cuando el conflicto en cuestión involucra a más de dos partes. La polémica involucra con frecuencia a diversas partes porque muchos de los formatos de negocios vigentes lo hacen. Por lo tanto:

Las controversias multiparte pueden surgir por diversas relaciones comerciales nacionales e internacionales, incluyendo los contratos de venta, los acuerdos de licencia y distribución, los contratos de inversión, los contratos de obras públicas y construcción, contratos marítimos que involucren el embarque de pólizas de fletamento y los contratos de construcción de trabajos industriales de gran escala, de la clase a menudo solicitada por los gobiernos de países en vías de desarrollo.<sup>82</sup>

En un contrato de construcción internacional, por ejemplo, el propietario en contratos independientes puede contratar un ingeniero y un constructor. El constructor, a su vez, celebra diversos subcontratos por aspectos particulares del trabajo de la construcción. Si hubiere aspectos poco fiables en el proyecto, el dueño pedirá rendición de cuenta a la parte responsable teniendo presente principalmente a las dos entidades con las cuales posee el contrato. Sin embargo, cualquiera de las partes puede haber sido la causa legal de los daños. Lo adecuado parecería ser reunir a todas las partes en un solo juicio. Ello sería más económico y evitaría resultados incongruentes. En ese sentido, los sistemas judiciales poseen la maquinaria para

---

<sup>82</sup> Dore, I. *Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration* 1 (1990). En proyectos industriales a gran escala, los contratistas y subcontratistas principales son a menudo consorcios más que entidades aisladas, por consiguiente complejizando más el modelo de relación múltiple. Véase Nicklisch, F. *Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects*, 11(4) J. Int'l Arb. 57, 59-60 (1994).

consolidar causas y unir a las partes dentro del contexto del litigio, incluso en algunos casos a pesar de la objeción de una de las partes.

En contraposición a esta facultad, la consolidación judicial del arbitraje puede no estar disponible, o bien estar sujeta a condiciones más rigurosas que aquellas aplicables al proceso judicial. En el centro del problema yace la naturaleza del arbitraje basada en el consentimiento. En muchos sistemas, incluyendo muchas jurisdicciones norteamericanas, la falta de aprobación unánime de las partes evitará la consolidación de arbitrajes relacionados. La fundamentación lógica doctrinal, que la integración obligatoria de terceros como partes puede violar los acuerdos arbitrales de una o más partes, se refuerza por la preocupación pragmática por la exigibilidad del laudo resultante. El obstáculo del consentimiento es significativo porque, por diversas razones, una de las partes puede estar poco dispuesta a que sus derechos y obligaciones sean evaluados en un procedimiento conjunto.

En los últimos años, el recordatorio más vívido de la clase de problemas que pueden surgir fue propuesto por la *Cour de cassation* francesa (la Suprema Corte) en el caso *Dutco*.<sup>83</sup> Un laudo de tres árbitros fue anulado porque las partes que objetaban la consolidación (los demandados) no fueron tratados de manera equitativa en el nombramiento de los árbitros.<sup>84</sup> Se les había solicitado que realizaran un nombramiento conjunto basado en la cláusula de la CCI en un acuerdo de consorcio tripartito que exigía un tribunal integrado por tres personas. La Corte entendió que una presunta exención al derecho de igualdad en el proceso de nombramiento no era válida según las políticas públicas francesas.<sup>85</sup> En virtud de estas circunstancias, dado que al demandante se le había permitido designar un árbitro, y en ausencia de un

---

<sup>83</sup> Siemens AG and BKMI Industriean Lagen Ombu v. Dutco Construction Co., 1" Ch. civ., 7 de enero de 1992

<sup>84</sup> Véase *Note from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration on the Constitution of Arbitral Tribunals in Multi-Party Cases*, 4(2) ICC Int'l Ct. Arb. Bull. 6 (1993) (en adelante *Nota de la CCI*); E. Schwartz, *Multi-Party Arbitration and the ICC-In the Wake of Dutco*, 10(3) J. Int'l Arb. 5 (1993).

<sup>85</sup> Nota de la CCI, *supra* nota 84.

acuerdo en contrario con posterioridad al conflicto, aparentemente a cada uno de los demandados se les debería haber permitido lo mismo.<sup>86</sup>

Según lo sugerido por el caso *Dutco*, cuando sucede la consolidación, puede ser necesario llevar a cabo alteraciones en el modelo estándar. Consideremos nuevamente un tribunal integrado por tres árbitros. Cuando las tres partes se unen en un arbitraje único y algunos árbitros van a ser nombrados por las partes, ¿no debería el tribunal expandirse de tres a cinco árbitros? Ciertamente la igualdad entre las partes exige que cada parte nombre uno, el cuarto y el quinto pueden ser nombrados por los árbitros designados por las partes, o bien por una institución. El quinto es necesario a fin de evitar llegar a un punto muerto, de forma tal que el laudo pueda ser construido por la mayoría.<sup>87</sup> Sin embargo, el resultado será mucho gasto adicional y tal vez mucha carga/dificultad. Una alternativa, adoptada por las normas de por lo menos una institución, es que los múltiples demandantes y demandados efectúen designaciones conjuntas de un árbitro, de forma tal de constituir un tribunal de tres personas siguiendo lineamientos usuales.<sup>88</sup> El problema de igualdad planteado en el caso *Dutco* se soluciona al permitir a la institución designar en ciertas situaciones a los dos árbitros que de no mediar lo contrario serían designados por las partes.<sup>89</sup> La premisa es que la igualdad entre las partes sólo es acertada cuando se le permite el nombramiento a uno de los lados mientras las múltiples partes, en el lado contrario, deben colaborar en un solo nombramiento. Si el acuerdo de las partes no requiere un tribunal integrado por tres personas, el nombramiento institucional de un solo árbitro puede ser la respuesta más simple al acertijo de la igualdad de las partes.

---

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Cf.* Compañía Española de Petróleos, S.A. v. Nereus Shipping S.A., 527 F.2d 966 (2d Cie. 1975) (la corte que consolidó los arbitrajes relacionados requería que el cuarto y quinto árbitros sean designados en forma conjunta y unánime por los otros tres).

<sup>88</sup> Véase World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration Rules. Art. 18 (vigente desde el 1 de octubre de 1994) reproducido como Apéndice 37 adjunto al presente.

<sup>89</sup> *Ibid.*; *cf.* Nota de la CCI, *supra* nota 84 (los demandados en el caso *Dutco* no podrían haber esgrimido la falta de igualdad si el actor hubiera solicitado a la CCI el nombramiento de un árbitro que la represente).

Si no se da la consolidación, pero las partes pertinentes están sujetas a cláusulas arbitrales sustancialmente similares, los riesgos de laudos inconsistentes pueden ser minimizados al conducir arbitrajes paralelos ejercidos/tratados por los mismos árbitros.

### 3.8.2 Demora

En este capítulo de temas y referencias, también cabe mencionar el problema de la demora, especialmente porque la celeridad se considera una de las virtudes del arbitraje. Una cuota de demora puede ser endémica en el proceso de arbitraje, el cual depende de los árbitros que generalmente ocupan otros cargos full time. De esta forma, el arbitraje se coloca en un marcado contraste respecto de los sistemas de litigio que están manejados por jueces de dedicación full time. Otros orígenes de la demora no son específicos del arbitraje. Por ejemplo, tanto el litigio como el arbitraje precisan acomodarse (por lo menos en un cierto grado) a los respectivos horarios del asesor jurídico de las partes. En el arbitraje, la defensa de los cronogramas particulares también se extiende a las partes, por lo menos hasta un cierto punto. Además, en ambos métodos, existe una tendencia en la parte demandada a abrazar las oportunidades de demora en un intento por aplazar el día del juicio final. Ocasionalmente, y menos frecuentemente, la falta de interposición de acción legal por parte del demandante es lo que retarda el proceso.

Los participantes preocupados o renuentes no son la única razón para la demora. En algunas culturas legales una cuota de inercia invade los roles típicos de sus miembros. En particular, el sistema contradictorio característico del *common law* se apoya fuertemente en el abogado de las partes para poder continuar con el proceso. La inactividad del árbitro puede, por lo tanto, ser una tendencia aceptada.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> En lo que atañe al arbitraje inglés, por ejemplo, Mustill y Boyd han sugerido que en algunas ocasiones los árbitros toman un rol relativamente pasivo:

“La iniciativa del proceso corresponde en su totalidad a las partes... a menos que soliciten un acuerdo sobre lo que sucederá luego, el árbitro no precisa hacer (y en la mayoría de los

No existen soluciones simples para el problema de la demora, aunque mentes ingeniosas lo han estudiado.<sup>91</sup> La aplicación cuidadosa por parte del árbitro de las técnicas de manejo del caso se menciona con frecuencia como la clave para eliminar una innecesaria dilatación.<sup>92</sup> Las instituciones también han desarrollado procedimientos “de carril rápido” con una celeridad mejorada en mente.<sup>93</sup> A pesar de que los tribunales arbitrales carecen de facultad para declarar desacato, en muchas jurisdicciones los esfuerzos de los árbitros pueden en cierta forma ser aumentados por medio de orden judicial, lograda a instancia de una de las partes o en base a la solicitud del tribunal arbitral.<sup>94</sup> La autoridad de los árbitros de inferir conclusiones negativas también puede estimular una acción eficaz en tiempo.<sup>95</sup>

Muchas cuestiones procedimentales llevan a conflicto entre intereses contrapuestos. La habilidad de la parte perezosa o renuente para detener los procedimientos es aumentada por la complacencia del árbitro. Incluso, para evitar cargos de inequidad procesal, poniendo en peligro potencial al laudo, un árbitro puede estar dispuesto a complacer a la parte que demanda mayor tiempo requerido para preparar y presentar su caso, o bien a la parte que busca alterar el formato procedimental normal. Tomar el sendero de la menor resistencia funciona para los árbitros de muchos años; sin embargo, el nivel adecuado de rigurosidad no es siempre

---

casos no lo hace) absolutamente nada. La responsabilidad de mantener el ímpetu de referencia yace (por completo) en las partes.”

Mustill & Boyd. *supra* nota 16, p. 17.

<sup>91</sup> Véase ICCA, *Preventing Delay and Disruption of Arbitration* (Congress Series, A. van den Berg. ed.).

<sup>92</sup> Véase Davis, B. *Laying down a Gauntlet: The Thirty-six Hour Chairman*, 3 *Am. Rev. Int'l Arb.* 170 (1992); Holtzmann, H. *Streamlining Arbitral Proceedings: Some Techniques of the Iran-United States Claims Tribunal*, 11 *Arb. Int'l* 39 (1995).

<sup>93</sup> Véase *infra* Capítulo 9, § 9.20. Véase para un panorama general *Symposium*, 2 *Amer. Rev. Int'l Arb.* 138-62 (1991).

<sup>94</sup> La Ley de California sobre Arbitraje y Conciliación de Conflictos Comerciales Internacionales, por ejemplo, autoriza al tribunal arbitral, o bien a una de las partes previa aprobación del tribunal, a solicitar la ayuda de la corte del estado para obtener pruebas o dictar una orden judicial. *Cód. Civ. y Proc. de California* § 1297.271 (West 1987 & Supp. 1996).

<sup>95</sup> Véase Brower, C. *Evidence before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules*. 28 *Int'l Law.* 47, 56-57 (1994).

evidente. Los árbitros experimentados utilizan una cuota de intuición informada para sobrellevar tales cuestiones, confiados en el conocimiento de que los laudos son cada vez con mayor frecuencia aplicados cuando la igualdad de las partes ha sido cuidadosamente respetada.

Los cuestionamientos de las partes sobre la aptitud del árbitro actuante son algunas veces utilizados como dispositivos para retrasar el arbitraje. Los textos de las normas estándar prevén tal pretexto al establecer el procedimiento y la evaluación. La formulación de las normas de la CNUDMI, reproducida en la Ley Modelo<sup>96</sup> y en las Normas Internacionales de la AAA,<sup>97</sup> autoriza a las partes a objetar el árbitro “si existieren circunstancias que den lugar a dudas justificables respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro.”<sup>98</sup> A su vez, un árbitro deberá develar cualquier circunstancia de ese tipo al momento de su nombramiento.

En el caso del Reglamento de la CNUDMI, la oposición será evaluada por la autoridad de nombramiento.<sup>99</sup> Si las partes no hubieran designado a dicho árbitro y no fueran capaces de acordar respecto de uno al momento de la oposición, la autoridad de nombramiento será elegida por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje en la Haya,<sup>100</sup> por tanto ocasionando una demora posterior. En los arbitrajes administrados institucionalmente, las oposiciones son transmitidas a la institución.<sup>101</sup> Sin embargo, dependiendo del emplazamiento la parte oponente puede llevar el asunto directamente a un tribunal local.

---

<sup>96</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI, *supra* nota 42, Art. 12(2). La Ley Modelo agrega como base de la recusación que el árbitro “no posee requisitos acordados por las partes”. *Ibid.*

<sup>97</sup> Normas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (en vigencia desde el 1 de abril de 1997), Art. 8 (en adelante las Normas Internacionales de la AAA), reproducidas como Apéndice 24 adjunto al presente.

<sup>98</sup> Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, *supra* nota 45, Art. 10(1).

<sup>99</sup> *Ibid.* Art. 12.

<sup>100</sup> *Ibid.* Arts. 6, !2.

<sup>101</sup> Véase, *por ej.*, *ibid.* Art. 9.

Es de esperarse que en el intento de una de las partes de frustrar el arbitraje ésta se oponga durante el procedimiento a uno o a ambos árbitros no designados por ella y eleve las mismas cuestiones nuevamente ante un tribunal, ya sea durante los procedimientos,<sup>102</sup> o bien durante una acción posterior al laudo. La formulación de la Ley Modelo mejora el enfoque del Reglamento de la CNUDMI respecto del asunto al establecer expresamente que los procedimientos arbitrales pueden avanzar (con la participación del árbitro objetado) mientras la oposición esté pendiente de resolución ante un tribunal nacional.<sup>103</sup> Sin esta autorización, un tribunal puede ser reticente respecto al avance del caso. Obviamente, algunas veces es prudente no hacerlo. Una cuestión a considerar es si las audiencias tendrán que repetirse en caso de que la oposición sea exitosa. El Reglamento de la CNUDMI, por ejemplo, requiere que las audiencias sean repetidas en caso de que un solo árbitro o el árbitro que preside sea reemplazado, quedando los otros casos a consideración del tribunal.<sup>104</sup>

En circunstancias extremas, la parte renuente puede tener la esperanza de que se acelere la oposición de su propio árbitro al seleccionar una persona cuyos antecedentes con certeza darán lugar a dudas.<sup>105</sup> Para la parte que espera perder el arbitraje, dicha estratagema puede ser conveniente; sin embargo, es poco probable que un árbitro de buena reputación o bien el abogado de la parte se sintiera cómodo con tal manipulación cínica del proceso. Otra estratagema radical es la contratación y el despido reiterado del asesor legal; el tiempo se consume mientras la parte selecciona e instruye a los abogados reemplazantes. En un caso complejo, la demora puede ser sustancial.

---

<sup>102</sup> El punto de vista imperante entre las Cortes Americanas es que las recusaciones a un árbitro se consideran prematuras con anterioridad al otorgamiento del laudo. Véase *infra* Capítulo 7, §7.6.

<sup>103</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, *supra* nota 42, Art. 13(3).

<sup>104</sup> Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, *supra* nota 45, Art. 14.

<sup>105</sup> El autor fue alertado de esta estratagema a través de anécdotas provistas por Dr. Albert Jan van den Berg en una conferencia patrocinada por la Southwestern Legal Foundation en junio de 1995.

Los procedimientos posteriores al laudo también pueden frustrar cuestiones porque los laudos no son autoejecutables. A pesar de que los laudos con frecuencia son cumplidos voluntariamente, si fueren resistidos están sujetos a ser atacados en el lugar de pronunciamiento y en el lugar en donde se busca su ejecución. Consecuentemente, a pesar de los procedimientos expeditivos previos al laudo, algunas veces se dan gastos posteriores al laudo y demora. Sin embargo, como principio general, los argumentos disponibles para la parte insatisfecha son relativamente estrechos, ya sea que la ofensiva sea una tentativa de *vacatur* (en el emplazamiento), o bien una ofensiva colateral en el estado en el cual se presenta al laudo para la aplicación. La revisión *de novo* del laudo no es la regla. Más aún, en muchos sistemas judiciales, los costos del procedimiento pueden ser concedidos para reconocer las excepciones maliciosas.<sup>106</sup>

### 3.9 Metodología de elección del derecho aplicable<sup>107</sup>

#### 3.9.1 Generalidades

Las partes de un arbitraje internacional pueden elegir la ley sustantiva que será aplicada por el tribunal arbitral. Sin embargo, cuando no lo hacen el tribunal puede seguir diversos caminos. En primer lugar, un análisis de la elección del derecho aplicable puede ser evitado al considerar solo el contrato de las partes. La problemática puede resolverse simplemente aplicando sus términos y quizás los usos comerciales aplicables a cuestiones que son ampliamente objetivas. Las leyes y reglamentos modernos refuerzan este alcance al requerir a los árbitros la aplicación de las disposiciones contractuales y la consideración de usos aplicables en la interpretación

---

<sup>106</sup> Véase *infra* Capítulo 4, § 4.16.

<sup>107</sup> En forma de trabajos monográficos solamente se encuentra un vasto tratamiento académico referido a la elección de la legislación en el arbitraje comercial internacional. Los siguientes son títulos de carácter ilustrativo: Chukwumerije, O. *Choice of law in International Commercial Arbitration* (1994); Naon, H. *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration* (1992); Lew, J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (1978) ( en adelante Lew).

de un laudo. Esto es cierto, por ejemplo, en el Reglamento de la CCI,<sup>108</sup> el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI,<sup>109</sup> el Reglamento Internacional de la AAA,<sup>110</sup> la Ley Modelo de la CNUDMI,<sup>111</sup> y la Ley de California de 1988.<sup>112</sup>

Cuando surgen cuestiones legales, el análisis de elección de derecho puede ser inevitable, por lo menos cuando las leyes potencialmente aplicables arrojarían diferentes resultados. En ese caso, qué método de elección de derecho se va a utilizar se convierte en la cuestión preliminar.<sup>113</sup> En una situación dada, el tribunal puede sentirse obligado a emplear aquel método utilizado por los tribunales del emplazamiento. Sin embargo, los estudios sugieren que en la práctica recurrir a las normas de conflicto del emplazamiento es tan sólo un enfoque. Es evidente la poca uniformidad; el ingenio y la flexibilidad parecen ser características de la práctica de arbitraje en torno a esta cuestión.

La técnica seleccionada no es meramente de interés académico. Tan sólo en los Estados Unidos, diversas especies de método de elección de derecho están en uso. La ley resultante que rige el acuerdo a menudo varía con el enfoque utilizado, como así también varía el grado de previsibilidad asociado con ese método.<sup>114</sup>

### 3.9.2 Directivas de elección de derecho en los reglamentos y leyes

Las normas institucionales tratan el método de elección de derecho con diversos grados de especificidad. En general, ellas imponen pocas restricciones al árbitro. Las

---

<sup>108</sup> Reglamento sobre Conciliación y Arbitraje de la CCI (1988), Art 13(5) (en adelante el Reglamento de Arbitraje de la CCI).

<sup>109</sup> *Supra* nota 45, Art. 33(3).

<sup>110</sup> *Supra* nota 97, Art. 28(2).

<sup>111</sup> *Supra* nota 42, Art. 28(4).

<sup>112</sup> Cód. Civ. y Com de Cal. § 1297.285.

<sup>113</sup> La cuestión debería surgir, como hipótesis, sólo cuando el derecho sustantivo vigente lleva a distintos resultados. Es decir, el análisis procedimental de elección del derecho aplicable presupone una controversia. Puede ocurrir que las normas sustantivas provistas por todas las leyes potencialmente aplicables sean sustancialmente las mismas, o bien que conduzcan al mismo resultado. En ese caso, es conveniente determinar que no existe ninguna controversia.

<sup>114</sup> Véase *infra* notas 121-45 y texto que la acompaña.

normas de la CCI replican el enfoque de dos pasos previsto por la Convención Europea de 1961.<sup>115</sup> Ellas disponen que “en ausencia de cualquier indicación de las partes respecto de la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley indicada como apropiada por la norma de conflicto que el considere apropiada”.<sup>116</sup> Sustancialmente similares al enfoque de la CCI son los enfoques del Reglamento de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>117</sup> Por el contrario, las Normas de Arbitraje Internacional de la AAA no sugieren explícitamente que el árbitro debe determinar primeramente qué normas sobre conflicto son las apropiadas. El tribunal es instruido para aplicar “dicha ley o leyes (sustantiva/s) conforme lo considere apropiado”.<sup>118</sup> El texto de la AAA confiere considerable discrecionalidad a los árbitros al reconocer que múltiples leyes pueden aplicarse y que ellas pueden considerarse apropiadas sin el apoyo de un principio reconocido de los conflictos. Una formulación similar puede encontrarse en la ley de California de 1988 sobre conciliación y arbitraje internacional, la cual agrega que la selección de normas sustantivas apropiadas debería llevarse a cabo teniendo en cuenta “todas las circunstancias que rodean el conflicto”.<sup>119</sup> En cambio, la ley suiza determina el enfoque a ser usado estableciendo en la parte pertinente que: “el tribunal arbitral resolverá el conflicto...de acuerdo con las normas de la ley con la cual el caso tenga la relación más cercana.”<sup>120</sup>

### 3.9.3 Tipos de métodos en uso

Va más allá del alcance de este trabajo tratar los métodos de elección de derecho aplicable en detalle. Sin embargo, se ofrece aquí un amplio panorama de algunos modelos vigentes con el fin de presentar las doctrinas y enfoques que se encuentran en la práctica.

---

<sup>115</sup> Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961, Art. VII.

<sup>116</sup> Reglamento de Arbitraje de la CCI, *supra* nota 108, Art. 13(3).

<sup>117</sup> Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, *supra* nota 45, Art. 33(1); Ley Modelo de la CNUDMI, *supra* nota 42, Art. 28(2) (1985).

<sup>118</sup> Normas Internacionales de la AAA, *supra* nota 97, Art. 21(1).

<sup>119</sup> Código Civil y Procesal de California § 1297.283.

<sup>120</sup> Ley de Derecho Privado Internacional de 1987, Art. 187 (1).

En general, las jurisdicciones norteamericanas no aplican un único sistema de elección de derecho;<sup>121</sup> más bien, los tribunales y las legislaturas han adoptado diversos métodos. Las normas tradicionales sobre conflicto, asociadas con la “Restatement First”\*, tienden a ser mecánicas y producen una relativa previsibilidad. Los métodos modernos son flexibles y matizados y hacen en cierta forma impredecible la elección del derecho en ausencia de una voluntad expresa de las partes. Los métodos híbridos, la aplicación selectiva y la adaptación son moneda corriente en la práctica tribunalicia.<sup>122</sup>

Los métodos tradicionales comienzan con una caracterización básica de la demanda o de la causa a fin de identificar el cuerpo específico de las normas de elección de derecho a ser aplicadas.<sup>123</sup> Una vez determinado que se debe tratar el asunto, por ejemplo, como una demanda contractual (a diferencia, por ejemplo, de una demanda de responsabilidad extracontractual), puede llevarse a cabo una sub-caracterización focalizándose en el tipo de contrato o asunto. Esta clasificación posterior puede ser necesaria para identificar el factor o evento dominante entre las diversas posibilidades. Por ejemplo, un problema contractual con frecuencia puede ser clasificado posteriormente en relación principalmente a la celebración (o validez) o al cumplimiento. Una vez que se llegado a esta sub-clasificación, se identificará el sistema legal que provee la norma de decisión mediante la localización del único factor de conexión designado como dominante por el método tradicional. Por consiguiente, por ejemplo un asunto relacionado con la celebración puede requerir la aplicación de la ley

---

<sup>121</sup> Véase para un panorama general McCaffrey, S. “Conflict of Laws”, en *The U.S. Legal System* 119 (D. Campbell y W. Hepperle (eds.), 1983).

<sup>122</sup> Véase para un panorama general Kay, H. *Theory Into Practice, Choice of Law in the Courts*. 34 *Mercer L. Rev.* 521 (1983); Reppy, W. *Eclecticism in Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash?*, 34 *Mercer L. Rev.* 645 (1983).

\* N. del T.: las denominaciones *Restatement First* y *Restatement Second* hacen referencia a recopilaciones doctrinarias sobre la materia publicadas en los Estados Unidos, sin traducción oficial al español.

<sup>123</sup> Véase Brilmayer, L. *Conflict of Laws: Cases and Materials* 124-25 (4ta ed. 1995).

del lugar en el cual se dio la celebración,<sup>124</sup> mientras que un asunto relacionado con el cumplimiento puede regirse por la ley del lugar de cumplimiento o ejecución del contrato.<sup>125</sup>

Entre los diversos enfoques vigentes llamados modernos, el más actual tal vez sea el propuesto en la “Restatement Second”.<sup>\*126</sup> Ese sistema intenta combinar la flexibilidad con la guía explícita. Su pieza central es la prueba de la “relación más significativa”. Conforme al artículo 188(I), los derechos y obligaciones de las partes respecto de un asunto son determinados por la ley local del estado que, respecto de ese asunto, “tiene la relación más significativa con relación a la transacción y las partes”.

Lo típico en las técnicas modernas (a diferencia de los métodos tradicionales) es que el análisis de la *Restatement Second* es para un asunto específico. Más aún, ninguna consideración por sí sola dictamina el resultado. Más bien, se proveen dos grupos de factores para ayudar en la determinación de la elección del derecho: el primero identifica los puntos de contacto que sean específicos a los casos contractuales y el segundo hace una lista de las políticas que generalmente son sopesadas. Los contactos específicos del contrato establecidos en el artículo 188 son:

- (a) el lugar de contratación,
- (b) el lugar de negociación del contrato,
- (c) el lugar del cumplimiento
- (d) la localización del objeto del contrato, y
- (e) el domicilio, lugar de residencia, nacionalidad, lugar de constitución de la sociedad y asiento comercial de las partes.

---

<sup>124</sup> *Restatement (First) of Conflicts of Laws* §§ 332-34.

<sup>125</sup> *Ibid.* § 358.

<sup>126</sup> Instituto de Derecho Americano, *Restatement (Second) of Conflicts of Laws* (1971).

Conforme el artículo 188, dichos contactos “serán evaluados de acuerdo a su relativa importancia respecto del asunto en particular”.<sup>127</sup> Las consideraciones generales a ser tenidas en cuenta cuando sean sopesados estos factores tienen que ver con amplias políticas sistémicas. Estas están establecidas en el artículo 6 e incluyen:

- (a) las necesidades de los sistemas interestatal e internacional,
- (b) las políticas relevantes del foro,
- (c) las políticas relevantes de otros estados interesados y los relativos intereses de esos estados en la determinación del asunto en particular,
- (d) la protección de las expectativas justificadas,
- (e) las políticas básicas subyacentes al campo particular del derecho,
- (f) seguridad, previsibilidad y uniformidad de resultado,
- (g) facilidad en la determinación y aplicación de la ley.

Sin embargo, para lograr que los resultados sean menos impredecibles, aparentemente la *Restatement Second* incorpora diversas propuestas específicas que se asemejan a presunciones. Entre estas directivas está aquella del artículo 188(3) que señala que “si el lugar de negociación del contrato y el lugar de cumplimiento se encuentran en el mismo estado, generalmente será aplicada la ley local de este estado, (salvo en el caso de venta de tierra y ciertos otros contratos o asuntos)”. Los asuntos relacionados con contratos de venta de tierra están regidos usualmente por la ley del emplazamiento de la propiedad.<sup>128</sup> Se proveen otras referencias predecibles, pero están sujetas (tal como sucede con la norma para los contratos de venta de tierra) a la

---

<sup>127</sup> *Ibid.* § 188(2).

<sup>128</sup> *Ibid.* § 5.

posibilidad de que, excepcionalmente, los factores de los artículos 6 y 188 conduzcan a un resultado diferente.<sup>129</sup>

El concepto de que un estado distinto del *forum* pueda tener “interés” en que la ley sea aplicada, es un tema que se encuentra en muchos enfoques contemporáneos norteamericanos. En realidad, un tercer método (conocido como análisis de intereses) está en uso de diferentes formas en algunos estados. Los aspectos básicos de una especie de análisis de intereses puede resumirse de la siguiente manera:<sup>130</sup> el fórum puede aplicar su propia ley si es el único estado verdaderamente interesado, aunque no se presupone que tenga interés. No existe ningún conflicto “real” a menos que cada uno de los dos o más estados implicados tenga un interés legítimo en la aplicación de su ley y la aplicación de las normas de los estados interesados produciría resultados diferentes. Cuando sólo un estado tiene un interés genuino en la aplicación de su ley, su ley debería ser aplicada.

Si, a pesar de ello, existe un conflicto verdadero, diversas normas superadoras del estancamiento se han ofrecido para su elección entre las leyes de los dos estados interesados. Una de ellas es aplicar la ley del foro, suponiendo que tiene interés.<sup>131</sup> Otra variante, que fue seguida en algunos contextos en California, es aplicar la ley del estado cuyos intereses se verían más gravemente “perjudicados” de no aplicarla. Esta resolución de la situación de conflicto verdadero se conoce como Análisis Comparativo

---

<sup>129</sup> Véase Cramton, R. *et al.*, *Conflict of Laws: Cases–Comments–Questions* 117-20 (5ta ed. 1993).

<sup>130</sup> El siguiente modelo proviene en gran medida de aquel expuesto por el Profesor Brainerd Currie, cuya contribución a la teoría americana moderna de la elección de derecho aplicable fue grandiosa. La colección de los más destacados artículos de Currie se encuentra en Currie, B. *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963).

<sup>131</sup> Esta fue la solución del Profesor Currie. Véase R. Cramton *et al.*, *supra* nota 129, pp. 179-80.

de Perjuicio.<sup>132</sup> Un tercer enfoque consiste en seleccionar (de entre las leyes de los estados interesados) la “mejor ley”.<sup>133</sup>

Como podrá fácilmente observarse, en el análisis de intereses mucho depende de lo que constituye un “interés”. En general, la cuestión se plantea en términos de si los objetivos subyacentes a la norma serían fomentados por su aplicación en el caso existente. Una pregunta relacionada, que arroja luz sobre la primera, es si la situación en estudio fue una que los legisladores en cuestión pretendían contemplar.

Las comparaciones de las normas de conflicto en el orden internacional revelan una variedad de enfoques. Habiendo sido recibido con cierta curiosidad intelectual por la comunidad académica europea, el análisis de intereses norteamericano no ha sido acogido por la mayoría en la práctica. Más ampliamente reconocido es el análisis de la “ley contractual más apropiada” desarrollado por los tribunales ingleses,<sup>134</sup> la cual es aún observada de diversa manera en muchos sistemas del *common law*.<sup>135</sup> Para explicar el método someramente, en instancias en las cuales está ausente la expresa elección de las partes, se busca primero la elección implícita de las partes, y de no haberla entra en juego una evaluación multifactorial. El objetivo es determinar la ley con la cual la transacción guarda su más estrecha y real conexión”.<sup>136</sup> Este enfoque guarda paralelismo con la búsqueda de la *Restatement Second* de la ley que tenga “la relación más significativa entre las partes y el asunto” bosquejada anteriormente. Entre

---

<sup>132</sup> California ha empleado este enfoque. Véase *Bernhard v. Harrah's Club*. 16 Cal. 3d 313 (1976).

<sup>133</sup> Cf. Leftar, R. *Conflicts Law: More on Choice Influencing Considerations*, 54 Cal. L. Rev. 1584, 1585-88 (1966). "Los intereses legítimos de la ley (...) son promovidos por una deliberada preferencia por la mejor norma legal." *Ibid.* p. 1588.

<sup>134</sup> Véase para un panorama general McClean, J. *Morris: The Conflict of Laws* 252-56 (4ta ed. 1993) (en adelante *Morris*); North, P. & J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* 458-59 (12va ed. 1992). En Inglaterra la elección de la ley contractual se rige actualmente por la Ley de Contratos (Ley Aplicable) de 1990, que aplica la Convención de Roma. Véase North & Fawcett, *supra*, pp. 459 y ss.

<sup>135</sup> Véase por ej. Barnodu, G. *Jurisdiction and Applicable Law in Transnational Dispute Resolution before the Nigerian Courts*. 29 Int'l Law. 555, 564-73 (1995) (las cortes nigerianas emplean en teoría al enfoque inglés de la ley adecuada, pero a menudo demuestran una preferencia por la *lex fori*).

<sup>136</sup> *Morris*, *supra* nota 134, p. 255.

los factores relevantes se encuentran: el lugar de cumplimiento, el lugar de celebración, el asiento comercial de las partes y el tipo y objeto del contrato.<sup>137</sup>

Las normas de elección de derecho aplicable fundadas en los tratados ocupan un lugar importante dentro de los muchos sistemas legales. Los estados de la Unión Europea, por ejemplo, están obligados a implementar la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.<sup>138</sup> En situaciones en las cuales las partes no han determinado la ley aplicable, la Convención de Roma, cuando fuere aplicable, establece que el contrato debería estar regido comúnmente por la ley del país con el cual el contrato está “más estrechamente relacionado”<sup>139</sup> La Convención de Roma agudiza esta prueba genérica al establecer la presunción de que el contrato está más íntimamente relacionado con el estado que es residencia habitual de la parte “que va a efectuar el cumplimiento que caracteriza al contrato”.<sup>140</sup> Por ejemplo, en un contrato internacional de venta de bienes generalmente se considera que el cumplimiento del vendedor caracteriza al contrato, más que aquel del comprador quien usualmente sólo ofrece dinero (un cumplimiento común a la mayoría de los contratos). Los numerosos artículos de la Convención de Roma también tratan una variedad de cuestiones relacionadas que surgen en el empleo del enfoque básico recientemente bosquejado, tales como el efecto de las normas imperativas del foro<sup>141</sup> y aquellas de otros estados relacionados con el contrato.<sup>142</sup> La Convención sobre la Ley Aplicable a Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías<sup>143</sup> (Convención de La Haya, 1985) adopta como su norma general el principio del “lugar del vendedor”. Esto implica que cuando las partes no han elegido una ley que rija el contrato, “el contrato se rige por la ley del estado en el cual el comprador tiene su lugar de negocios al momento de celebración

---

<sup>137</sup> *Ibid.* (citando el caso *United Railways of The Havana and Regla Warehouses Ltd.* (1990) Cap. 52, 91).

<sup>138</sup> (1980) O.J. L266 del 9 de octubre (en adelante la Convención de Roma). Véase para un panorama general *North & Fawcett*, *supra* nota 134, pp. 459-521.

<sup>139</sup> Convención de Roma, Art. 4(1).

<sup>140</sup> *Ibid.* Art. 4(2).

<sup>141</sup> *Ibid.* Art. 7(2).

<sup>142</sup> *Ibid.* Art. 7(1).

<sup>143</sup> Celebrado en La Haya el 2 de diciembre de 1985, reproducido en 24 LLM 1574 (1985).

del contrato”.<sup>144</sup> Como ocurre con la Convención de Roma, el texto de La Haya de 1985 excluye ciertas cuestiones y contratos. Como su nombre podría indicar, su cobertura es la de menor amplitud entre los dos instrumentos, se aplica sólo a contratos de venta internacionales.

Un ejemplo final fue firmado en 1994 y espera ratificación. La Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales,<sup>145</sup> la cual está respaldada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), adopta una prueba del “vínculo más estrecho”. Conforme al artículo 9:

La Corte tendrá en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato para determinar la ley del estado con el cual tiene su vínculo más estrecho. También tendrá en cuenta los principios generales de la ley comercial internacional reconocida por las organizaciones internacionales.

El relevamiento anterior sugiere que la tendencia que prevalece es la preferencia por los enfoques multifactoriales (por consiguiente más flexibles) en la selección de la ley aplicable. El resumen que antecede enmascara muchos matices de importancia que distinguen a los diversos regímenes. Asimismo, estos enfoques deben ser analizados a la luz de la capacidad de las partes de designar la ley aplicable y por tanto de adelantarse a las inquietudes posteriores en la mayoría de los casos. El hecho de que las normas precedentes estén dirigidas generalmente a los tribunales plantea una cuestión preliminar en el contexto del arbitraje: ¿hasta qué punto, si cabe, debe el tribunal arbitral emplear las normas de elección de derecho de los tribunales del emplazamiento? La respuesta puede depender de si se considera la pregunta desde el punto de vista del tribunal del emplazamiento al que se le pide confirmar un laudo, o bien desde el punto de vista de un tribunal en cualquier otro lugar al que se le solicita ejecutar ese laudo.

---

<sup>144</sup> *Ibid.* Art. 8(2).

<sup>145</sup> Celebrada en la ciudad de México el 17 de marzo de 1994, reproducida en 33 I.I.M. 732 (1994). Véase para un panorama general Bunnan, H. *International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and Trends for the 1990's*, 28 Vand. J. Transnat'l L 367 (1995).



