

CAPÍTULO II

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Diego P. Fernández Arroyo

SUMARIO: 1. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL? 2. DIFUSIÓN Y ÉXITO DEL ARBITRAJE. A) Razones de su auge. B) Ventajas que ofrece. 3. ARBITRAJE Y PODER PÚBLICO. 4. CLASES DE ARBITRAJE. A) Arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*. B) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. C) El caso particular del arbitraje con participación estatal. 5. EL CONVENIO ARBITRAL. A) Requisitos. B) Efectos. C) Autonomía. D) Aspectos prácticos. 6. LA SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS. A) Selección y cualidades. B) Independencia, imparcialidad y recusación. 7. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. A) Competencia de los árbitros. B) Ley aplicable al procedimiento arbitral. 8. EL LAUDO ARBITRAL. A) Régimen jurídico aplicable al fondo. B) Aplicación de normas imperativas. C) Aspectos formales del laudo. 9. LA ANULACIÓN DEL LAUDO.

1. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL?

1. El arbitraje es un mecanismo jurídico para solucionar los litigios, en el cual las partes se obligan voluntariamente a cumplir la decisión adoptada por uno o más particulares que son designados directa o indirectamente por ellas y que actúan fuera de la estructura de los poderes públicos. El campo más propicio –aunque de ningún modo el único– para el desarrollo de este mecanismo es el de los contratos, en particular, el de los contratos internacionales. De hecho, hoy en día, gran parte de éstos contienen una cláusula arbitral. La definición de arbitraje, tal cual está expresada, no hace referencia a los contratos en general ni a los contratos internacionales en particular; es válida para cualquier arbitraje que cumpla con ese enunciado, en especial al llamado arbitraje privado. La Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante, la Ley de arbitraje o la LA), en la estela de todas las legislaciones modernas, habla de las controversias que surjan “respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (art. 9.1).

Se advierte fácilmente, no obstante, a partir del título del presente Capítulo (dentro de una obra, recordemos, dedicada a los contratos internacionales) y de la pregunta que encabeza este punto, que nuestra atención se centrará prioritariamente en lo que parece ser un tipo singular de arbitraje, el arbitraje comercial internacional, y en la contratación internacional. Por otra parte, es con el nombre de este Capítulo que están titulados tres de los textos internacionales más importantes en la materia: el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (en adelante, el Convenio de Ginebra), la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, hecha en Panamá el 31 de enero de 1975 (en adelante, Convención de Panamá) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 21 de junio de 1985 (en adelante, la Ley Modelo). De aquí en más, a los efectos propios de este Capítulo, “arbitraje” deberá entenderse como “arbitraje comercial internacional”, salvo que se haga alguna precisión en otro sentido.

De la definición ofrecida se desgajan los tres elementos esenciales del arbitraje:
a) Se basa en la voluntad de las partes (que pueden ser más de dos). Más allá de las discusiones teóricas de otra época acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, lo

Arbitraje
Privado

3 Elem.
esenciales
del AC

realmente decisivo es que ~~sin acuerdo de voluntades no hay arbitraje~~. De aquí que los llamados arbitrajes "obligatorios" contemplados en diferentes reglamentaciones encierran una contradicción insalvable. La voluntad de las partes no sólo es preceptiva para la existencia del arbitraje, sino que también puede determinar casi todos los aspectos de éste, a salvo las pocas excepciones que imperativamente determinan las legislaciones aplicables. Además, no menos importante dentro de este orden de ideas es que, en un cabal arbitraje, la voluntad va de la mano con la confianza y la cooperación entre las partes y entre cada una de ellas y los árbitros. Si alguna de esos elementos falta, o no hay arbitraje o el arbitraje se desnaturaliza.

b) ~~Quienes son llamados a decidir (el árbitro o tribunal arbitral) son particulares, es decir, no actúan dentro de la estructura de los poderes del Estado ni de organizaciones gubernamentales.~~ Eso no obsta a que las partes designen como árbitros en algunos supuestos a personas que ocupan determinados cargos judiciales, nacionales o internacionales, siempre y cuando la actividad arbitral les esté permitida y en el entendimiento de que actúan a título personal y no investidos de su cargo.

c) ~~La decisión de estos particulares es obligatoria.~~ Este dato diferencia al arbitraje de otros mecanismos de solución de controversias (de gran utilidad y notable desarrollo en los últimos años), como la conciliación y la mediación, en los cuales no existe una decisión obligatoria y el litigio sólo termina si las partes voluntariamente acatan el parecer del mediador o conciliador mediante una transacción. La intervención de un experto o perito, por su parte, tal como ocurre en los litigios judiciales, sirve para brindar una opinión muy calificada sobre algún aspecto técnico de la controversia (como pueden ser aspectos de ingeniería, de composiciones bioquímicas, de estudios contables o económicos, etc.) pero no obligan al árbitro ni a las partes.

Caso 1: dos laboratorios farmacéuticos de diferentes países acuerdan someter una controversia sobre la similitud de la fórmula y de los procedimientos de fabricación de determinado medicamento patentados por cada una de ellas a un experto, comprometiéndose a aceptar la opinión de éste. Ese peritaje se convierte así en un verdadero arbitraje, siempre que se den las demás condiciones para su configuración, y queda por lo tanto sometido a las normas aplicables al arbitraje.

Caso 2: dos partes discuten acerca de la asignación de determinado nombre de dominio mediante un procedimiento acorde al reglamento ICCAN, frecuentemente mencionado como "arbitraje sobre nombres de dominio". Tratándose de un mero procedimiento administrativo, las normas sobre arbitraje no le son aplicables (en Francia, decisión de la *Cour d'appel* de París de 17 de junio de 2004).

Caso 3: se discute ante un Juez de Primera Instancia español, la validez de una cláusula de arbitraje contenida en un contrato de adhesión. En principio, tal "arbitraje de consumo" se rige por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, de acuerdo a lo previsto en la Ley de arbitraje (expresamente en su Disposición adicional única y en términos generales en su art. 1.3), ésta se aplica supletoriamente.

2. ¿Por qué "comercial"? Como sucede con tantas otras cosas en el mundo jurídico, la terminología apareció en determinado momento histórico, en un contexto concreto, y ahí se quedó. Sin que pueda decirse que se trata de una cuestión intrascendente, lo cierto es que ha atraído mucho más la atención de las especulaciones académicas que la de los prácticos y de los tribunales judiciales. Resulta claro que sobre

todo en los países que aún siguen en cierto modo atados a la poco productiva distinción entre cuestiones civiles y cuestiones comerciales, siempre es posible afirmar con un margen importante de probabilidad de éxito, que tal arbitraje no puede prosperar o que tal norma no puede aplicarse en razón de ausencia de carácter comercial. Todos los libros sobre arbitraje traen alguna cita de doctrina o jurisprudencia al respecto. Sin ir más lejos, el Convenio de Ginebra comienza diciendo que se aplica a las controversias que surgen "de operaciones de comercio internacional". También el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (en adelante, el Convenio de Nueva York) ~~ha contribuido a dar relieve a esta cuestión al brindar a los Estados, al final de su art. 1.3, la posibilidad de restringir la operatividad del Convenio a controversias "consideradas comerciales por su derecho interno"~~ (cas)

Pero el texto internacional con más tela para cortar es indudablemente el de la Ley Modelo. El carácter problemático de la cuestión se hace patente en el hecho de haber merecido una de las tres notas a pie de página presentes en la Ley (que vienen a ser algo así como recomendaciones a los Estados que incorporen la Ley Modelo a sus ordenamientos) y, por cierto, la más larga. En ella, dado que el art. 1.1 comienza fijando el ámbito de aplicación material de la Ley en el "arbitraje comercial internacional", los autores se sintieron compelidos a aclarar que "debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no", y a brindar una larga lista a mero título de ejemplo.

Así las cosas, dos precisiones se imponen. La primera está referida a que una utilidad que puede darse a esta caracterización es la de tomar "comercial" en el sentido de "privado" o, lo que es lo mismo, de arbitraje en el que ninguna de las partes actúa en ejercicio de poder de imperio. Esto implica que el arbitraje del que nos ocupamos es el que se realiza entre particulares, incluyendo a las personas jurídicas de Derecho público en cuanto actúen en el mismo rango que aquéllos, extremo no siempre sencillo de determinar en la práctica. La segunda se dirige más al fondo del problema que parece residir en que desde un principio la comercialidad ha estado asociada a la libre disposición de los derechos de las partes. Es decir, lo que se ha buscado (y así siguen haciéndolo muchas legislaciones nacionales) es evitar que el arbitraje alcance a materias en las cuales se supone que la autonomía de la voluntad no tiene el margen de maniobra que todos reconocen a las materias mercantiles. Si esto es así, lo que se estaría haciendo entonces es identificar comercialidad con arbitrabilidad, lo que es bastante más razonable a no ser por lo redundante que resultaría hablar de "arbitraje arbitrable". Al fin de cuentas, el tema pasa por dejar claro que el arbitraje es un ámbito específico para la solución de disputas sobre la base de la autonomía de la voluntad, sin que sea necesario añadir ningún calificativo material específico. Sobre todo porque la arbitrabilidad no es un concepto invariable sino que ha experimentado una apreciable tendencia a ampliarse a lo largo de los años.

3. En cuanto a la internacionalidad del arbitraje que nos ocupa, puede pensarse que el carácter internacional o nacional del arbitraje carece de trascendencia cuando la legislación reglamenta unitariamente ambos tipos de arbitraje, como es el caso de la Ley de arbitraje española. Sin embargo, la distinción siempre puede tener cierto interés, además de algunas consecuencias concretas, como la nada despreciable referida a la reducción del alcance de la noción de orden público en el arbitraje internacional. Además, aunque la Ley de arbitraje insista en subrayar su "monismo", lo cierto es que no puede evitar reservar varias disposiciones que son únicamente aplicables al arbitraje

internacional. De un modo semejante, los textos internacionales a los que hemos hecho referencia reglamentan exclusivamente el arbitraje internacional y, por lo tanto, al menos en principio sus disposiciones no resultan aplicables al arbitraje interno.

Varios son los criterios que pueden llevar a la internacionalidad del arbitraje. La Ley Modelo los concreta en su art. 1.3. En él puede leerse:

“Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) ~~las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.~~”

La Ley española ha recogido estos criterios (art. 3 LA) cambiando establecimientos por domicilios y sustituyendo el párrafo c) por otro que basa la internacionalidad en que la relación jurídica en cuestión “afecte a intereses del comercio internacional”. Pero es muy importante tener en cuenta que un número considerable de esos arbitrajes internacionales identificados por la Ley de arbitraje quedan excluidos de su ámbito de aplicación en virtud de la vigencia en España de los convenios antes referidos (ver ATS de 27 de febrero de 1991). En particular, el Convenio de Ginebra se aplica a supuestos planteados “entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”. Este Convenio, está en vigor, además de en trece Estados comunitarios, en otros países europeos y países más lejanos como Burkina Fasso, Cuba y Kazajtán.

Viene al caso en este punto la mención de una clasificación diferente y también relevante que distingue el arbitraje nacional del arbitraje extranjero, pudiendo ser ellos internos o internacionales. Como la relevancia tiene que ver con el modo de operar la eficacia del arbitraje, cabe referirse, con más precisión, a la distinción entre laudo nacional y laudo extranjero. De ellos, el primero no necesita exequátur para su ejecución. El Convenio de Nueva York incide sobre esta distinción señalando (art. I.1) que sus normas se aplican al reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, así como a los laudos que no se consideren nacionales en este último Estado (es de suponer que aquí se refiere a los laudos dictados en ese país pero que no cumplen con algún requisito de la legislación nacional). La Ley de arbitraje, sin embargo, dispone que el Convenio se aplica al reconocimiento y ejecución de todos los laudos extranjeros, que son los pronunciados fuera del territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión (art. 46 LA).

2. DIFUSIÓN Y ÉXITO DEL ARBITRAJE

A) Razones de su auge

4. El arbitraje se ha convertido en el modo normal de resolver los litigios relativos a contratos internacionales. A esta situación han contribuido diversos factores entre los que se destacan el enorme esfuerzo desplegado en tal sentido por la "comunidad arbitral", el impacto de la producción normativa de las organizaciones internacionales sobre la materia y las evidentes ventajas que las partes (especialmente las empresas de ciertas dimensiones) normalmente encuentran al litigar fuera de los tribunales estatales. Los tres factores están tan íntimamente relacionados entre sí que es difícil determinar si alguno de ellos tiene un carácter primordial o causal respecto de los otros. Lo que es objetivamente evidente es el éxito que ha alcanzado el arbitraje con el consiguiente riesgo de que la "comunidad arbitral" pierda sus puntos de referencia y termine por generar resistencia o rechazo contra él. El arbitraje con participación estatal está obrando como campo de pruebas en este sentido.

5. El afán de las instituciones arbitrales y de los "clubes" de árbitros por expandir el ámbito de acción del arbitraje y por aumentar su independencia respecto del marco institucional público es tan visible como fácil de entender. La actividad, por lo general bien remunerada, de esas instituciones y de esas personas depende de que haya empresas dispuestas a someterse al arbitraje. Estaríamos en presencia de un "mercado" (OPPETIT) en el que se ofrecen servicios jurídicos privados altamente especializados. Luego, se impone desplegar las modernas técnicas de marketing para vender bien el producto, tarea en la que se han destacado los grandes bufetes norteamericanos y sus abogados aunque sus contrapartes europeas no se quedan atrás. El esfuerzo desplegado para ello es enorme. La cantidad y variedad de congresos, seminarios, publicaciones y competiciones arbitrales se multiplican sin cesar. Tratándose de un mercado con tanta oferta, es lógico que exista también competencia entre instituciones por atraer usuarios del arbitraje.

Mercado del arbitraje

6. Para que esa ebullición privada alcance un impacto de amplio espectro es necesario la buena predisposición de las instituciones públicas para desarrollar la reglamentación nacional e internacional del arbitraje. Muy poco valdría la implantación de una cultura arbitral, según la cual los particulares perciben como natural el recurso al arbitraje para resolver sus disputas, si las decisiones arbitrales carecieran de valor jurídico o fueran difíciles de ejecutar. En este sentido, los instrumentos elaborados por las organizaciones internacionales (en particular en el último medio siglo) han tenido y siguen teniendo una importancia fundamental. Y la "comunidad arbitral" ha desempeñado un rol importante tanto en la elaboración de los textos a nivel internacional como en la recepción de los mismos a nivel estatal (DEZALAY / GARTH).

Tomemos, por ejemplo, el sistema simple y expedito para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales previsto en la Convención de Nueva York. Podremos observar que no sólo tiene un número record de Estados partes (cerca de ciento cuarenta), sino que además en muchos de esos Estados los requisitos (mínimos) para la eficacia del laudo se aplican también a los que provienen de países que no son partes del Convenio, ya sea por que no se ha hecho la reserva al carácter universal del mismo autorizada en su art. I.3, o porque dichos requisitos han sido transplantados a otro Convenio (como es el caso de la Convención de Panamá) o a la legislación interna. A esto hay que añadir que el propio texto de Nueva York autoriza la aplicación regímenes menos rigurosos en su art. VII.1. Otro tanto puede decirse de la Ley Modelo que a veinte años de su aprobación ya ha sido adoptada en unas cincuenta jurisdicciones de todos los continentes y a cuyas disposiciones se les reconoce valor referencial incluso

en los países que no la han adoptado. A ese carácter referencial y al hecho de ser España uno de los países que ha adoptado la Ley Modelo se deben las constantes menciones de la misma en este Capítulo.

B) Ventajas que ofrece

7. El arbitraje puede ofrecer, en términos generales, significativas ventajas para los particulares, sin que sea posible transformar esa constatación en una regla absoluta. Antes al contrario, cada relación es diferente y es necesario evaluar concienzudamente en cada caso si el arbitraje se amolda al tipo de relación y a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas. En más de un supuesto no será de extrañar que un consejero experimentado exhorte a una parte a no someterse a arbitraje. Las razones para ello pueden variar, por ejemplo, desde la falta de experiencia en el sector en el que se plantea la controversia, hasta la falta de “medios procesales” en comparación con la contraparte, pasando por la más prosaica del coste del arbitraje. En la misma línea, es posible que si la pretensión puede enmarcarse en una *class action* se prefieran los tribunales (y, en concreto, determinados tribunales), así como en la práctica (al menos hasta ahora) los abogados en el arbitraje suelen recurrir a los jueces para la solicitud de medidas cautelares, en lugar de pedirlos a los árbitros y una vez que éstas son adoptadas solicitar la ejecución de las mismas en los tribunales, cargando además con el albur de una receptividad todavía incierta.

Caso: una pequeña empresa familiar de la provincia de Alicante, dedicada a la producción artesanal de dulces, entabla negociaciones con una empresa de distribución de alimentos con sede en Ámsterdam para la colocación de sus productos, por valor de 25.000 euros, en algunos países del norte de Europa. Ante la oferta de ésta de introducir en el contrato una cláusula de arbitraje a favor de árbitros que actúen en el marco de la Corte de Arbitraje de la CCI, con sede en París, el abogado de la empresa española advierte a sus directivos que en caso de existir una reclamación los gastos asociados al arbitraje superarán el monto del contrato. Consecuentemente, les indica que con sólo establecer como lugar de entrega de las mercancías la sede de la empresa en Alicante siempre tendrán la opción de litigar ante los tribunales locales, en virtud de lo previsto en el art. 5.1 del Reg. CE 44/2001.

Pero, repetimos, en términos generales (y en condiciones “normales”, podríamos agregar), sobre todo entre empresas de cierta y equivalente importancia económica, lo que puede ofrecer el arbitraje es difícilmente rechazable. Situémonos en el papel de dos empresas de diferentes países que celebran un contrato. Para la reglamentación de éste y para la solución de las eventuales disputas que se generen, las partes tienen a mano la “oferta” de las instituciones públicas: unos ordenamientos jurídicos que pueden ser más o menos desarrollados y que están constituidos por normas de diferente rango y origen, para lo primero, y unos tribunales de justicia sometidos a la organización y a las reglas procesales estatales, para lo segundo. Si bien los ordenamientos más modernos presentan algunos signos de flexibilidad en ambos puntos, permitiendo, entre otras cosas, elegir determinado juez y determinado Derecho con exclusión de todos los demás, tal flexibilidad, así como la funcionalidad de las respuestas públicas a los problemas privados, es siempre limitada. En particular, centrándonos en la solución judicial de las controversias, podemos apreciar la presencia de características comunes

como la rigidez y duración de los procesos, la falta de especialización en litigios internacionales de la mayoría de los jueces y los obstáculos que suelen encontrarse en la ejecución de sus decisiones en el extranjero. Hasta países desarrollados, que actúan bajo el paraguas jurisdiccional de la Unión Europea, muestran unos índices alarmantes en esos aspectos. Obviamente, éstos no se dan de igual modo en todos los países. Las diferencias entre uno y otro pueden ser enormes en esos puntos y todavía más en otros como, por ejemplo, el relativo al grado de vulnerabilidad de los jueces ante las presiones del poder político.

8. Frente a ese panorama general, la "oferta arbitral" se presenta como netamente más apetecible. La flexibilidad es la regla, en primer lugar para las partes, pero también para los árbitros dentro de los límites trazados por aquéllas. Los plazos pueden acortarse y hasta eliminarse si eso no implica la vulneración de los derechos de ninguna de las partes. En las legislaciones que prevén algún plazo para dictar el laudo (algunos países, entre ellos algunos tan "arbitrales" como Estados Unidos, Francia o Suiza, no establecen ninguno), el plazo medio es de seis meses, a contar normalmente desde la contestación de la demanda y sin perjuicio de eventuales prórrogas (ver art. 37.2 LA). Los árbitros son por definición personas especialmente versadas en la solución de controversias internacionales; en cualquier caso, como su nombramiento depende de las partes, éstas tienen en sus manos la facultad de elegir buenos árbitros, personas concretas, con nombre, apellido y una trayectoria reconocida. La eficacia de los laudos arbitrales, como ya hemos visto, viene sólidamente respaldada por el impacto directo e indirecto del Convenio de Nueva York. Además, desde que los árbitros actúan al margen de una estructura estatal su vulnerabilidad respecto de poderes públicos expansivos tendría que ser, al menos en principio, bastante limitada.

Flexibilidad

Caso: una empresa rusa y una empresa española celebran un contrato de compraventa. Ambas saben que en el transcurso del contrato pueden surgir controversias y a ninguna de las dos le resulta atractiva la eventual discusión de dichas controversias ante los tribunales del país de la otra. Básicamente, quieren evitar a toda costa tener que litigar bajo un régimen procesal y en un idioma que desconocen, y que son, precisamente, los más familiares para la otra parte. En esas circunstancias, el sometimiento al arbitraje se presenta como una alternativa ventajosa para ambas en la medida en que les brinda un ámbito neutral para la solución de sus diferencias. Puede decirse que lo mismo consiguen si se someten al juez de un tercer Estado. Pero las situaciones serían muy diferentes. Sólo en el arbitraje ellas pueden determinar las características del proceso, el idioma, elegir a las personas que decidirán la disputa y hasta dotarlas del poder de decidir según su saber y entender.

9. Un par de párrafos aparte, entre las ventajas comúnmente predicadas del arbitraje, ocupa un lugar preponderante la confidencialidad, la cual puede implicar, con algunas limitaciones y excepciones, no sólo el carácter privado de las audiencias, de los debates del tribunal y del laudo, sino hasta la ausencia total de noticias respecto a la realización de un arbitraje. No quedan dudas de que constituye la diferencia más marcada respecto del proceso judicial. Ahora bien, que se trate de un derecho de las partes o de una característica inherente al arbitraje ha sido y sigue siendo materia de debate. En realidad, como sucede con otras cuestiones relativas al arbitraje, el problema se suele plantear en la fase post-arbitral, ya sea en sede de anulación o de ejecución, frente a los tribunales estatales, ya que en el marco estricto del arbitraje nadie parece

Confidencial

dudar de la pertinencia de la confidencialidad (aunque sí de las posibilidades reales de garantizarla –GAILLARD–). Así, desde las decisiones de la *High Court* de Australia en el caso *Esso* (*Commonwealth L. Reports*, 183, 1995, p. 10) y del máximo tribunal sueco en el caso *Bulbank* (*WTAM*, 13, 2001-1, p. 147), parece que el viejo dogma de la confidencialidad como elemento consustancial del arbitraje ya no es tan sólido e indiscutible y que si las partes quieren asegurarse ese beneficio deben realizar una cuidadosa profilaxis del caso. Sin embargo, la Ley de Arbitraje establece concretamente, apartándose en este punto de la Ley Modelo que nada dice al respecto, el deber de las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales de mantener la confidencialidad (art. 24.2 LA).

Fuera de la acción de reglas de este tipo, las partes tendrán que saber que la confidencialidad pactada no tendrá carácter absoluto, al menos en la medida en que la transparencia de la actividad del tribunal arbitral se identifique como un bien necesario de ser salvaguardado. En esta línea, en el Reino Unido, la *House of Lords* (*Privy Council*), señaló en *Aegis v. European Re* ([2003] UKPC 11, *All ER (Comm.)*, 1, 2003, p. 253), pese a las detalladas prescripciones de las partes en pos de la privacidad, que se deben tomar en consideración las circunstancias del contexto en el cual el acuerdo de confidencialidad fue adoptado, así como los principios básicos y los objetivos del arbitraje. Tales precauciones pueden incluso no ser suficientes ni, en determinados casos, efectivas, cuando una de las partes en el arbitraje es el Estado, ya que la regla de la confidencialidad chocaría con la publicidad de los actos públicos. Es obvio que en tales casos siempre puede aducirse, no sin razón, que cuando el Estado contrata con un particular ya no resultan aplicables los principios y las reglas que le afectan en tanto poder público. Sin embargo, la tendencia, al menos en algunos ámbitos, parece ir en sentido contrario, como muestra de forma contundente la jurisprudencia del sistema de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), cuyos tribunales han reconocido en varias oportunidades que no hay ninguna norma en dicho Tratado ni en el mecanismo complementario del CIADI (los sistemas de base de ese arbitraje) que obligue a la confidencialidad (*cf.* las decisiones de los casos *Metalclad c. México*, *Karpa c. México*, *Löewen c. Estados Unidos*, *Myers c. Canadá*, *Methanex c. Estados Unidos*). En determinados ámbitos materiales, como puede ser el del arbitraje en materia de propiedad intelectual, la confidencialidad es mucho menos discutida (las reglas de arbitraje de la OMPI, por ejemplo, la consagran expresa y detalladamente, arts. 73-76).

10. A menudo se ha invocado, frente a todo lo anterior, que las bondades no son tantas como se pintan. Como fundamento para ese “no es oro todo lo que reluce” se traen a colación supuestos en los que algunas de esas ventajas no se han verificado. No se trata de una tarea complicada, ya que todos los vinculados por práctica o por estudio con el arbitraje conocen, entre otras cosas, procesos que han durado años, árbitros que no cuentan con ninguna especialización destacable ni una particular reputación moral y decisiones judiciales que demuegan sobre bases débiles el exequátur de laudos arbitrales extranjeros. Pero, en honor a la verdad, debe reconocerse que se trata de excepciones y que, en cualquier caso, todas esas patologías se dan en unas dimensiones infinitamente menores que en ámbito judicial. En cambio, el argumento que merece una atención esmerada es el del costo del arbitraje, que es proporcional a la cuantía del caso y que incluye, además de casi todo lo que resulta habitual en un proceso judicial (abogados, producción de pruebas), los honorarios y gastos de los árbitros y los servicios que en su caso preste la institución arbitral. Claro que dicho costo no hay que medirlo sólo en

términos absolutos, sino también en relación con lo costoso que en varios sentidos resulta tener un proceso judicial abierto durante un número indeterminado de años.

3. ARBITRAJE Y PODER PÚBLICO

11. El contenido del epígrafe anterior puede llevar a la desajustada conclusión de que el arbitraje se configura como una alternativa al proceso judicial y que de algún modo compite con éste. Más desacertado aún sería concluir, obviando varias frases allí escritas, que el proceso judicial está lleno de defectos y el arbitraje es un dechado de virtudes. En realidad, el arbitraje en un mecanismo específico para la solución de controversias, especialmente apropiado para algunas de ellas, que aunque se desarrolla fuera del aparato judicial presenta variados puntos de contactos con él. No debe ser visto en modo alguno como una opción ante (ni, peor, contra) la justicia estatal. Si contra algo compite el arbitraje es contra sí mismo.

No hay dudas que los poderes públicos perciben desde hace tiempo que el arbitraje tiene un efecto dinamizador nada desdeñable sobre las actividades comerciales y que, por lo tanto, el fomento de este mecanismo para la solución de las controversias jurídicas es algo que interesa especialmente. Las empresas, sobre todo las de ciertas dimensiones, se sienten cada vez más cómodas dentro del arbitraje y el Estado no hace otra cosa que corresponder a esa preferencia estableciendo un marco propicio para la producción del arbitraje. Al mismo tiempo, y aunque parezca a primera vista contradictorio, no se quiere que la apertura hacia la solución privada de las controversias comerciales redunde en un relajamiento del control de la regularidad de los procedimientos y de las decisiones arbitrales. En realidad no hay contradicción alguna. La promoción de un sistema que en principio se plantea rápido, especializado y efectivo, no tiene por qué implicar el abandono por parte del Estado de las funciones que tiene asignadas en cuanto garante de la realización de la justicia.

Es por esto que el Estado sigue firme en su doble tarea de regulador del arbitraje y de fiscalizador de su funcionamiento. Pero lo que ha cambiado notablemente en un lapso muy corto de tiempo es la consideración del papel general que le cabe al Estado en relación con la reglamentación de las relaciones privadas internacionales (LEBOULANGER) y, en un sentido más amplio, la extensión de las facultades legislativas del Estado para reglamentar el funcionamiento del mercado, una vez que aquél se ha introducido en la espesa red de tratados internacionales que disciplinan el comercio internacional. La privatización y la liberalización, en tanto que fenómenos componentes de la globalización, no sólo han alcanzado a la economía sino también al Derecho y en algunas materias de una manera impresionante. En el ámbito material específico que se intenta disciplinar a través del DIPr y del Derecho del comercio internacional, dichos fenómenos se vienen manifestando de distintas maneras -y, cabría decir, en distintos niveles- y todas tienen relación con el arbitraje comercial internacional y, más en general, con la ampliación de los márgenes de la autonomía de la voluntad de los particulares.

Rol del
E) ante el
arbitraje
-regula
-fiscaliza.

12. Si bien todo lo anterior puede aceptarse sin mayores sobresaltos, la concepción del arbitraje comercial internacional como una realidad que trasciende las fronteras geográficas y jurídicas (la cual resulta muy creíble desde la perspectiva del árbitro o en una dimensión puramente teórica), se transforma en una verdad apenas aparente cuando choca con la percepción que todavía tienen del arbitraje algunas autoridades estatales y no pocos jueces y tribunales. En efecto, hay países en los cuales,

con independencia del hecho de haber hecho acto de presencia en sus ordenamientos jurídicos, ~~el arbitraje en cuanto método para la resolución de disputas comerciales internacionales ha tenido serios inconvenientes para instalarse cultural y acaso psicológicamente.~~ Esto hace que sea prudente no llevarse a engaño por la apariencia de aceptación total del arbitraje, percepción que vendría dada por la vigencia de leyes que lo disciplinan o la ratificación de convenciones internacionales mediante las cuales los Estados asumen el compromiso de, verificadas determinadas condiciones, ejecutar las decisiones adoptadas por los árbitros. De cualquier modo, la nueva ola legislativa es tal vez la manifestación más visible de este momento de auge sin precedentes del arbitraje comercial. Lo que es muy significativo en este estado de cosas es la existencia de ciertos trazos de homogeneidad legislativa, provocado en gran medida por el impacto de textos internacionales en materia de arbitraje.

Desde la perspectiva de la práctica también se ha ido operando un efecto homogeneizador, aún más acusado, especialmente por la ingente labor de algunas instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) o el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (en adelante, CIADI) y por el hecho de que el colectivo de árbitros ha sido hasta ahora, en la mayoría de los países, relativamente reducido.

13. En cuanto a la faceta judicial de la práctica arbitral, cabe destacar que desde su eventual intervención en el nombramiento de los árbitros o su obligación de resolver una excepción de arbitraje, la autoridad judicial puede estar llamada a colaborar con el proceso arbitral de varias formas, como por ejemplo, en la obtención de pruebas o en la adopción de medidas cautelares. En estos casos, el Estado estaría, dentro del margen más amplio o más estrecho que otorga el régimen legal aplicable, facilitando el arbitraje, cooperando funcionalmente con los árbitros, pero fundamentalmente con las partes y con el arbitraje en sí (la Ley de arbitraje es gráfica al respecto al establecer con toda claridad el principio de no intervención de los jueces en el arbitraje -art. 7- para en el artículo siguiente indicar qué jueces son competentes para cada supuesto de intervención). Lógicamente, hay supuestos en los que la aplicación de las normas autónomas y/o convencionales vigentes en un Estado provoca la imposibilidad del progreso de un procedimiento arbitral o la ineficacia de un laudo arbitral. Eso entra dentro del funcionamiento ordinario de tales normas, las cuales prevén mecanismos para que el arbitraje se desarrolle y tenga plena eficacia, evitando la producción de situaciones anómalas o abusivas. Lo que no es ni medio normal es que lo que se prevé para salvaguardar los derechos de las partes evitando la producción de tales situaciones se convierta en regla o, en otras palabras, que los remedios se transformen en causa de una patología. El principal síntoma de ésta sería, precisamente, la excesiva judicialización del arbitraje, a la que contribuyen partes que aunque firmen convenios arbitrales en realidad no participan de la filosofía del arbitraje, abogados marrulleros que recurren a artilugios y chicanas con mentalidad propia del peor proceso judicial, jueces que actúan guiados por prejuicios ideológicos o a los cuales el desconocimiento de la institución arbitral les produce el típico rechazo a lo desconocido, y, por qué no decirlo, árbitros que por carencia de especialización o por exceso de trabajo conducen procesos y dictan laudos que presentan demasiados flancos atacables ante los tribunales estatales.

3. CLASES DE ARBITRAJE

Intervención
judicial
en la
práctica
arbitral

A) Arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*

14. Por paradójico que pueda parecer respecto de un mecanismo que por definición se desarrolla fuera del marco de las instituciones (públicas), lo cierto es que el arbitraje que ha alcanzado más fama es el llamado arbitraje institucional (privado). Las instituciones en cuestión son en una inmensa mayoría las que congregan a las empresas, ya sea por su actuación en determinadas plazas (como las cámaras de comercio de cualquier localidad, país o, por ejemplo, binacionales), o en determinada rama general de actividad (desde las inversiones a la energía pasando por el deporte, incluyendo a las muy concretas como las que reúnen a exportadores e importadores de determinada materia prima). En otros casos se trata de asociaciones profesionales, concretamente de árbitros. Dichas organizaciones suelen tener una corte o tribunal arbitral que, pese a su nombre, en realidad no tiene funciones decisorias sino de organización y administración de los arbitrajes que se realizan vinculados con tal institución. Lo que hace la institución es, básicamente, brindar a las partes en los contratos una estructura de apoyo para la solución de sus controversias que incluye desde una lista (formal o informal) de árbitros "contrastados" (incluyendo, en su caso, el poder para designarlos) y un reglamento para regir el procedimiento arbitral, hasta un local y servicios de secretaría. Todo eso, claro está, a cambio de un precio.

Institución

Sin dudas, la más famosa de todas esas instituciones es la CCI, que reúne el mayor peso específico de grandes empresas multinacionales y que, además de ser una usina generadora (o compiladora) de reglas privadas del comercio internacional, dispone una de las cortes de arbitraje más activa y prestigiosa. Aunque su sede central está en París y muchos de los "arbitrajes CCI" se desarrollan en dicha ciudad, el número de este tipo de arbitrajes que se llevan a cabo en otros lugares del mundo ha ido creciendo progresivamente. A diferencia de lo que sucede en otras instituciones, la Corte de la CCI realiza un control (en principio sólo formal, aunque también puede llamar la atención del árbitro acerca de cuestiones de fondo) del laudo, previo a la emisión definitiva del mismo.

CCI

15. Sin pretender restar ninguna importancia al arbitraje institucional, queda claro que si las empresas, sus abogados y/o los árbitros a que pueden recurrir son de cierta sofisticación, los beneficios que puede brindarles la institucionalización de sus arbitrajes son más bien relativos (LALIVE). Las legislaciones arbitrales comparadas no exigen por lo general nada concreto respecto del ámbito de actuación del o los árbitros. Las partes pueden elegir como árbitro a cualquier particular que reúna los requisitos establecidos por las reglas aplicables al arbitraje, sin que éste tenga que pertenecer a ninguna organización ni estar inscrito en lista alguna. Lo que deberá interesarles, sobre todo, es que se trate de alguien que cuente con las aptitudes personales y profesionales adecuadas para la solución del litigio. El elegido, una vez que acepta el encargo hecho por las partes, se convierte en árbitro de esa causa, es decir, en una persona que detenta el poder de decidir la controversia en los términos acordados por las partes, mediante un laudo que es obligatorio para ellas. Al arbitraje así configurado se le denomina arbitraje *ad hoc*. Contrariamente a lo que a veces se intuye, esta variante sigue existiendo, y sobre todo en arbitrajes muy importantes.

Ad Hoc

Caso: dos empresas incluyen una cláusula arbitral en su contrato, sometiendo la misma a lo dispuesto en el Derecho español pero sin aclarar si se trata de un arbitraje institucional o *ad hoc*. Una de ellas presenta una demanda en el marco de la Corte de arbitraje de la CCI y la otra se opone diciendo que de

haber pretendido someterse al sistema de la CCI lo hubieran acordado expresamente. El tribunal arbitral, una vez constituido, se declarará favorable a su propia competencia ya que la ley aplicable al convenio arbitral (la ley española) no establece ninguna presunción a favor del arbitraje *ad hoc*.

B) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

16. En realidad una distinción tajante entre estos tipos de arbitraje resulta más difícil ahora que en el pasado, desde que la flexibilidad se ha convertido en la característica esencial del arbitraje. Quiere esto decir que así como siempre se ha aceptado que el arbitraje *ex aequo et bono* no implica el desconocimiento de las normas jurídicas, es preciso reconocer que el arbitraje de derecho cada vez acorrala menos a los árbitros en los estrechos márgenes de determinado ordenamiento estatal. Aún cuando las partes elijan un Derecho concreto aplicable al fondo o, en su defecto, la legislación aplicable al arbitraje obligue a los árbitros a determinar “un” Derecho aplicable (exigencia que no se da en la Ley de arbitraje por cierto), las disposiciones del contrato y los usos y prácticas comerciales vinculados a él siempre van a ser tenidos en cuenta.

Además, muchas leyes aprobadas en los últimos años en diferentes partes del mundo no privilegian, al igual que la española, ningún Derecho sino que facultan a los árbitros a elaborar la respuesta jurídica al caso con bastante o muchísima libertad. Sin que eso deje de ser técnicamente un arbitraje “de derecho”, se parece bastante al arbitraje de equidad. Ahora bien, dicho esto, debe señalarse que la tendencia actual ampliamente mayoritaria en el Derecho comparado es favorable a que si las partes no dicen nada sobre el régimen jurídico de la controversia, el arbitraje se decida en el marco general de las disposiciones legales que resulten aplicables (cualesquiera sean éstas y con la amplitud o estrechez autorizadas), descartándose la presunción de sumisión al arbitraje *ex aequo et bono* (art. 28.3 Ley Modelo, art. 34.1 LA).

Caso: se presenta una demanda arbitral fundada en un convenio arbitral celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley de arbitraje (que se produjo el 26 de marzo de 2004). Como la anterior Ley española de arbitraje (1988) establecía que si las partes no decían nada al respecto se entendía que se habían sometido a un arbitraje de equidad, podría darse el caso de que una de ellas planteara la invalidez del convenio en razón del cambio operado, que le obliga, en ausencia de acuerdo expreso, a someterse al arbitraje de derecho (cuando ellas pretendían un arbitraje de equidad). Las dudas que pudieran producirse en torno al régimen aplicable a dicho convenio arbitral quedan disipados por la disposición transitoria que da siempre prioridad a la nueva Ley en todo lo relativo al convenio arbitral y a sus efectos. En cualquier caso, la prueba de la voluntad de someterse a arbitraje de equidad en el viejo convenio arbitral, no quitaría eficacia al convenio; simplemente obligaría a realizar el arbitraje según dicho sistema.

C) El caso particular del arbitraje con participación estatal

17. Cuando en el arbitraje sobre disputas comerciales interviene el Estado como parte, varias cosas cambian o tienden a cambiar. La misma idea de que el Estado pueda renunciar a someterse a su propio aparato judicial parecía hasta no hace mucho

inaceptable. En América Latina constituía un anatema basado en la célebre Cláusula Calvo. Hoy, cuando los supuestos (especialmente en materia de inversiones) se han multiplicado exponencialmente de la mano del Convenio de Washington de 1965 y de los innumerables Acuerdos para la protección recíproca de inversiones (APRI), ya no hay demasiado margen para las dudas, aunque debe ponerse de relieve que hay Estados para los cuales los contratos de Estado siguen siendo materia no arbitrable y que dicha no arbitrabilidad del supuesto implica la prohibición de que el Estado se someta a arbitraje.

Teniendo en cuenta la cantidad de Estados que han abrazado el sistema del CIADI y la masiva aprobación de APRI (además de otros instrumentos que consagran el arbitraje de inversión), acaso pueda afirmarse que la consideración de no arbitrabilidad tiende a ser excepcional. Pero aunque esto se acepte, ¿puede este arbitraje ser exactamente igual que el arbitraje entre particulares? O, formulando de otra manera la pregunta, ¿cabe este arbitraje en la definición del principio de este Capítulo? Es evidente que no. De entrada, queda claro que las controversias sobre inversiones son diferentes a todas las demás disputas comerciales (LEW / MISTELIS / KRÖLL), y esto a pesar de que en teoría sea perfectamente aceptable la tradicional distinción (muy desarrollada respecto al problema de la inmunidad del Estado) entre la actuación *iure imperii* y la actuación *iure gestionis*. Es decir, por más que pueda pensarse que si el Estado desciende a la arena de los particulares, realizando alguna concreta actividad que pueda enmarcarse sin remilgos en la segunda categoría, debe pagar el precio de perder sus prerrogativas, su poder de imperio, no cabe inferir de esto que las diferencias esenciales entre él y el particular quedan desvirtuadas (AUDIT, GRIGERA NAÓN). Sobre todo porque el Estado siempre “puede” (que muchas reglas limiten sus atribuciones es otro cantar) sacar de la manga el as del *imperium*, sobre todo por las vías de la inmunidad, del ejercicio de su poder normativo, o de la realización de actividades procesales que interfieran en el normal desarrollo del arbitraje.

18. La enorme importancia que ha cobrado este arbitraje se refleja con nitidez en la Ley de arbitraje española. En efecto, el legislador español, claramente inspirado en la Ley federal suiza de DÍPr (art. 177), ha introducido una norma en el art. 2.2 que según uno de los miembros de la Comisión redactora, F. MANTILLA SERRANO, constituye “una de las más importantes innovaciones” de la Ley. La norma en cuestión establece que:

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

La norma, de tan lógica, es irreprochable. El problema es que, como antes se ha sugerido, el campo del arbitraje con participación estatal esta abonado de incumplimientos de normas de este tipo. La cuestión, al fin de cuentas, se reducirá a una cuestión de eficacia.

Caso: un ente público impugna ante un tribunal arbitral la nulidad de la cláusula arbitral contenida en el contrato ya que la legislación de su Estado no autoriza a dicho ente a someterse al arbitraje. Si el arbitraje se rige por la Ley española, los árbitros no admitirán el uso de tales prerrogativas por parte del Estado. Aún sabiendo que con toda probabilidad las prerrogativas en cuestión se transformarán en cuestiones de orden público a la hora de una eventual

ejecución en dicho Estado, el tribunal se declarará competente. De cualquier modo, la ejecución del laudo al que en definitiva se llegue podrá ser intentada en cualquier lugar que le resulte conveniente a la otra parte y no necesariamente en el Estado en cuestión.

4. EL CONVENIO ARBITRAL

19. A través del acuerdo de voluntades plasmado en el convenio arbitral, las partes otorgan al árbitro el poder para decidir una controversia presente o susceptible de producirse en el futuro. El convenio arbitral no sólo confiere al árbitro dicho poder sino que además establece los límites de su actuación. El conocimiento de los requisitos para la configuración válida de tal acuerdo, de los efectos que genera y del modo de regularlo son, por lo tanto, primordiales.

A) Requisitos

20. Lo que verdaderamente importa del convenio arbitral es que se forme por la voluntad libremente expresada por las partes. El momento del acuerdo o si el mismo toma la forma de una cláusula contractual o se realiza independientemente carece, en la mayoría de las legislaciones, de relevancia. La Ley de Arbitraje prevé incluso que un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión también puede ser válido, siempre que así lo determinen las normas aplicables al mismo (art. 9.2). Subsiste, sin embargo, en unos pocos ordenamientos latinoamericanos por ejemplo, la obligación de celebrar un “compromiso” una vez surgido el litigio, pero dicha exigencia es dudosamente operativa en el arbitraje comercial internacional debido a la vigencia de los Convenios de Nueva York y de Panamá en los países respectivos.

21. Como requisito material, las legislaciones que se han basado directa o indirectamente en los textos de la ONU, suelen exigir que el convenio conste “por escrito”. En efecto, el Convenio de Nueva York consagró este requisito en su art. II.1, precisando en el pár. 2 del mismo artículo que “por escrito” significa que está firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas. Pese a que en el art. I.2.a del Convenio de Ginebra, celebrado tres años después que el anterior, ya se tomaba en consideración la existencia de países que no exigen la forma escrita, la Ley Modelo aprobada por la CNUDMI un cuarto de siglo más tarde insistió en la exigencia de forma escrita. Seguramente se pretendió guardar coherencia con el Convenio de Nueva York, que en esa fecha ya había sido adoptado por muchos países y hoy reúne a cerca de ciento cuarenta. Pero lo cierto es que el requisito en cuestión fue actualizado (las cartas y telegramas son acompañadas de “otros medios de telecomunicación”) y en cierto modo relajado, ya que se considera que hay convenio, de un lado, si en el intercambio de demanda y contestación una parte afirma su existencia y la otra no la niega y, de otro lado, si en un contrato escrito se hace referencia a un documento que contiene una cláusula compromisoria (art. 7.2 Ley Modelo).

Casi dos décadas más tarde la Ley de arbitraje ha recogido estos preceptos en su art. 9, aunque, con toda lógica, agrega que el requisito de escritura también se cumple si el convenio consta y es accesible para su ulterior consulta “en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”. Un similar escueto guiño a los medios de comunicación brindados por las nuevas tecnologías estaba en un principio previsto en la reforma del

art. 7 de la Ley Modelo encarada por el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI a partir del año 2000. Sin embargo, sobre el final de las negociaciones para dar por terminada dicha reforma (que acompaña a una nueva reglamentación en materia de medias cautelares que mencionaremos más adelante) la modificación del citado artículo se hizo más profunda y complicada, llegándose a una pirueta dialéctica según la cual puede considerarse que en muchos supuestos un acuerdo oral satisface el requisito de escritura. No debe extrañar que voces autorizadas hayan afirmado que, en ese tren, es mejor eliminar directamente el requisito, ya que si el problema es la subsistencia del mismo en el Convenio de Nueva York debe considerarse que éste permite la aplicación de reglas más favorables a la ejecución (art. VII.1), como serían las normas nacionales que no exigen tal requisito. Además, la presencia de éste no ha sido óbice para que la jurisprudencia de distintos países lo haya apreciado de manera flexible, como ha sido el caso en España, donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en contra de las "fórmulas sacramentales" y a favor del respeto de la voluntad de las partes (SSTS de 1 de junio de 1999, 13 de julio de 2001, 18 de marzo de 2002 y 9 de mayo de 2003).

Caso: se impugna ante un juez español la existencia de un convenio arbitral en razón de que el documento escrito que lo contiene sólo está firmado por una de las partes. El juez puede considerar válido dicho convenio si del conjunto de los elementos aportados puede concluir que las partes han acordado someterse al arbitraje.

B) Efectos

22. El efecto básico del convenio arbitral es, como ya hemos apuntado, el de servir de fundamento y parámetro a la actividad del árbitro. Pero además de ello, las partes se obligan, en caso de controversia y mientras no haya un nuevo acuerdo en otro sentido, a litigar exclusivamente en sede arbitral. Esto implica, desde la perspectiva judicial, la obligación de aceptar lo que se conoce como la excepción de arbitraje, que no es otra cosa que una advertencia que la parte demandada hace al juez, con las debidas formalidades procesales (el art. 11.1 LA exige taxativamente la oposición del demandado mediante la declinatoria), de que las partes han descartado voluntariamente el recurso a los tribunales de justicia y que, por lo tanto, éstos no pueden conocer en cuanto al fondo.

23. Es interesante constatar que la legislación española se aparta de la Ley Modelo en lo que tiene que ver con el margen de apreciación del convenio arbitral por parte del juez. La Ley Modelo, al mencionar que la obligación del juez de remitir a las partes al arbitraje no se produce si se comprueba que el convenio "es nulo, ineficaz o de ejecución imposible" (art. 8.1, coincidente con el art. II.3 del Convenio de Nueva York), sugiere que el juez analiza la validez del convenio (el art. VI.2 del Convenio de Ginebra lo dice expresamente). La Ley de Arbitraje, en cambio, sólo menciona la posibilidad de que el juez rechace la excepción cuando concluya que no existe convenio arbitral (art. 15.5, que se refiere específicamente al rechazo de la petición de nombrar árbitros). Así las cosas, la norma específica para el arbitraje internacional contenida en el art. 9.6 LA, que establece que los requisitos para la validez del convenio arbitral son los contenidos, alternativamente, en la ley elegida por las partes, la ley aplicable al fondo de la controversia o en la ley española, estrictamente sólo podría ser aplicada por el árbitro. Fuera del caso de evidente inexistencia, el juez no puede ocuparse del fondo de la

controversia. Cosa distinta es que un juez actúe como juez de apoyo (art. 7 LA, arts. 5 y 6 Ley Modelo) y, en particular, que esté facultado para adoptar medidas cautelares a solicitud de una de las partes, antes o durante la tramitación del proceso arbitral (art. 11.3 LA, art. 9 Ley Modelo).

C) Autonomía

24. Cuando se habla de autonomía (a la que algunos escritos en español mencionan, a partir del inglés, como separabilidad) del convenio arbitral se hace referencia a que, incluso en el caso en que el mismo forme parte de un contrato, su existencia y validez se desarrolla y se analiza independientemente de la suerte que corra la relación jurídica a la cual dicho convenio se vincula. La autonomía es recogida expresamente por la Ley de Arbitraje (art. 22.1), que sigue en este punto a pies juntillas lo dispuesto en el art. 16.1 de la Ley Modelo. La cuestión puede tener una enorme trascendencia práctica, incluso –por ejemplo– en caso de nulidad del contrato, al obligar a las partes a que la determinación de sus derechos y obligaciones respectivas deban decidirse en sede arbitral. En todo caso habrá que ver qué es lo que causa la nulidad del contrato, ya que es posible que se trate de un vicio que también lleve aparejada la nulidad de la cláusula arbitral (FOUCHARD).

En el Convenio de Ginebra la autonomía parece inferirse de lo dispuesto en el párrafo c) del art. VI.2. En éste, con una concepción “conflictualista” que tiende a desaparecer del arbitraje moderno, se establece que en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, los jueces deben “atenerse a la ley que les sea aplicable”; y que en las demás materias decidirán: a) según la ley elegida por las partes, b) en su defecto por la ley del país donde deba dictarse el laudo, c) si ésta no puede determinarse por la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal concededor del asunto.

D) Aspectos prácticos

25. Las cuestiones a las cuales acabamos de referirnos tal vez ofrezcan una apariencia un poco teórica. No obstante, sus repercusiones prácticas pueden ser muy importantes. Algo en principio tan simple como la inclusión en un contrato de una cláusula arbitral puede, a causa de una redacción inadecuada, resultar a la postre una fuente de conflictos en sí misma y, por lo tanto, un obstáculo para el desarrollo de un arbitraje normal, con las ventajas que este mecanismo ofrece a las partes. Si la cláusula arbitral presenta una redacción oscura o deja cuestiones claves muy abiertas, llegado el momento del litigio las partes (al menos una parte no colaboradora) pueden tener la tentación de aferrarse a esos elementos patológicos del convenio para torpedear el proceso, ya sea desde dentro, ya sea provocando la temprana judicialización del mismo. De este modo se configura el peor de los escenarios posibles (BERGER): las partes querían un proceso que les permitiera minimizar los inconvenientes típicos del proceso judicial, y no sólo tienen éste sino los dos.

En la medida en que cada relación jurídica es diferente a las demás y que los intereses concretos de las partes pueden variar de caso en caso, es difícil concebir un convenio arbitral tipo que sirva para todo tipo de relaciones. Hasta las cláusulas arbitrales típicas, cuidadosamente diseñadas por los centros de arbitraje más experimentados, pueden encontrarse con problemas en la práctica debido a los

desajustes con las particularidades del caso. La clave pasa por encontrar el equilibrio entre la conveniencia de dejar claramente establecidas ciertas cuestiones fundamentales y la necesidad de no quedar atrapados en un esquema demasiado rígido. Obviamente, cualquier punto oscuro puede ser aclarado y cualquier aspecto rígido puede ser flexibilizado si concurre la voluntad común de las partes. Pero nos situamos en la hipótesis de que el litigio ya ha surgido y cada una de las partes, con toda probabilidad y toda lógica, quiere dar a esa cláusula redactada antes, cuando la controversia era sólo una eventualidad, la interpretación que mejor se ajuste a sus pretensiones respectivas. En tal hipótesis, la aclaración o flexibilización necesarias son muy difíciles de acordar, incluso entre partes con la mayor buena voluntad y una desarrollada cultura arbitral.

Caso: en una cláusula arbitral se determina que el arbitraje se desarrollará "por uno o tres árbitros que las partes elegirán de común acuerdo según el procedimiento que oportunamente establezcan". Teniendo en cuenta que, salvo raras circunstancias, los arbitrajes en el comercio internacional siempre son decididos por uno o por tres árbitros, esa cláusula es del todo inútil y nunca debe incluirse en un contrato. No sólo eso. Además es perniciosa, ya que una parte que haya incumplido con sus obligaciones contractuales y que, por lo tanto, tenga razones para dilatar tanto como le sea posible el inicio de un arbitraje en su contra, podrá aferrarse al tenor de esa cláusula bloqueando el alcance de un acuerdo en algo en principio tan simple como el número de árbitros.

26. Con base en las apreciaciones anteriores, podemos indicar algunas cuestiones cuya mención dentro de la cláusula arbitral puede, en principio, evitar problemas al momento de invocarla. La cuestión fundamental es la de no emplear una redacción que permita interpretar que determinadas controversias no están incluidas en el arbitraje, salvo que sea eso exactamente lo que las partes pretendan. Es preciso tener presente que aunque los árbitros en general tienen experiencia y obviamente no son reticentes al arbitraje, las discusiones en torno a la validez o eficacia del convenio arbitral se pueden plantear, en diferentes momentos, ante una instancia judicial. Y aquí sí, sobre todo en algunos países, es factible encontrarse con actitudes poco favorables, basadas a veces en el desconocimiento, a veces en la hostilidad y a veces en ambos.

Caso: a la hora de negociar una cláusula arbitral, una parte propone a la otra un texto que incluye la fórmula "toda controversia surgida de este contrato". Si la otra parte tiene experiencia en la práctica del arbitraje y realmente quiere que cualquier controversia que pueda surgir se decida según dicho mecanismo, probablemente le proponga una cláusula que incluya una expresión más o menos así: "toda controversia o reclamo que surja de este contrato o que de algún modo se relacione con él, con su validez, con su formación, con su incumplimiento o con su terminación".

La mención de aspectos tales como el número de árbitros, el método de elección, el lugar, el idioma y el carácter institucional o no del arbitraje (y, en su caso, la determinación expresa de la institución) son muy recomendables. Llegar a un acuerdo sobre esas cuestiones suele ser mucho más fácil al momento de redactar el contrato que una vez surgido el litigio. Partes más sofisticadas y familiarizadas con el arbitraje suelen incluir también, según los casos, disposiciones sobre medidas cautelares, admisión o no

de determinadas pruebas, exclusión de daños punitivos, renuncia total o parcial a recurrir, etc.

5. LA SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

A) Selección y cualidades

27. Desde el mismo punto de vista eminentemente práctico, cualquiera sea el tipo de arbitraje que se plantee, tal vez no haya nada tan crucial como las personas a las cuales el mismo se confía, a punto tal que la idea de que el arbitraje depende decisivamente de la calidad de los árbitros (DAVID) aparece repetidamente en muchísimos escritos sobre arbitraje. Obviamente, que sea importante no significa que buenos árbitros garanticen buenos arbitrajes. También pueden ser muy decisivos, como señala LALIVE, otros factores como la calidad de los abogados de las partes, la calidad (si se trata de un arbitraje institucional) de la institución y de su reglamento, la naturaleza del litigio y, por qué no, hasta la calidad de las mismas partes.

En las instituciones suelen existir listas de árbitros, aunque la pertenencia a las mismas no suele obrar como condición *sine qua non* para poder ejercer como árbitro. Sean obligatorias o no, las listas son a menudo criticadas por diferentes razones, sobre todo por la escasa transparencia y objetividad para acceder a ellas (SMIT). Hay veces que las partes, por el motivo que sea, dejan la selección de los árbitros en manos de un tercero (persona física o institución). Pero en general las partes habituadas al arbitraje no necesitan recurrir a nadie para ello. El mundo del arbitraje internacional, aunque está en franca expansión, sigue siendo en la mayoría de los países (no en todos) relativamente pequeño. Esto es lo que provoca que especialmente en las causas más o menos importantes, tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc*, los árbitros parezcan ser siempre los mismos. Además, como las empresas buscan siempre árbitros experimentados, la forma habitual de entrar en el "club" es el nombramiento o la indicación por parte de quienes ya lo son. Eso obviamente restringe el acceso, ya que es entendible que los árbitros se preocupen por mantener, de un lado, el prestigio del arbitraje y, de otro, el control de un mercado todavía limitado.

28. En el arbitraje comercial internacional lo más común es que el tribunal esté formado por tres miembros y así lo establece supletoriamente la Ley Modelo en su art. 10.2. Sin embargo, como todo o casi todo en el arbitraje, el número de árbitros, el modo de selección y el tipo de arbitraje depende de la voluntad de las partes. La tendencia es, también en este punto, a una gran flexibilidad. El Convenio de Ginebra reconoce la libertad de las partes pero establece un procedimiento específico supletorio para el nombramiento de los árbitros en el arbitraje *ad hoc*, basado en la actuación del Presidente de la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o de la residencia o sede del demandado o de un Comité Especial reglamentado en un Anejo al Convenio (art. IV). La Ley de arbitraje, por su parte, establece el requisito de que el número de árbitros sea impar, acompañada de la regla supletoria –en ausencia de acuerdo– del arbitraje unipersonal (art. 12). Aunque la razón para esto último expresada en la Exposición de motivos sea la "economía", suponemos que tiene más que ver con el hecho de que la Ley regule indistintamente el arbitraje interno y el internacional. Sin embargo, así como en otras partes de la Ley se incluyen excepciones o reglas específicas para el arbitraje internacional, tal vez también en este supuesto hubiera sido más adecuado seguir, para este tipo de arbitraje, la regla supletoria de la Ley Modelo.

29. Con respecto a las cualidades que debe reunir un particular para ser designado árbitro, en las legislaciones modernas no se suelen incluir condiciones especiales, más allá que las que voluntariamente acuerden las partes. Así, las partes pueden acordar, por ejemplo, que ninguno de los árbitros sea nacional de los países de las partes. Contando con que la condición básica a la par de lógica es que los árbitros sean personas físicas plenamente capaces de hecho y de derecho (art. 13 LA), lo decisivo para ser nombrado árbitro debería pasar por los datos que tengan las partes, o el tercero encargado de la designación, acerca de la calidad profesional y moral de esas personas. De una forma desfasada, absolutamente fuera de época y de lógica (LORCA NAVARRETE), la Ley de arbitraje exige, bien que sólo para los arbitrajes internos de derecho, el requisito para el árbitro de ser "abogado en ejercicio".

B) Independencia, imparcialidad y recusación

30. Cuando se habla de la independencia y la imparcialidad exigida a los árbitros, debe introducirse un matiz en relación con el llamado, paradójicamente, "árbitro de parte". Lo más habitual, sobre todo en el arbitraje comercial internacional, es que cada parte nombre un árbitro y que sean éstos los encargados de designar a otro que actuará como presidente. Aunque la imparcialidad cabe como exigencia para todos los árbitros y no es lícito sospechar sin más que éstos no cumplen rigurosamente con tal deber, la práctica suele mostrar que el verdadero garante (tanto en el fondo como en las formas) de la misma es el presidente. Las críticas a la actuación del árbitro de parte, no obstante, no deben exagerarse. Al fin de cuentas, en la base del nombramiento de todos los árbitros está la voluntad de las partes. No obstante ello, la confusión de intereses puede producirse con relativa facilidad, si se tiene en cuenta que buena parte de los árbitros pertenecen a los mismos grandes despachos de abogados que representan a las empresas usuarias del arbitraje. Y aunque el hecho de que una empresa sea o haya sido cliente de un despacho no implica necesariamente que un abogado de ese despacho que actúe como árbitro en un litigio de esa empresa tenga que beneficiarla, algunas instituciones han extremado el rigor con el que analizan ese tipo de "incompatibilidades", en aplicación de la tradicional fórmula -concebida en épocas machistas todavía no del todo superadas- referida a las cualidades morales de la mujer del César.

31. Para los casos en que realmente existan datos objetivos que permitan poner en entredicho las posibilidades de un árbitro de actuar con total independencia e imparcialidad, o que no reúne las aptitudes requeridas, todas las legislaciones brindan a las partes mecanismos para la recusación, que suelen alcanzar hasta la recusación del árbitro de parte por la propia parte que lo nombró, basada en causas conocidas por la parte después de la designación del árbitro (art. 12.2 Ley Modelo, art. 17.3 LA). En situaciones normales, el margen para que se produzcan recusaciones debería ser muy pequeño (al menos recusaciones de buena fe), ya que el primer deber de todo árbitro es el de "revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia", obligación que abarca tanto a las que puedan existir al momento de su designación como a las que puedan surgir con posterioridad (art. 12.1 Ley Modelo, art. 17.2 LA). La recusación se desarrolla según lo que hayan acordado las partes. Para los casos en que nada se haya acordado al respecto, y siempre que la recusación no sea aceptada espontáneamente, las soluciones en el Derecho comparado.

varían, siendo mayoritaria la tendencia a que sea el propio tribunal arbitral el que decida la cuestión. Pero aún en este supuesto, si la recusación es rechazada, la parte interesada tiene la facultad de insistir en vía judicial, ya sea inmediatamente (como sucede en las legislaciones que se inspiran en el art. 13.3 Ley Modelo) o como argumento para solicitar la anulación del laudo (arts. 18.3 y 41.1.d LA). En los países en que se admite una impugnación inmediata ante el juez de apoyo, de todos modos, no suele bloquearse la prosecución del procedimiento arbitral en el entendimiento de que lo contrario daría armas a un litigante de mala fe.

6. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

A) Competencia de los árbitros

32. La función jurisdiccional de los árbitros se manifiesta de forma muy especial en la potestad para analizar su propia competencia y para adoptar medidas cautelares. La primera, conocida con la ~~fraseología alemana Kompetenz-Kompetenz~~ ~~es~~, junto a la ~~autonomía del convenio arbitral~~, una de las piedras angulares sobre las que descansa la ~~eficacia de la actuación arbitral~~ (de hecho la Ley Modelo regula ambas cuestiones conjuntamente en su art. 16.1, como también se hace en el art. 22.1 LA). En efecto, la ~~ausencia de esta potestad de los árbitros llevaría, en el supuesto nada infrecuente de una parte demandada que no quiera colaborar con el arbitraje, a la judicialización del litigio desde su mismo inicio y, en consecuencia, a la desnaturalización y posiblemente al fracaso del arbitraje (MAYER). Cosa distinta es que los árbitros deban tener en cuenta, incluso en ausencia de solicitud de parte, los supuestos en los cuales su competencia resulta notoriamente infundada, por ejemplo, por la evidente ausencia de carácter arbitrable de la materia de la controversia.~~

Coherentemente, la potestad en cuestión incluye las excepciones sobre la existencia o la validez del convenio arbitral. La Ley de arbitraje, en el artículo antes mencionado, tiene el buen tino de ir más allá, refiriéndose a toda otra excepción “que impida entrar en el fondo de la controversia”, como podría ser el caso de las referidas a la litispendencia, la cosa juzgada o la falta de cumplimiento de condiciones previas exigidas para activar el arbitraje (MANTILLA SERRANO). Los plazos para la presentación de esas excepciones suelen ser cortos, cuando no “inmediatos”, aunque la flexibilidad típica del procedimiento arbitral puede permitir a los árbitros algunas excepciones para presentaciones extemporáneas justificadas (ver, en este sentido, art. 22.2 LA).

33. ~~La cuestión de si un árbitro o tribunal arbitral puede estar facultado para adoptar medidas cautelares electivas (esto es, que sean ejecutadas en sede judicial) ha ido ganando aceptación en medios arbitrales pero también en sede legislativa en numerosos países, sobre todo, a partir de la existencia del art. 17 de la Ley Modelo, que expresamente las contempla. El problema de tal art. 17 es que, por un lado, es muy escueto y por tanto le faltan elementos tan importantes como la finalidad de las medidas cautelares tenidas en cuenta y las condiciones para su adopción, y, por otro lado, no prevé ninguna regla en cuanto a la efectividad de la medida cautelar adoptada por el tribunal arbitral. Esta es la razón esencial para que el Grupo de Trabajo sobre arbitraje de la CNUDCI se haya abocado en estos últimos años a la reforma de dicho artículo. En tal sentido, en 2006 se ha concluido una reforma destinada a clarificar el alcance y las condiciones necesarias para la adopción de medidas cautelares en un procedimiento arbitral. La reforma en cuestión incluye también los requisitos que deben reunirse para~~

Competencia de la comp.
+ Autonomía de la cláusula de convenio arbit.

Facultades p/ dictar med. cautelares

que un tribunal nacional ejecute las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral, así como para la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal judicial.

34. Una mención especial merece la inclusión, dentro de la reforma del art. 17 de la Ley Modelo, de la conflictiva posibilidad de que el tribunal arbitral ordene medidas cautelares a petición de una de las partes sin realizar ningún tipo de notificación a la otra parte, en orden a evitar la frustración de tales medidas (en el texto y en los documentos elaborados por la Secretaría de la CNUDCI tales medidas son denominadas “medidas *ex-parte*” o “mandatos preliminares”; en el Derecho procesal español se habla de medidas *inaudita parte*, art. 733 LEC). Decimos “conflictiva” por la existencia de profundas discrepancias manifestadas en el transcurso de la elaboración de la reforma por las delegaciones estatales y profesionales acerca de la pertinencia de reglamentar tales medidas. Lo más notable ha sido tal vez la fuerte oposición de prácticamente todas las delegaciones observadoras vinculadas con la práctica arbitral, que son normalmente las que con mayor ahínco impulsan las reformas arbitrales. La oposición se ha cifrado sobre todo en que las medidas en cuestión son contrarias al espíritu del arbitraje, que se basa en la confianza entre las partes, y son rarísimas en la práctica. H VAN HOUTTE, por su parte, identificó diez razones en contra de su introducción en la Ley Modelo, referidas a: que la Ley Modelo no es el cauce adecuado para tal reglamentación, que la práctica demuestra que no son realmente necesarias, que son incompatibles con la naturaleza consensual del arbitraje, que son incompatibles con los derechos de defensa, la dificultad de ejecutarlas en muchas jurisdicciones, los problemas que generan para los árbitros nombrados por una de las partes, al carácter irreversible de algunas medidas, los problemas éticos que se pueden plantear en relación con la actitud de los abogados, y la eventual responsabilidad de los árbitros por las medidas *ex-parte* adoptadas.

35. Antes de que la larga y difícil reforma del art. 17 de la Ley Modelo se concretara, el legislador español optó por reproducir dicho artículo en su versión original (art. 23 LA), pero agregándole que las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares quedan sometidas a las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Según alguna interpretación, al no decir nada acerca de las controvertidas medidas *ex-parte*, la Ley de arbitraje estaría admitiendo su adopción, al menos en cuanto las partes no lo hayan prohibido expresamente.

Caso: se presenta ante un juez una demanda acompañada de una solicitud de medida cautelar, a pesar de la existencia de un convenio arbitral. Si la parte demandada interpone excepción de arbitraje, el juez deberá declinar su competencia en cuanto al fondo aunque puede de todas maneras adoptar la medida cautelar solicitada (Auto AP Madrid 27 de junio de 2003).

B) Ley aplicable al procedimiento arbitral

36. Las reglas de procedimiento también pueden ser fijadas por las partes, antes o después del surgimiento del litigio. Si ellas no lo hacen lo harán los árbitros. En cualquier caso, deben respetarse los principios de igualdad, audiencia y contradicción (arts. 18 y 19 Ley Modelo, arts. 24 y 25 LA). Muchos de los casos en que las partes determinan tales reglas consisten en realidad en su remisión a determinado reglamento arbitral, cosa que puede suceder tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc* (estableciendo, por ejemplo, la aplicabilidad del Reglamento de Arbitraje de la

CNUDCI). Si la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral recae sobre los árbitros, éstos disponen de una gran libertad, pudiendo combinar disposiciones provenientes de diferentes fuentes, estatales o arbitrales, e incluso crear unas disposiciones específicas para el concreto arbitraje que deben decidir. En la medida en que se respeten escrupulosamente los principios mencionados, así como el contenido del convenio arbitral, nada habrá que objetar al proceso “inventado” por los árbitros.

¿Y qué es lo que cubre la ley aplicable al procedimiento arbitral? Todo lo que tiene que ver con la sustanciación del proceso: contenido de los escritos, plazos, carácter oral o escrito, tipo de pruebas admisibles, forma de sustanciarlas, criterios para valorarlas, etc. La importancia de la ley procesal aplicable en cuanto criterio para determinadas actuaciones judiciales ha desaparecido de la mayoría de las legislaciones que la preveían. La tendencia actual hace depender dichas actuaciones judiciales de un elemento más objetivo, como es el lugar del arbitraje o, cuando este no se ha determinado, del domicilio de las partes (art. 8 LA).

7. EL LAUDO ARBITRAL

A) Régimen jurídico aplicable al fondo

37. El arbitraje comercial internacional ha sido el terreno en el cual las ideas en torno al poder de autorregulación de las partes han alcanzado el mayor desarrollo. De ahí, en muchos casos, se han trasladado a otros ámbitos con fundamento en un argumento lógico que podría expresarse así: si es posible para los árbitros ¿por qué se le va a negar a los tribunales de justicia? Que la autonomía de la voluntad alcance su apogeo en el seno del arbitraje tiene una evidente razón de ser, toda vez que la existencia misma de todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, las cuales, además (al menos en la concepción moderna del arbitraje), tienen la facultad de pactar prácticamente todos sus aspectos. Uno de esos aspectos es, claramente, el Derecho aplicable al fondo de la controversia. Reconocido a las partes el derecho de determinar el alcance de la controversia, de elegir los árbitros, el lugar del arbitraje y las particularidades del procedimiento arbitral y, sobre todo, el derecho de recurrir al arbitraje *ex aequo et bono* (despegado de cualquier ordenamiento jurídico concreto), sería contradictorio, por no decir absurdo, negarles la elección del Derecho aplicable al fondo. De tan lógica, esa cuestión no suscita ningún tipo de dudas y viene recogida en todas las reglamentaciones modernas (art. VII.1 Convenio de Ginebra, art. 28.1 Ley Modelo, art. 34.2 LA). Incluso países que no se han mostrado tradicionalmente muy receptivos con la autonomía de la voluntad en general (Brasil, Uruguay) le reconocen a las partes en el arbitraje internacional la libertad para determinar el Derecho aplicable. Tal vez no esté de más llamar la atención, como una muestra de los profundos cambios que se han producido en España, acerca de que la Ley de arbitraje de 1988, cuyo art. 62 restringía la elección (que debía ser expresa) a una ley estatal que tuviera “alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia” (comparar con el art. 10.5 Cc, que aunque está casi totalmente fuera de juego por el carácter universal del Convenio de Roma de 1980, sigue estando vigente).

Algo más discutida ha resultado la cuestión de la aplicación de normas no estatales, en particular, cuando las partes no han dicho nada al respecto. Pero parece claro que dentro del amplísimo marco en el que se desenvuelven actualmente las relaciones contractuales internacionales, las partes cuentan con la facultad de incluir en la reglamentación de su relación jurídica las referencias a los usos del comercio que

estimen pertinentes. De hecho, los textos contemporáneos con mayor aceptación hasta presumen que las partes han incorporado dichos usos al contrato, a menos que expresamente los hayan excluido (art. 9.2 Convenio de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, art. 1.8(2) Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales).

38. Todo lo anterior resulta fácil. Pero ¿qué es lo que deben hacer los árbitros cuando las partes han callado acerca de la determinación del Derecho aplicable? La respuesta tradicional ha sido la de aplicar exclusiva o prioritariamente una ley nacional, normalmente deducida a partir de una norma indirecta de DIPr (norma de conflicto). Si el apego a una determinada ley nacional puede tener que ver con una excesiva contaminación del arbitraje internacional con las características propias del arbitraje interno, la dependencia de una norma de conflicto (que en definitiva es sólo un medio para llegar al fin de la determinación de una única ley nacional aplicable) hunde sus raíces en el clasicismo conflictualista. Sobre lo primero, cabe volver a señalar que, a pesar de una comunidad filosófica de fondo entre arbitraje interno e internacional, existen particularidades de uno y otro que no son susceptibles de trasplante. Acerca de lo segundo, debe notarse que las ideas que pueden tener justificación cuando se piensa en la solución judicial de las controversias pierden bastante sustento cuando se refieren a personas que actúan al margen de la estructura jurisdiccional de los Estados. Ambas cuestiones, en el fondo, son una manifestación de lo que hemos caracterizado como “los dilemas del Estado” frente al arbitraje.

39. El Convenio de Ginebra y La Ley Modelo, aunque rinden tributo a la tradición conflictualista, incorporan elementos de flexibilización. Así, si bien hacen depender la determinación del régimen jurídico aplicable, en ausencia de elección por las partes, de las normas de conflicto, no se refieren a ninguna en particular sino a aquellas (en plural) que el tribunal arbitral “estime aplicables” (art. 28.2 Ley Modelo) o “apropiada al caso en cuestión” (art. VII.1 Convenio de Ginebra). Una disposición de este tipo permite claramente el recurso a la norma de conflicto que más favorezca la solución sustancial pretendida por el tribunal. Además, tanto la misma norma del Convenio como el art. 28.4 de la Ley Modelo obligan a los árbitros en cualquier caso a tener en cuenta las disposiciones materiales incorporadas por las partes y los usos mercantiles aplicables.

En principio, el legislador español parece haber seguido la línea marcada por el “legislador internacional” pero atreviéndose a romper con la señalada tradición, al establecer en el segundo párrafo del art. 34.2 LA que: “Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen oportunas”. La sagaz abstención de utilizar el término “Derecho” parece evidenciar tanto la aceptación de la aplicación de normas no estatales como la no obligatoriedad de determinar “un” Derecho. Como ya ha sido puesto de manifiesto, en general los árbitros cuentan con una gran flexibilidad, siempre dentro del respeto a las pautas que las partes les han conferido; éstas, a su vez, siempre tienen la posibilidad de extremar esa flexibilidad acudiendo al arbitraje de equidad, pero esto deberán indicarlo expresamente ya que el mismo, salvo en algunos países, no se presume.

B) Aplicación de normas imperativas

40. Los riesgos (en la medida que éstos existan) que puede llegar a comportar la gran flexibilidad reconocida actualmente al arbitraje, quedan contrarrestados, en cierto modo, por el alcance que se brinda a la aplicación de las normas materiales imperativas. Hoy por hoy los árbitros tienden a dar aplicación a este tipo de normas, al menos a las del Estado en el cual se desarrolla el arbitraje (SERAGLINI). De este modo, no sólo dan menos margen para la anulación del laudo, sino que también estarían haciendo política pro arbitraje enviando a los Estados un mensaje de que el arbitraje no se desentiende de las definiciones fundamentales de política legislativa adoptada por éstos (GRIGERA NAÓN). Esto significa que si bien el Estado es quien establece la norma de "control", en un primer momento, en el seno del procedimiento arbitral, la efectividad de tal control dependerá exclusivamente de la predisposición de los árbitros a ejercerlo.

En la práctica dicha tendencia esta sujeta a dos límites: que se trate realmente de normas materiales imperativas (es decir, de normas que en el Estado donde están vigentes se aplicarían en cualquier caso, sea cual fuese la configuración del supuesto) y que la aplicación o toma en consideración de las mismas no sea incompatible con los principios de orden público transnacional generalmente aceptados. Si el primero no es siempre fácil de concretar, el segundo sólo será claro en casos muy particulares. Para algunos autores, sin embargo, el derecho de las partes de someterse a jueces o a árbitros que actúan fuera del ámbito de aplicación de la norma imperativa, provocaría una disminución de las posibilidades de que las mismas sean respetadas (RADICATI DI BROZOLO). Parece bastante claro que tal disminución sólo operaría (y siempre que el juez o árbitro al que las partes se sometan no tenga en cuenta dicha norma) cuando la solución del caso se agota fuera del país de la norma imperativa, ya que si algún tipo de efectividad del laudo es necesario en este Estado es bien probable que los principios subyacentes a la norma material imperativa se erijan en una barrera de orden público internacional. En este sentido, el caso del derecho de la competencia es particularmente significativo.

C) Aspectos formales del laudo

41. Todas las legislaciones aplicables incluyen una serie de disposiciones relativas a los requisitos que debe cumplir el laudo (o los laudos) emitido por los árbitros. El cumplimiento de buena parte de ellos dependen en realidad de que las partes no acuerden otra cosa. Pero otros son obligatorios. La Ley de arbitraje (art. 37), en consonancia con el art. 31 de la Ley Modelo, establece en este sentido la obligación de que el laudo conste por escrito y que sea firmado por los árbitros (basta la firma de la mayoría o sólo la del presidente, siempre que se explique los motivos de la ausencia de las otras firmas), pero dando una calificación moderna (atendiendo a los avances tecnológicos) de lo que debe entenderse por escrito y por firma. También exige que en el laudo consten la fecha y el lugar del arbitraje. En cambio, la voluntad de las partes puede incidir en la no exigencia de motivación del laudo, en el plazo para dictarlo, en la existencia de un único laudo o de varios laudos parciales, en el pronunciamiento sobre las costas del arbitraje, en la forma de notificar el laudo y en su eventual protocolización.

8. LA ANULACIÓN DEL LAUDO

42. Dictado un laudo arbitral y, en su caso, su corrección, aclaración y/o el laudo complementario, la controversia en cuestión está terminada y la decisión es plenamente obligatoria para las partes. Lo dicho vale tanto para el laudo que pone fin al arbitraje como para cualquier "laudo parcial", como podría ser el que decide una excepción relativa a la competencia del tribunal. No obstante, la práctica totalidad de las reglamentaciones en materia de arbitraje prevén que si se verifican determinadas circunstancias las partes pueden solicitar la anulación del laudo adoptado por los árbitros ante una instancia judicial (en España, ante la Audiencia Provincial del lugar donde el laudo ha sido dictado, según el art. 8.5 LA). El particular sistema del CIADI, que pretende ser un ámbito transnacional de resolución de controversias entre inversores y Estados, establece, sin embargo, como único mecanismo de anulación posible, el que se lleva a cabo dentro del mismo Centro. Esto significa que, solicitada la anulación del laudo, el Centro procede a designar un nuevo tribunal que se ocupa de la sustanciación de tal proceso, sin que las partes tengan el derecho de acudir a los tribunales.

Fuera de este supuesto, sin dudas especial (como especial es el tipo de arbitraje al que se refiere), la posibilidad de renunciar voluntariamente a impugnar el laudo a sido recogida en algunas legislaciones. Sería algo así como una regla de *fair play* instituida por las partes. Ni la Ley Modelo ni la Ley de arbitraje se pronuncian acerca de la validez de tal renuncia. Lógicamente estas consideraciones se refieren a una renuncia anticipada, es decir, antes de que se produzcan las circunstancias que podrían provocar la anulación, ya que resulta obvio que toda parte puede renunciar a solicitar la anulación una vez que dichas circunstancias se han evidenciado. La renuncia se opera tácitamente al transcurrir el plazo previsto para solicitar la anulación, que en el caso de la Ley de arbitraje (art. 41.4) es de dos meses a contar desde la notificación del laudo (o de su corrección, aclaración o complemento) o desde la expiración del plazo para adoptarla.

43. La anulación del laudo no implica en ningún caso la revisión del fondo del mismo. La lectura de los motivos que habilitan para la anulación en cualquier legislación muestran que en general (hay excepciones) se trata de cuestiones referidas a la regularidad formal del laudo. Es verdad que entre los motivos siempre aparecen, como no puede ser de otro modo, ~~el carácter no arbitrable de la materia y la vulneración del orden público~~, que son, bien entendidos, ~~aspectos estrechamente vinculados con la sustancia del caso.~~ Pero el juez de la anulación no puede en ningún caso entrar a ~~considerar aspectos tales como las normas aplicadas por los árbitros, su valoración de los hechos o de las pruebas sustanciadas en el procedimiento, etc.~~ Por otra parte, debe tenerse presente que la ~~judicialización *a posteriori* del arbitraje, operada mediante la solicitud de anulación del laudo ante la autoridad judicial competente,~~ puede no ser plenamente eficaz en dicha jurisdicción en la medida en que ~~la legislación aplicable contemple la ejecutabilidad del laudo sometido a anulación.~~ Es lo que hace la Ley de arbitraje en su art. 45.1, admitiendo la suspensión de la ejecución a solicitud del ejecutado, pero sólo mediando caución que cubra "el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo". Aún en el caso de que la anulación prospere, no debe descartarse la ejecución del laudo en una jurisdicción diferente (ver Cap. XXXV).

44. Las legislaciones (y en particular las que se han inspirado, al menos en este punto, en la Ley Modelo -art. 34.2-) presentan normalmente una lista cerrada de las circunstancias que permiten solicitar la anulación del laudo. El legislador español, por ejemplo, reproduce en esencia lo dispuesto por el modelo de la CNUDMI. En efecto, el art. 41.1 LA, además de los motivos antes mencionados referidos a la arbitrabilidad y al

orden público, recoge los siguientes: inexistencia o invalidez del convenio arbitral, indefensión de una de las partes, pronunciamiento de los árbitros sobre cuestiones no sometidas al arbitraje y falta de respeto a lo acordado por las partes o a una disposición legal aplicable en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral. Como se verá al tratar la eficacia de las decisiones arbitrales en el Cap. XXXV de este libro, existe un paralelismo entre estos motivos y los previstos tanto en la Ley Modelo como en la Convención de Nueva York para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Allí nos remitimos para su análisis.

* * *

BIBLIOGRAFIA SUMARIA: B. AUDIT, *L'arbitrage international et les contrats d'État*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye, Dordrecht, 1988; K.P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer / Boston, 1993; S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurich, 1998; A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989; T.E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Merchant Law*, Dobbs Ferry (N.Y.), 1990; CENTRAL (ed.), *Understanding Transnational Commercial Arbitration*, Münster, 2000; B.M. CREMADES / D.J.A. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores", *Rev. Mexicana DIPr*, núm. 11, 2002, pp. 47-95; M.V. CUARTERO RUBIO, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; Y. DEZALAY / B.G. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996; A. DREYZIN DE KLOR / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Arbitraje*, Buenos Aires, 2004 (*DeCITA*, núm. 2, 2004); ID., *Inversiones extranjeras*, Buenos Aires / Florianópolis, 2005 (*DeCITA*, núm. 3, 2005); J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *Recueil des Cours*, t. 290, 2001, pp. 9-224; PH. FOUCHARD, "Os desafios da arbitragem internacional", *RBA*, 1, 2004, pp. 57-72; E. GAILLARD (dir.), *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, Paris, 2005; E. GAILLARD / J. SAVAGE (dirs.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration*, The Hague, 1999; H.A. GRIGERA NAÓN, "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, pp. 9-396; ID., "Los árbitros internacionales, ¿puede o deben aplicar las leyes de policía?", *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, pp. 599-616; H. VAN HOUTTE, "Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration", *Arb. Int.*, vol. 20, núm. 1, 2004, pp. 85-95; M. HUNTER / A. MARRIOTT / V.V. VEEDER (dirs.), *The Internationalisation of International Arbitration*, London, 1995; P. LALIVE, "Avantages et inconvénients de l'arbitrage 'ad hoc'", *Études offertes à Pierre Ballet*, Paris, 1991, pp. 301-321; ID., "Le choix de l'arbitre", *Mélanges Jacques Robert*, Paris, 1998, pp. 353-363; J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003; A.M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004; F. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005; L.W. NEWMAN / R.D. HILL (dirs.), *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, Huntington (N.Y.), 2004; L. PEREZNIETO CASTRO (dir.), *Arbitraje comercial internacional*, México (D.F.), 2000; P. SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, 2ª ed., The Hague, 2004; ID., "UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future", *Arbitration International*, vol. 21, 2005, pp. 443-460; R. SANTOS BALANDRO, *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed., México (D.F.), 2000; H. SMIT, "The Future of International Arbitration: A Single Transnational Institution?", *Columbia. J. Trans'l L.*, vol. 25, 1986, pp. 9-24.

FRANZOSO - ALBORNOZ - 25-7-14

Ley aplicable al arbitraje internacional entre particulares

Jorge R. Albornoz*

Sumario: I. Introducción. II. El arbitraje internacional en el ordenamiento autónomo argentino. 1. El arbitraje en la Ley de la navegación. 2. El arbitraje en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 3. Ley aplicable. III. El arbitraje en la fuente normativa convencional. 1. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. 2. La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. 3. La Convención interamericana de arbitraje comercial internacional (CIDIP I, Panamá, 1975). 4. Los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur (Buenos Aires, 1998). A. La validez formal de la convención arbitral. B. La validez intrínseca de la convención arbitral. 5. El Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual. 6. El Protocolo de Las Leñas de 1992. IV. El arbitraje en los reglamentos institucionales. V. El Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961. VI. Conclusión.

I. Introducción

La existencia del arbitraje privado internacional se encuentra en gran medida justificada en el hecho de que los sistemas oficiales de administración de justicia no se adecuan suficientemente a las necesidades de especialización y celeridad que requiere el intercambio internacional de bienes y servicios. La vida humana en sociedad se encajilla en sistemas normativos que suponen la existencia de mecanismos aptos para la creación y renovación constante de las normas, como también para dirimir las controversias que se susciten. Esta realidad se presenta no sólo a nivel interno sino también externo, por cuanto la actividad humana no se circunscribe a los bordes geográficos de vigencia de cada ordenamiento nacional.

* Profesor titular ordinario de Derecho internacional privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Director del Departamento de comercio exterior de la carrera de especialización en Derecho bancario en la misma Universidad.

Como toda relación jurídica lleva el germen de su propia crisis, se torna necesario poner en práctica mecanismos aptos para superarla. Por eso existen los sistemas judiciales destinados a imponer coactivamente soluciones que encarnen las conductas disfuncionales de las personas y organizaciones cuando no se ajustan al ordenamiento vigente. En el caso de las relaciones privadas, los tribunales nacionales actúan a requerimiento de los particulares, que demandan su intervención para obligar a otros particulares a llevar a cabo determinadas conductas que se enmarquen en las normas creadas por el Estado o por los propios particulares de común acuerdo, en los márgenes de actuación que el ordenamiento oficial les otorga. Esos márgenes de actuación conforman un campo de acción dentro del cual los individuos crean relaciones y situaciones jurídicas ejercitando una libertad permitida, que genera reglas "a las cuales deben sujetarse como a la ley misma"¹. He ahí la "autonomía de la voluntad", como facultad de crear derechos y deberes recíprocos en áreas donde no aparecen preceptos legales o estos no son excluyentes, de orden público imperativo (generalmente prohibiciones severas) sino dispositivos.

Entre los diversos aspectos que presenta la vida humana de relación, hay uno, el de las relaciones de tipo puramente patrimonial (especialmente las comerciales), en el que la organización superior; imposibilitada de elaborar suficiente cantidad de reglas, debido a la multiplicidad de cuestiones a contemplar y la conveniencia social de permitir el libre desenvolvimiento de las conductas individuales, otorga facultad creativa de normas a los propios actores, quienes elaboran así el "derecho" ajustado a su vínculo, dentro del cual actuarán durante un tiempo determinado. Habrá creado así potestades y deberes con similares posibilidades de exigencia que las emanadas de las reglas oficiales.

Se trata de un derecho "espontáneo" que, en las relaciones internas, transcurre por el sendero relativamente estrecho que le abre el ordenamiento, entre la autorización para crear reglas -de un lado- y la prohibición de modificar, sustituir o derogar normas coactivas -de otro-. La posibilidad creativa alude tanto a la cobertura de espacios no regulados, cuanto a la sustitución de normas que se aplican sólo cuando las partes no acuerden en contra de ellas (normas dispositivas, supletorias de la omisión de los sujetos).

Cuando las relaciones privadas son internacionales los parámetros se amplían, puesto que la sola posibilidad de que los jueces de un Estado apliquen derecho privado foráneo, significa que las normas imperativas internas propias (de la *lex fori*) se convierten en dispositivas. A la vez, cada Estado reconoce y ejecuta sentencias emanadas de jueces extranjeros, controlando su encuadre en unas pautas procesales (jurisdicción, debido proceso, litispendencia, etc.) y verificando que su contenido respete los principios básicos (orden público para casos internacionales) del ordenamiento del foro. A éste, pasa a interesarle esencialmente el resguardo de tales principios estructurales, y no de sus propias determinaciones normativas de tales principios, admitiendo de ese

¹ Conf. art. 1197 del Código Civil argentino.

modo en su territorio las diferentes disposiciones de ordenamientos extranjeros. De lo contrario, nunca se podría aplicar legislación foránea.

En el ámbito patrimonial internacional vemos, por un lado, la enorme cantidad de negocios que se concretan en el intercambio de bienes y servicios; por otro, las normas que los actores del comercio permanentemente elaboran para su propio beneficio, y que contribuyen a la multiplicación de las operaciones (lo cual interesa sobremedida a los sistemas capitalistas imperantes porque ello —en teoría— hace al progreso económico de las naciones). Estas normas reciben el mismo trato que las leyes extranjeras. En efecto, el contenido normativo de un contrato, por ejemplo, es aplicado por los jueces nacionales de un país controlando que no choque con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, los cuales exigen análisis y elaboración cuando no están explicitados en normas prohibitivas aplicables inmediata y excluyentemente a casos internacionales (normas de aplicación inmediata o de policía, según las denominaciones quizás más corrientes que reciben). Se da entonces el mismo fenómeno de análisis y aplicación que se produce cuando debe utilizarse una ley foránea.

Ahora bien, la práctica masiva de la contratación genera usos normativos que se instalan en el escenario jurídico del comercio internacional con manifestaciones clamorosas, dando lugar a recopilaciones y elaboraciones de organizaciones privadas que las publican poniéndolas a disposición de quienes deseen usarlas. Esas prácticas y usos recopilados, al incorporarse a cada negocio individual, cumplen la misma función que las cláusulas creadas por los contratantes. Para un ordenamiento oficial, da lo mismo analizar una cláusula elaborada por quienes contratan, que una regla surgida de una organización privada recopiladora de usos de regular observación en los contratos internacionales.

Desde otro ángulo, es un hecho prácticamente incontestable que los sistemas oficiales de solución de controversias no dan abasto para atender adecuadamente la cantidad, variedad y especificidad de conflictos que surgen de las relaciones privadas patrimoniales. Por eso se permite que el ejercicio de la autonomía de la voluntad se extienda, tanto a la búsqueda de tribunales elegidos según los intereses de los contratantes, cuanto a la creación de tribunales privados que resuelvan eficientemente los conflictos, dando soluciones superadoras y a la vez organizadoras de los negocios, acompañando el progreso y desenvolvimiento de las transacciones, cuestión en la que todos los países están interesados.

Dicha posibilidad no importa, en teoría, una vía transversal que conduzca a diferentes confines, sino sencillamente un atajo para alcanzar el destino que de otro modo se torna muy lejano y hasta quimérico: la justicia rápida, segura y, por lo tanto, útil. En esa línea, se permite a los particulares la prórroga de jurisdicción, tanto a favor de jueces extranjeros, cuanto de árbitros a cuya decisión acuerden someterse. Aparece así la posibilidad de que los conflictos sean susstraidos del ámbito judicial estatal para ser llevados ante tribunales cuya composición es acordada por los litigantes, y cuya

intervención obsta a la de cualquier tribunal oficial. La sentencia ya no será dictada por ningún juez público sino por jueces privados.² Entre los autores dedicados al Derecho procesal, suele hacerse hincapié en la intervención, además de las dos partes en conflicto, de ese tercer sujeto imparcial como juzgador privado³, participando todos en un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares⁴ en quienes se ha depositado la importante misión de hacer justicia en el caso concreto.⁵

Si bien el arbitraje privado no constituye un fenómeno nuevo, su utilización ha crecido enormemente en el siglo XX, modelándose a partir de la paulatina superación de los obstáculos que se le han ido presentando desde los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo su expansión no es pareja, puesto que hay zonas o regiones donde aún es mirado con cierto recelo, fundamentalmente porque los propios comerciantes no se muestran convencidos de las bondades que de este sistema se predicen. Así ocurre por ejemplo en América Latina⁶, pese a los esfuerzos de los Estados que elaboran convenios, tratados, acuerdos, intentando mostrar una imagen positiva, fundamentalmente estableciendo pautas oficiales dentro de las cuales debe necesariamente desarrollarse el juicio arbitral. Esas pautas son márgenes que buscan la aproximación a la seguridad, garantizando ciertos parámetros que permitan acuerdos libremente celebrados, un desarrollo procesal que resguarde el derecho de defensa y la posibilidad de ejecutar las decisiones cuando la parte perdedora resista la sentencia arbitral.

El acuerdo de sometimiento de una o más controversias presentes o futuras a la resolución de árbitros es el punto inicial de todo arbitraje; su vulnerabilidad torna vulnerable el proceso que le sigue y pone en crisis el método mismo. De ahí que sea necesario contar con normas oficiales que contemplen adecuadamente el tratamiento jurídico que debe darse al acuerdo, sin liberarlo a la posibilidad de imposición abusiva de una parte sobre la otra, ni rodearlo de excesivos recaudos y complejas construcciones normativas que conduzcan a su sofocamiento.

Lo cierto es que hoy por hoy estamos ante una realidad a la que deben ir incorporándose los comerciantes americanos del sur (los más reacios a la aceptación del arbitraje como método alternativo de resolución de conflicto).

² D. Baerens de Aveluis, *El proceso civil, comercial y penal en América Latina*, Buenos Aires, Dagblau, 1989, p. 365, refiere a la "calidad privada del tercero juzgador" y señala que es esa la nota distintiva del proceso arbitral, sin por ello dejar de lado otras características implícitas, como la formación del proceso por acuerdo de partes, la elección del juzgador, el sometimiento expreso, la libertad de formas y la naturaleza privada del procedimiento.

³ H. Bussio Serna, *El arbitraje comercial*, México, ed. Limusa, 1979, p. 7.

⁴ H. Bussio Serna, *ibid.* nota 3), p. 12.

⁵ M. E. Uzu, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 52, citando a J. M. Carrión Méndez y J. E. Méndez Manchán, en su *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1978, p. 50, señala que la elección realizada por las partes está basada en la confianza que el árbitro les merece por su rectitud e imparcialidad.

⁶ L. Parzaneso Casmo lo pone de manifiesto en la "Presentación" del libro de R. Santos Blascano, *Arbitraje comercial internacional*, 2ª ed., México, Perregrino Editores, 1997, p. XXI.

tos) si es que quieren estar convenientemente integrados a las transacciones cada vez más globalizadas. El arbitraje debe ser estudiado, analizado, apreciada su conveniencia en cada caso, conocidas las posibilidades que brinda y corregidos los defectos que puede presentar, incluso en todo aquello que tiene que ver con los vicios y las claudicaciones personales de quienes integran los tribunales?

Desde el punto de vista técnico jurídico, intentaremos ahora dedicarnos al tema de la ley aplicable al arbitraje, que nace de un contrato privado⁸ cuyo cumplimiento conduce al despliegue de conductas procedimentales buscando la decisión obligatoria de un tercero, también privado, que ponga fin a una controversia generada en una relación jurídica patrimonial internacional, usualmente comercial.

Para hablar de la ley aplicable al arbitraje debemos tener en cuenta que tanto los ordenamientos autónomos como los tratados internacionales contienen normas que, desparejamente, aluden a algunos de los puntos esenciales: el acuerdo o contrato de arbitraje, el procedimiento arbitral, la sentencia arbitral o laudo y el reconocimiento y ejecución del laudo. Comentaremos las referencias que hemos encontrado con respecto al tema de la ley aplicable, poniendo nuestra atención preferentemente en la cuestión del acuerdo o compromiso arbitral y excluyendo el tema de la ley aplicable al fondo de la controversia, que excede el propósito de este trabajo. Lo haremos a partir del sistema jurídico argentino, autónomo y convencional, incluyendo también una mención —a título comparativo— del Convenio europeo de 1961 que, no sin imprecisiones y lagunas, contiene varias disposiciones sobre ley aplicable. No tocaremos la Ley Modelo de UNCITRAL, que no ha sido incorporada al ordenamiento argentino y cuyo tratamiento merece un estudio metódico, sobre todo porque tenemos varios reparos a su respecto⁹.

II. El arbitraje internacional en el ordenamiento autónomo argentino

1. El arbitraje en la Ley de la navegación

La primera norma que menciona el arbitraje en asuntos internacionales aparecida en el ordenamiento argentino, está en el art. 621 de la Ley de la

navegación (20.094), que permite la prórroga de la competencia territorial de los tribunales argentinos a favor de árbitros o de tribunales extranjeros, siempre y cuando el acuerdo se celebre con posterioridad al acaecimiento del hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales nacionales. Es valorable la inclusión de la prórroga en esta ley, aun que puede criticarse su imprecisión con respecto a los supuestos jurisdiccionales contenidos en los arts. 612 a 620, como asimismo la injustificada limitación temporal que se exige a la celebración del acuerdo de prórroga.

Las normas de jurisdicción internacional que trae esta ley han sido redactadas en su mayoría de modo unilateral, es decir, señalando cuándo son competentes los tribunales argentinos, sin interesarse por la competencia de tribunales o árbitros foráneos. Se contempla entonces la denominada "jurisdicción directa" dejando prácticamente de lado la cuestión de la "jurisdicción indirecta", es decir, la que deben poseer los tribunales extranjeros cuando se tramita en la Argentina el reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo dictados en el extranjero. Cabe preguntarse, por ejemplo, si se admite el sometimiento a arbitraje en el exterior de un litigio en el que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, estando surto en puerto argentino (art. 612, complementado con el art. 611). En principio no debería haber inconvenientes, debido a la generalidad de la formulación del tipo legal del art. 621 ("Producido un hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales nacionales..."). Pero pueden surgir dudas sobre la prorrogabilidad si se toma en cuenta que la conexión jurisdiccional del art. 612 funciona como uno de los supuestos de aplicación del derecho argentino al tema de la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y su equipaje en el art. 604 de la misma ley. Si esta última disposición es entendida como una norma de aplicación inmediata ("norma de policía"), exclusiva y excluyente de toda ley extranjera, parece razonable concluir que la jurisdicción que otorga el art. 612 es improporrible. De lo contrario, se estaría convirtiendo en "disponible" a esa norma de policía o, dicho de otro modo, pasaría a ser una mera norma de conflicto unilateral.

Sin embargo la aludida generalidad de la prórroga lleva a ser muy cuidadosos en la determinación de excepciones, sobre todo teniendo en cuenta que la voluntad del legislador es muy precisa a la hora de fijar supuestos de improporrible. Vemos que hay competencia exclusiva argentina en el caso del segundo párrafo del art. 614 (transporte de mercaderías o personas con lugar de destino en la Argentina), y el art. 615 (averías comunes, cuando la aventura finalice o la liquidación y prorrateo se realice en puerto argentino). Pero en principio, fuera de estos supuestos, no parece que haya imposibilidad de prórroga en los casos de utilización de buque, ajuste, asistencia, salvamento, abordaje y seguro.

Volviendo por un momento al art. 604, parece razonable mantener el criterio de considerarlo como norma de aplicación exclusiva, pero sólo en el caso de transporte de personas con destino a la Argentina, debido a que solamente en tal supuesto cabe la jurisdicción local exclusiva. Reconocien-

⁷ En ocasiones sospechados de parcialidad, cuando se reitera su designación a propuesta de determinadas empresas.

⁸ Participamos de la concepción contractualista del arbitraje, sin perjuicio de reconocer que existen otras posturas con importantes argumentos a su favor. Puede consultarse el tema de la naturaleza del arbitraje en E. Artuch, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 41 ss, especialmente p. 45.

⁹ Véase, sin embargo, el análisis que A. Boscaio realiza en su *Derecho internacional privado*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 1052-1075, considerándola —no sin observaciones— como útil para la Argentina, no para incorporarla a su derecho interno, aunque sí para compararla con algunas líneas jurisprudenciales no del todo coherentes.

do que el punto merece ser profundizado, dejamos por ahora latentes algunas ideas que consideramos atendibles. En esa línea, pensamos en una sentencia foránea dictada por el juez del domicilio del asegurado (art. 520, 2º párr.) en un litigio por daños provocados al pasajero en el transcurso de un transporte por agua cuyo contrato se celebró en Argentina pero tuvo destino en el extranjero. ¿Rechazaríamos esa sentencia—dictada por un juez que para nosotros es competente—, porque no se aplicó la ley argentina señalada por el art. 504? No lo vemos justificado. El mismo supuesto puede traspolarse a la sentencia arbitral foránea o judicial de un tercer país (que no sea del domicilio del asegurado).

En cuanto al "tiempo del acuerdo arbitral" (momento en que puede acordarse la prórroga), la limitación que impone el art. 521 es irrazonable. Si la Argentina admite sentencias judiciales o arbitrales extranjeras en todos estos asuntos en los que en principio serían competentes los jueces propios, no vemos razón para negar esta posibilidad cuando el acuerdo se ha llevado a cabo mediante una cláusula compromisoria o un compromiso previos a los hechos litigiosos. Lo único que debe controlarse es la plena libertad con que tuvo que haberse acordado la prórroga: lo demás (si es cláusula o compromiso, si es anterior o posterior, si las condiciones del arbitraje son tales o cuales) no debe interferir para juzgar la validez del acuerdo. Obviamente que, llegado el caso, habrá de verificarse el respeto al debido proceso y el cumplimiento esencial de lo pactado, tanto en el despliegue procedimental como en el contenido del fallo, especialmente pasado por el tamiz del art. 14, incs. 1º y 2º del Código Civil (orden público internacional principalista). Pero todo ello, como desarrollo posterior de un acuerdo no obstruido por esa exigencia temporal.

2. El arbitraje en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)

En su redacción original, dada por la ley 17.454, art. 1º del CPCCN, disponía la impropiedad de la competencia territorial de los tribunales argentinos. Con posterioridad, la ley 21.305 introdujo la autorización de prórroga a favor de jueces o árbitros que actúan en el extranjero, siempre y cuando los asuntos fuesen patrimoniales, el acuerdo se llevare a cabo con anterioridad a los hechos litigiosos y no se estuviese ante un caso en el que hubiera jurisdicción argentina exclusiva. Para esa época (1976) resultaba anacrónico mantener la prohibición de la prórroga, cuando el entorno internacional la admitía, fundamentalmente por razones de conveniencia de los Estados interesados en fomentar el comercio, que exigía dos libertades de elección esenciales: la relativa a la ley nacional, subsidiariamente aplicable y la de los jueces, oficiales o privados, ante quienes habrían de dirimirse las eventuales controversias.

Era un giro importante del ordenamiento argentino hacia una mejor inserción en el mundo de los negocios, pero tenía unas fallas técnicas por cuanto no se había especificado que la prórroga sólo podía permitirse en

asuntos internacionales, se generaba una duda con respecto a la posibilidad de que la prórroga estuviese autorizada en un tratado internacional (aun cuando debía entenderse que prevalecía sobre la norma interna), y se imponía injustificadamente una limitación temporal al acuerdo, que debía ser concertado con anterioridad a los hechos motivo del litigio.

Fue así que en pocos años se aprovechó una reforma importante del Código Procesal y se relocó el art. 1º en las cuestiones apuntadas en el párrafo anterior. La ley 22.434 incorporó a la norma mencionada la salvedad de lo que estuviera dispuesto en tratados internacionales de los que fuera parte la República, lo que era evidente porque las condiciones de prorrogabilidad contenidas en un tratado debían—y deben—respetarse, más allá de lo que estuviera dispuesto en normas internas. Se eliminó la exigencia de que el pacto fuese otorgado con anterioridad a los hechos conflictivos, se agregó la necesidad de que el asunto litigioso fuese de orden internacional, y una nueva salvedad: que la prórroga no estuviese prohibida por ley.

De modo que el sistema quedó estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, rigen los tratados en los que haya disposiciones sobre prórroga. En segundo lugar, el art. 1º del CPCCN, según el cual se puede prorrogar la competencia territorial de los tribunales argentinos a favor de jueces o árbitros que actúan fuera de la República, siempre y cuando se trate de asuntos patrimoniales de índole internacional, no exista jurisdicción argentina exclusiva o, lo que es igual, que la prórroga no esté prohibida por ley. Tratándose de prórroga en favor de árbitros, debe tenerse en cuenta una circunstancia especial, ya que si eventualmente el fallo foráneo tuviese que ser sometido a reconocimiento y ejecución en la República, a los requisitos normales establecidos en el art. 517 del CPCCN, se agrega el que impone el art. 737 por remisión del art. 519 bis, ambos del mismo Código, en cuanto a que el asunto laudado debe ser susceptible de transacción.

3. Ley aplicable

Tanto en la ley de navegación como en el CPCCN aparece el arbitraje como un supuesto de prórroga de jurisdicción internacional. En este último se incluyen algunas previsiones sobre ley aplicable, cuando se regulan las exigencias para el reconocimiento y ejecución de fallos foráneos. El art. 519 bis remite, en lo pertinente, al art. 517 que contiene los requisitos para que una sentencia extranjera tenga fuerza ejecutoria en la Argentina. De allí podemos deducir que el fallo arbitral debe encontrarse firme en el Estado en que ha sido pronunciado, que normalmente es el país sede del tribunal arbitral, cuya ley será la aplicable—entonces— a la recurribilidad del fallo (art. 517, inc. 1º), lo mismo que a la validez formal (art. 517, inc. 3º).

En cuanto a la competencia "según las normas argentinas de jurisdicción internacional" (art. 517, inc. 1º), sólo contamos con el art. 1º, que supone un acuerdo de prórroga válido, aunque no se determina una ley aplicable al mismo. De manera que, tratándose de un pacto arbitral (sea compromiso o cláu-

ula compromisoria) que no se encuadra en ningún tratado internacional, no invade jurisdicción argentina exclusiva ni vulnera una prohibición local de prórroga, el mismo debe ser tomado como un contrato independiente y sometido a las normas de conflicto contractuales generales, admitiéndose —obviamente— el ejercicio de la autonomía conflictual y material. En tal orden de ideas, lo primero que hay que ver es si las partes eligieron una ley aplicable al acuerdo de arbitraje, tanto a la forma como al contenido. Si no lo han hecho, corresponderá la aplicación de la ley del lugar de celebración (arts. 12, 950 y 1180 del Código Civil), de la ley del lugar indicado en la fecha del documento privado hecho por correspondencia (art. 1181 CC, primer supuesto) o de la ley más favorable a su validez (si no constare ni siquiera un lugar mencionado en el mismo, según el art. 1181, 2º supuesto). En cuanto a la validez intrínseca, habrá que determinar si el acuerdo fue celebrado fuera de la Argentina para ser ejecutado (desarrollo del proceso arbitral) también fuera de la Argentina, caso en el cual la ley aplicable es la del lugar de celebración (art. 1205 CC) o si tiene celebración en la Argentina para ejecutarse en el extranjero, aplicándose en este supuesto la ley extranjera del país que se haya estipulado como sede del tribunal. Todo, respetándose siempre las normas de aplicación inmediata del foro local y las que aquí se considere necesario hacer respetar, de otros Estados vinculados estrechamente con el contrato de arbitraje, como asimismo los principios esenciales del orden público del juez a quien se pide el reconocimiento.

Todo este análisis deberá efectuarse en caso de que quien se oponga al reconocimiento de la sentencia arbitral alegue incompetencia del tribunal arbitral por vicios en el acuerdo del cual debe nacer esa competencia. Del mismo modo, podría esgrimirse incapacidad de alguna de las partes para la celebración del acuerdo, debiendo aplicarse la ley domiciliaria del presunto incapaz, conforme lo disponen los arts. 6, 7 y 948 del CC.

A lo dicho, debe agregarse el requisito material de que la acción verse sobre una cuestión patrimonial, de índole internacional (art. 1º CPCCN), que sea referida a una acción personal o real sobre bien mueble, si éste ha sido trasladado a la Argentina durante o después del proceso arbitral tramitado en el extranjero (art. 517, inc. 1º CPCCN), que lo decidido no afecte los principios de orden público del derecho argentino (art. 517, inc. 4º), entre los que se encuentran el "debido proceso" aludido en el inc. 2º del mismo artículo y que no exista incompatibilidad con una decisión anterior o simultánea de un tribunal argentino (art. 517, inc. 5º).

III. El arbitraje en la fuente normativa convencional

1. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

Ninguno de estos tratados contiene normas sobre el acuerdo arbitral. Sin embargo en ambas versiones de los arts. 5 en los Tratados de Derecho Pro-

cesal Internacional, tanto de 1889 como de 1940, se fijan los requisitos de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros. Probablemente se trate de una manifestación de máxima liberalidad en cuanto a cómo pactar un arbitraje, poniendo sólo atención al momento crítico en el que un fallo es llevado a un Estado extranjero para ser reconocido. Pero lo cierto es que no puede negarse que tanto a fines del siglo XIX como en las primeras décadas del XX, se admitía a nivel convencional la posibilidad de que se sometiesen controversias a la resolución de árbitros, colocando a sus fallos en un pie de igualdad con las sentencias judiciales, al exigirse los mismos requisitos de reconocimiento.

Desde otro ángulo, el hecho de que se reconozca al arbitraje como un modo de resolución de conflictos entre particulares, permite solventar cualquier duda que pueda tenerse sobre la prerrogativa de la jurisdicción internacional en ambos tratados, puesto que la única posibilidad de que exista el arbitraje radica en que la jurisdicción se pueda prorrogar, quitándose a los tribunales oficiales para otorgársela a jueces privados elegidos de común acuerdo por las partes.

Por lo demás, si bien es cierto que no aparecen normas concretas que impongan condiciones previas, de los propios requisitos de reconocimiento surgen pautas normativas cuyo incumplimiento impide la producción de efectos del fallo arbitral fuera del país en el que ha sido dictado. De ese modo, puede afirmarse que, ya para las postrimerias del siglo XIX el proceso arbitral debía contemplar debidamente el derecho de defensa, tanto sustancial como procesal, de los contendientes, y haber comenzado como consecuencia de un acuerdo libremente pactado, so pena de vulnerar los principios de orden público del Estado receptor.

Ahora bien, y sin perjuicio de que no resulta sencillo determinar en todos los casos el ámbito de aplicación de los Tratados de Montevideo, parece lógico que la validez del acuerdo arbitral (compromiso o cláusula compromisoria) quede sometida a las normas contractuales generales (arts. 33 y siguientes en el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 36 y siguientes del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940), como asimismo a las que rigen la capacidad de las personas para celebrar el acuerdo (arts. 1, 2, 3, 4, 9 del Civil Internacional de 1889, arts. 5, 6 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1889, arts. 1, 2, 4, 5, 6 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 y arts. 8 y 9 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1940). De todas maneras, según surge de los respectivos arts. 5 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, las sentencias arbitrales para las que se fijan requisitos de reconocimiento, son exclusivamente las dictadas en un Estado signatario. Pero ello no obsta a que el acuerdo de arbitraje haya sido pactado fuera de dicho ámbito. En cualquier caso, el recaudo de competencia exigido por los arts. 5 (Tratados de Montevideo de Derecho Procesal de 1889 y 1940) derivará de un acuerdo válido según las normas de conflicto antes mencionadas.

Consideración aparte merece la cuestión de la autonomía de la voluntad, puesto que en los Tratados de 1889 no se la menciona, mientras que en el Protocolo Adicional de los Tratados de 1940 está condicionada a su admisibilidad en la ley que resulte aplicable según las normas de conflicto de los propios tratados¹⁰. De esa manera, no nos parece cuestionable la posibilidad de que los contratantes elijan la ley aplicable al acuerdo arbitral, sin límites en el ámbito de 1889 y con la aparente limitación del Protocolo Adicional en 1940.

Algo similar a lo que sucede con el art. 517 del CPCCN, la cuestión de la firmeza del fallo está sometida a la ley del país en el que ha sido dictado, exigiéndose también el respeto del debido proceso y del orden público del lugar de reconocimiento.

2. La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Esta Convención da la posibilidad de que se apliquen las leyes de los Estados parte que hagan las reservas autorizadas por el art. 1.3. con relación al art. 1.1. De ese modo, los Estados que hacen uso de esa potestad, aplican su ley para excluir de la Convención a las sentencias arbitrales internas no consideradas como nacionales, o las sentencias arbitrales extranjeras que no deriven de relaciones jurídicas consideradas internamente como comerciales¹¹.

En el art. II se impone materialmente el requisito del "acuerdo por escrito" (inc. 1) y se brinda una calificación autónoma de dicha expresión, definiéndola como cláusula compromisoria o compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas (inc. 2). Sin embargo, no basta con que se cumpla con la forma autorizada en el art. II, porque del art. V. 1.a) surge que la validez del acuerdo puede fallar debido a la incapacidad de alguna de las partes, tema para el que se invoca "la ley que le es aplicable", sin decir cuál es esa ley. Por lo tanto, habrá que buscar la norma de conflicto en el ordenamiento del país de reconocimiento. Pero además, en el mismo inciso aparece una norma de conflicto que somete la validez del acuerdo a la ley electa por las partes (autonomía de la voluntad) o, en su defecto, a la ley del país en que se haya dictado la sentencia.

¹⁰ Sobre este tema, compartimos la opinión de A. Bossaño (nota 9), pp. 368-369, quien sostiene que la ausencia de mención en los Tratados de 1889 conduce a su aceptación, en virtud de lo que establece el art. 19 de la Constitución Nacional argentina en cuanto a que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella autoriza. En cuanto a los Tratados de 1940, el art. 5º del Protocolo Adicional acepta la autonomía, al menos en la medida en que sea receptada por la ley aplicable.

¹¹ Es posible acotar el ámbito material de aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, mediante la reserva del art. 1.3. segundo párrafo, respecto de la "comercialidad" del litigio, aunque no del carácter contractual o no contractual de la relación jurídica de base.

3. La Convención interamericana de arbitraje comercial internacional (CIDIP I, Panamá, 1975)

En el art. 1º consagra la validez del acuerdo arbitral hecho por escrito, firmado por las partes o por canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex, limitándolo a los negocios de carácter mercantil. Luego, remite a las reglas de procedimiento de la CIAC cuando las partes no han previsto el punto (art. 3º), y para la ejecución del laudo, lo equipara a la sentencia judicial, someténdolo a las leyes procesales del país donde se ejecuten. El núcleo esencial de esta Convención se encuentra en el art. 5º que es reproducción del art. V de la Convención de Nueva York de 1958, por lo que nos remitimos a lo dicho al tratar la ley aplicable en ese instrumento.

En el ámbito de CIDIP II, Montevideo, 1979, se aprobó la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros que contiene similares requisitos de reconocimiento y ejecución a los que establecen los Tratados de Montevideo de Derecho procesal internacional y el CPCCN.

4. Los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur (Buenos Aires, 1998)

En 1998 se celebraron en Buenos Aires dos tratados de arbitraje comercial internacional. Uno, entre los cuatro países del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay); el otro, de idéntico texto, entre esos países, por un lado, y los "asociados" al Mercosur, Bolivia y Chile.

Veamos qué disposiciones contienen sobre el tema de la ley aplicable al arbitraje. En primer lugar, aparecen normas materiales con definiciones unificadas. Así, el art. 2, califica —con escaso rigor técnico— lo que debe entenderse por "arbitraje", "arbitraje internacional", "autoridad judicial", "contrato base", "convención arbitral", "domicilio de las personas físicas", "domicilio de las personas jurídicas o sede social", "laudo o sentencia arbitral extranjera", "sede del tribunal arbitral" y "tribunal arbitral".

En segundo lugar, luego de consagrar la autonomía de la convención arbitral¹² respecto del contrato base, distingue entre validez formal y validez intrínseca, trayendo diferentes normas de conflicto, en general, de escasa calidad y dudoso acierto.

¹² A la que no puede llamar "acuerdo", como prácticamente se usa con unanimidad, porque se genera confusión con el nombre del Tratado. Véase al respecto R. Santos BELLARDO (nota 6), p. 61, cuando al comentar el art. II, 1 de la Convención de Nueva York de 1958, dice que la expresión genérica de "acuerdo" es la compartida por la doctrina y realiza el carácter autónomo del mismo. Así, el acuerdo es considerado con autonomía y no un simple accesorio de un contrato principal. Sería "un contrato dentro de un contrato" cuya finalidad esencial es la de resolver los conflictos actuales o eventuales que puedan surgir debido a la existencia de ese contrato principal.

A. La validez formal de la convención arbitral

El tema está regulado en el art. 6, cuyo inc. 1 dispone materialmente que la convención arbitral deberá constar por escrito¹³. Nos preguntamos cómo se juzgaría un arbitraje desarrollado a partir de un pacto verbal. De inmediato (inc. 2) aparece la norma de conflicto general para convenciones otorgadas entre "presentes", consagrándose la conocida regla *locus regit actum*. Tratándose de convenciones celebradas entre "ausentes", el inc. 3 "autoriza" su instrumentación por medio del intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada, agregándose el telefax, correo electrónico "o medio equivalente", casos en los cuales las comunicaciones deberán ser confirmadas por "documento original". Aquí cabe preguntarse qué se entiende por "documento original".

Pero además, se agrega que esa confirmación por documento original, es "sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco" (inc. 5, para nosotros). Cuando vamos al inc. 5 nos encontramos con una norma de conflicto materialmente orientada hacia la validez de la convención, según la cual:

"Si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumple con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 literal b)."

Esta norma motiva diferentes apreciaciones. En primer término, puede ser evidente el lugar de celebración, si el pacto se realiza entre presentes. Pero si es entre ausentes, no queda en claro cuál es ese lugar, por la ambigüedad del inc. 4 que localiza el perfeccionamiento "(...) en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por documento original".

En segundo término, es sumamente cuestionable que la convalidación formal se oriente hacia el derecho de alguno de los Estados con los cuales haya contactos objetivos conforme al art. 3, literal b), por cuanto se trata exclusivamente de Estados miembros del Mercosur, en tanto el Acuerdo (el "Tratado") se aplica también a otros supuestos en los que puede no haber "contacto objetivo jurídico o económico" (según la terminología empleada por el art. 3) con dichos países. En tales supuestos, una convención formalmente nula según la *lex loci celebrationis*, pero válida según el derecho de un Estado no-parte del Mercosur, debería ser invalidada, aun cuando el caso cayera dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo, por ejemplo, por encuadrar en el art. 3, inc. a), que sólo exige que las partes estén domiciliadas en Estados miembros. Algo similar ocurriría en el supuesto del art. 3, inc. e).

¹³ Llamativamente, no se exige la firma de las partes.

B. La validez intrínseca de la convención arbitral

El art. 7, primer inciso, adopta la generalizada regla de la ley domiciliaria para regir la capacidad de las partes de la convención arbitral. En el segundo inciso, somete la validez intrínseca propiamente dicha (consentimiento, objeto y causa) al derecho del Estado parte sede del tribunal arbitral. Esta norma de conflicto del segundo inciso puede ser criticada desde dos puntos de vista. De un lado, porque no admite el ejercicio de la autonomía de elección de la ley aplicable, lo cual configura un anacronismo difícil de comprender. Véase que ya en la Convención de Nueva York de 1958 aparece la posibilidad de someter el acuerdo a la ley elegida por las partes -art. V, 1, a-. De otro, porque la única ley que declara aplicable es la de un Estado parte que, además, sea sede del tribunal arbitral, con lo cual quedan excluidos varios supuestos del art. 3 sobre el ámbito de aplicación. En efecto, si nos detenemos por un momento en el art. 3, vemos que no hay "Estado parte-sede", en los incs. a), b) y d). La cuestión no es intrascendente, si se advierte que los incs. a) y b) son los únicos en que se contempla como inevitable la aplicación del Acuerdo, ya que en los tres restantes, c), d) y e), su aplicabilidad depende de una manifestación de voluntad de las partes contratantes. De ahí que quepa calificar como gravemente errónea a esta norma de conflicto, porque está ordenando la aplicación de una ley que sólo estará disponible en dos supuestos en los que los contratantes voluntariamente se sometan al Acuerdo -art. 3, incs. c) y e)-. Por lo demás, no es congruente con la autonomía conflictual consagrada en el art. 10 respecto de la ley aplicable a la controversia¹⁴.

5. El Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual¹⁵

En su Capítulo I, el Protocolo "permite" prorrogar la jurisdicción que corresponda a jueces de un Estado parte, a favor de jueces de otro Estado parte, como también de tribunales arbitrales (art. 4º, 2º párr.), pudiendo hacerlo en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio (art. 5, 1er párr.). La pretendida amplitud temporal omite considerar el acuerdo hecho antes de la celebración de un contrato¹⁶ o

¹⁴ Véase J. Alborno, "El arbitraje en el Derecho internacional privado y en el Mercosur (Con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje del 23 de julio de 1998). Relato para el XV Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XI Congreso Argentino de Derecho Internacional" -Presidente Dr. Juan Carlos Puig-, Mar del Plata, 30 de septiembre al 2 de octubre de 1999", RCEA, vol. XIV, 1999, pp. 15-46.

¹⁵ Cuyo art. 2 excluye del ámbito de aplicación del Protocolo a los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos, los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio, los contratos de seguridad social, los contratos administrativos, los contratos laborales, los contratos de venta al consumidor, los contratos de transporte, los contratos de seguros y los derechos reales.

¹⁶ Acuerdo arbitral celebrado para abarcar futuros contratos entre las partes.

con posterioridad al cumplimiento de todas las prestaciones, pero antes de surgido el litigio.

Se incluye una norma de conflicto que somete la validez y los efectos del acuerdo a la ley del Estado parte cuyos jueces serían competentes, agregando que "en todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo" (art. 5º, 2º párr.). De tal modo que el Estado parte cuyos jueces son "derogados", tendría que resignar las objeciones que surgieran de su propio ordenamiento contra el acuerdo arbitral, si éste es válido, por ejemplo, según la ley del Estado parte en el que se dictó el laudo.

En el art. 6 se incluye la admisión de la prórroga tácita¹⁷, aunque aparentemente sólo para la elección de un tribunal judicial. Desde nuestro punto de vista, nada obstaría a una prórroga tácita a favor de un tribunal arbitral¹⁸.

En cuanto al régimen general del Protocolo, tiene aspectos positivos (la admisión de la prórroga y posibilidades jurisdiccionales subsidiarias) y negativos, especialmente la cuestión técnico jurídica, buscando soluciones modernas con razonamientos y lenguaje anticuados, y a veces inapropiados, como cuando trae al ámbito competencial contactos que el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 contiene para derecho aplicable¹⁹.

5. El Protocolo de Las Leñas de 1992

En este Protocolo de asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, aparecen normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales que, en esencia, no difieren de los recaudos contenidos en los Tratados de Montevideo y en el CPCCN, por lo que no nos detendremos en él²⁰.

IV. El arbitraje en los reglamentos institucionales

Las instituciones privadas administradoras de arbitrajes elaboran sus reglamentos, que constituyen en sí mismos la "ley aplicable", fundamentalmente a las cuestiones procedimentales. Eventualmente contienen disposiciones que aluden a alguna ley nacional aplicable, como puede suceder en

¹⁷ Cuando el demandado la acepta "(...) en forma positiva y no ficta", fórmula repetida textualmente como figura en el art. 56, 3er. párr. del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940.
¹⁸ Como podría darse, eventualmente, si una de las partes plantea una demanda ante un tribunal o corte permanente de arbitraje, y la otra contesta sin reparos.

¹⁹ Véase M. A. Cano Carballal, *El Derecho Internacional privado ante los procesos de integración - Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 95. El autor señala que el Protocolo contiene un conjunto de soluciones acordes con las necesidades del mercado integrado, cuya idea básica es la autonomía de las partes, admitida con relativa amplitud pero encauzada con una imperatividad limitada, siendo amplias las posibilidades jurisdiccionales subsidiarias.
²⁰ Arts. 20-24 del Protocolo.

cuestiones relativas a la tramitación de medidas cautelares, o hasta dando la posibilidad de que los contendientes elijan una ley procesal nacional para regir el trámite.

El reglamento de la Cámara de Comercio Internacional alude a posibles impugnaciones o excepciones planteadas por una de las partes respecto de la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral (art. 6.2), presentando el tema como una cuestión de competencia que deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral, en el caso de que la Corte esté convencida de la existencia del acuerdo. De no existir tal convencimiento, se notifica a las partes que el arbitraje no puede continuar, sin perjuicio del derecho que les asiste de acudir a cualquier tribunal competente para que se expida sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue. Si se lograse una resolución positiva (que obviamente estará basada en la ley que el sistema de DPr del tribunal competente indique como aplicable), "resucitará" el acuerdo y el arbitraje podrá continuar.

En el reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial de 1988 encontramos la exigencia de la forma escrita para el acuerdo y que la aplicación del propio reglamento se hará con las modificaciones que las partes le hagan, también por escrito (art. 1, 1). De inmediato (art. 1, 2) establece que si alguna norma del reglamento estuviera en contradicción con normas que las partes no puedan derogar del "derecho aplicable al arbitraje", prevalecerán éstas últimas. Pero no da ninguna precisión respecto al derecho que considera aplicable. En el art. 2.1 dispone que el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, expidiéndose respecto de la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, aunque no aclara con qué ley lo hará.

V. El Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961

En el art. 1.2.a), este Convenio define al "acuerdo o compromiso arbitral" de manera amplia, refiriendo a una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso o contrato separado, firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipos, agregando que "en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral [se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral] todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes". Pese a que tiene ya más de cuarenta años, la concepción de lo que debe entenderse por acuerdo arbitral es muy amplia, al punto de no consistir a la forma escrita con firma de las partes, ni exigir la confirmación por "documento original".

En cuanto al procedimiento, el Convenio declara aplicable el reglamento de la institución designada por las partes (art. IV.1.a) o, si se trata de arbitraje *ad hoc*, las normas aplicables son las que fijan las mismas partes (art.

V.1.b.iii). Si las partes no se pusieren de acuerdo, las normas de procedimiento serán fijadas por el árbitro o, en última instancia, por el Comité Especial al que refiere el anexo del Convenio.

En lo referido a planteos de incompetencia del tribunal arbitral, puede llegar a aplicarse la ley indicada por la regla de conflicto de un tribunal judicial ante el cual una de las partes haya pedido la revisión del fondo del asunto o la ejecución del laudo (art. V.2) o eventualmente su *lex fori* (art. V.3).

Cuando se entabla una demanda judicial, la excepción de incompetencia basada en la existencia de un acuerdo arbitral será tratada como cuestión procesal o sustantiva, según lo considere la *lex fori* (art. VI.1). Si un tribunal judicial examina la existencia o validez del acuerdo arbitral, deberá atenderse, en cuanto a la capacidad de las partes, "a la ley que les sea aplicable" (art. VI.2, en obvia alusión a las normas de conflicto del país del tribunal). De inmediato (art. VI.2, a, b, c) señala el Convenio que la ley aplicable al acuerdo o compromiso arbitral es la que hayan designado las partes o, subsidiariamente, la ley del país donde deba dictarse el laudo. Si esta circunstancia no es determinable, se buscará la ley según las reglas de conflicto del tribunal estatal, quien, a su vez, podrá denegar el reconocimiento del acuerdo si, conforme a su *lex fori*, la controversia no es arbitrable.

VI. Conclusión

El panorama regulatorio del arbitraje para la Argentina y su entorno, tanto regional como continental, no es muy claro. Por una parte, el arbitraje es una figura que no debería ser engullida por la ley, pero tampoco puede funcionar totalmente desprendida de los ordenamientos convencionales y nacionales, como lo pretenden las tendencias a ver una *lex mercatoria* autosuficiente con sus propios mecanismos de solución de conflictos. Como todo lo que se relaciona con la libertad de actuación, de creación, de decisión individual, si se considera al arbitraje como positivo para el desarrollo del comercio, es menester incentivar su utilización, pero dentro de cauces principistas, éticos y legales de los cuales nunca debe emanciparse. La cuestión no es novedosa; se trata simplemente de una manifestación importante del uso de la autonomía contractual, que se despliega en tanto y en cuanto la ley la autoriza. Ninguna *lex mercatoria*, uso, práctica, regla comulgada o fallo arbitral deben ser tolerados si trasvasan los principios esenciales de los ordenamientos nacionales o comunitarios. Es el empleo de la libertad sin excesos.

La determinación de la ley aplicable al arbitraje no debe servir para complejizar la figura, porque de esa forma atenta contra su efectividad y confiabilidad. Todo nace de un acuerdo de cuya validez depende el desarrollo posterior, y culmina con una sentencia que debe ajustarse a los límites impuestos en dicho acuerdo. Entre ambos extremos, debe haber un procedimiento desplegado conforme a lo que los litigantes han pactado, en el que

ha de resguardarse el debido proceso. Las normas legales o convencionales deben ser sencillas, claras y escuetas, de modo que permitan el despliegue de las conductas con la mayor libertad y garanticen un control efectivo y justo en caso de ser necesario. En esa línea se encuadran la Convención de Nueva York de 1958 y su réplica, la CIDIP I de Panamá-1975. Todo lo contrario ocurre con el Acuerdo del Mercosur de 1998, cuya complejidad e importantes desaciertos contradicen la loable finalidad perseguida con su elaboración²¹.

Dejando de lado los Acuerdos del Mercosur, que en nuestra opinión dan suficiente margen como para eludir su aplicación, hay algunas cuestiones puntuales que deben tener en cuenta quienes utilicen el arbitraje. En primer término, procurar que el pacto (anterior, coetáneo o posterior al contrato) se lleve a cabo por escrito y, de ser posible, que lo firmen las partes contratantes. De todas maneras, será menester asegurarse de que no quede fuera de los márgenes legales del país en el que se haya de dictar el laudo, o del país cuya ley las partes hayan elegido como aplicable a dicho pacto. También habrá que tener en cuenta las normas vigentes en el Estado en el que podría llegar a requerirse el reconocimiento del fallo. Si ese país fuera la Argentina, se aplicarían las normas vigentes para el reconocimiento de sentencias judiciales, además de verificarse que la cuestión de fondo fuese transable.

Siempre se debe constatar dentro de qué tratado internacional puede caer el caso, para determinar sus exigencias y la medida en que cada tratado da cabida a las leyes nacionales de los países miembros o ratificantes. Un dato positivo lo constituye la gran cantidad de países que integran el sistema de Nueva York que, aun desactualizado, sigue siendo una herramienta de gran utilidad para la circulación internacional de los laudos.

²¹ Véanse, al respecto, nuestras conclusiones en el Relato (nota 14), pp. 45-46.

