

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.
TESIS DE GRADO

VICTOR JOSE DAVID LOPEZ JUAREZ
CARNET 15079-05

QUETZALTENANGO, OCTUBRE DE 2014
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
VICTOR JOSE DAVID LOPEZ JUAREZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, OCTUBRE DE 2014
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LICDA. THULY ROSMARY JACOBS RODRIGUEZ

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: ARQ. MANRIQUE SÁENZ CALDERÓN

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

Guatemala, 30 noviembre 2011

Señores
Consejo de Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Estimados Señores,

En atención a la designación efectuada por dicha Facultad para asesorar al alumno Víctor José David López Juárez, carnet número 15079-05, tengo el agrado de informarle que he procedido a orientar al estudiante en la elaboración de la tesis **"LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL"**.

Con base a la revisión del trabajo tengo a bien informar que éste presenta los requerimientos metodológico, teórico y conceptual necesarios para ser aprobados, en consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para poder continuar con el procedimiento correspondiente de revisión en dicha Facultad.

Sin otro particular,

Atentamente,


Najman Alexander Aizenstadt Leistenschneider, LL.M., Esq.

Asesor

Najman Alexander Aizenstadt Leistenschneider
Abogado y Notario



Universidad
Rafael Landívar
Tradicón Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071-2012

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante VICTOR JOSE DAVID LOPEZ JUAREZ, Carnet 15079-05 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07135-2012 de fecha 19 de abril de 2012, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de octubre del año 2014.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Agradecimientos

A DIOS

A JESUS

A mis Padres

A mis Hermanos

A mi Familia

A Veronika

A mis Amigos

A mi Asesor de Arbitraje: Alvaro Castellanos Howell, LL.M., Columbia Law School

A mi Asesor de Tesis: Alexander Aizenstatd, Esq., LL.M., Yale Law School

A la Universidad Rafael Landívar, Campus Quetzaltenango.

Dedicatoria

al maravilloso

ESPÍRITU SANTO

Índice

	Pág.
Introducción	1
Capítulo I Arbitraje	
1.1 Orígenes	4
1.2 Definición	7
1.3 Naturaleza Jurídica	7
1.3.1 Teoría Contractualista	7
1.3.2 Teoría Procesalista	8
1.3.3 Teoría Ecléctica	9
1.3.4 Teoría Autónoma	10
1.4. Clases de arbitraje	10
1.4.1 Arbitraje Institucional	10
1.4.2 Arbitraje <i>ad-hoc</i>	12
1.4.3 Arbitraje en equidad y en derecho	12
1.4.4 Arbitraje interno e internacional	13
1.4.5 Arbitraje voluntario y forzoso	13
Capítulo II El Arbitraje Comercial Internacional	
2.1 Generalidades	14
2.2 Elementos del arbitraje	16
2.2.1 El acuerdo de arbitraje	16
2.2.2 Facultades que confiere el acuerdo arbitral	17
2.2.3 La elección de los árbitros	17
2.2.4 La decisión del tribunal arbitral	18
2.2.5 La ejecución del laudo	19
2.3 Ventajas del arbitraje	19
2.4 Desventajas del arbitraje	20
2.4.1 Costos	20
2.4.2 Límites a las facultades de los árbitros	21
2.4.3 Laudos contradictorios	21

2.5 El significado de los términos internacional y comercial	22
2.5.1 El significado del término internacional	22
2.5.2 El significado del término comercial	24
2.6 Confidencialidad	26
2.7 Clases de arbitraje comercial internacional	29
2.7.1 Arbitraje Institucional y <i>ad hoc</i>	29
2.7.2 Ventajas y desventajas del arbitraje institucional	29
2.7.3 Ventajas y desventajas del arbitraje <i>ad hoc</i>	30
2.8 Instituciones de Arbitraje	31
2.8.1 La Cámara de Comercio Internacional (CCI)	31
2.8.2 La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA)	32
2.8.3 La Asociación Americana de Arbitraje (AAA)	33
2.9 El rol de los convenios internacionales y la Ley Modelo CNUDMI	34
2.9.1 Convenios Regionales	34
2.9.2 El Protocolo de Ginebra de 1923	35
2.9.3 La Convención de Ginebra de 1927	35
2.9.4 La Convención de Nueva York de 1958	35
2.9.5 La Ley Modelo de la CNUDMI	36
2.9.6 La Convención de Panamá de 1975	37
2.10 El derecho aplicable	38
2.10.1 La <i>lex arbitri</i>	38
2.10.2 El derecho aplicable al fondo	40
2.10.3 El derecho Transnacional	42
2.10.4 Los Principios UNIDROIT	42
2.11 Constitución y organización del tribunal arbitral	43
2.11.1 Designación de árbitros	44
2.11.2 Requisitos que deben reunir los árbitros	46
2.11.3 Imparcialidad e independencia de los árbitros	47
2.12 El papel de los tribunales judiciales durante el arbitraje	47
2.12.1 Medidas Cautelares	49
2.13 El Laudo Arbitral	51

2.13.1 Definición	51
2.13.2 Clases de Laudos	52
2.13.3 Forma del laudo	53
2.13.4 Plazo	53
2.14 Impugnación del laudo arbitral	54
2.14.1 Incapacidad	54
2.14.2 Violación del debido proceso	54
2.14.3 Cuestiones jurisdiccionales	55
2.14.4 Cuestiones procesales	55
2.15 Reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales	56
2.15.1 Denegación de Reconocimiento y Ejecución	57

Capítulo III Cláusulas Arbitrales

3.1 Clases de acuerdos arbitrales	59
3.2 La validez del acuerdo arbitral	61
3.2.1 Validez formal	61
3.2.2 Validez substantiva	61
3.3 Elementos del acuerdo arbitral	69
3.3.1 Elementos Necesarios	69
3.3.2 Elementos Recomendados	71
3.3.3 Elementos Opcionales	72
3.4 La autonomía de la cláusula arbitral	73
3.5 Cláusulas Arbitrales Modelo	75
3.5.1 Cláusulas modelo de Instituciones de Arbitraje	75
3.5.2 Cláusulas modelo de Arbitraje ad hoc	76

Capítulo IV Cláusulas Arbitrales Patológicas

4.1 Orígenes	79
4.2 Elementos	80
4.3 Definición	81
4.4 Cláusulas patológicas de primer grado	82

4.4.1 Cláusulas que contienen la palabra “podrán”	83
4.4.2 Cláusulas con referencia a arbitraje <i>ad hoc</i> e institucional	85
4.4.3 Cláusulas con referencia a dos instituciones arbitrales	86
4.4.4 Cláusulas con instituciones arbitrales inexistentes	87
4.5 Cláusulas patológicas de segundo grado	89
4.5.1 Designación de árbitros bajo un nuevo acuerdo de las partes	89
4.5.2 Cláusulas con procedimientos judiciales preexistentes	91
4.5.3 Cláusulas patológicas optativas con referencia a tribunales arbitrales y jurisdiccionales	93
4.5.4 Cláusulas con referencia a Conciliación y Arbitraje	95
4.5.5 Arbitraje Flotante	96
4.5.6 Hiperpatología	97
4.6 El Principio de la Interpretación Efectiva (<i>in favorem validatis</i>)	99
4.7 Consideraciones Finales	100
Conclusiones	102
Recomendaciones	104
Referencias	105

Listado de Abreviaturas

AAA	American Arbitration Association
CCI	Cámara de Comercio Internacional, Paris.
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras de 1958.
Convención de Panamá	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
IBA	International Bar Association
LCIA	London Court of International Arbitration
Ley Modelo	Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.
Ley de Arbitraje de Guatemala	Decreto No. 67-95 del Congreso de la República de Guatemala.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado.

Resumen

La presente investigación de tipo Jurídico Descriptiva aborda el estudio relativo a las cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional, cuya bibliografía en el ámbito nacional e internacional aún es escasa. El objetivo general de la investigación fue realizar un estudio teórico sobre las cláusulas patológicas en este método alternativo de solución de controversias.

Debido a la popularidad que el arbitraje tiene en la actualidad, éste se consolida como el mecanismo más idóneo para la resolución alternativa de disputas en el comercio internacional. Por tanto, para el correcto desarrollo del arbitraje, es de suma importancia plasmar adecuadamente la voluntad inequívoca de las partes a través de una cláusula arbitral válida, siendo fundamental evitar cualquier tipo de ambigüedades que puedan conllevar como consecuencia la nulidad del arbitraje.

Esta investigación, en primera instancia desarrolla el arbitraje de manera amplia, profundiza en los aspectos importantes del arbitraje comercial internacional, aborda en detalle lo relacionado a la cláusula compromisoria, proponiendo la utilización de cláusulas modelo y finalmente estudia detenidamente las cláusulas patológicas, desglosándolas en dos grandes grupos, de menor y mayor patología, a través de ejemplos aplicados a casos concretos para su mejor comprensión. Por último se proponen soluciones prácticas para subsanar este tipo de cláusulas arbitrales.

En otras palabras, este trabajo ofrece un aporte importante para aquellos que deseen investigar a profundidad sobre esta temática, también brinda soluciones prácticas, una vez las partes dentro de un arbitraje comercial internacional se hallen ante esta problemática.

INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad ha predominado en el ámbito contractual. La importancia de este principio radica en que permite a los interesados contratar lícitamente entre sí con el ánimo de obtener un lucro. Sin embargo es inevitable que en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales surjan conflictos entre las partes, quienes pueden recurrir a los tribunales internos del Estado para dirimir la controversia, sin embargo en la práctica, la justicia impartida por los tribunales internos no necesariamente cumple con ser rápida, pronta y expedita. Por tanto, en la actualidad los métodos alternativos para la resolución de controversias, particularmente el arbitraje, surgen como una alternativa viable y permiten sustraer el litigio de los jueces para someterlo a árbitros competentes, independientes e imparciales, quienes resolverán la controversia de manera vinculante y definitiva.

En los últimos años la aceptación y armonización del arbitraje comercial internacional a nivel mundial ha tenido mayor auge que nunca. Con la creación de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), gran cantidad de países han modernizado su legislación para adaptarla a las exigencias del comercio internacional. Desde entonces el arbitraje internacional ha tenido cada vez mayor aceptación y han existido logros importantes para consolidar a este mecanismo como el método más idóneo para la resolución de conflictos comerciales a nivel internacional.

La voluntad de las partes de recurrir al arbitraje se plasma a través de la cláusula arbitral, la cual dispone que cualquier controversia que surja o tenga relación con el contrato se someterá al arbitraje. De esta forma las partes se obligan a recurrir al arbitraje una vez acaecido el conflicto y a acatar lo dispuesto en el laudo dictado por el tribunal arbitral.

Sin embargo, no es poco común que en la práctica, la cláusula arbitral presente ciertas ambigüedades o imprecisiones que dejan la puerta abierta a otras

interpretaciones que pudiesen llegar a producir como resultado la nulidad de la cláusula y por tanto la nulidad del arbitraje mismo.

Este tipo de cláusulas defectuosas han sido denominadas como Cláusulas Patológicas, término que fue acuñado originalmente Frédéric Eisemann antiguo secretario de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Paris, cuando decidió hacer una compilación de las cláusulas arbitrales defectuosas más representativas que habían dificultado la consecución del arbitraje o simplemente habían acarreado su nulidad. A partir de entonces, este tema ha sido un punto medular en el arbitraje internacional, pues de la correcta eficacia de la cláusula arbitral depende el correcto desenvolvimiento del arbitraje.

La presente investigación es un estudio detallado sobre las diferentes cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional, cuyo aporte permite a los interesados acceder a un número considerable de cláusulas patologías para entender de manera práctica los elementos y características de este tipo de cláusulas. Así mismo permite a los interesados tener el conocimiento necesario para evitar incurrir en este tipo de errores al momento de la redacción de la cláusula arbitral o en su caso, si las partes dentro de un arbitraje ya se encuentran frente a una cláusula patológica, el trabajo brinda las herramientas necesarias para poder subsanar dicha patología, en caso de ser procedente.

El trabajo se desarrollo en primer lugar a través de una recopilación de fuentes bibliográficas, para el efecto se accedió a bases de datos legales, con el fin de compilar la información específica sobre la materia. Posteriormente se realizó un mapeo legal con respecto a los convenios, tratados y normas de *soft law* aplicables para complementar la investigación. Seguidamente se delimito la pregunta de investigación, el objetivo general y específico, además de los límites y alcances del trabajo. Por último se redactó la investigación con respaldo de las fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales, realizando un aporte propio con el fin de responder a la pregunta de investigación y cumplir con los objetivos de la misma.

Se tuvo como objetivo general la realización de un estudio sobre las cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional. Así mismo se tuvo como objetivos específicos: a) Delimitar el análisis de la temática a nivel internacional, llevando a cabo un enfoque en el continente americano y europeo; b) Determinar las cláusulas arbitrales modelo para garantizar el correcto desenvolvimiento de un arbitraje comercial internacional; c) Conocer el origen, características y clases de cláusulas patológicas; y d) Determinar las posibles formas de subsanar la patología de una cláusula arbitral.

El trabajo tuvo como alcance específico el estudio de las cláusulas arbitrales patológicas, abordando consecuentemente el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Partiendo de la premisa que el arbitraje puede desarrollarse en diferentes materias delimitadas por las leyes internas de los Estados, la presente investigación se enfocó exclusivamente en el arbitraje comercial. Tampoco abordó la temática exclusivamente desde el punto de vista nacional, sino más bien encamina el estudio de la problemática a partir de un punto de vista internacional, más precisamente haciendo un enfoque en el continente americano y europeo, sin dejar de lado los aportes importantes provenientes del resto de continentes.

Los límites de la tesis se presentaron con respecto a la escasa bibliografía sobre la temática específica. Así mismo debido al principio de confidencialidad del arbitraje, se dificultó el acceso a ciertos laudos arbitrales.

Actualmente no son pocos los arbitrajes donde se pueden encontrar claros ejemplos de cláusulas patológicas por errores de redacción en el acuerdo arbitral. Es entonces, donde el tema cobra relevancia, principalmente también cuando una de las partes ataca directamente la cláusula arbitral tachándola de patológica con el fin de no cumplir más con lo pactado en el contrato. Por tanto, el conocimiento de las cláusulas patológicas es vital en la práctica actual del arbitraje comercial internacional.

Capítulo I Arbitraje

1.1 Orígenes

Es muy difícil establecer con exactitud el origen del arbitraje, sin embargo gran parte de la doctrina señala que surgió en la época primitiva, al no existir un sistema judicial, las personas debían recurrir a la decisión de un tercero imparcial. Aunque también es claro reconocer que “desde el principio de la humanidad se encuentra de alguna manera reconocida su existencia,... se aprecia desde el inicio de los tiempos, una marcada influencia del arbitraje en el desarrollo de las instituciones judiciales que hoy conocemos”¹.

Se reconoce entonces que “mucho antes que las leyes fueran establecidas, los tribunales organizados, o que los jueces formularan principios de derecho, el hombre había recurrido al arbitraje para resolver sus discordias, ajustar sus diferencias y solucionar sus controversias”². En estas épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la autoridad era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial.

En la antigua Grecia, surgieron relatos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios quienes eran elegidos por los contendientes. El tratadista Ignacio Medina, refiriéndose a los orígenes del arbitraje cita el siguiente pasaje de la mitología griega: "se dice que el primer arbitraje llevóse a cabo por mandato de Zeus, en ocasión de haberse suscitado una cuestión acerca de quien fuera la más bella entre tres grandes deidades femeninas: Hera, Atena y Afrodita. Para decidirla el padre de los dioses ordenó a Hermes, hijo suyo y de la diosa Maya, que hiciera saber a Paris, dios joven dotado de relevantes prendas masculinas que vivía en el Monte Gárgaro, que sería éste quien debería decidir el

¹ Bernal Gutiérrez, Rafael, *El Arbitraje en Guatemala, apoyo a la Justicia*. Editorial Seriviprensa, Guatemala, 2000, Pág. 19.

² Emerson, Frank. "History of Arbitration Practice and Law", Volume 19, *Cleveland State Law Review*, EE.UU., 1970, p. 155.

conflicto y entregar a la que declarase vencedora, una gran manzana de oro que desde luego el propio Hermes puso en sus manos... Éste, previo acuerdo de las partes, decidió la controversia por arbitraje, y tras realizar la difícil comparación entre las tres deidades concursantes entregó por fin la manzana de oro a la diosa del amor, Afrodita. Y fue tan justa la decisión del árbitro en aquella ocasión, que desde entonces y a lo largo de los siglos Afrodita ha sido reconocida siempre como paradigma de la belleza femenina”³.

Por otro lado, hacia el año 462 A.C., las XII Tablas en Roma ya mencionan el arbitraje, estas normas se trasladan al Sacro Imperio Germánico y de ahí pasan a España. El Fuero Juzgo, El Fuero Real, Las Siete Partidas, La Nueva y Novísima Recopilación, las Ordenanzas de Burgos, Sevilla y Bilbao, todas ellas conteniendo dispositivos referentes a los árbitros, también las Leyes de Indias juntamente con la legislación de la Metrópoli.

Así mismo, la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes (384 A.C.) refiere que en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos⁴.

Sin embargo es importante destacar que fue en el derecho romano donde el arbitraje surgió como un método organizado y pacífico para la resolución de controversias surgidas entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales. En dicha época se sentaron las bases doctrinales y jurídicas de lo que hoy conocemos como el arbitraje⁵. Más adelante, a finales de la Edad Media se consideraba al árbitro como una especie de juez y su decisión, plasmada a través de un laudo ya tenía fuerza ejecutiva, siempre y cuando hubiese sido homologada por un juez previamente.

³ Medina, Lima Ignacio, "El Arbitraje Privado en nuestro Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Enero - Junio 1988, UNAM, México. Pág. 157.

⁴ Vargas, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 1964. Pág. 15.

⁵ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.* Pág. 20.

Constituidos los Estados modernos, el arbitraje comienza a ser visto con desconfianza y se le rodea de la intervención de los jueces para efectos de un control más o menos riguroso. Por otro lado, en los países más avanzados en la materia, comienzan a surgir avances importantes, tal es el caso de Francia donde se estableció en las ordenanzas de 1560 y 1673 el arbitraje obligatorio en litigios entre familiares. Un siglo más tarde, en la Resolución Francesa, la Asamblea Constituyente declara al arbitraje como “el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos” y lo eleva a la categoría de principio constitucional, estableciendo el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje⁶.

Durante el último siglo, surgieron numerosos tratados y convenios que constituyeron grandes avances para el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Cabe destacar la aparición de tratados internacionales fundamentales como lo es la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, el Reglamento de la CNUDMI, entre otros convenios que se abordarán oportunamente en el siguiente capítulo.

Guatemala

En Guatemala a partir del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934 se permitía a las partes recurrir al arbitraje, sin embargo por las características del proceso, resultaba lento y costoso. Seguidamente en 1965 con el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil se suprimió el proceso por una vía incidental, lo que constituyó un gran avance. Sin embargo el 25 de noviembre de 1995 entró en vigencia la actual Ley de Arbitraje, decreto 67-95, dejando derogadas las disposiciones procesales anteriores. También existieron grandes avances en el plano internacional, como lo fue la adopción en 1984 de la Convención de Nueva York y en 1986 la Convención de Panamá sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

⁶ *Loc. cit.*

1.2 Definición

El vocablo "arbitraje" proviene del latín *adbiter-Itri*, que significa el que puede decidir sin dependencia de otros⁷. El arbitraje, constituye un método alternativo de resolución de conflictos, es un mecanismo legal para resolver una controversia fuera de los tribunales del Estado. Con base en la autonomía de la voluntad, las partes refieren la disputa a uno o más árbitros, quienes acuerdan que su decisión será vinculante y definitiva para las partes.

Para Allan Redfern el arbitraje “se trata de un método privado de solución de controversias, que las mismas partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales”⁸.

Guatemala, en su Ley de Arbitraje, decreto número 67-95, en el artículo 4.2 define “Arbitraje: significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.

La voluntad de las partes de recurrir al arbitraje queda plasmada a través de la cláusula arbitral, también conocida como cláusula compromisoria o convenio arbitral, donde las partes se obligan recíprocamente a someter la controversia al arbitraje y cumplir lo resuelto en éste.

1.3 Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje es de amplio debate, sin embargo es posible destacar cuatro teorías que tratan de explicar la temática.

1.3.1 Teoría Contractualista: Tiene como base principal el acuerdo de voluntades, la cual se encuentra plasmada en el contrato, donde las partes acuerdan someter la

⁷ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Arbitraje y Conciliación Alternativas Extrajudiciales de Solución de Conflictos*. Guatemala, Impresos Robledo, 2001. Pág. 10.

⁸ Redfern, Alan y otros. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2006. Pág. 59.

decisión al árbitro, quien a su vez se haya vinculado formalmente por el contrato, donde se estipulan sus funciones en el desenvolvimiento del arbitraje. La teoría se ubica en la esfera del derecho privado, tomando en cuenta que el acuerdo se celebra entre dos particulares, donde no interviene el poder público estatal, al no estar involucrado en ninguna instancia.

El arbitraje según esta teoría, tendría las siguientes características:

- 1) El arbitraje tiene una naturaleza privada, pues proviene de un acuerdo de voluntades entre las partes, mismas que convienen someter sus diferencias a la decisión de árbitros.
- 2) Los árbitros son particulares, designados por las partes quienes son personas privadas. En consecuencia el vínculo entre árbitros y partes es privado y contractual.
- 3) El árbitro no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de coacción.
- 4) El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad de las partes que han querido someterse a ella. Tiene la misma obligatoriedad de los contratos.
- 5) El acto de aprobación posterior del laudo no le imprime carácter público al proceso arbitral⁹.

1.3.2 Teoría Procesalista: Esta teoría se basa en el carácter jurisdiccional, donde los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales por imperio de la ley, la cual es la única que puede determinar quienes tienen potestad para administrar justicia. Para esta teoría “el arbitraje es una institución de Derecho Público Procesal, por lo cual si la función del árbitro es dirimir controversias su labor es sustancialmente idéntica a la de un juez”¹⁰.

Según los defensores de esta teoría “los árbitros son jueces y el laudo se pronuncia siguiendo un procedimiento, razón por la cual adquiere la calidad de sentencia. Los

⁹ Alberti Montoya, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Editorial Cultural Cuzco, Perú, 1988. Pág. 34.

¹⁰ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 29.

árbitros no son mandatarios de las partes, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de intereses con efecto de cosa juzgada”¹¹.

El arbitraje según esta teoría, tendría las siguientes características:

- 1) Los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del Estado por delegación. La designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral, constituye una ampliación de las funciones del Estado.
- 2) Los árbitros, no obstante al ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a efecto que resuelvan la controversia.
- 3) La responsabilidad de los árbitros es similar a las de los jueces.
- 4) El laudo es una verdadera sentencia¹².

De esta cuenta, se puede concluir que la teoría se haya centrada hacia un punto procesal, donde lo que importa es el procedimiento a seguir para obtener el resultado, es decir, equiparar al laudo arbitral a la sentencia, al procedimiento arbitral con el proceso judicial, al árbitro con el juez.

1.3.3 Teoría Ecléctica: Cada una de las teorías cumple un papel importante en alguna etapa del proceso arbitral, si bien es cierto, desde un comienzo debe existir un contrato donde se encuentra demarcada una cláusula compromisoria, por medio de la cual las partes por un acuerdo previo aceptan el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos suscitadas en el transcurso del contrato – Teoría Contractualista-; también lo es, que debe existir un proceso determinado para el cumplimiento total del arbitraje – Teoría Procesalista- y que no basta con la voluntad de las partes, sino que se debe delimitar cada una de las etapas que se deben cumplir para culminar dicha controversia con un laudo arbitral, para que pueda tener

¹¹ Gil Echeverri, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. Colombia, 1999. Pág. 78.

¹² *Ibid.*, Pág. 79.

las mismas características de una sentencia¹³. En el caso de Guatemala, con base a su Ley de Arbitraje, se concluye que se ubica dentro de esta teoría¹⁴.

1.3.4 Teoría Autónoma: Francisco González de Cossío sostiene que esta teoría es la de más reciente creación y establece que “el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y por consiguiente, de carácter autónomo”¹⁵.

Conforme al Profesor Montoya en esta teoría “el carácter del arbitraje sólo puede ser determinado mirando a su uso y propósito, en este sentido el arbitraje no puede ser calificado como puramente contractual o jurisdiccional, e igualmente no es una institución mixta”¹⁶. De lo anterior se desprende que según esta teoría, el arbitraje debe ser visto a partir de su funcionamiento, es decir la forma y la manera de cómo funciona. Por otro lado, se critica a esta teoría por ser indefinida e imprecisa.

1.4 Clases de Arbitraje

1.4.1 Arbitraje Institucional: En el arbitraje institucional se prevé la participación de una entidad que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia. La cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes. La entidad presta tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso.

Habitualmente las instituciones tienen listas de árbitros para que las partes elijan, un reglamento de procedimientos y modelos de acuerdo arbitral, lo que facilita a las partes el sometimiento a arbitraje. Así mismo proveen el local y toda la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el juicio arbitral, y prestan servicios de secretaría: recibir y notificar la demanda, fijar honorarios, elegir a los árbitros y

¹³ Pinzón, María y Rodríguez, Tatiana. *De la naturaleza contractual del arbitramiento, como método alternativo de soluciones*. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2009. Pág. 35.

¹⁴ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 36

¹⁵ González de Cossío, Francisco: *Arbitraje*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág.16 citado por Martínez, Patricia en *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana*, Universidad Iberoamericana, México, 2007. Pág. 7.

¹⁶ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 33.

resolver las recusaciones que puedan plantearse, reemplazar árbitros cuando sea necesario por renuncia o vacancia, fijar la sede del arbitraje, el idioma en que tramitará, entre otros servicios.

De lo anterior se deduce, que el rasgo distintivo es la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia en el arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona¹⁷.

La intervención de la institución arbitral se realiza en términos de apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como regulación de situaciones que se susciten en el desenvolvimiento del arbitraje. Roque Caivano afirma que “la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, quien se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros. Estos son quienes personalmente sustancian y deciden el caso, sin que la entidad como tal tenga injerencia en ello”¹⁸.

Existe por tanto, una relación de confianza que depositan las partes en la institución arbitral para permitir; primero, su intervención en el arbitraje; y luego, el despliegue de todas sus actividades conducentes al desarrollo eficaz del mismo, que se extiende incluso en la relación de la entidad con los árbitros¹⁹. Los límites a su intervención en el arbitraje también quedarán sujetos a la libre disposición de las partes.

La institución arbitral brinda una confianza a nivel administrativo y organizativo del proceso, como ente coadyuvando a la eficacia del desenvolvimiento del arbitraje.

¹⁷ Ruiz, Paolo. “Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-hoc, ¿He ahí el dilema?”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Perú, 2005. Pág. 234.

¹⁸ Caivano, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, APENAC, Lima, 1998. Pág. 239.

¹⁹ Medina, Lima Ignacio. *Op. cit.*, Pág. 26.

Cabe resaltar que dicha institución no actúa como tribunal arbitral, sino como simple facilitadora del proceso.

1.4.2 Arbitraje ad-hoc: En este tipo de arbitraje no se involucra a ninguna institución arbitral como ente facilitador para las partes y árbitros para la resolución de la controversia. Solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización del arbitraje.

Jorge O'Farrell señala dos formas este tipo de arbitraje: el arbitraje ad-hoc en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y el arbitraje ad-hoc en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral²⁰. La falta de una institución arbitral durante el procedimiento en el arbitraje ad hoc hace a este tipo de arbitraje el más flexible. Sin embargo es preciso resaltar que "la máxima flexibilidad no necesariamente significa máxima eficiencia procesal"²¹.

1.4.3 Arbitraje en equidad y en derecho: En el arbitraje de derecho los árbitros están obligados a decidir con base a las normas de derecho, caso contrario, los árbitros de equidad no están obligados a fallar conforme a las normas sino lo pueden hacer conforme a su experiencia o entendimiento²².

En este sentido, el artículo 37 de la Ley de Arbitraje de Guatemala establece: "en el arbitraje de equidad ("*ex aequo et bono*"), también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender". Todo arbitraje por regla general será de derecho, salvo que las partes especifiquen concretamente que desean someterse al arbitraje de equidad.

²⁰ O'Farrell, Jorge. *Arbitraje internacional, solución de futuro*. Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1992-C, Buenos Aires, Argentina, 1992. Pág. 804.

²¹ Blanke, Gordon. *Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective*. Academy of European Law, Brussels, 2008, p. 276.

²² Bernal Gutierrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 45.

1.4.4 Arbitraje interno e internacional: El arbitraje interno se regirá por la ley interna del país en cuestión, donde se delimitan todos los parámetros a través de los cuales se llevará a cabo el desenvolvimiento del arbitraje en el orden interno de un solo Estado.

Por otro lado, y de manera muy amplia, se puede referir que el arbitraje internacional vincula personas y bienes de diferentes países, sujetos a legislaciones distintas, cuya sede a su vez puede ser indistinta a cualquier Estado parte y finalmente con sujeción al derecho internacional. El tema se abordará ampliamente en el siguiente capítulo.

1.4.5 Arbitraje voluntario y forzoso: El arbitraje voluntario tiene como fundamento un acuerdo que forma parte de un contrato o negocio jurídico entre las partes para someter sus controversias a arbitraje. Este arbitraje voluntario puede estar compuesto por dos elementos, la cláusula compromisoria y el compromiso.

Algunas legislaciones de Latinoamérica aún mantienen esta distinción, en tanto la primera contiene un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requiere de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha controversia se origine, con lo cual no es ejecutable automáticamente, la segunda, en cambio, se refiere precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales al arbitraje.

Finalmente, con respecto al arbitraje forzoso, como su nombre lo indica, en determinados supuestos “no es la voluntad de las partes la que sustrae la contienda del conocimiento de los jueces estatales, sino una disposición legal que lo establece como forzoso, siendo el legislador quien decide la sujeción del caso a arbitraje”²³.

²³ Caivano, Roque. *Op. cit.* 1. Pág. 1.

Capítulo II El Arbitraje Comercial Internacional

2.1 Generalidades

Al ritmo que la globalización sigue expandiéndose, la conexión de las economías se convierte en una norma a seguir, al grado que muchos países han suscrito diferentes acuerdos hemisféricos propiciando la cooperación económica. La Unión Europea (UE), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Grupo Andino, la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Sistema de Integración Centro Americana (SICA) y la Liga Árabe, son ejemplos de acuerdos entre bloques comerciales. Adicionalmente a estos acuerdos extensos, también han emergido numerosos acuerdos bilaterales entre países.

Como consecuencia de este crecimiento en la integración económica, los países han tenido que “implementar los procedimientos y mecanismos adecuados, relativos a la resolución internacional de controversias, incluyendo el arbitraje”²⁴.

El arbitraje internacional ofrece diversas ventajas, como la capacidad para convenir la sede y el lenguaje a utilizar, la flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad, la designación de los árbitros, y “en general para aquellos que han tenido experiencia previa con diferentes métodos de resolución de conflictos internacionales, acuerdan que el arbitraje internacional es – en la mayoría de los casos – más rápido y menos costoso que el litigio”²⁵.

La práctica del arbitraje se desarrolla en distintos países con diferentes entornos jurídicos y culturales, además de una uniformidad asombrosa. “No existen banderas nacionales ni otros símbolos de autoridad estatal. No existen ujieres, peluquines o

²⁴ Briones, Joshua. “Arbitration in Latin America: A first look at the impact of legislative reforms”. *Law and Business Review of the Americas*, EE.UU., 2007, p. 996.

²⁵ Born, Gary. *Arbitration and the Freedom to Associate*. Volume 38, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, EE.UU., Number 1, 2009, p. 11.

togas; se trata sencillamente de un grupo de personas sentadas en torno de una mesa en una sala alquilada para la ocasión”²⁶.

Estas ventajas han propiciado que el Arbitraje Comercial Internacional se haya vuelto cada vez más popular, registrándose un incremento considerable de casos en las principales instituciones arbitrales en las últimas décadas. Así mismo, recientemente distintos países han actualizado y estandarizado sus legislaciones internas con base en leyes modelo para adaptarse a una creciente cultura arbitral a nivel mundial, que existe debido a un complejo sistema de leyes nacionales y tratados internacionales.

El país precursor en la reforma legal en el campo del arbitraje comercial internacional en América Latina ha sido México, el cual en 1993, introdujo reformas sustanciales sobre arbitraje en el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios.

Similares reformas se fueron implementando en países de la región: Bolivia aprobó la Ley núm. 17707 sobre Arbitraje y Conciliación el 10 de marzo de 1997; Brasil aprobó la Ley de Arbitraje No. 9307 el 23 de septiembre de 1996; Colombia aprobó el Decreto No. 1818 el 7 de septiembre de 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones; Costa Rica aprobó el Decreto Ley No. 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz del 4 de diciembre de 1997; Cuba aprobó el Decreto-Ley núm. 250 sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, el 30 de julio de 2007; Chile aprobó la Ley No. 19.971 el 29 de septiembre de 2004; Ecuador aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997; El Salvador aprobó la Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje contenida en el decreto legislativo No. 914 el 11 de julio de 2002; Guatemala aprobó el Decreto Ley No. 67-95 que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995; Honduras aprobó el Decreto Ley núm. 161-2000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje el 17

²⁶ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 59.

de octubre de 2000; Nicaragua aprobó la Ley núm. 540 el 24 de junio de 2005 que contiene la Ley de Mediación y Arbitraje; Panamá aprobó el Decreto Ley núm. 5 de 1999 por el cual se establece el régimen de arbitraje, de la conciliación y mediación; Perú aprobó recientemente una nueva Ley de Arbitraje, contenida en el Decreto Legislativo No. 1071 de 20 de junio de 2008; Paraguay recientemente aprobó la Ley núm. 1879 para el Arbitraje y la Mediación del 24 de abril de 2002; la República Dominicana aprobó la Ley núm. 489-08, publicada el 30 de diciembre de 2008 que contiene la Ley de Arbitraje Comercial; y finalmente Venezuela, aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial el 7 de abril de 1998. Se evidencia que muchos países han reformado su legislación interna, sin embargo existen “países de la región que no han implementado con éxito modificaciones a la legislación vigente sobre arbitraje comercial internacional, como Argentina y Uruguay, pese a que ya se han presentado proyectos de ley a discusión parlamentaria en ambos países”²⁷.

Existe un amplio listado de países que han armonizado su legislación relativa al Arbitraje Comercial Internacional, dada la importancia que actualmente ostenta este método alternativo de resolución de controversias.

2.2 Elementos del arbitraje

2.2.1 El acuerdo de arbitraje: El acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre las partes constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial internacional moderno. Para que exista un arbitraje válido, es indispensable contar con un acuerdo arbitral válido. En este sentido la Convención de Nueva York²⁸ y la Ley Modelo²⁹, establecen que cabe la posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en aquellos casos que las partes hubieran estado afectadas por alguna incapacidad o el acuerdo

²⁷ Conejero Roos, Cristian. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica Marco Legal y Jurisprudencial*. España, Editorial La Ley Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Wolters Kluwer España, 2009. Pág. 64.

²⁸ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

²⁹ Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en junio de 1985.

no fuera válido con arreglo a su propio derecho aplicable. A la luz de la Convención de Nueva York, el acuerdo es válido únicamente si consta por escrito, mientras que a la luz de la Ley Modelo es suficiente que el acuerdo sea celebrado por cualquier medio de comunicación “que dejen constancia del acuerdo”³⁰; un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que “la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”³¹ o la referencia hecha en un contrato escrito a un documento que “contiene una cláusula compromisoria”³².

La cláusula arbitral se refiere a las controversias que pudiesen surgir en el futuro entre las partes. Por otro lado, el llamado compromiso arbitral es aquel acuerdo de arbitraje redactado con el fin de llevar las controversias que ya hubiesen surgido entre las partes.

El acuerdo arbitral constituye la manifestación de la voluntad inequívoca de las partes de someter las futuras controversias a arbitraje, por lo cual dicho consentimiento no puede ser retirado de forma unilateral por una de las partes. El acuerdo arbitral subsiste por sí mismo, en virtud que constituye una obligación independiente.

2.2.2 Facultades que confiere el acuerdo arbitral: Las facultades que otorga el acuerdo arbitral hacia las partes son diversas, les brinda la opción de elegir la cantidad de árbitros que compondrán el tribunal, la forma de designación del tribunal, sus facultades y el procedimiento a seguir. Dichas facultades electivas no estarían disponibles para las partes si decidieran someter la disputa a los tribunales internos del Estado.

2.2.3 La elección de los árbitros: Otra de las características que distinguen al arbitraje de las contiendas judiciales, es la capacidad de las partes de elegir a los árbitros, esta característica también se aplica a los arbitrajes institucionales que

³⁰ Ley Modelo, artículo 7.2.

³¹ *Loc. cit.*

³² *Loc cit.*

permiten a las partes dicha facultad. Sin embargo, esta elección debe ser cuidadosa, pues la clave de un arbitraje justo es la participación de un tribunal arbitral objetivo y eficaz.

Cabe destacar que el arbitraje comercial internacional “requiere en el árbitro cualidades distintas de aquellas necesarias en un arbitraje nacional”³³, pues al ser internacional es inevitable que las partes sean de nacionalidades distintas con ordenamientos jurídicos distintos, y es probable que el arbitraje se desarrolle en un país neutral. Por tanto es importante contar con árbitros que conozcan dichas circunstancias para el mejor desenvolvimiento del arbitraje.

Como señala el tratadista suizo Lalive “la elección de las personas que integrarán el tribunal arbitral es esencial y por lo general, constituye el paso más decisivo del arbitraje. Se ha dicho acertadamente que la calidad de un arbitraje depende de la de los árbitros que intervienen en él”³⁴.

2.2.4 La decisión del tribunal arbitral: Una característica fundamental del arbitraje es la facultad que tienen los árbitros de adoptar decisiones vinculantes hacia las partes. Esta característica es la que distingue al arbitraje de los demás métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación. Donde las recomendaciones del mediador o conciliador buscan llegar a un acuerdo negociado, careciendo de fuerza obligatoria para las partes.

Durante el desenvolvimiento del arbitraje cabe siempre la posibilidad que las partes lleguen a un acuerdo, en este sentido el Reglamento de la CNUDMI ha establecido: “si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de

³³ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 69

³⁴ Lalive, Jean Flavien. *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Droit et Justice, Suisse, 1999, p. 289.

laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado”³⁵.

2.2.5 La ejecución del laudo: Como anteriormente se destacó, el laudo del tribunal arbitral constituye una decisión vinculante hacia ambas partes, al no acatarse voluntariamente las disposiciones del laudo por una de las partes, es posible exigir su cumplimiento mediante un proceso judicial, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Para el efecto, existe un amplio marco normativo internacional que rigen la ejecución de laudos extranjeros, sin embargo su aplicación a un laudo en concreto se regirá por el derecho interno y corresponderá a los tribunales nacionales del lugar de ejecución.

La temática sobre los convenios internacionales aplicables al arbitraje comercial internacional se ampliará más adelante en este mismo capítulo.

2.3 Ventajas del arbitraje

Existen diversas ventajas que distinguen al arbitraje del cualquier sistema judicial y del resto de métodos alternativos de resolución de controversias. A lo largo de este capítulo se profundizará en estas ventajas. Sin embargo es preciso resaltar dos razones importantes por las cuales elegir al arbitraje. En primer término “el arbitraje le brinda a las partes la oportunidad de seleccionar una jurisdicción neutral y un tribunal neutral”³⁶.

En segundo lugar “el arbitraje, si prosigue hasta el final, produce una decisión que puede ejecutarse contra la parte vencida no solamente en el lugar en el cual ha sido dictada sino también en el ámbito internacional, de conformidad con lo dispuesto en tratados tales como la Convención de Nueva York”³⁷.

³⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 34.1.

³⁶ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 85.

³⁷ *Loc. cit.*

2.4 Desventajas del arbitraje

El arbitraje tampoco se escapa de las críticas, muchos señalan que existen ciertas desventajas, entre ellas los costos, “la falta de *imperium* de los árbitros”³⁸, laudos contradictorios, entre otros aspectos que han sido sujeto de debate y donde los criterios no son pacíficos ni uniformes. A continuación se desarrollarán en mayor detalle las críticas en contra del arbitraje.

2.4.1 Costos: En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con la remuneración de un juez, los honorarios de los árbitros son a cargo de las partes y tratándose de arbitrajes internacionales los montos pueden llegar a ser elevados. Actualmente se utilizan al menos tres métodos³⁹ para la determinación de los honorarios. Primero, el método *ad valorem*, según el cual los honorarios se calculan en proporción al monto reclamado; segundo, el método del tiempo dedicado, con base a una tarifa diaria u horaria para el trabajo realizado por el árbitro; y tercero, el método del valor fijo, según el cual la remuneración del árbitro se fija desde el principio con base a un arancel, independientemente del monto reclamado y el tiempo de trabajo.

En segundo lugar, es posible agregar honorarios administrativos y gastos de una institución arbitral, que pueden determinarse en función del monto reclamado. En caso de requerir una institución arbitral especializada, puede ser necesario designar un registrador o secretario para administrar el procedimiento.

En tercer lugar, en vez de usar las instalaciones públicas de los tribunales de justicia, será necesario contratar salas para las reuniones y audiencias. Por último, también corre a cuenta de las partes los honorarios y gastos de los abogados y expertos que los representen.

³⁸ Alonso Puig, Jose Maria. *Ventajas y Desventajas del Arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*, extracto del artículo “Introducción al arbitraje” Cuadernos de derecho, Wolters Kluwer noviembre 2010. Pág. 5.

³⁹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 338.

2.4.2 Limites a las facultades de los árbitros: Generalmente las facultades de los árbitros son más restringidas de las que posee un juez, en cuestiones relativas a la aplicación de medidas coercitivas y precautorias, las cuales no pueden ser adoptadas directamente por el árbitro, sino que se ve en la necesidad de ampararse de la justicia interna del Estado para ejecutar dichas decisiones por lo que no actuaría como lo hace un Juez quien tiene pleno *ius imperium*.

El árbitro a diferencia del juez, carece de prerrogativas tales como la autoridad para exigir la comparecencia de testigos a una audiencia bajo pena de multa o privación de libertad, el poder ejecutar laudos mediante el embargo de cuentas bancarias o la confiscación de bienes.

Finalmente, un aspecto de suma importancia que es preciso resaltar es que una vez dictado el laudo, en ese momento finaliza la tarea del tribunal arbitral (*functus officio*), no teniendo los árbitros la facultad para ejecutar lo resuelto en el laudo, por tanto es obligatorio acudir a los tribunales nacionales para su reconocimiento y ejecución.

2.4.3 Laudos contradictorios: En virtud a que no existe un sistema de precedentes jurisprudenciales, y tampoco existe ninguna norma que obligue a los árbitros a fallar con base a los antecedentes que ya existan en la materia, cada laudo es distinto e independiente, pero bien puede ocurrir que un caso similar ya haya fallado en cierto sentido, pero nada obliga al tribunal arbitral a seguir el mismo camino para fallar sobre un caso de similares proporciones. Aunque existen excepciones, por ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías obliga a una interpretación uniforme de la misma en todos los ordenamientos jurídicos⁴⁰.

Sin embargo, esto se dificulta tomando en consideración que una de las características propias del arbitraje es la confidencialidad del laudo arbitral. A los

⁴⁰ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Parte I. Ámbito de aplicación c). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>. Fecha de consulta: 15 octubre 2011.

comerciantes no les interesaría que sus problemas sean ventilados a la luz pública, que sean objeto de estudio por particulares o por la prensa misma. Lógicamente “dicha información podría dañar su capacidad para hacer negocios con terceras empresas, alejándola de sus posibles compradores o de un mercado mismo”⁴¹.

2.5 El significado del término internacional y comercial

Los términos de uso generalizado resultan difíciles de definir, puesto que la definición de un Estado puede deferir de la empleada por otro. Existe una “cierta ambigüedad en la utilización de los términos internacional y comercial”⁴², por tanto es importante precisar el significado de ambos.

2.5.1 El significado del término Internacional: En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) ha señalado:

“el carácter internacional del arbitraje no significa que las partes deban necesariamente tener nacionalidades distintas. En virtud de su objeto, el contrato puede, no obstante, extenderse más allá de las fronteras nacionales, por ejemplo si se trata de un acuerdo celebrado entre dos nacionales de un mismo Estado cuyo cumplimiento habrá de tener lugar en otro país, o cuando se trata de un negocio celebrado entre un Estado y la subsidiaria de una sociedad extranjera que opera en dicho Estado”⁴³.

El artículo 1492 del Código Procesal Civil de Francia dispone que “se considera internacional el arbitraje que afecta a intereses del comercio internacional”. Dicha definición se refiere al objeto de la controversia, más allá de enfocarse en la nacionalidad de las partes.

⁴¹ Granda, Fernando. *¿Confidencialidad o publicidad en el Arbitraje?*. Perú, Conferencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 7 septiembre 2009. Pág. 1.

⁴² Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 73.

⁴³ ICC. *The International Solution to International Business Disputes - ICC Arbitration*, France, ICC Publications no. 301 1977, p. 19.

Se denota entonces, que existen dos criterios para determinar si un arbitraje es nacional o internacional, algunas corrientes sostienen que para determinar dicho extremo es necesario verificar el objeto de la controversia, otros en cambio se basan en la nacionalidad de las partes. Este último criterio fue adoptado por el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961. El convenio era aplicable:

“A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para resolver controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados 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”⁴⁴.

Sin embargo, cada Estado podría determinar a criterio propio cuando un laudo es “nacional” o “extranjero”. Para el efecto la Ley Modelo se creó específicamente para su aplicación en el arbitraje comercial internacional, por lo cual era imprescindible que se pronunciara con respecto a que se debe entender por dicho término. Sin embargo el Informe oficial sobre la Ley Modelo, considero “necesario, aunque difícil, definir dicho término dado que la Ley Modelo está destinada a brindar un régimen jurídico especial para aquellos arbitrajes en los que se ven afectados más que intereses meramente nacionales”⁴⁵. La definición adoptada por la Ley Modelo fue:

Un árbitrate es internacional si:

- a) las partes en el acuerdo arbitral tengan, al momento de la celebración de dicho acuerdo, sus establecimientos en lugares diferentes;
- b) alguno de los siguientes lugares esté 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 o con arreglo al acuerdo arbitral,

⁴⁴ Convenio Europeo de 1961, artículo I.1(a).

⁴⁵ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, 14 sesiones de la CNUDMI, junio 19-26 de 1981. Doc ONU A/CN 9/207 párrafo 32.

(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;

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada de algún modo con más de un Estado”⁴⁶.

Esta definición abarca ambos criterios, el referente al objeto de la controversia, derivado del hecho de que tengan sus sedes en diferentes lugares, referente a nacionalidades distintas. Seguidamente se refiere al criterio utilizado en Francia, relativo al carácter internacional de la propia controversia, cuando “el lugar con el que más se relaciona el objeto del litigio resulta extranjero para las partes”⁴⁷. Y finalmente, la calidad de internacional puede derivar de la elección de las partes de una “sede extranjera para el arbitraje”⁴⁸.

La definición anterior de la Ley Modelo, fue la adoptada por la Ley de Arbitraje de Guatemala, en el artículo 2.

2.5.2 El significado del término Comercial: El arbitraje es un “método adecuado para la solución de controversias derivadas de las relaciones de negocios”⁴⁹. En términos generales un contrato comercial es un tipo de contrato celebrado entre comerciantes en el ejercicio de sus actividades. Dichos contratos se suelen regir por un código de derecho comercial⁵⁰, independiente del derecho general de obligaciones. En muchos países las instituciones de arbitraje funcionan en asociación con una Cámara de Comercio, como ocurre con el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala⁵¹, la Cámara de Comercio de Estocolmo,

⁴⁶ Ley Modelo, artículo 1.3.

⁴⁷ *Ibid.* Artículo 1.3(b)(ii).

⁴⁸ *Ibid.* Artículo 1.3(b)(iii).

⁴⁹ El Edicto de Francisco II de Francia, promulgado en 1560, estableció la obligatoriedad del arbitraje para los comerciantes en controversias surgidas de su actividad comercial.

⁵⁰ como por ejemplo en Guatemala, dichos contratos se rigen por el Código de Comercio, decreto número 2-70, en vigor desde el primero de enero de 1971.

⁵¹ Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, (CENAC), aprobado por la Junta directiva del CENAC el 23 de enero de 2006, modificado el 27 de junio del 2007.

la Cámara de Comercio de Bélgica, así mismo la Cámara de Comercio Internacional de Paris.

En algunos países el arbitraje está limitado exclusivamente a controversias comerciales, mientras que otros la materia arbitrable se puede extender a cuestiones patrimoniales, laborales, civiles, políticas, familia, etc. Cabe resaltar también que algunas materias no son arbitrables en virtud de que se trata de derecho de orden público sobre el cual las partes no tienen libre disposición, como ocurre en Guatemala con la materia laboral y penal, entre otras.

El Protocolo de Ginebra de 1923 distinguió entre cuestiones “comerciales” y las de otra naturaleza, facultando al Estado a restringir sus obligaciones a “contratos considerados de índole comercial con arreglo a su derecho interno”⁵². Lo que significaba que el Estado podía decidir por sí mismo que debe entenderse por “comercial”, a esto se le conoce como la “reserva comercial” recogida en el artículo 1.3 de la Convención de Nueva York, la cual fue adoptada por Guatemala.

Por su parte la Convención de Panamá de 1975 en el artículo 1 estableció su ámbito de aplicación material: “es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”.

En este sentido, por su parte la Ley Modelo no define el término, pero establece 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. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoraje), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (arrendamiento financiero) construcción de

⁵² Protocolo de Ginebra de 1923, artículo 1.

obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”⁵³.

El término comercial entonces ha de interpretarse en sentido amplio y cuando sea necesario determinar si un contrato es comercial o no, es pertinente remitirse al derecho interno en cuestión para examinarlo.

2.6 Confidencialidad

La confidencialidad puede considerarse como una de las ventajas principales del arbitraje. A diferencia de lo que ocurre con los procesos judiciales estatales, en los que generalmente la prensa y el público tienen derecho a estar presentes “el arbitraje comercial internacional no es un proceso público, sino fundamentalmente un proceso privado”⁵⁴. Mantener la privacidad del procedimiento es a menudo muy importante para las partes y es sin duda esencial para el correcto funcionamiento del sistema arbitral. En realidad “en algunas instancias una parte puede desear protegerse de la divulgación de la misma existencia de que existe un proceso pendiente o que han existido procesos arbitrales anteriormente”⁵⁵.

En el caso *Esso/BHP contra Plowman* resulto conforme a las palabras del ex Secretario General de la CCI, señalando que las partes valoran en gran medida el carácter confidencial del arbitraje y “al preguntar acerca de aquellas características del arbitraje comercial internacional que atraen a las partes en comparación con los procesos judiciales, en casi todos los casos se mencionó invariablemente la

⁵³ Nota al pie de Página del artículo 1.1 Ley Modelo.

⁵⁴ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 91.

⁵⁵ Estreicher, Samuel. Steven C., Bennett. *The Confidentiality of Arbitration Proceedings*. Volume 240-No. 31, EE.UU., The Nueva York Law Journal, 2008, p. 2.

confidencialidad del proceso y el hecho de que tanto el proceso en sí mismo como el laudo no pasarán a formar parte del dominio público”⁵⁶.

Es preciso evitar que la reputación de una empresa sea expuesta a distintas acusaciones, de forma tal que no se afecte irreparablemente la imagen de la misma. La mayor parte de instituciones arbitrales mantienen reglamentos que refieren a elementos de confidencialidad.

El Reglamento de la American Arbitration Association (AAA) establece lo siguiente: “el árbitro y la AAA deben mantener la privacidad de la audiencia arbitral⁵⁷”, dicha Asociación cuenta a su vez con la facultad de poder “excluir a cualquiera que no sea necesario en el procedimiento arbitral”⁵⁸.

El Reglamento de la CCI dispone lo siguiente: Artículo 21 numeral 3 sobre Audiencias: “el Tribunal Arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes. Salvo autorización del Tribunal Arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”.

El Reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional y distintas instituciones de arbitraje lo regulan en términos semejantes. Esta regla de confidencialidad se funda en el carácter privado del proceso de arbitraje, esto a su vez puede prevenir que en el futuro la información sea divulgada.

Algunos reglamentos de instituciones de arbitraje, como ocurre con la CNUDMI, disponen que el laudo pueda publicarse únicamente con el consentimiento de las partes⁵⁹. Sin embargo el laudo puede ser divulgado en los casos en que así lo exija

⁵⁶ Stephen Bond, caso *Esso/BHP contra Powman* (1995) 11 Arbitration International 273.

⁵⁷ Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje, 1 septiembre 2007.

⁵⁸ Estreicher, Samuel. Steven C., Bennett. *Op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ Reglamento de la CNUDMI, artículo 34.5.

la ley, por motivos de divulgación con fines académicos y precisamente cuando exista un interés público legítimo.

Esto ha llevado a la modificación de ciertos reglamentos de arbitraje, donde se exhorta al deber de confidencialidad, mas sin embargo se toma en cuenta que puede dejarse de lado en aras de proteger el interés público al ser necesario.

El artículo 30 del Reglamento de la London Court of International Arbitration (en adelante LCIA) de enero de 1998 impone un deber de confidencialidad:

“30.1 Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, excepto por, y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial.

30.2 Así mismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los artículos 10, 12 y 26 de este Reglamento, se requiera la revelación por parte de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje.

30.3 La Corte de la LCIA no publica, ni total ni parcialmente, laudo alguno sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral.”

En síntesis se puede concluir que la confidencialidad es una ventaja que ofrece el arbitraje comercial internacional, donde las partes pueden ventilar sus diferencias, circunstancias financieras o cualquier otra cuestión a puertas cerradas, sabiendo que bajo el pacto de confidencialidad dichas circunstancias no serán divulgadas.

2.7 Clases de arbitraje comercial internacional

2.7.1 Arbitraje Institucional y *ad hoc*: El arbitraje *ad hoc* es aquel realizado conforme las normas acordadas por las propias partes o establecidas por el tribunal arbitral. Ambas partes tienen libertad de acordar las normas, siempre y cuando se garantice un trato equitativo para ambas partes y que tengan la oportunidad de exponer sus alegatos en igualdad de condiciones. En contraposición, como se abordó en el capítulo anterior, el arbitraje institucional es aquel administrado por una institución arbitral especializada conforme a su propio reglamento de arbitraje. Para el efecto existen diversas instituciones de este tipo.

2.7.2 Ventajas y desventajas del arbitraje institucional: Una de las principales ventajas es la inmediata incorporación de un reglamento de arbitraje creado por la institución arbitral. Esto conlleva a que el arbitraje se llevará a cabo con base a un conjunto organizado de normas que regularán diversos aspectos en el arbitraje, que quizás las partes no hubiesen contemplado de haber prescindido de un reglamento de arbitraje. Como ocurre en supuestos trascendentes como la rebeldía de una de las partes, el rol del reglamento cobra bastante importancia.

La especialización de la institución arbitral, constituye otra ventaja importante, pues “facilita la designación de los árbitros debido a que las instituciones disponen de profesionales elegidos entre personas seleccionadas, identificando y proponiendo los árbitros más adecuados según el proceso”⁶⁰, se garantiza también que se respetaran los plazos, y en general que el arbitraje se desenvuelva de una forma muy ordenada. En los arbitrajes ante la CCI, existe también una medida de control de calidad, donde la institución sin entrar a modificar el fondo del asunto y la decisión del tribunal arbitral, verifica que el laudo incluya puntos como los intereses y las costas.

⁶⁰ Llana Segarra, Miguel. *El Arbitraje Institucional y un buen Arbitraje*. España, Crónica Jurídica Civil, 2007. Pág. 9.

Como desventaja se puede señalar que en el arbitraje institucional la mayoría de reglamentos establecen que las partes deben abonar una tasa fija como adelanto por los costos de arbitraje, es decir los honorarios y gastos de la institución y del tribunal arbitral. Este monto fijo se determina “*ad valorem*”⁶¹.

Por otro lado, otra desventaja del arbitraje institucional se relaciona con respecto al prestigio de la Institución Arbitral, dado que este factor puede incidir considerablemente en el reconocimiento y ejecución del laudo, como también en el cumplimiento de las órdenes dictadas por los propios árbitros.

2.7.3 Ventajas y desventajas del arbitraje *ad hoc*: Como ventaja se haya la capacidad de estructurar el arbitraje de acuerdo al deseo de ambas partes, consiste en una prerrogativa notable, que permite la celeridad del proceso y la eficacia del mismo. “La diferencia entre un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional puede compararse a la que existe en un traje confeccionado a medida y uno hecho en serie”⁶².

Este tipo de arbitraje puede resultar cómodo para los Estados, debido a la flexibilidad que representa y por la complejidad de las transacciones internacionales entre Estados y empresas privadas⁶³. Así mismo por cuestiones de soberanía, pudiese presentarse el caso donde un Estado no desee someterse al control de una institución arbitral de carácter privado.

Por otro lado, la doctrina señala que la principal desventaja es la necesidad imperante de cooperación entre las partes. Si una de las partes se abstiene a cooperar, fácilmente puede retrasar el proceso, negándose a proponer árbitros o recusando los existentes, entre otras actitudes que pueden llegar a tomar. Estas dificultades pueden superarse en los arbitrajes institucionales, por ejemplo el

⁶¹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 117.

⁶² *Ibid.*, Pág. 119.

⁶³ Chirichiello, Michela. *Confidentiality and public interest in mixed international arbitration*. Canada, McGill University, Faculty of Law, 2003, p. 24.

Reglamento de la CCI dispone que cuando deba designarse a un único árbitro y las partes no efectúen la designación dentro de los 30 días de la notificación de la Demanda de Arbitraje a la otra parte, el árbitro será designado por la Corte de la CCI. El reglamento también dispone que cuando se haya constituido un tribunal compuesto por tres árbitros, el tercer árbitro será designado por la Corte de la CCI⁶⁴. En semejantes términos lo regula el Reglamento de la LCIA⁶⁵.

2.8 Instituciones de Arbitraje

Existen instituciones de arbitraje creadas para administrar arbitrajes internacionales, cada una cuenta con su propio reglamento y con cláusulas modelo. Tomando en cuenta la gran cantidad de instituciones arbitrales existentes, y el hecho de que continuamente surgen nuevas, no resultaría práctico enumerarlas. A continuación se analizará brevemente algunas de las instituciones arbitrales más reconocidas.

2.8.1 La Cámara de Comercio Internacional (CCI): La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se creó en Paris en el año 1923⁶⁶. Participó en la promoción de diversos convenios internacionales en materia de arbitraje, y hoy en día es una de las principales organizaciones a nivel mundial en materia de arbitraje comercial internacional. Desde su creación más de 17,000 litigios le han sido sometidos, está compuesta por juristas eminentes originarios de 90 países diferentes. La denominada Corte Internacional de Arbitraje no es una corte en el sentido de tribunal judicial, sino que se trata de un órgano administrativo de la CCI, y cuenta con representantes de diferentes países. De hecho los arbitrajes de la CCI están a cargo de un tribunal arbitral constituido para cada caso en particular.

El rol de la corte consiste en organizar y administrar todos los arbitrajes de la CCI desde la demanda inicial hasta el pronunciamiento de la sentencia final. Organiza a

⁶⁴ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículos 8.3 y 8.4.

⁶⁵ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 5.

⁶⁶ Derains, Yves. *The Future of ICC Arbitration*. France, Journal of International Law and Economy, 1980, p. 439.

su vez la constitución del tribunal arbitral. También, todas las sentencias arbitrales de la CCI antes de ser notificadas a las partes, son examinadas por la Corte que hace todos sus esfuerzos para que sean susceptibles de ejecución legal.

El arbitraje de la CCI es conducido según su Reglamento, cuya versión actual entró en vigor el 1 de enero de 1998 y cuya nueva versión entrará en vigor en enero 2012. Los arbitrajes son llevados a cabo por uno o tres árbitros, los cuales pueden ser designados por las partes o designados directamente por la Corte.

Las solicitudes de arbitraje son dirigidas a la Secretaria de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con sede en Paris o en Hong Kong, pero “los arbitrajes de la CCI pueden desarrollarse en cualquier lugar”⁶⁷. La CCI brinda grandes ventajas a las partes, dándoles la facultad de elegir sus árbitros, el lugar, el idioma y el derecho aplicable al arbitraje. Eso explica el número creciente de nacionalidades de las partes cada año. En 2009 las partes en los procesos eran originarias de 128 países o territorios independientes. Así mismo “la CCI se mantiene pionera en el desarrollo del arbitraje internacional y sus reglas de Conciliación y Arbitraje (ICC Rules) son usadas ampliamente”⁶⁸.

2.8.2 La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA): Fundada en 1892, mejor conocida como LCIA, se ha convertido en una institución muy importante en el arbitraje comercial internacional. La LCIA cuenta con su propio reglamento, extensamente revisado en 1998, creado para guiar al tribunal arbitral a lo largo de todas las etapas procesales del arbitraje.

A diferencia de la CCI, ésta institución no se involucra en el proceso de arbitraje, las reglas de arbitraje de la LCIA no contienen términos de referencia y no revisan los laudos arbitrales.

⁶⁷ Derains, Yves. *Op. cit.*, Pág. 439.

⁶⁸ Kutty, Faisal. “The Shari’a Factor in International Commercial Arbitration”. *Loyola International and Comparative Law Review*. Vol. 28-565, EE.UU., 2006, p. 573.

La Corte de arbitraje está compuesta de hasta 35 profesionales expertos en arbitraje provenientes de las principales naciones comerciantes que proveen y mantienen un balance de practicantes líderes en la materia y donde no más de seis miembros pueden ser de nacionalidad inglesa. La Corte es la autoridad final para la correcta aplicación de las reglas LCIA, sus principales funciones son la constitución del tribunal arbitral, la determinación de los árbitros y el control de los costos.

La Secretaria, encabezada por el registrador, está basada en el centro de disolución de controversias en Londres y es responsable por la administración diaria de todas las disputas llevadas a cabo en la LCIA.

La administración de esta institución es flexible, todos los casos son administrados y archivados, cada caso es monitoreado, sin embargo el nivel de administración a las necesidades y deseos de las partes y del tribunal, así mismo se adapta a las circunstancias específicas de cada caso.

2.8.3 La Asociación Americana de Arbitraje (AAA): Es una de las instituciones más activas, y fue fundada en 1926⁶⁹. Esta institución estudia, promueve y lleva procedimientos tendientes a la resolución de toda clase de controversias mediante arbitraje y otros métodos de solución privada de disputas.

Su reglamento está basado en las normas de la CNUDMI, y están concebidas para permitir un máximo de flexibilidad y un mínimo de supervisión administrativa. Fueron revisadas recientemente en 1997.

La AAA provee servicios administrativos en los Estados Unidos de América como también en el exterior a través de su Centro Internacional para la Resolución de Disputas, incluyendo servicios como la denominación de árbitros, arreglo de audiencias y proveyendo a los usuarios con información con respecto a las opciones

⁶⁹ Enrique de Rosas, Pablo. "Arbitraje Comercial Internacional, Análisis de las Reglas procesales arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional, London Court of International Arbitration y American Arbitration Association". *Revista Jurídica U.P.R.* Volumen 72, Puerto Rico, 2003. Pág. 7.

de solución de controversias. El amplio crecimiento de la AAA registra un número de 800 casos internacionales solo en el 2009 y la cifra record de 888 casos en el 2010⁷⁰.

2.9 El rol de los convenios internacionales y la Ley Modelo CNUDMI

Los convenios internacionales propician la existencia de Estados con normas adecuadas para ejecutar internacionalmente acuerdos de arbitraje y laudos arbitrales. Un sistema estándar a nivel mundial constituye otra de las ventajas del arbitraje comercial internacional.

2.9.1 Convenios Regionales: Para tener un sistema efectivo de arbitraje comercial internacional es necesario vincular diferentes sistemas jurídicos nacionales, eso se logra mediante un tratado que preverá la ejecución de los acuerdos de arbitraje y laudos arbitrales por parte de los tribunales internos de los países signatarios del tratado o convenio en cuestión.

Existen diversos tratados. El primero a nivel bilateral fue el Convenio entre Francia y la Confederación Suiza sobre la competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil, firmado en 1869⁷¹. Posteriormente surge a nivel regional el Tratado de Montevideo, firmado en 1889, regulando el reconocimiento y ejecución de acuerdos de arbitraje entre algunos Estados latinoamericanos⁷².

Más adelante, en 1896 se firmó el Tratado entre la Confederación Suiza y España sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil y mercantil⁷³. Y más recientemente en 1929 se firmó el Convenio entre la

⁷⁰ www.adr.org. American Arbitration Association. *Annual Report 2010*. EEUU, p. 7. <http://www.adr.org/si.asp?id=6534>. Fecha de consulta: 15 de octubre de 2010.

⁷¹ Convención entre Francia y la Confederación Suiza sobre la Competencia Judicial y la Ejecución de Sentencias en materia civil, París 15 junio 1869.

⁷² Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo, 11 de enero de 1889, artículos 5, 6 y 7.

⁷³ Firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1869.

confederación Suiza y el Reino alemán relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales⁷⁴.

A continuación se abordarán los tratados y convenios modernos relativos al arbitraje comercial internacional.

2.9.2 El Protocolo de Ginebra de 1923: Fue el “primer convenio moderno y realmente internacional, redactado por iniciativa de la CCI, bajo los auspicios de la Liga de las Naciones”⁷⁵. Sus objetivos eran asegurar que se respetaran los acuerdos de arbitraje, obligando a las partes a cumplirlos en lugar de recurrir a los tribunales judiciales y también velaba por la ejecución de los laudos arbitrales en el territorio dictado.

2.9.3 La Convención de Ginebra de 1927: Su objetivo era ampliar el alcance del protocolo de Ginebra, sin embargo surgieron algunas dificultades, entre ellas el requerimiento del doble *exequátur*, que consistía en que la parte con intención de ejecutar el laudo tenía que obtener una declaración judicial en el país que se había celebrado el arbitraje previo a poder solicitar la ejecución por los tribunales del país en que se desea ejecutar el laudo arbitral.

2.9.4 La Convención de Nueva York de 1958: Es el tratado internacional más importante en materia de arbitraje comercial internacional. La Convención fue el primero de varios pasos importantes adoptados por las Naciones Unidas para contribuir al desarrollo del arbitraje comercial internacional⁷⁶, y desde entonces ha contado con gran aceptación a nivel mundial.

Dicho instrumento “establece el procedimiento que debe seguirse a efectos del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a la vez que

⁷⁴ Firmado en Berna el 2 de noviembre de 1929.

⁷⁵ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 140.

⁷⁶ El segundo paso importante fue la aprobación del Reglamento de la CNUDMI y el tercer paso importante fue la aprobación de la Ley Modelo.

determina causales taxativas por las cuales un Estado contratante puede negarse a reconocer y ejecutar tales laudos⁷⁷. Actualmente, la presente Convención cuenta con 145 países signatarios⁷⁸.

Sus únicos inconvenientes se han presentado debido a las distintas interpretaciones con base en el derecho interno de cada Estado. Hay quienes afirman que “el rol de la ley nacional ha sido dejado relativamente abierto en la estructura de la Convención de Nueva York, y no sorprende, que haya contribuido al fallo en llegar a un verdadero estándar internacional para el arbitraje comercial”⁷⁹.

La Convención ha sido creada para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, reemplaza a la convención de Ginebra de 1927 en aquellos Estados parte de ambas convenciones. Al final de este capítulo se abordará el tema relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

2.9.5 La Ley Modelo de la CNUDMI: La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo) fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, en su 18 período anual de sesiones y constituye una base sólida para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales.

La Ley Modelo resulto ser todo un éxito “regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más

⁷⁷ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 72.

⁷⁸ www.uncitral.org. Países signatarios de la Convención de Nueva York http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Fecha de consulta: 01 de julio de 2011.

⁷⁹ Silverman, Linda. *The Nueva York Convention after 50 years*. Vol. 38:25, EE.UU., Georgia Journal of International and Comparative Law, 2009, p. 26.

importantes de la práctica del arbitraje internacional”⁸⁰ y lo hace en términos sencillos y claramente entendibles.

Muchos países que desearon modernizar su legislación sobre arbitraje simplemente adoptaron la Ley Modelo, íntegramente o con pequeñas modificaciones. Por mencionar un ejemplo “la Ley de Arbitraje de Guatemala está fundamentalmente basada en el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional”⁸¹.

2.9.6 La Convención de Panamá de 1975: La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá de 1975, fue adoptada el 30 de enero del 1975, dentro de la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado auspiciada por la Organización de los Estados Americanos, celebrado en la Ciudad de Panamá y entró en vigencia el 16 de junio de 1976.

La Convención de Panamá “pretende abordar, dentro del contexto regional americano, la necesidad para la comunidad empresarial, de asegurar la ejecución de los acuerdos y laudos arbitrales que surgen de sus relaciones de comercio internacionales”⁸².

La Convención de Panamá fue creada con la intención de ser compatible con la Convención de Nueva York, sin embargo, algunos doctrinarios afirman que tiene importantes omisiones con respecto a su homóloga americana, como por ejemplo “(i) no señala su ámbito de aplicación (ii) no señala nada respecto a la ejecución del

⁸⁰ Flores Rueda, Cecilia. *Armonización Legislativa, La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. I Congreso Nacional y regional sobre Arbitraje y Mediación, México. <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/11.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2011.

⁸¹ Castellanos Howell, Alvaro. *El Arbitraje Comercial Internacional en Guatemala: Marco Legal y Jurisprudencial*. España, Editorial La Ley, grupo Wolters Kluwer, Cuatrecasas Gonçalves Pereira, 2009. Pág. 416.

⁸² Filloy, Marcela. *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Panamá, sus principales características, semejanzas y diferencias con la Convención de Nueva York. Realidades y perspectivas futuras sobre su aplicación en el Continente Americano*. Centro de Resolución de Conflictos, Costa Rica, 2009. Pág. 3.

acuerdo de arbitraje (iii) omite señalar los documentos y demás condiciones que deben satisfacerse para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral”⁸³.

2.10 El Derecho aplicable

Para comenzar con este punto tan importante, es preciso partir reconociendo el dualismo existente relativo a las normas aplicables en el arbitraje comercial internacional. En primer lugar el arbitraje se rige por las normas procesales convenidas por las partes (derecho aplicable al fondo) y en segundo lugar se rige por las normas correspondientes a la sede del arbitraje (*lex arbitri*). Se analizará a continuación dicha dualidad.

2.10.1 La *lex arbitri*: Cada Estado decide por si mismo las normas que regulan al arbitraje en su territorio, estas normas de derecho interno constituyen la *lex arbitri*, la cual varía dependiendo del país donde se lleve a cabo el arbitraje. Por ejemplo en Guatemala la *lex arbitri* está constituida principalmente por la Ley de Arbitraje⁸⁴ y complementariamente por la demás legislación interna aplicable.

Es de importancia conocer la legislación del Estado donde se llevará a cabo el arbitraje, puesto que “las partes de un acuerdo arbitral internacional al elegir una sede para la realización del arbitraje, por lo general eligen un lugar distinto a sus Estados”⁸⁵ o de la relación comercial que las une, tienden a elegir un lugar neutral. Debido a que “la experiencia ha demostrado que determinar el lugar del arbitraje en el país de una de las partes, pone en desventaja a la otra parte”⁸⁶.

A criterio de Redfern, se espera que la *lex arbitri* rijan aspectos tales como: la determinación y forma del acuerdo arbitral; la determinación de si las controversias

⁸³ Treviño, Julián. *Notas sobre la influencia de la Convención de Nueva York en la Convención de Panamá y su coexistencia*. México, 2008. Pág. 3

⁸⁴ Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto Número 67-95.

⁸⁵ Derains, Yves. “Le Choix du Lieu de l’Arbitrage”. *Revue de Droit des Affaires International*, France, 1986, p. 109.

⁸⁶ *Loc cit.*

pueden o no someterse a arbitraje; la constitución del tribunal arbitral y las causales de recusación de dicho tribunal; el derecho del tribunal arbitral a decidir sobre su propia Jurisdicción; el trato equitativo de las partes; la libertad de establecer normas procesales detalladas; las medidas cautelares; los escritos de demanda y contestación; las audiencias; los procesos en rebeldía; la asistencia judicial, de resultar necesaria; las facultades de los árbitros; la forma y validez del laudo arbitral y el carácter definitivo del laudo, incluido el derecho a impugnarlo ante tribunales de justicia del lugar del arbitraje⁸⁷. Todos estos son aspectos importantes del arbitraje.

Es trascendente resaltar que existe una gran diferencia entre la *lex arbitri* (legislación interna del Estado) que constituye las disposiciones generales por las que se rige el arbitraje y las normas procesales detalladas seleccionadas por las partes para que el proceso se desarrolle adecuadamente (reglamentos de las instituciones arbitrales).

La *lex arbitri* puede regular tanto cuestiones procesales, como por ejemplo la constitución de un tribunal arbitral, a falta de una disposición contractual para tal efecto, como también cuestiones no procesales, como por ejemplo puede determinar qué materia será susceptible de arbitraje.

Cuando las partes seleccionan el país sede del arbitraje, consecuentemente se aplicará la *lex arbitri* de dicho Estado, por tanto la *lex arbitri* no debería entenderse como una opción sino como una consecuencia. A criterio de Redfern “decir que las partes ‘eligieron’ ese derecho específico para que por él se rija el arbitraje equivaldría a decir que una mujer inglesa que viaja a Francia en automóvil ha ‘elegido’ la ley francesa de tránsito, por lo que estará obligada a conducir a mano derecha, y a obedecer a leyes de tránsito a las que puede no estar acostumbrada. Decir que la conductora ha optado por la ley francesa de tránsito sería una manera extraña de expresarse. Lo que hizo fue ir a Francia, y la aplicabilidad del derecho francés se desprende de ello automáticamente. No se trata de elegir”⁸⁸.

⁸⁷ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 157.

⁸⁸ *Ibid.* Pág. 164.

Una vez elegido el lugar del arbitraje, esto conlleva la aplicación del derecho interno del lugar y consecuentemente la aplicación de disposiciones obligatorias en cuanto al arbitraje. Si bien “el control ejercido por la *lex loci arbitri* debe ser limitado”⁸⁹ para respetar el arbitraje, el conocimiento previo de la misma es imprescindible pues en algunos casos la sede a elegir podría no ser la más adecuada para el desarrollo del mismo.

Si todos los países adoptaran una *lex arbitri* idéntica, el arbitraje comercial internacional se desarrollaría en estándares nivelados, pero en la práctica, “la idea de una *lex arbitri* universal es tan ilusoria como la de la paz mundial”⁹⁰, cada país tiene sus propias características, sus propios intereses a proteger, y su propia postura de cómo deberían desarrollarse los arbitrajes en su territorio. Inclusive los Estados que han adoptado la Ley Modelo no se resisten a incorporar sus propias disposiciones específicas.

2.10.2 El derecho aplicable al fondo: Con base a la autonomía de la voluntad, las partes pueden elegir libremente el derecho o normas jurídicas que se aplicarán al contrato. Sin embargo para que las partes de un contrato internacional puedan elegir la ley que rige dicho contrato es preciso que el sistema jurídico que les faculta contratar se los autorice. Es decir “es necesario que el contrato antes de ser celebrado, se ampare en la ley que regula la libertad de contratación de las partes”⁹¹.

La teoría de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable al contrato, también conocida como *lex voluntatis*⁹², ha sido aceptada tanto por la doctrina, por los tribunales nacionales, como por los tribunales arbitrales, éstos últimos al aplicar el derecho elegido por las partes no hacen más que cumplir lo acordado por aquellas.

⁸⁹ Park, William. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. International and Comparative Law Quarterly 32, EEUU, 1983, p. 51.

⁹⁰ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 167.

⁹¹ Alfonsín, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*. Uruguay, Facultad de Derecho de Montevideo, 1950. Pág. 21.

⁹² Tonatiuh, García. *La Lex Contractus en los Contratos Internacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008. Pág. 70.

Este reconocimiento también ha sido recogido por los convenios internacionales, quienes ratifican la libertad que tienen las partes para elegir por sí mismas el derecho aplicable al contrato que celebran. Un ejemplo interesante es el Convenio de Roma de 1980, que señala claramente que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”⁹³.

Por su parte el Reglamento de la CNUDMI establece: “el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio”⁹⁴. El Reglamento de la CCI señala: “las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia”⁹⁵.

Es lógico pensar que la oportunidad para la elección del derecho aplicable se realiza durante la celebración del contrato, sin embargo “en la actualidad las partes tienen la facultad de elegir el derecho tal como deberá aplicárselo en el momento de la controversia”⁹⁶. Esto también dependerá si la ley aplicable al contrato lo permite.

Con respecto al sistema jurídico del contrato, las partes pueden seleccionar el derecho del país de uno de los contratantes o cualquier otro sistema legal que las partes consideren propicio para reglamentar sus relaciones comerciales. Si por ejemplo “las partes de una controversia que ha de dirimirse en Suiza acuerdan que el tribunal arbitral deberá aplicar el derecho francés, todos los involucrados (árbitros, partes y abogados por igual) sabrán a qué atenerse”⁹⁷. En este punto, algunos países son más atractivos que otros, debido a que ciertos sistemas jurídicos incluyen leyes y reglamentos desactualizados, poco adecuados para su aplicación a contratos internacionales.

⁹³ Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, firmado en Roma el 19 de junio de 1980, entró en vigor en 1991. Disponible en Diario Oficial de la Unión Europea no. L266/1., artículo 3. Libertad de elección.

⁹⁴ Reglamento de la CNUDMI, artículo 33.1.

⁹⁵ Reglamento de la CCI, artículo 17.1.

⁹⁶ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 175.

⁹⁷ *Ibid.*, Pág.178.

La elección del derecho de fondo aplicable a la controversia se hace a través de una cláusula y en la mayoría de ocasiones las partes eligen el sistema jurídico un país determinado. No es recomendable elegir como único derecho aplicable los principios generales del derecho u otras normas pertinentes de derecho internacional, por cuestiones prácticas, éstos no deben reemplazar el derecho aplicable sino más bien complementarlo.

Finalmente cabe destacar que la facultad que tienen las partes para determinar el derecho aplicable al fondo del contrato no es absoluta y pueden existir ciertas restricciones con el fin de garantizar la buena fe y el orden público. Esto sucedió en el caso *Soleimany c Soleimany*⁹⁸ donde el Tribunal de Inglaterra se negó a conceder la ejecución del laudo, dado que la operación, si bien no era ilegal con respecto al derecho aplicable que las partes habían seleccionado con el fin de evadir impuestos de exportación, si lo era con respecto al derecho inglés.

2.10.3 El derecho Transnacional: Con base en la autonomía de la voluntad las partes también pueden decidir que sean aplicables al contrato normas transnacionales, principios y usos comerciales. Estas normas revisten de importancia y son utilizadas en la práctica del arbitraje comercial internacional, por tanto, resulta importante analizar los Principios UNIDROIT.

2.10.4 Los Principios UNIDROIT: Los Principios UNIDROIT en sus dos versiones de 1994 y de 2004, formulan y establecen las reglas generales para los contratos comerciales internacionales. Fueron creados por iniciativa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)⁹⁹ con sede en Roma, a través de un comité de trabajo, el cual contó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo.

⁹⁸ *Soleimany v Soleimany* [1998] APP.L.R. 02/19. CA on appeal from QBD (His Honour Judge Langan QC) before Morritt LJ; Waller LJ; Sir Christopher Staughton. 19th February 1998. Disponible en <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/Soleimany%20v%20Soleimany%201998.pdf>. Fecha de consulta: 17 de octubre de 2011.

⁹⁹ <http://www.unidroit.org/>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2011.

Los principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional. Según opinión de expertos:

“Los Principios UNIDROIT representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen ninguna forma de convención internacional de ley uniforme para contratos internacionales, derivan su valor de su fuerza persuasiva”¹⁰⁰.

Los Principios están divididos en siete capítulos que contienen un total de ciento veinte artículos, con disposiciones aplicables a todo *iter contractus* desde su creación hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo.

Los Principios se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, también pueden ser usados para interpretar o complementar instrumentos internacionales, interpretar o complementar el derecho nacional o como modelo para legisladores nacionales e internacionales. En la práctica también “han sido utilizados por la CCI durante la elaboración de contratos modelo”¹⁰¹.

2.11 Constitución y organización del tribunal arbitral

Al iniciarse un arbitraje y presentada la solicitud, el siguiente paso consiste en la constitución del tribunal arbitral, lo que toma cierto tiempo. A diferencia de los tribunales internos de un Estado, a los cuales es posible acceder en cualquier momento, a los tribunales arbitrales únicamente se puede acudir cuando éstos ya

¹⁰⁰ Oviedo Albán, Jorge. “Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales”, *Revista Lo Justo* Año 16 No. 11, Colombia, 2002. Pág. 100.

¹⁰¹ Jolivet, Emmanuel. “La réception des Principes d’UNIDROIT dans le contrats modèles de la Chambres de Commerce International”. *Revue de Droit Uniforme*, France, 2004, p. 275.

estén constituidos después de haber surgido el conflicto. Lo que dificultaría a la parte demandante plantear su pretensión ante el tribunal arbitral o solicitarle que dicte medidas cautelares u otras resoluciones, hasta tanto este se encuentre constituido¹⁰². La constitución del tribunal arbitral toma tiempo especialmente cuando las partes no colaboran en el desenvolvimiento del arbitraje. Para superar dichas dificultades la principal solución es proceder sin demoras a la constitución y organización del tribunal arbitral.

Le corresponde al demandante asegurarse de plantear su reclamo dentro del plazo impuesto, el cual puede estar plasmado en el contrato mismo o en el derecho aplicable al fondo de la controversia. Cuando es plazo es contractual, este consagra la manera en que el demandante debe proceder, por otro lado cuando el plazo es legal, basta recurrir al ordenamiento interno para saber cómo evitar que dicho plazo prescriba y así poder continuar con la puesta en marcha del arbitraje.

Al entablarse la demanda, se interrumpe el plazo legal para acudir al arbitraje, por lo cual es importante interponer con prontitud la demanda de arbitraje. En este sentido el reglamento de la CCI establece que “la fecha de recepción de la Demanda por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del proceso arbitral”¹⁰³.

2.11.1 Designación de los árbitros: En virtud a que existen diversos métodos para la designación del Tribunal arbitral, a continuación se explicará brevemente los más habituales:

a) Acuerdo de las partes: Esta es una de las ventajas del arbitraje que otorga esta libertad a las partes para designar a sus propios juzgadores, por otro lado en ciertos contratos traen incluida la persona que será el árbitro de surgir una controversia. No es aconsejable designar de antemano el árbitro en el contrato pues las condiciones pudiesen variar repentinamente, lo que podría impedir a la persona designada estar

¹⁰² Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 275.

¹⁰³ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 4.2.

disponible en el momento en que se suscite el arbitraje, o que por los hechos del caso el arbitraje gire en torno a una situación muy específica, donde el árbitro propuesto de antemano carezca de conocimientos técnicos para conocerla. Cuando una de las partes no esté de acuerdo en nombrar a un árbitro, podría entorpecer el desarrollo del arbitraje, invocando la ley de la sede del arbitraje para que un tribunal nacional designe al árbitro.

b) Institución de arbitraje: Las instituciones arbitrales son expertas en este punto, pues su función es designar a los árbitros y la creación del tribunal arbitral con base a sus reglamentos. Como ocurre con el Reglamento de la CCI que establece que cuando deba designarse a un único arbitro y las partes no efectúen la designación dentro de los 30 días de la notificación de la Demanda de arbitraje a la otra parte, el árbitro será designado por la Corte de la CCI. Así mismo dispone que cuando se trate de tres árbitros, el tercero será designado por la Corte de la CCI salvo que las partes acuerden designarlo por ellas mismas dentro de un plazo determinado¹⁰⁴.

c) El método de la lista: Este es empleado por el Reglamento de la CNUDMI y consiste en que la institución envía a las partes una lista de árbitros para que éstas descarten a aquellos que no les convenzan y establezcan los otros en una lista de prioridad del mayor al menor, luego se intercambian las listas y con base a las coincidencias de árbitros electos por las partes, la institución realiza la elección de los árbitros que ambas partes calificaron libremente.

d) Árbitros existentes: Resulta habitual que cuando exista un arbitraje donde se haya pactado que el tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros, ambas partes proponen un árbitro cada una y éstos dos tienen la obligación de designar un tercer arbitro. Pero al tratarse de un arbitraje *ad hoc* donde no existe una institución arbitral de apoyo, también puede acudir a los tribunales nacionales para que lo designen, caso contrario el acuerdo de arbitraje podría resultar ineficaz, lo que perjudicaría directamente a la parte demandante.

¹⁰⁴ Reglamento de la CCI, artículo 8.3 y 8.4.

e) Asociación de Comercio: Considerando la autonomía de la voluntad, las partes dentro del contrato pueden establecer que el árbitro sea designado por una Cámara de Comercio u otra institución de carácter privado comercial, esta opción presenta ventajas pues garantiza que dichos árbitros conocedores del ramo mercantil y con experiencia previa, puedan resolver la controversia adecuadamente sujeta a su decisión.

f) Tribunales nacionales: Al presentarse dificultades en el nombramiento de los árbitros en los casos anteriormente expuestos, existe la posibilidad de superar esta dificultad recurriendo a un tribunal nacional que sea competente, y que tenga la facultad para designar a los árbitros. Cabe destacar que el tribunal no tendrá la competencia para juzgar del arbitraje, sino solamente designar los árbitros que a su criterio resulten más competentes e imparciales para el caso en cuestión.

g) Autoridad nominadora: La autoridad nominadora es la solución cuando las partes no están de acuerdo en la designación de los árbitros y cuando se desea evitar recurrir al ordenamiento interno para rescatar al arbitraje que no cuenta con árbitros. La autoridad nominadora es con frecuencia una institución arbitral que ya cuenta con una lista de árbitros competentes y al estar fuera del conflicto realizará la designación de los árbitros de manera objetiva sin corresponder a ningún interés, como podría hacerlo alguna de las partes.

2.11.2 Requisitos que deben reunir los árbitros: Cualquier persona física puede ser nombrada árbitro, su capacidad legal es el único requisito general. Cuando se trata de árbitros únicos, en la mayoría de ocasiones se opta por nombrar a un abogado, debido a que estas cuestiones pueden ser fáciles de abordar por los profesionales del derecho, principalmente cuando se desenvuelva un arbitraje comercial internacional y cuestiones de derecho internacional privado. Sin embargo esto no es obligatorio en todos los casos. Por ejemplo, cuando se trate de un arbitraje de equidad los árbitros no necesariamente deben ser especialistas en derecho.

Resulta también importante el dominio del idioma del arbitraje por parte del árbitro propuesto y que el árbitro tenga un amplio conocimiento de las cuestiones comerciales mundiales, y más aún que logren tener una perspectiva desde su propia cultura pero también desde la cultura de las partes en el proceso, esto le permitirá entender de mejor manera la conducta y expectativas de las partes sin prejuicios culturales o sociales.

2.11.3 Imparcialidad e independencia de los árbitros: Esta es una obligación clara que debe reunir todo árbitro, así lo exigen los reglamentos de arbitraje, como por ejemplo la CNUDMI¹⁰⁵, al carecer de esta independencia el árbitro debe ser recurrido, el Reglamento de la CCI va más allá al autorizar “la recusación del árbitro por falta de independencia o cualquier otro motivo”¹⁰⁶.

Por su parte el Reglamento de la LCIA señala que todos los integrantes deberán mantenerse “imparciales en todo momento y abstenerse de actuar como abogados de las partes”¹⁰⁷. El requisito que impone la Ley Modelo es que el árbitro sea “independiente e imparcial constituye una disposición obligatoria que las partes no pueden dejar de lado”¹⁰⁸.

2.12 El papel de los tribunales judiciales durante el arbitraje

Los tribunales judiciales pueden intervenir en el arbitraje únicamente en escenarios muy específicos, de lo contrario se desvirtúa el espíritu del arbitraje, que es precisamente un método alternativo de resolución de controversias. Debido a que “el pacto arbitral supone una voluntad clara y manifiesta de excluir los eventuales conflictos que pueden surgir entre las partes contratantes de la órbita de la justicia estatal”¹⁰⁹ confiando su resolución a un tribunal arbitral. Por regla, debe respetarse la

¹⁰⁵ Artículo 10.

¹⁰⁶ Artículo 11.1.

¹⁰⁷ Artículo 5.2.

¹⁰⁸ Artículo 12.2.

¹⁰⁹ Frignani, Aldo. *Drafting Arbitration Agreements*. Kluwer Law, Arbitration International Vol. 24 No. 4, EE.UU., 2008, p. 560.

decisión de las partes y “en particular su voluntad de sustraer el litigio de la competencia del juez estatal reconociendo el convenio arbitral”¹¹⁰.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), se ha convertido en el punto de referencia para cualquier ley moderna en materia de arbitraje y con respecto a la intervención de los tribunales competentes, es decir tribunales judiciales, estableció en su artículo 5 que: “en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”. Seguidamente en el artículo 6 establece que los tribunales nacionales cumplirán “determinadas funciones de asistencia y supervisión”. La Ley Modelo está compuesta por 36 artículos, de los cuales no menos de 10 artículos reconocen un posible papel a los tribunales judiciales.

La Ley Modelo reconoce que puede ser necesario recurrir al tribunal competente para la constitución del tribunal arbitral; dicho tribunal judicial puede ser llamado a decidir la recusación de un árbitro cuando existan dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro en cuestión; también reconoce que una de las partes del arbitraje internacional puede impugnar ante el tribunal nacional competente la decisión del tribunal arbitral sobre la excepción de incompetencia, en cuyo caso su decisión será vinculante y definitiva; también reconoce que la asistencia del tribunal judicial puede resultar necesaria para la práctica de la prueba y que en toda impugnación del laudo arbitral oposición a su reconocimiento o ejecución será inapelable la decisión del tribunal competente.

Naturalmente el arbitraje se desarrollará dentro del territorio de un país, estará sujeto a las leyes del mismo y a las leyes del país en los que ha de ejecutarse el laudo: “algunos Estados que como Bélgica, pretendieron atraer arbitrajes internacionales mediante la negación de cualquier tipo de función a sus tribunales nacionales,

¹¹⁰ Goldman, Claude. “Mesures Provisoires et Arbitrage International”, *Revue de Droit International* No.1, France, 1993, p. 10.

advirtieron que esta política era contraproducente y se vieron obligados a volver a incorporar un elemento de supervisión judicial”¹¹¹.

Sin embargo una vez constituido el tribunal arbitral en principio no es necesaria la intervención de los tribunales judiciales, a menos que sea imprescindible para asegurar el correcto desenvolvimiento del arbitraje. Escenarios comunes en los que directamente interviene un tribunal judicial son aquellos donde resulta necesario dictar medidas cautelares y al momento de ejecutar el laudo.

2.12.1 Medidas Cautelares: Durante el arbitraje puede surgir la necesidad de que el tribunal arbitral o un tribunal Judicial dicten medidas tendientes a preservar la prueba, proteger bienes o mantener el estado de algo hasta la conclusión del arbitraje.

Los árbitros ejercen jurisdicción al tener que decidir sobre la pretensión de las partes, por lo tanto también “los árbitros si deben tener plenas facultades para otorgar o no medidas cautelares o anticipatorias que deben ser cumplidas o que estén dirigidas a las partes del proceso arbitral”¹¹².

En ocasiones el propio tribunal arbitral está facultado para dictarlas: “el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas”¹¹³.

Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Arbitral no puede dictar las medidas cautelares sin la intervención de los tribunales judiciales, simplemente por disposición legal. El Código Procesal griego establece: “el árbitro no podrá dictar, modificar o revocar medidas provisionales”¹¹⁴. Mientras que el Código Procesal italiano señala “el árbitro no podrá ordenar embargos ni dictar otras medidas

¹¹¹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 467.

¹¹² Castellanos Howell, Álvaro. *Los Árbitros y el Jus Imperium ¿Compatibles o Incompatibles?*. Arbitraje y Mediación en las Américas, Centro de Justicia de las Américas CEJA, Chile, 2006, Pág. 270.

¹¹³ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 23.

¹¹⁴ Código Procesal Griego, artículo 889.

provisionales”¹¹⁵. Por su parte La Ley de Arbitraje guatemalteca dispone que si las medidas cautelares no se cumplen voluntariamente o si se imponen a terceros, las partes o el árbitro deberá “requerir al tribunal competente su intervención”¹¹⁶.

Por otro lado, el Tribunal Arbitral no puede dictar medidas cautelares hasta que se encuentre constituido, por lo tanto toda aquella situación urgente antes de la constitución del tribunal arbitral sería diligenciada por un tribunal judicial. La AAA superó esta dificultad emitiendo el Reglamento Opcional para Medidas de emergencia y protección, desde mayo 2006, donde permite la creación de tribunales de emergencia para dictar medidas precautorias, conforme el artículo 34 de su Reglamento¹¹⁷. Bajo estas reglas “el árbitro puede ser designado por el administrador para conocer una solicitud de medidas provisionales antes que se constituya el Tribunal arbitral”¹¹⁸.

Así mismo, el tribunal arbitral tampoco puede dictar medidas cautelares frente a terceros. “Una medida dictada frente un tercero, por ejemplo, dirigida al banco en el que estén depositados los fondos de una de las partes, no podría ejecutarse contra él”¹¹⁹. En Guatemala por ejemplo en caso de ser necesario requerir medidas cautelares frente a terceros ajenos al proceso arbitral “la Ley de Arbitraje guatemalteca requiere que los árbitros pidan la asistencia o auxilio judicial, el que debe ser tramitado de conformidad con el artículo 9 de la misma ley”¹²⁰.

El tema de las medidas cautelares ha sido objeto de discusión y la doctrina no ha sido pacífica en este sentido. En el año 2001 fue objeto de un serio análisis por parte del Grupo de Trabajo de la CNUDMI para la actualización de la Ley Modelo.

¹¹⁵ Código Procesal Civil Italiano, artículo 818.

¹¹⁶ Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto Número 67-95, artículo 22.2.

¹¹⁷ Reglamento de la AAA, artículo 34 y Reglas Opcionales.

¹¹⁸ Werbicki, Raymond. *Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*. EEUU, AAA Handbook on International Arbitration & ADR, JurisNet, 2010, p. 91.

¹¹⁹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 473.

¹²⁰ Castellanos Howell, Álvaro. *Op. cit.*, Pág. 12.

En síntesis, tal y como señala Dougier, el tema de la relación entre los tribunales nacionales y tribunales arbitrales “ha sido objeto de numerosas controversias en el derecho comparado. Falta esperar que las jurisdicciones reconozcan un régimen claro y eficaz: dándole la competencia inicial al tribunal arbitral para juzgar su propia competencia para que luego el control ejercido por la jurisdicción estatal pueda tener lugar siempre *a posteriori*”¹²¹.

2.13 El Laudo Arbitral

Así como todo proceso judicial termina con una sentencia, todo procedimiento arbitral termina con un laudo, a menos que las partes hayan llegado a un acuerdo durante el procedimiento. En este sentido, el artículo 32.2 del Reglamento de la CNUDMI establece: “el laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”

El artículo 28.6 del Reglamento de la CCI dispone: “Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter sus controversias a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que pueden renunciar válidamente”

2.13.1. Definición: No existe una definición de laudo aceptada internacionalmente, tampoco se incluye en ninguna convención internacional sobre arbitraje, ni en los tratados de Ginebra, la Convención de Nueva York o la Ley Modelo. Sin embargo, debido a su congruencia se propone la adopción de la siguiente definición:

“El término laudo hace referencia a un laudo final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su

¹²¹ Dougier, Estelle. “Tribunaux Arbitraux ou Juridictions Étatiques ?”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Vol. 6, France, 2005, p. 681.

jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión procesal aunque, en este último caso, solo se tratará de un laudo si el tribunal arbitral denomina de tal manera a la decisión que adopte”¹²².

2.13.2 Clases de Laudos

a) Laudos finales: Son aquellos que ponen fin a la misión del tribunal arbitral, se da por concluida la función del tribunal, si hace falta establecer costas, intereses o cualquier otra cuestión, debería llamarse laudo parcial o provisional.

b) Laudos parciales y laudos provisionales: Es de mucha ventaja tener esta capacidad de dictar laudos parciales, esta facultad será otorgada o determinada por el propio convenio arbitral o por la *lex arbitri*. El reglamento de la CNUMDI establece: “además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales”¹²³. En la misma corriente se pronuncia el Reglamento de la CCI, por su parte el Reglamento de la LCIA adopta el mismo enfoque:

“El Tribunal Arbitral podrá dictar laudos separados en diferentes etapas del proceso. Estos laudos tendrán la misma categoría y los mismos efectos que cualquier otro laudo dictado por el Tribunal Arbitral”¹²⁴.

La desventaja de emitir laudos provisionales es que su revisión puede conllevar demoras en el desenvolvimiento del proceso arbitral.

c) Laudos en rebeldía por una de las partes: Ante la ausencia de una de las partes en el desarrollo del arbitraje, ya sea desde el inicio o en cualquier etapa del mismo, el tribunal arbitral está en la obligación de tomar una decisión por propia iniciativa y resolver la pretensión de las partes, aún ante la ausencia de una de ellas.

¹²² Broches, *Recourse. Against the Award; Enforcement of the Award*. ICCA Congress Series No.2, Netherlands, 1984, p. 208 citado por Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 499.

¹²³ Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, artículo 32.1.

¹²⁴ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 26.7.

d) Laudo por acuerdo: En el transcurso de las actuaciones pueden ambas partes llegar a un acuerdo, conlleva a esto la terminación de la competencia del tribunal arbitral y sus facultades. El Reglamento de la CNUMDI establece:

“Si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado”¹²⁵.

2.13.3 Forma del Laudo

El artículo 32 del Reglamento de la CNUMDI establece los siguientes requisitos:

- a. El laudo se dictará por escrito
- b. Se expondrán las razones en las que se base el laudo
- c. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó
- d. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.

2.13.4 Plazo: El plazo puede estar determinado por la ley, por las partes o por la institución arbitral, éstos tienden a variar, desde los treinta días contados a partir del día en que finaliza la audiencia, bien puede ser también “tres meses después de la notificación del laudo”¹²⁶ como ocurre en Rusia y hasta los “seis meses”¹²⁷ a partir de la última audiencia. En principio se recomienda no establecer un plazo para dictar el laudo, salvo que sea imprescindible para las partes determinar este extremo.

¹²⁵ Reglamento de la CNUMDI, artículo 34.1.

¹²⁶ Bavitechev, Gueorgui. *Arbitral and Post Arbitral Litigation in Russia*. International Business Law Journal No. 1, France, 2004, p. 657.

¹²⁷ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 24.

2.14 Impugnación del Laudo Arbitral

El objetivo de la impugnación es dejar sin efecto el laudo para que no pueda ejecutarse. En este sentido, los reglamentos de arbitraje de la CNUDMI, la CCI y la LCIA establecen que el laudo es definitivo y vinculante para las partes. De lo contrario el arbitraje se convertiría en la primera instancia de un proceso de múltiples etapas que al final terminaría en manos de un juez, lo que desvirtúa el espíritu del arbitraje.

Sin embargo, no cabe duda que el árbitro puede incurrir en errores al momento de proferir un laudo, por lo que la Ley Modelo ha contemplado ciertos escenarios de impugnación del laudo arbitral.

2.14.1 Incapacidad: La primera causa de impugnación del laudo establecida por la Ley Modelo: “que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado”¹²⁸.

2.14.2 Violación del debido proceso: La segunda causa de impugnación es “que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por otra razón, hacer valer sus derechos”¹²⁹.

El desenvolvimiento del proceso arbitral debe estar apegado al debido proceso, el hecho de que las partes decidan sustraer el litigio de los tribunales internos para que someterlos a la decisión de árbitros, no significa sin lugar a duda que renuncien a las garantías mínimas del procedimiento donde se establezca un trato justo y equitativo hacia ambas partes. Cabe recordar que el debido proceso es un derecho humano reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que “está compuesto por un conjunto de requisitos que deben observarse en las

¹²⁸ Ley Modelo, artículo 34.2.a.i.

¹²⁹ Ley Modelo, artículo 34.2.a.ii.

instancias procesales”¹³⁰. En este mismo sentido, dicho tribunal señaló que se entiende que toda autoridad y “en cualquier materia, tiene límites infranqueables, siendo uno de estos, el respeto a los derechos humanos”¹³¹.

2.14.3 Cuestiones jurisdiccionales: La tercera causa de impugnación establecida por la Ley Modelo es cuando “el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular éstas últimas”¹³².

Esta circunstancia se presenta cuando el tribunal arbitral con jurisdicción específica para la materia arbitrable sujeta a análisis, excedió sus facultades resolviendo materias que no habían sido sometidas al arbitraje.

2.14.4 Cuestiones procesales: La cuarta causa de impugnación: “que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”¹³³. Sin embargo la Ley Modelo también contempla otros dos casos de anulación del laudo arbitral y esto es cuando los tribunales del país donde se desarrolló el arbitraje determinan que la disputa no sea materia arbitrable ó cuando el laudo es contrario al orden público nacional.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 142, y véase también, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 1 de Julio de 2011 Serie C No. 227, párr. 115.

¹³² Ley Modelo, artículo 34.2.a.iii.

¹³³ Ley Modelo, artículo 34.2.a.iv.

2.15 Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales:

La ejecución del laudo arbitral es la última fase del proceso, en el aspecto práctico es la fase más importante del arbitraje porque evidenciará la eficacia de este método de resolución de controversias. La mayoría de laudos se cumplen en forma voluntaria, pero si la parte vencida no cumple con el laudo, la parte vencedora tiene dos opciones para exigir su cumplimiento. La primera es ejercer presión comercial o de otra naturaleza para que la otra parte cumpla con el laudo. Y la segunda opción es invocar la potestad del Estado, ejercida a través de los tribunales nacionales para obtener el embargo de los bienes de la parte vencida u obligarla a cumplir el laudo por cualquier otro medio. Por ello algunos doctrinarios afirman “la paradoja del arbitraje, un procedimiento alternativo a la justicia del Estado que necesita de la comunidad internacional de los Estados para ser eficaz”¹³⁴.

Por otro lado también a diferencia de una sentencia, al dictarse el laudo el tribunal arbitral no tiene incidencia en la ejecución de su decisión, debido a que finaliza su mandato y procede a desintegrarse. En la práctica se reconoce que la mayoría de laudos se cumplen voluntariamente, sin embargo si la parte vencida no cumple el laudo arbitral, la parte favorecida con la decisión debe adoptar medidas para exigir su cumplimiento, entendiéndose el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Una de las características del procedimiento y grandes ventajas del arbitraje es que el laudo puede ser ejecutado en un país distinto de donde se emitió el laudo. Al punto que muchos países voluntariamente ejecutan laudos arbitrales. Incluso se ha señalado que “en la mayor parte de países es mucho más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia extranjera”¹³⁵.

¹³⁴ Loquin, Eric. *L'Exécution des Sentences Arbitrales Internationales au début du Troisième Millénaire*. International Business Law Journal, France, 2003, p. 747.

¹³⁵ *Ibid.*, Pág. 748.

El merito de ello es para la Convención de Nueva York de 1958 cuyo objeto es el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Este instrumento sentó las bases actuales del arbitraje internacional hace más de cincuenta años.

Así mismo, cabe destacar que la Convención de Nueva York admite la interposición de dos reservas, en el artículo I.3 establece la reserva de reciprocidad a través de la cual los Estados parte se comprometen a aplicar la convención a laudos dictados en otros Estados también parte de la Convención de Nueva York. Por otro lado la reserva comercial se refiere a la posibilidad de limitar que la convención sea aplicada por los Estados contratantes únicamente a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno.

2.15.1 Denegación de Reconocimiento y Ejecución: Conforme el artículo V de la Convención de Nueva York y en semejantes términos lo establece también la Ley Modelo, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la parte contra la cual es invocada prueba:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisario, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisaria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

Capítulo III Cláusulas Arbitrales

La cláusula arbitral o convenio arbitral (utilizados aquí como sinónimos) es el acuerdo por el cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias, este acuerdo puede referirse a una controversia actual o futura.

En este sentido, el jurista costarricense Gómez señala que “la cláusula arbitral es aquella estipulación incluida en un contrato, ya sea como cláusula del mismo o en escrito separado, mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral”¹³⁶.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje de Guatemala define al acuerdo arbitral como “aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual”.

De lo anterior se desprende que la cláusula arbitral nace a partir de la voluntad de las partes quienes deciden sustraer el litigio de los tribunales judiciales para someterlo a la decisión vinculante de uno o más árbitros. Así mismo, es importante destacar que la cláusula arbitral “constituye la fuente de la jurisdicción del tribunal arbitral”¹³⁷, y en caso de anularse, deja sin fundamento a todo el proceso arbitral y consecuentemente al propio laudo.

3.1 Clases de acuerdos arbitrales

Existe una distinción clásica entre “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”. La cláusula compromisoria legisla las controversias que puedan surgir a futuro,

¹³⁶ Gómez Rodas, Carlos. “Apuntes sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 64, septiembre-diciembre, Colegio de Abogados, Costa Rica, 1989. Pág. 14.

¹³⁷ Boo, Lawrence. “The Arbitration Agreement”, *Singapore Academy of Law Annual Review*, Singapore, 2004, p. 47.

mientras que el compromiso arbitral se refiere al pasado, debido a que regula la sujeción de una controversia ya existente. En términos africanos “la cláusula compromisoria es anterior al litigio y el convenio es posterior”¹³⁸.

A criterio de Roque Caivano “no obstante la diferencia conceptual entre ambos, debe tenerse presente que traducen una misma finalidad: permitir que cierta clase de disputas sean resueltas por árbitros”¹³⁹.

La gran mayoría de leyes latinoamericanas en la actualidad ha procedido a simplificar la forma y contenido del convenio arbitral “la consecuencia no ha sido otra que la admisión de que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria poseen unos mismos efectos para la puesta en marcha del arbitraje”¹⁴⁰.

Por tanto, la distinción entre ambos conceptos prácticamente se encuentra en desuso. Con base en la tendencia actual, la Ley de Arbitraje de Guatemala lo regula en los siguientes términos:

Artículo 54

Fusión de los Conceptos de “Cláusula Compromisoria” y “Compromiso”

“Por virtud de lo dispuesto en la presente ley, se reconoce el acuerdo de arbitraje como la forma para obligarse recíprocamente a resolver conflictos mediante el arbitraje. A partir de la fecha en que cobre vigencia la presente ley, todas las referencias que pudiesen encontrarse en diversas disposiciones legales, tanto a la “cláusula compromisoria” o al “compromiso”, deberá entenderse que se refiere al acuerdo de arbitraje reconocido y definido en la presente ley”

¹³⁸ Amoussou, Ronald. *L'Arbitrage dans le traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*. Revue de Droit International des Affaires No. 3, France, 1996, p. 323.

¹³⁹ Caivano, Roque. *Op. cit.*, pág. 5.

¹⁴⁰ Fernández Rozas, José Carlos. *El Convenio Arbitral, entre la estabilidad y el desatino*. Estudios de Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Pág. 708.

3.2 La validez del acuerdo arbitral

3.2.1 Validez formal: Para que el acuerdo arbitral sea válido, desde el punto de vista formal, lo único que se requiere es que conste por escrito. La Convención de Nueva York en el artículo II, ha establecido cuatro requisitos para que el acuerdo de arbitraje sea válido:

- a) Que el acuerdo conste por escrito;
- b) Que se refiera a controversias existentes o futuras;
- c) Que las controversias se refieran a una relación jurídica determinada, sea o no de índole contractual; y
- d) Que se refieran a una materia susceptible de ser resuelta por arbitraje.

El artículo 7 de la Ley Modelo dispone que cualquier medio de telecomunicación que produzca una constancia del acuerdo, será suficiente para que se considere cumplido el requisito de la “constancia por escrito”.

Con base en lo anterior se demuestra que al existir cualquier constancia escrita del acuerdo arbitral éste cobra validez, independientemente de la forma, incluso de la firma de las partes. La Convención de Nueva York establece que el acuerdo debe estar firmado por las partes, sin embargo “se trata de un requisito que las leyes modernas sobre arbitraje han dejado a un lado en buena parte”¹⁴¹.

3.2.2 Validez sustantiva: En principio, la validez sustancial del acuerdo arbitral está sujeta a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del Tribunal arbitral. Cabe recordar que algunos países imponen requisitos específicos para la validez del acuerdo arbitral, por lo que habrá que remitirse al derecho interno del Estado para cumplir con las exigencias.

¹⁴¹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 225.

a) Arbitrabilidad subjetiva: La arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad de las partes de someterse al arbitraje. Las partes de un contrato deben tener capacidad jurídica necesaria para celebrarlo, caso contrario carecerá de validez. La Convención de Nueva York y la Ley Modelo exigen que las partes tengan capacidad para celebrar el acuerdo arbitral en virtud de “la ley que les es aplicable”¹⁴².

En términos generales “toda persona física o jurídica que tiene la capacidad necesaria para celebrar un contrato válido tiene capacidad para celebrar un acuerdo arbitral”¹⁴³. En consecuencia, como se analizará brevemente a continuación, tanto personas físicas como sociedades de personas, Estados y organismos estatales pueden ser partes de un arbitraje.

Personas Físicas y Sociedades: Para determinar la capacidad de las personas físicas bastará examinar los requisitos de la *lex arbitri* y del derecho de fondo aplicable a la controversia. En caso de una Sociedad basta recurrir a la ley que rige el contrato. En principio, la capacidad contractual de las sociedades está definida por sus estatutos y el derecho del lugar de su constitución.

Estados: Anteriormente existían criterios que dudaban de la capacidad del Estado para despojarse de su soberanía y someterse a un acuerdo arbitral, actuando en el mismo plano que las personas particulares.

En la actualidad no existe duda alguna con respecto a “la capacidad del Estado para celebrar contratos internacionales”¹⁴⁴ y es cada vez más reconocida la “participación de Estados en el arbitraje internacional, tanto en su capacidad pública como privada”¹⁴⁵. Al respecto, Emmanuel Gaillard y Jenny Edelstein señalan que:

¹⁴² Artículo 5.1(a) Convención de Nueva York; artículo 36.1(a) de la Ley Modelo .

¹⁴³ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, pág. 236.

¹⁴⁴ El-Béhéry, Ibrahim. *Théorie des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux*. Thèses Doctorat de Droit, Université de Nice, France, 2004, p. 46.

¹⁴⁵ Heiskanen, Veijo. *State as a Private: The participation of States in International Commercial Arbitration*. Transnational Dispute Management Vol. 7 issue 1, Turkey, 2010, p. 1.

“Ciertamente, aunque los Estados y las entidades estatales disfrutan, en principio, de inmunidad de jurisdicción, es ampliamente reconocido que uno y otras pueden renunciar a tal inmunidad estipulando someterse al arbitraje. Por tanto, un pacto arbitral es considerado como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción de la parte conformada por un Estado o una entidad poseída por el mismo”¹⁴⁶.

En este mismo sentido, explica Nicolás Gamboa Morales “un Estado renuncia a la inmunidad que posee al suscribir un pacto arbitral, de acuerdo a los principios universalmente reconocidos de la buena fe y la naturaleza vinculante de los contratos, es decir, el *pacta sunt servanda*”¹⁴⁷.

Una vez reconocida la capacidad del Estado para celebrar acuerdos arbitrales en contratos internacionales, se concluye que debido a sus características, el arbitraje le resulta ventajoso, tal como afirma Bullard, al explicar que:

“El arbitraje comercial internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado”¹⁴⁸

Diferentes Estados han reconocido esta realidad y la han plasmado en su legislación concerniente a la materia. El artículo 51 de la Ley de Arbitraje de Guatemala señala:

“Capacidad del Estado y Personas de derecho Público para someterse al Arbitraje

¹⁴⁶ Gamboa Morales, Nicolás. *La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional*. Primera Edición, Universidad del Rosario, Colombia, 2007, p. 68.

¹⁴⁷ *Loc. cit.*

¹⁴⁸ Bullard González, Alfredo. “Enemigos íntimos. El Arbitraje y los contratos administrativos”, *Revista Privada de Arbitraje N° 2*, Perú, 2006. Pág. 169.

Una vez que el Estado, las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipalidades, hayan celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio”.

En el mismo sentido, la Ley de Arbitraje peruana señala en su artículo 4.4 lo siguiente: “El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.”

Cabe destacar que en muchos países el Estado debe cumplir con ciertos requisitos previos para luego poder celebrar válidamente el acuerdo arbitral.

Por otro lado, en la práctica, algunos Estados al verse demandados ante un Tribunal Arbitral, han optado por desconocer el convenio arbitral amparándose bajo normas de derecho interno. Sin embargo queda claro que el Estado no puede alegar disposiciones de derecho interno para incumplir con sus obligaciones derivadas del arbitraje a nivel internacional.

Tal como afirma Jan Paulsson en el muy citado laudo de la CCI No. 1937 del año 1971¹⁴⁹, el Tribunal Arbitral estableció que “políticas públicas internacionales enérgicamente rechazan la idea que un órgano del Estado, después de haber contratado con personas extranjeras, de forma abierta y deliberada celebra un acuerdo o cláusula arbitral que atrae la confianza de la parte contratante, para más tarde pretender, durante el procedimiento arbitral o en la fase de ejecución del laudo, invocar la nulidad de sus propias palabras”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Paulsson, Jan. *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*. Lalive Lecutre, Geneve, 2009, p. 9.

¹⁵⁰ ICC Case 1939, citado por Yves Derains, 1973 *Revue de l'arbitrage* p. 145.

De lo anterior se puede concluir que no existe duda en cuanto a la capacidad de los Estados para formar parte de arbitrajes comerciales internacionales, y es preciso tomar muy en cuenta previo al arbitraje la ley aplicable al fondo de la controversia, que generalmente será la ley del Estado parte del arbitraje, con el fin de prever cualquier restricción legal a la facultad del ente soberano para someterse a arbitraje.

Finalmente, es preciso dejar claro que como regla general el arbitraje solo vincula a las partes, pues son éstas quienes voluntariamente deciden someterse al arbitraje, sin embargo la excepción a la regla se produce cuando el arbitraje en algunas ocasiones tiene efectos vinculantes para terceros, como se analizará a continuación.

Terceros respecto al acuerdo arbitral: El consentimiento de las partes es un requisito previo al arbitraje. Dicho consentimiento queda plasmado a través de la cláusula compromisoria que por lo general se celebra por escrito y está firmada por las partes. Sin embargo estas formalidades “no excluyen completamente la posibilidad de que el acuerdo arbitral firmado por dos o más partes obligue también a terceros”¹⁵¹.

Los terceros son aquellas personas que tienen una relación con las partes que han celebrado el acuerdo arbitral. Los terceros generalmente no intervienen en la celebración y firma del contrato, sin embargo, en ciertos casos, no quedan exentos de responsabilidad y pueden ser vinculados al arbitraje.

Como afirma Roque Caivano “hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral”¹⁵². Se trata de aquellas personas que tienen una relación especial con quienes han celebrado el acuerdo arbitral, los terceros son por ejemplo “los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los

¹⁵¹ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, pág. 240.

¹⁵² Caivano, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima Arbitration No. 1, Perú, 2006. Pág. 123.

efectos de la cláusula arbitral, o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes”¹⁵³.

Existen diferentes formas a través de las cuales los terceros respecto del acuerdo arbitral pueden quedar obligados por éste o invocarlo en su beneficio. En primer lugar por aplicación de la teoría grupo empresario o grupo de sociedades, según la cual los beneficios y obligaciones emanados de la cláusula arbitral pueden extenderse a otros integrantes del mismo grupo de empresas.

En el caso líder de la CCI *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, donde se originó esta teoría, el Tribunal Arbitral con base a la ley aplicable en cuestión, vinculó a terceros involucrados quienes no habían siquiera firmado el contrato, bajo el argumento de que:

“La cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”¹⁵⁴.

En segundo lugar, un tercero puede quedar vinculado por el acuerdo arbitral en caso de la aplicación de normas generales de derecho privado como la cesión, mandato y sucesión. Los efectos que surjan a partir de la vinculación de éstos, se determinará, principalmente, por referencia al derecho por el que se rige la cesión, mandato o sucesión, así como por el cual se rige la cláusula arbitral.

¹⁵³ Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 697 citado por Caivano, Roque en Arbitraje y Grupos de Sociedades.

¹⁵⁴ Caso CCI N° 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en Collection of ICC Awards, 1974-1985, ed. Kluwer, p. 151.

b) Arbitrabilidad objetiva: La arbitrabilidad objetiva se refiere a la materia susceptible de ser resuelta por medio de arbitraje. Determina que controversias pueden resolverse por arbitraje y cuales quedan relegadas exclusivamente al dominio de los tribunales judiciales. La Ley Modelo por ejemplo, se aplica exclusivamente a todo conflicto “que pueda ser resuelto por arbitraje”¹⁵⁵.

Por lo que en principio, el carácter arbitrable de las controversias es bastante amplio, cuyo elemento importante es la voluntad de las partes para consentir válidamente sobre la controversia objeto del arbitraje. Como regla general todo aquello en donde pueda darse una libre disposición de derechos, es arbitrable.

En caso que la cláusula arbitral verse sobre una materia no arbitrable, el acuerdo será nulo. Tradicionalmente cierto tipo de controversias como “antimonopolio, cuestiones de seguridad y disputas de propiedad intelectual”¹⁵⁶ eran consideradas cuestiones no apropiadas para arbitraje, sin embargo dicho punto de vista ha ido cambiando recientemente y las cortes han permitido que puedan ser llevadas a arbitraje. Un claro ejemplo es el emblemático caso *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler*¹⁵⁷. La decisión de la Corte Suprema de Justicia estadounidense sentada en este precedente “abrió las compuertas de la arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho *Antitrust* y sus consecuencias en cuanto a la extensión de la competencia de los árbitros en ámbitos que tradicionalmente les habían sido vedados, por su fuerte vinculación con el orden público”¹⁵⁸.

Por tanto es arbitrable todo aquello en donde puede darse una libre disposición de derechos, y como regla general no es arbitrable aquellos derechos que interesan al orden público, significa que existen ciertas materias que quedan reservadas

¹⁵⁵ Ley Modelo, artículo 34.2 (b)(i) y artículo 36.1(b)(i).

¹⁵⁶ Bishop, Doak. *Drafting the ICC Arbitral Clause*. EEUU, p. 17. www.kslaw.com/library/pdf/bishop5.pdf. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2011.

¹⁵⁷ *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth*, July 2nd, 1985. US Supreme Court.

¹⁵⁸ Gonzalo Quiroga, Marta. *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Mercado de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003. Pág. 18

exclusivamente a los tribunales internos del Estado, cuyos procesos forman parte del dominio público.

Es decir que cada legislación determinará qué materia puede someterse o no al arbitraje, y es claro también que el concepto de orden público será diferente en cada Estado.

El artículo 2059 del Código Civil francés, dispone: “todas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición” y en el siguiente artículo aclara que no se pueden someter a arbitraje las cuestiones relativas a determinadas áreas y “más generalmente todas las materias que interesen al orden público”¹⁵⁹.

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala por ejemplo, establece:

Materia objeto de Arbitraje

1. La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
2. También se aplicará la ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme a esta ley.
3. No podrían ser objeto de arbitraje:
 - a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
 - b. Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.

¹⁵⁹ Texto en original: Code Civil. Article 2060. On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.

4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.

Es preciso mencionar que el supuesto regulado en el artículo 3.3.c que regula que no puede ser objeto de arbitraje un caso, asunto o controversia en relación a la cual la ley señale un procedimiento especial para su resolución, ha generado controversias como lo afirma Castellanos, debido a que “esta polémica disposición puede dejar sin efecto el criterio general de arbitrabilidad”¹⁶⁰, como por ejemplo las controversias relacionadas con la terminación de la copropiedad y el arrendamiento, donde generalmente las partes tiene libre disposición, sin embargo existe un procedimiento determinado en el Código Procesal Civil Guatemalteco, que impediría que dicha materia pueda ser objeto de arbitraje.

3.3 Elementos del acuerdo arbitral

Los elementos del acuerdo arbitral revisten mucha importancia, pues constituyen el núcleo de la cláusula arbitral, la cual determinará a futuro como se resolverá la controversia. En capítulos anteriores ya se han analizado ciertos elementos que a su vez conforman la cláusula arbitral, por lo cual solamente se hará referencia amplia a los mismos.

Atendiendo a la distinción realizada por el experto Freidland, existen elementos necesarios, recomendados y opcionales¹⁶¹.

3.3.1 Elementos Necesarios: Los elementos necesarios son aquellos sin los cuales una cláusula arbitral sería ineficaz o inejecutable, en caso que una de las partes busque ejecutarla a través del poder judicial. Exceptuando requisitos específicos que

¹⁶⁰ Castellanos Howell, Álvaro. *Op. cit.*, pág. 421.

¹⁶¹ Freidland, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd Edition, EE.UU., Juris Publishing, 2007, p. 39.

podrían exigir ciertas leyes nacionales, existen tres elementos necesarios para crear una cláusula arbitral efectiva.

a) Alcance: Es esencial que la cláusula arbitral cubra todo aspecto relacionado con la controversia, caso contrario el Tribunal podría interpretar que la cláusula no abarca aspectos que puedan surgir con relación ó conexión a la misma. En la mayoría de casos las partes disponen que se sometan a arbitraje todas las disputas que surjan o tengan conexión con el contrato.

En los contratos americanos es común la frase “que surjan de o que tengan relación con”. La cláusula modelo de la UNCITRAL va más allá y se refiere a las disputas no solo que tengan relación con el contrato sino a las disputas relativas al “incumplimiento, terminación y validez” del contrato.

b) Designar el método de resolución de conflictos: de acuerdo a las Directrices para la redacción de Cláusulas Arbitrales Internacionales¹⁶², la primera elección durante la elaboración de la cláusula arbitral debe consistir en determinar si optar por arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*.

Un número increíble de cláusulas arbitrales internacionales fallan tanto para someterse al arbitraje como definiendo correctamente el nombre de la institución arbitral. Algunos contratos por ejemplo, requieren que las disputas sean sometidas a un “experto”, y dejan poco claro que procedimiento usará el experto para producir un laudo obligatorio y ejecutable. Al final de este capítulo se abordarán las cláusulas arbitrales modelo para designar correctamente el método de resolución de conflictos.

c) Exclusividad: Una cláusula arbitral efectiva es aquella que establece que el arbitraje es el mecanismo de resolución de controversias exclusivo. Las cláusulas

¹⁶² IBA *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*. International Bar Association Council, October 2010, p. 6.

arbitrales modelo no dejan duda con respecto a la exclusividad del arbitraje como el mecanismo para la resolución de la controversia.

En sentido contrario, una cláusula inefectiva o patológica, como se abordará ampliamente en el capítulo siguiente, será aquella que por equivocación provea a las partes la opción de elegir entre recurrir al arbitraje o litigio.

Aunque cabe destacar que en la actualidad existen cláusulas arbitrales donde las obligaciones de las partes no son perfectamente sinalagmáticas, conocidas como cláusulas asimétricas¹⁶³, en las cuales, válidamente se puede designar “el arbitraje como medio de resolución de controversias y permiten tan sólo a una de las partes a su entera discreción, acudir a los tribunales de justicia para resolver todas o ciertas controversias”¹⁶⁴.

Finalmente, la exclusividad debería distinguirse de la finalidad. La exclusividad se refiere al arbitraje como el único método de solución de las controversias, mientras que la finalidad se refiere a que el laudo será ejecutable y no sujeto a revisión judicial.

3.3.2 Elementos Recomendados: Los elementos recomendados deberían incluirse en cualquier arbitraje comercial internacional, el hecho de no incluirlos no hace la cláusula arbitral inejecutable pero seguramente producirá gastos y retrasos para las partes.

a) Lugar del arbitraje: El lugar del arbitraje determina la sede del arbitraje y el derecho que le corresponda regirá el proceso arbitral. Las partes seleccionarán el lugar más aceptable en términos geográficos, neutrales, instalaciones, cercanía a las pruebas y testigos.

¹⁶³ Aizenstatd, N. Alexander. “Las Cláusulas Asimétricas del Arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2007. Pág. 25.

¹⁶⁴ *Ibid.*, Pág. 29.

b) Método de selección y número de árbitros: Tal como se explicó con anterioridad, en todo arbitraje comercial internacional debería de intervenir un número impar de árbitros, generalmente serán tres. Si las partes no los designan la institución arbitral (si corresponde) los designará.

c) Idioma: Cuando el contrato entre las partes es el mismo y no se ha usado algún otro idioma o es probable que no se use, no es necesario especificar el lenguaje del arbitraje. En la práctica el lenguaje del arbitraje es el utilizado en el contrato. La manera de determinarlo en la cláusula es a través de la simple frase “el lenguaje del arbitraje será...”

3.3.3 Elementos Opcionales: Como se ha mencionado, una ventaja del arbitraje es la flexibilidad y el control que tienen las partes. Esta ventaja estará perdida si las partes no acuerdan apropiadamente con anterioridad al conflicto, como éste se resolverá.

Las partes rara vez podrán acordar fácilmente el procedimiento del arbitraje después que la disputa haya surgido. Por lo tanto se recomienda que las partes se tomen el tiempo necesario al momento de elaborar la cláusula arbitral para considerar los elementos opcionales que podrían ser incluidos para el mejor desenvolvimiento del arbitraje.

Tales como las cualidades de los árbitros, la confidencialidad, la declaración de testigos, cuestiones preliminares, tiempo para dictar el laudo, costas e intereses y otras cuestiones procesales que las partes podrán acordar cuando deseen conferirle al tribunal arbitral ciertas facultades especiales.

3.4 La autonomía de la cláusula arbitral

La separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral significa que la cláusula compromisoria se considera independiente del contrato principal del cual forma parte y por lo tanto permanece vigente aún después de su extinción.

Como señala Bournonville este principio “consiste en ver en la cláusula arbitral un contrato diferente, jurídicamente separado de la convención de fondo”¹⁶⁵. Es decir que la validez de la cláusula arbitral no está afectada por la nulidad del contrato que la contiene.

Este principio es bastante eficaz en la práctica, puesto que si una parte es renuente a someterse al arbitraje, podría impugnar ante los tribunales nacionales la validez del contrato principal y en consecuencia, al no existir este principio, la cláusula arbitral al ser parte del contrato principal, también sería ineficaz y por lo tanto no podría llevarse a cabo el arbitraje.

Los reglamentos de los centros de arbitraje más importantes han adoptado este principio. Esta teoría encuentra sustento en diversos reglamentos de arbitraje, tales como la CNUDMI que respecto de las excepciones de incompetencia del tribunal arbitral establece: “...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”¹⁶⁶.

En este sentido, la Ley Modelo establece lo siguiente:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato

¹⁶⁵ Bournonville, Philippe. *Droit judiciaire: L'Arbitrage*. Editions Larcier, Belgique, 2000, p. 131.

¹⁶⁶ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 21.2.

se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”¹⁶⁷.

Siguiendo estos criterios, por su parte el reglamento de la LCIA dispone:

“Un convenio arbitral que forme o haya formado parte de otro contrato se considerará como un convenio arbitral independiente de aquél. Si el Tribunal Arbitral decide que dicho otro contrato es nulo de pleno derecho, no ha adquirido existencia definitiva o ha devenido ineficaz, ello no implicará la nulidad de pleno derecho, inexistencia o ineficacia inmediata del convenio arbitral”¹⁶⁸.

Este principio ha sido detectado también por la jurisprudencia, en el caso líder de la Corte de Casación francesa *Gosset*, se reconoció la teoría de la autonomía en los siguientes términos:

“En materia de arbitraje comercial internacional, el acuerdo arbitral, ya sea que se lo haya celebrado en forma independiente o que se lo haya incluido como parte del contrato con el cual guarda relación, es siempre, salvo en circunstancias excepcionales... completamente autónomo jurídicamente, lo que excluye la posibilidad que resulte afectado por la posible invalidez del contrato principal”¹⁶⁹.

Así mismo, las legislaciones modernas de arbitraje admiten expresamente este principio, como el artículo 21 de la Ley de Arbitraje de Guatemala; artículo 1697 del Código Judicial de Bélgica; artículo 178 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza; artículo 23 de la Ley 27 de Arbitraje en materia civil y comercial de Egipto; artículo 1053 del Código Procesal Civil de los Países Bajos, por mencionar algunos ejemplos.

¹⁶⁷ Ley Modelo, artículo 16.1.

¹⁶⁸ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 23.1.

¹⁶⁹ Cour de Cassation, chambre civil 1, 7 mai 1963.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962522&dateTexte=>. Fecha de consulta: 01 de septiembre de 2011.

En conclusión “la existencia de una cláusula arbitral independiente, le brinda al tribunal arbitral el fundamento para decidir sobre su propia competencia, aun en aquellos casos en que el contrato principal ya se haya extinguido”¹⁷⁰. En otras palabras “el tribunal arbitral tiene la competencia para ser juez de su propia jurisdicción”¹⁷¹.

A esto se le conoce como la teoría *competence-competence*, vinculada estrechamente al principio de la autonomía de la voluntad. Cabe destacar que “ambas doctrinas están estrechamente relacionadas, pero son diferentes”¹⁷². Mientras que la autonomía promueve la separabilidad del acuerdo arbitral, la otra doctrina establece que los árbitros son maestros de su propia jurisdicción y soberanos de su competencia.

3.5 Cláusulas Arbitrales Modelo

Lo recomendable para comenzar a elaborar una cláusula arbitral, es partir con una cláusula modelo. Las partes pueden agregarle disposiciones a la cláusula modelo pero deben ser cautelosas con sustraer o modificarla.

Usando la cláusula modelo como punto de partida, las partes pueden asegurar que sus cláusulas contendrán los elementos mínimos necesarios para plasmar un acuerdo arbitral ejecutable y efectivo. Las cláusulas modelo son fácilmente accesibles en cada institución arbitral.

3.6.1 Cláusulas Modelo de Instituciones de Arbitraje: La CCI sugiere la siguiente cláusula arbitral modelo:

¹⁷⁰ Redfern, Alan y otros. *Op. cit.*, Pág. 259.

¹⁷¹ Schewebel, Stephen. *International Arbitration: Three salient problems*. England, Cambridge University Press, 1987, p. 221

¹⁷² Rosen A. Janet. *Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence*, 17 Fordham Int'l L.J. 599, EE.UU., 1993, p. 602.

“Todas las controversias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”¹⁷³.

La LCIA sugiere la cláusula modelo siguiente:

“Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se someterá y será finalmente resuelta mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Reglamento que se entiende incorporado por referencia a esta cláusula. El número de árbitros será [uno/tres]. La sede del arbitraje será [ciudad y/o país]. El idioma del arbitraje será []. La ley aplicable al contrato será la ley sustancial de []”¹⁷⁴.

La AAA sugiere a las partes el uso de la siguiente cláusula modelo:

“Cualquier controversia o disputa surgida de o en relación con este contrato deberá ser resuelta mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje”¹⁷⁵.

La CNUDMI a través de su Reglamento de Arbitraje, propone la siguiente cláusula:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

¹⁷³ www.iccwbo.org. Cámara de Comercio Internacional de Paris. <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

¹⁷⁴ www.lcia.org. London Court of International Arbitration, Model Clause http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/ARBPrintable_versions.aspx. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

¹⁷⁵ www.adr.org. *Drafting Dispute Resolution Clauses, A practical Guide*, EE.UU., 2007, p. 13 <http://www.adr.org/si.asp?id=4125>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será . . . (nombre de la persona o instituto)
- b) El numero de árbitros será de . . . (uno o tres);
- c) El lugar de arbitraje será . . . (ciudad o país);
- d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) . . .¹⁷⁶.

La CIAC (Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial) propone la siguiente cláusula modelo:

“Todas las diferencias surgidas en relación con este contrato se resolverán de acuerdo con el reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, por (uno o tres) árbitros, designados de conformidad con este reglamento”¹⁷⁷.

El HKIAC (Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong) recomienda la siguiente cláusula modelo:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad se resolverá mediante arbitraje en Hong Kong mediante el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong cuando la notificación de arbitraje sea sometida conforme a este reglamento. El número de árbitros deberán ser (*uno o tres*). El procedimiento de arbitraje será conducido en (insertar idioma)”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ www.uncitral.org. Cláusulas Modelo, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

¹⁷⁷ www.ciaciacac.org. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, cláusula modelo http://www.ciaciacac.org/paginas.asp?pub_id=55&cat_id=34&cat_tit=CI%E1usula%20Modelo%20CIA. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

¹⁷⁸ www.hkiac.org. Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, cláusula modelo http://www.hkiac.org/show_content.php?article_id=381. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

3.5.2 Cláusula modelo de Arbitrajes *ad hoc*: La CNUDMI recomienda la siguiente cláusula modelo en un arbitraje *ad hoc*:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Procedimientos de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.”

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será (nombre de la persona o instituto)
- b) el número de árbitros será . (uno o tres);
- c) el lugar del arbitraje será (ciudad o país)
- d) el idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) ...

En conclusión, los arbitrajes se llevan a cabo en virtud de la cláusula arbitral inserta en el contrato, por su parte los tribunales nacionales tiene la obligación de reconocer y hacer efectiva la voluntad de las partes de sujetar a arbitraje sus diferencias. Las partes podrán acogerse a una institución arbitral e insertar la cláusula propuesta por la institución o podrán redactar una cláusula arbitral sencilla, adaptada de alguna cláusula modelo.

La oportunidad que tienen las partes para elaborar la cláusula arbitral que mejor les convenga, es una ventaja importante del arbitraje, aunado a la celeridad en que se resolverá la controversia, hacen bastante atractivo a este método de resolución de controversias. Al punto, que hay autores que consideran que “gracias a su eficiencia y flexibilidad, el arbitraje internacional pasó de considerarse un método ‘alternativo’ de resolución de conflictos comerciales internacionales a ser el único método adecuado en el actual contexto de la globalización económica”¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Mereminskaya, Elina. *Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional*. Chile, 2005. Pág. 10. http://www.camsantiago.com/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2011.

Capítulo IV Cláusulas Arbitrales Patológicas

La cláusula arbitral es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden someter asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato, a la decisión de uno o más árbitros. La cláusula arbitral debe reunir requisitos esenciales para que cumpla su objetivo y consecuentemente el proceso arbitral pueda desarrollarse armoniosamente.

La cláusula debe manifestar la voluntad clara e inequívoca de las partes, para que sea considerada válida. Caso contrario, aquella cláusula defectuosa que presente ambigüedades o imprecisiones imposibilitaría que la controversia pueda someterse a arbitraje. A las cláusulas arbitrales defectuosas se les conoce tradicionalmente como cláusulas patológicas, término acuñado por Frédéric Eisemann¹⁸⁰.

4.1 Orígenes

Frédéric Eisemann, antiguo Secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, decidió hacer un estudio de todas aquellas cláusulas defectuosas que debido a su mala redacción habían dificultado o impedido someter la controversia al arbitraje. A dichas cláusulas las denominó cláusulas patológicas.

Para el año 1974 había creado una especie de “museo negro” donde reagrupaba las más destacadas cláusulas patológicas, que después de varios años había encontrado durante su carrera profesional en el arbitraje.

En el artículo “La cláusula de arbitraje patológica”¹⁸¹, Eisemann señala que la constitución de tal “museo” suponía la determinación de un criterio bajo el cual se efectuaría una elección entre las diversas cláusulas susceptibles de ingresar. El criterio escogido fue el carácter patológico del convenio arbitral.

¹⁸⁰ Karrer, Pierre. *Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis, and Therapy*. Switzerland, 1997, p. 110.

¹⁸¹ Eisemann, Frédéric. *La Clause d'arbitrage Pathologique*. France, in *Commercial Arbitration Essays in Memorium Eugenio Mionli*, 1974, p. 129.

4.2 Elementos

Eisemann consideró dos posiciones extremas para la determinación de la patología, una de ellas estrecha, que no reconocía un carácter patológico sino únicamente a los convenios arbitrales nulos o inoperantes. El otro criterio, más amplio, reteniendo todas las cláusulas que se apartaran de un modelo comprobado. En dicha acepción, sería por ejemplo patológica toda cláusula que, en referencia al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, divergiera más o menos de la cláusula modelo propuesta por dicha institución.

Después de reflexionarlo, opto por un criterio medio, consistente en considerar como “patológica” toda cláusula de arbitraje que por su redacción no pudiese llenar sus funciones esenciales.

Esto implicaba la necesidad de definir las funciones esenciales de la cláusula arbitral, para el efecto se consideraron cuatro funciones preponderantes:

- a) La primera, común a todas las convenciones consiste en producir efectos obligatorios para las partes,
- b) La segunda, evitar la intervención de tribunales estatales en la solución de una controversia, al menos antes del pronunciamiento del laudo.
- c) La tercera, dar a los árbitros el poder para resolver el litigio
- d) La cuarta, permitir la puesta en marcha de un procedimiento conducente en las mejores condiciones de eficacia para la pronunciación de una sentencia susceptible de ejecución forzada.

Eisemann agrega que en la práctica estas cuatro funciones se entrelazan. Una cláusula sin efecto vinculante (primera función) no podría cumplir las otras funciones y, a la inversa, la falta de efectos vinculantes podría no afectar sino únicamente las funciones particulares de la cláusula.

Es el caso común cuando las partes se comprometen a recurrir al arbitraje, pero prevén que los árbitros serán designados de común acuerdo. Del mismo modo, toda ambigüedad en la competencia o en el modo de designación de árbitros (segunda y tercera función) hace incierta la ejecución forzada de la sentencia (cuarta función).

Como las enfermedades del cuerpo humano es preciso distinguirlas desde una óptica científica pues los órganos no sabrían funcionar uno sin el otro, así mismo, sostiene que el estudio de las cláusulas arbitrales patológicas exige sin embargo la distinción de sus diversas funciones – distinción que en otro contexto podría parecer artificial – pues se complementan entre sí.

4.3 Definición

Con base en lo anterior, de acuerdo al criterio de Eisemann, será patológica toda cláusula arbitral que no permita el armonioso ejercicio de sus cuatro elementos o alguno de ellos.

En este sentido, el doctrinario Yves Derains considera que una cláusula patológica es “aquella que no permite, cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin un nuevo acuerdo de las partes o intervención del juez estatal”¹⁸². Así mismo explica que la patología puede producirse no solo en la redacción de la propia cláusula arbitral, sino que ésta también se produce de la combinación con otra cláusula, a lo que él denomina “cláusulas combinadas”¹⁸³.

Por su parte, Fouchard señala que la patología “apunta en particular a las cláusulas arbitrales que contienen uno o varios defectos que pueden perturbar el desarrollo del arbitraje”¹⁸⁴.

¹⁸² Derains, Yves. *Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. en Silva Romero, Eduardo. *El contrato de arbitraje*, Legis Editores, Bogotá, 2005. Pág. 192.

¹⁸³ *Ibid.* Pág. 193.

¹⁸⁴ Fouchard, Ph., Gaillard E., Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*. Editions Litec, París, 1996, p. 262.

Para el distinguido Profesor Michael Reisman, las cláusulas patológicas “son aquellas redactadas en tal forma que pueden dar lugar a controversias en la interpretación del acuerdo arbitral, pueden resultar en el fracaso de la cláusula compromisoria o pueden resultar en la inejecución del laudo arbitral”¹⁸⁵.

En materia de cláusulas arbitrales, como en toda otra, la patología nunca tiene la misma gravedad, según el carácter vital o no de la función alcanzada o según la intensidad de este alcance. Por ello, Eisemann distinguió dos grandes categorías de cláusulas patológicas, las de primer y segundo grado.

A continuación se examinarán diez cláusulas arbitrales patológicas, clasificándolas en patologías de primer y segundo grado, siguiendo el criterio de Davis Benjamín¹⁸⁶. Al final se analizará cada patología en relación con las cuatro funciones esenciales propuestas por Eisemann.

4.4 Cláusulas patológicas de primer grado

Las cláusulas patológicas de primer grado son aquellas en las cuales las disposiciones no se oponen irreparablemente al ejercicio de una de las cuatro funciones esenciales antes mencionadas. Debido a su defectuosa redacción generan dificultades, a pesar de ello, éstas pueden ser reparadas.

Sin embargo, tampoco dejan de ser susceptibles del todo, pues alguna de las partes puede explotar cualquier inexactitud de la cláusula para impedir que se emita el laudo o que se ejecute el mismo.

¹⁸⁵ Reisman, W. Michael; Craig, W. Laurence; Park William; Paulsson, Jan: *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*. Westbury, New York, The Foundation Press, Inc, 1997, p. 227.

¹⁸⁶ Benjamin, Davis. *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*. *Arbitration International (Arb. Int.)* No. 4, EE.UU., 1991, p. 365.

Como afirma Maleville “la ambigüedad es el peor enemigo de estas disposiciones porque puede privar de efectos al convenio o arrastrar numerosas dificultades y perjudicar el proceso arbitral”¹⁸⁷.

4.4.1 Cláusulas que contienen la palabra “podrán”

Una patología menor es presentada en la siguiente cláusula:

“Todas las controversias que resulten de este Contrato o que guarden relación con éste *podrán* ser sometidas al arbitraje. El proceso se llevará a cabo en idioma español. Este Contrato será regido por los Principios UNIDROIT 2004”.

La cláusula descrita no cumple con la función de producir efectos obligatorios para las partes, sino que únicamente les confiere una mera facultad de someter el litigio a arbitraje. Al establecerse que las partes podrán someterse a arbitraje no excluye la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria y consecuentemente la cláusula deviene inválida.

El término “podrán” que es meramente facultativo, resulta contrario a los modelos de cláusulas arbitrales creados por las distintas instituciones internacionales de Arbitraje en donde al tenor de cada una de las cláusulas se deriva el término “*shall be*” literalmente traducido como “*deberán*”¹⁸⁸.

A criterio de Davis, este tipo de cláusulas generan dos preocupaciones, en caso de que una parte se retracte de recurrir al arbitraje. En primer lugar, al objetar la jurisdicción, el Tribunal Arbitral deberá determinar la intención de las partes al usar el “podrán” que bien podría significar algo distinto a arbitraje obligatorio.

¹⁸⁷ Maleville, Marie-Hélène. “Pathologies des Clauses Compromissaires”, *Revue de Droit International des Affaires*, France, 2000, p. 68.

¹⁸⁸ www.dublinarbitration.ie. Ejemplo de diversas cláusulas modelo propuestas por el Centro de Arbitraje de Dublín: <http://www.dublinarbitration.ie/modelclauses/>. Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2011.

En segundo lugar, la parte no conforme con la ambigüedad podría buscar la decisión de un tribunal judicial para interpretar la cláusula arbitral, ya sea con la finalidad de resistir o recurrir al arbitraje.

En un caso reciente, una Corte de Apelaciones de nivel medio de Nueva York tuvo que interpretar la siguiente cláusula:

“Todas las controversias entre las partes relativas a la interpretación o ejecución de este contrato... podrán ser resueltas por arbitraje definitivo y vinculante bajo el reglamento de arbitraje de la AAA”¹⁸⁹.

El demandante argumentó que el uso de la frase ‘podrán ser resueltas por arbitraje’ claramente hacía el arbitraje opcional y no obligatorio. Por lo tanto las partes podían resolver la disputa en una Corte judicial.

La Corte de alzada estuvo en desacuerdo y estableció que el uso de ‘podrán ser resueltas’ les daba a las partes una opción, “no entre la corte y el arbitraje, sino entre ir a arbitraje o no hacer nada de nada”¹⁹⁰.

Por tanto, es importante aclarar que la ambigüedad proviene específicamente de la existencia del verbo “podrán” que es inusual en este tipo de cláusulas, debido al carácter obligatorio y definitivo del laudo, por lo cual queda claro que “una facultad no puede considerarse como una obligación y viceversa”¹⁹¹.

Con respecto a los cuatro criterios de Eisemann, la cláusula anterior es disfuncional con respecto a la primera y segunda función, debido a que la palabra “podrán” carece de efectos vinculantes que obliguen a las partes a recurrir al arbitraje y así mismo tampoco evita definitivamente la intervención de los tribunales judiciales.

¹⁸⁹ Miletsky, Robert. *How to make sure your arbitration clauses do exactly what you want them to do*. Contractor’s Business Management Report. EE.UU., 2005, p. 6. Citado por Gómez Domínguez, Luis Alfonso en *Causas y Consecuencias de Cláusulas Arbitrales defectuosas*, Inglaterra, 2007. Pág. 121.

¹⁹⁰ *Loc cit.*

¹⁹¹ Maleville, Marie-Hélène. *Op. cit.*, p. 69.

4.4.2 Cláusulas con referencia a arbitraje *ad hoc* e institucional.

Este convenio presenta la dificultad de la determinación de la naturaleza del arbitraje. Eisemann lo ejemplifica a través de la siguiente cláusula patológica:

“Todos los esfuerzos serán hechos para resolver por negociación toda controversia que pueda eventualmente surgir entre el comprador y el vendedor. Si resulta imposible llegar a un acuerdo sobre una divergencia con respecto a la ejecución o interpretación del presente contrato, el caso será sometido a la decisión de una Corte de Arbitraje.

La Corte de Arbitraje se establecerá en Estocolmo y será compuesta por tres miembros, uno nominado por el comprador, uno por el vendedor y un por la Cámara de Comercio de Estocolmo, este último tendrá la calidad de Presidente. Los árbitros no deberán ser ni Franceses, ni Finlandeses, ni estar domiciliados en Francia o Finlandia.

La Corte de Arbitraje se deberá conducir de acuerdo a los procedimientos publicados por la Cámara de Comercio Internacional para sus propios arbitrajes, en la medida que dichos procedimientos no sean contrarios a estas estipulaciones”¹⁹².

Esta cláusula supone resolver una cuestión preliminar relativa a la naturaleza del arbitraje. A pesar de que se trata de un arbitraje *ad hoc*, la cláusula hace referencia al reglamento de la CCI (institución arbitral) sin especificar que artículos son aplicables. Afirma Eisemann que la cláusula está sujeta a discusión y podría ser la fuente de múltiples incidentes procedimentales.

La cláusula es disfuncional con respecto al primer elemento esencial, pues no demuestra tener efectos vinculantes para las partes, y podría dar lugar a una interpretación judicial, incumpliendo con el segundo elemento esencial.

¹⁹² Eisemann, Frédéric, *Op. cit.*, p. 139.

4.4.3 Cláusulas con referencia a dos instituciones arbitrales

La patología a continuación ilustra el riesgo de referirse a dos instituciones arbitrales en la misma cláusula:

“Cualquier controversia o disputa que surge de o tenga relación con el presente contrato o el incumplimiento del mismo deberá someterse a arbitraje en Seúl, Republica de Corea ante el Tribunal Arbitral comercial de Corea por un único arbitro de acuerdo con las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Arbitraje. El laudo será final y vinculante para las partes”¹⁹³.

Existen tres aspectos a destacar en la presente cláusula, como señala Davis, que las partes podrían objetar. En primer lugar, la referencia a “el Tribunal Arbitral comercial de Corea por un único arbitro” podría ser visto como la selección de una autoridad nominadora, con la autoridad para seleccionar a un solo arbitro para un arbitraje bajo los auspicios de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Una segunda teoría, se enfoca en la palabra “ante” en la cláusula, podría ser que el arbitraje no estaría limitado en tener un tribunal arbitral coreano como autoridad nominadora, sino que las partes desearon someter el arbitraje comercial al tribunal coreano con las reglas de la CCI, de alguna manera usadas de forma supletoria a las reglas de procedimiento. La referencia a las reglas de la CCI, en este teoría, no harían referencia a arbitraje ante la CCI.

Una tercera teoría, apuntaría a que el lugar del arbitraje sería Seúl, y que el arbitraje se desenvolvería en todos sus aspectos bajo las reglas de la CCI. En este argumento el Tribunal Arbitral comercial de Corea no se refiere a una autoridad nominadora.

¹⁹³ Benjamin, Davis. *Op. cit.*, p. 377.

Bajo los criterios de Eisemann, probablemente la cláusula es disfuncional respecto a los cuatro criterios. En principio las consecuencias obligatorias para las partes no son claras, por tanto la intervención de un tribunal judicial con respecto a la interpretación de la cláusula referente al único árbitro sería muy probable.

La nominación del árbitro podría ser objetada y finalmente las condiciones de eficacia y rapidez respecto a la decisión final no resultarían las más apropiadas para la ejecución del laudo.

4.4.4 Cláusulas con instituciones arbitrales inexistentes

Esta cláusula presenta la dificultad de la inexistencia de la institución arbitral:

“Para la resolución de todas las controversias resultantes de la ejecución de este contrato, las partes establecen el siguiente acuerdo:

(a) Si el vendedor emprende una acción contra el comprador, las partes se referirán a la jurisdicción del tribunal en la Cámara de Comercio en la ciudad del comprador. Si no existe, o si existen varias, las partes se referirán a la jurisdicción de la Corte de Arbitraje de la CCI en Paris y resolverán la disputa conforme las reglas de la Cámara de Comercio (38, Court Albert 1er, Paris, 8ème).

(b) En el caso que el Comprador emprenda una acción contra el Vendedor, las partes se referirán a la jurisdicción de una corte de arbitraje en la Cámara de Comercio de su país”.

En primer lugar, surgirá un debate con respecto a si existe una Cámara de Comercio en la ciudad del comprador. En caso de existir, surgirá otra dificultad, relativa a la posibilidad de que en la Cámara de Comercio tuviese un tribunal que sea competente para llevar a cabo el arbitraje.

También cabe la posibilidad de que existan múltiples Cámaras de Comercio en la ciudad donde solo una tenga un tribunal, la problemática surge si dicho tribunal tiene

jurisdicción sobre el caso creando una opción por defecto donde hay múltiples Cámaras. Estas dificultades retrasaran el procedimiento ante cuestiones preliminares para determinar la jurisdicción, aunado a la redacción de la cláusula, para finalmente poder conocer los meritos de la controversia.

Otro ejemplo de esta patología se encuentra en la siguiente cláusula arbitral celebrada entre un proveedor de Rumania y un importador libanes:

“Toda controversia o diferendo nacido del presente contrato, que no pueda ser resuelta amigablemente, será sometida al arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucarest o a la Comisión de Arbitraje cerca de la CCI de Paris”¹⁹⁴.

La cláusula anterior, podría ser calificada más bien como acuerdo preparatorio, debido a la imprecisión de las instituciones arbitrales, pues no queda claro a cuál de las dos han de acudir las partes, y si una opta por la segunda, encontrara que no existe ninguna “Comisión de Arbitraje” cerca de la CCI.

A continuación, otra cláusula que remite a una institución arbitral inexistente:

“Todas las disputas del presente contrato se resolverán por árbitros de la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra, de acuerdo con el proceso arbitral regulado en el Código Civil de Francia y el Código Civil de Venezuela, con el debido respeto a la ley de la sede del arbitraje”¹⁹⁵.

Existen múltiples dificultades que la cláusula debe superar. La principal es que no existe Cámara de Comercio Internacional en la ciudad mencionada. Sin embargo es interesante encontrar que en esta cláusula arbitral parece ser que las partes con la intención de evitar participar en un arbitraje regulado por una ley extranjera acordaron aplicar sus propias leyes. Si los códigos civiles franceses y venezolanos

¹⁹⁴ Maleville, Marie-Hélène. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁹⁵ Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI No. 2321 de 1,974.

fueran congruentes en el tema objeto de la disputa, entonces, el laudo resultante probablemente sería obedecido por las partes involucradas. Pero por otro lado, los árbitros tendrán dificultades tratando de cumplir con el acuerdo de las partes, si descubren que ambas leyes son diferentes.

Las tres cláusulas analizadas son disfuncionales con respecto al primer, segundo y cuarto elemento esencial, debido a la ausencia de efectos obligatorios para las partes, impedir que el acuerdo tenga que ser interpretado muy probablemente por un tribunal judicial y debido a la ausencia de las mejores condiciones para la emisión del laudo.

4.5 Cláusulas patológicas de segundo grado

Las cláusulas patológicas de segundo grado tienen en común las dificultades de aplicación, debido a que no pueden llenar ciertos, o todos los requisitos entre las funciones esenciales inherentes a la cláusula arbitral. A pesar de que existe innumerable cantidad de patologías de segundo grado, se han privilegiado ciertas cláusulas representativas del género bajo el cual existen múltiples variantes.

4.5.1 Designación de árbitros subordinados a un nuevo acuerdo de las partes

La necesidad de un nuevo acuerdo de las partes para designar los árbitros puede ser el resultado de su voluntad expresa, causar un error de redacción en la cláusula de arbitraje o que sea hecha necesaria la intervención judicial.

Tomadas del museo de Eisemann, a continuación se ejemplifican este tipo de patologías:

a) Nuevo acuerdo previsto por las partes

“Todo litigio resultante de este contrato será en primera instancia sometido al arbitraje. El árbitro será una Cámara de Comercio reconocida (como la Cámara de Comercio Internacional) designada en común por el comprador y el vendedor”¹⁹⁶.

Las dificultades que dicha cláusula puede suscitar son múltiples. Así como el sentido de la expresión ‘en primera instancia’ parece poco clara, de la misma manera la referencia a la intervención de una Cámara de Comercio no permite saber si las partes contemplaron un arbitraje ad hoc, con terceros pre constituidos o un arbitraje institucional.

Sin embargo el carácter esencial de esta cláusula que justifica su inclusión entre las cláusulas patológicas de segundo grado, como asegura Eisemann, consiste en que no puede funcionar sin el acuerdo de las partes bajo la Cámara de Comercio de la cual requieren.

La parte que ya no desee recurrir al arbitraje se abstendrá a participar en la designación común del árbitro, lo que dificultaría el desenvolvimiento del arbitraje. En caso contrario, una cláusula arbitral efectiva normalmente no requerirá de un nuevo acuerdo de las partes para la designación de los árbitros.

b) Nuevo acuerdo necesario debido a un error en la redacción de la cláusula: En el ejemplo anterior las partes habían expresamente previsto que la designación del organismo encargado del arbitraje, debiese efectuarse en común acuerdo, posteriormente a la aparición del litigio. La misma situación puede presentarse, no sobre la base de la voluntad de las partes, sino por la falta de cuidado en la redacción de la cláusula arbitral. Eisemann propone los siguientes dos ejemplos:

1. En caso de litigio entre las partes, toda cuestión relativa al presente contrato, la disputa será sometida al reglamento de la Asociación Arbitral Internacional aplicable en la ciudad de Londres, Inglaterra.

¹⁹⁶ Eisemann, Frédéric. *Op. cit.*, p. 150.

2. Todas las disputas y controversias que pudiesen surgir en el transcurso de la ejecución del presente contrato, en caso de que no puedan ser solucionadas amistosamente, serán sometidas al arbitraje de la Comisión de Arbitraje con sede en la Cámara de Comercio Internacional de París.

En los tres ejemplos, las partes designaron una institución arbitral, lo que implica beneficiarse con la utilización de su reglamento de arbitraje para superar cuestiones procesales durante el arbitraje. Desafortunadamente no tomaron la debida atención en la redacción de la cláusula, que no podría funcionar sin un nuevo acuerdo.

En la primera cláusula se hace referencia a una institución como la Asociación Arbitral Internacional que no existe. Lo que presentará dificultades con respecto al reglamento a utilizar y a la designación de los árbitros.

En la segunda cláusula las partes no se percataron que la cláusula no propiciaba el arbitraje y menos en la inexistencia de una Comisión de Arbitraje, que sin duda generara controversias. El origen del error en ambas cláusulas es el mismo. La primera está incluida en un contrato americano, seguramente acostumbrados a referirse al arbitraje a través de la Asociación Americana de Arbitraje en Nueva York.

La segunda cláusula es el extracto de un contrato celebrado por una empresa de un Estado socialista que tenía la costumbre de atribuir competencia a la Comisión de Arbitraje con sede cercana a la Cámara de Comercio de su propio país o de otros países socialistas.

4.5.2 Cláusulas con procedimientos judiciales preexistentes

La siguiente patología contiene una condición precedente que puede ser fatal para el arbitraje. La cláusula escrita originalmente en alemán establece:

“Este contrato deberá ser gobernado por la ley alemana, la sede del procedimiento será Berlín. La jurisdicción será en Berlín. Subsidiariamente, las partes acuerdan que las controversias que surjan con relación a este contrato serán sujetas a arbitraje llevado a cabo por el Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. El procedimiento arbitral tendrá lugar en Berna, Suiza. Y en el procedimiento arbitral, la ley alemana sustantiva y adjetiva serán aplicables. El laudo del tribunal arbitral es vinculante y definitivo”¹⁹⁷.

El punto de discusión es la posibilidad de escoger una sede estatal y luego, subsidiariamente la posibilidad de recurrir al arbitraje. Un debate que se produce es el significado de la palabra “subsidiariamente”, podría significar que entablar un procedimiento en los tribunales de Berlín es pre requisito para entablar un arbitraje.

El Tribunal Arbitral tendría que esperar al pronunciamiento del juez en Berlín para luego poder entrar a conocer los méritos del caso. En todo caso, que el Tribunal Arbitral esperara la decisión del tribunal judicial, la pregunta que se genera recae sobre el efecto que la decisión del árbitro ostente, particularmente si es diferente a la decisión del juez, aunado a que una de las partes procedía de Alemania.

En el caso *Pauly c. Biotronik*¹⁹⁸, la cláusula patológica también proveía ambas opciones, de elección de fórum pre existente y posterior arbitraje. El tribunal judicial de Oregón declaró la cláusula vinculante, al no encontrar evidencia que el acuerdo arbitral haya sido terminado. El juez así mismo declaró que la ley no apoyaba la intención del demandante en señalar que la ejecución del laudo fuera injusta o ilegal.

Con respecto a los criterios de Eisemann, esta cláusula no cumple con la primera función esencial, pues no establece una obligación imperante de recurrir al arbitraje, la segunda función también es incumplida al permitir potencialmente la intervención

¹⁹⁷ Davis, Benjamin. *Op. cit.*, p. 381.

¹⁹⁸ *Guenter Pauly and Jose Pena v Biotronik, GmbH, a German Corporation; Micro Systems Engineering, Inc., an Oregon Corporation; and Dr. Max Shaldach*, Oregon, Civil No. 90-100-RE, citado por Davis, Benjamin. *Op. cit.*, p. 382.

judicial. Finalmente, la tercera y cuarta función son inobservadas, pues la facultad de los árbitros para decidir sobre el asunto puede ser cuestionada dejando inoperante la correcta emisión y ejecución del laudo.

4.5.3 Cláusulas patológicas optativas con referencia a tribunales arbitrales y jurisdiccionales

En este tipo de patología la redacción de la cláusula contempla la posibilidad de recurrir al arbitraje o a los tribunales internos. Esto conlleva evidentes dificultades pues “las partes pueden perder su capacidad para arbitrar por tratar el mecanismo como una opción”¹⁹⁹. En este sentido, Gary Born refiriéndose a estas cláusulas señaló que “dichos acuerdos son creados a causa de una incorrecta asesoría, porque prácticamente no tienen propósito y dan lugar a confusiones procesales”²⁰⁰.

La siguiente patología, es un claro ejemplo de este tipo de cláusulas:

“En caso de disputa, las partes acuerdan someterse al arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva”²⁰¹.

En el convenio arbitral anterior, extraído del caso *Techniques de l'Ingénieur c. Sofel* el Tribunal determinó que la cláusula era inválida, debido a su ambigüedad y la contradicción existente para la selección del mecanismo para resolver el conflicto, supuso un obstáculo insalvable para la efectiva invocación de la jurisdicción arbitral. En el mismo sentido la Corte Suprema de Francia señaló que cuando en un contrato “hay dos cláusulas de selección de foros, éstas se cancelan por ser contradictorias”²⁰².

¹⁹⁹ Craig; Park; & Paulsson. *International Chamber of Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 3rd edition EE.UU., 2001, p. 158.

²⁰⁰ Born, Gary B. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. Kluwer Law International, The Hague, 2nd Ed. 2001, p. 327.

²⁰¹ *Affaire Techniques de l'Ingénieur v Sofel*. 1 febrero 1979, Revue de l'arbitrage 1980. p. 97.

²⁰² Chang, Eric. *The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Clause under French Law*. Kluwer Law International, Vol. 22 Issue 4, France, 2004, p. 808.

La doctrina mayoritaria ha denominado a este tipo de cláusulas patológicas como optativas. En este sentido el doctrinario Alvarado Ramón explica que “un acuerdo de arbitraje es optativo en el caso de que no excluya la jurisdicción de los tribunales judiciales, esto es, cuando otorga a las partes la opción de someter sus controversias indistintamente a arbitraje o a tribunales judiciales”²⁰³.

Las cláusulas opcionales, presentan dos variantes, una de ellas es cuando la opción de elegir el método de resolución de la controversia se concede únicamente a una de las partes. En 1991 una Corte de Alemania invalidó una cláusula arbitral unilateral que “otorgaba a la parte que redactó la cláusula arbitral, la opción de escoger entre los tribunales y arbitraje”²⁰⁴. La segunda variante, se presenta “cuando la opción de elegir se otorga a ambas partes, la cláusula es incuestionablemente patológica, debido a que una de las partes puede preferir optar por recurrir al arbitraje mientras que la otra hacia los tribunales internos, creando conflictos insuperables”²⁰⁵.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano se ha manifestado con respecto a las cláusulas opcionales, restándoles toda validez. Sosteniendo el criterio que para que el acuerdo de arbitraje sea válido es necesario que éste evidencie una incuestionable, indubitable y expresa voluntad de las partes de someterse a arbitraje y de renunciar a la jurisdicción de los tribunales ordinarios²⁰⁶.

Por su parte, la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de Rusia, pronunciándose sobre una cláusula arbitral opcional estableció que “proveer la opción entre arbitraje y una corte estatal, transforma el acuerdo arbitral en un acuerdo incapaz de ser llevado a cabo”²⁰⁷.

²⁰³ Alvarado, Ramón. *Los Acuerdos de Arbitraje Patológicos*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Business, Venezuela, Noviembre-diciembre 2009. Pág. 73-74.

²⁰⁴ Fouchard, Ph., Gaillard E., Goldman, B., *Op. cit.*, p. 490.

²⁰⁵ *Loc cit.*

²⁰⁶ *Four Season Hotel and Resorts, B.V., Limited, Caracas, C.A., Plaintiffs - Appellees, vs Consorcio Barr, S.A., Defendant - No. 05-16351. July 14, 2008.*

²⁰⁷ Makovsky, Rozenberg. *The Validity of Alternative Arbitration Agreement*, Yurist No. 24, Russia, 2002, p. 6.

Finalmente, Vladimir Khvalei, en el artículo denominado “como matar a un acuerdo arbitral” advierte que el riesgo que conlleva toda cláusula patológica-opcional es que al final puede ser declarada como no acordada²⁰⁸.

Aunque como se abordará al final de este capítulo, puede darse una interpretación favorable para otorgarle validez a este tipo de cláusulas opcionales, es aconsejable “evitar todo tipo de riesgo y pactar exclusivamente sobre arbitraje”²⁰⁹ como el único mecanismo para la resolución de la controversia.

4.5.4 Cláusulas con referencia a Conciliación y Arbitraje:

Cuando se combinan ambos métodos de resolución de conflictos en la misma cláusula, muchos inconvenientes surgen a partir de la misma:

“Cualquier disputa relativa a la mercadería, las partes convienen en recurrir al procedimiento de conciliación previsto en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Las controversias distintas a las mencionadas anteriormente serán resueltas de acuerdo al reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados de acuerdo con dichas reglas”²¹⁰.

En este caso, la parte demandada podría argumentar que las palabras ‘disputa relativa a la mercadería’ se refieren a la entrega, empaque, precio y calidad con especificaciones. Se podría argumentar que cualquier disputa presentada por el demandante relativa al segundo párrafo es de hecho relativa al primero.

Con el agregado de la dificultad de la distinción entre las disputas. Difícilmente el juez estatal podría ignorar la distinción de las partes. Si un juez toma una decisión

²⁰⁸ Vladimir Khvalei. *How To Kill An Arbitration Agreement*. Treteisky Sud. No. 5, Russia, 2003, p. 54.

²⁰⁹ Barnashov, Alexey. *The Optional Arbitration Agreement: A Russian Perspective*. Global Arbitration Review, White & Case LLC Moscow, Russia, 2008, p. 4.

²¹⁰ Benjamin, Davis. *Op. cit.*, p. 382.

interpretando lo que encuadra dentro de que parte en la cláusula arbitral, sin dificultades la parte en desacuerdo podrá argumentar en sentido contrario con base al primer párrafo.

Otro caso se encuentra en la cláusula siguiente:

“Las controversias serán sometidas al arbitraje según el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI... los litigios que pudiesen surgir en conciliación se resolverán preliminarmente”²¹¹.

La dificultad es particularmente amplia pues no solo implica recurrir al arbitraje sino que previamente ciertas disputas deberán ser resueltas por conciliación²¹².

Retomando las funciones esenciales, la primera función se destruye con respecto al primer párrafo de la cláusula arbitral, debido a que dicha disputa no refiere a consecuencias obligatorias. La tercera función se debilita, pues la función los árbitros está limitada y así mismo es cuestionable la correcta ejecución del laudo arbitral, atentando contra la cuarta función.

4.5.5 Arbitraje Flotante

La siguiente cláusula arbitral *ad hoc* establece:

“Cualquier disputa relativa de la interpretación del presente contrato será resuelta por un tribunal arbitral con sede en un país distinto al de las partes”²¹³.

La cláusula presenta dos defectos mayores. El primero, relativo al Tribunal Arbitral, no indicando si estará compuesto de uno o tres árbitros y su respectiva designación.

²¹¹ Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI No. 2138 de 1974.

²¹² Maleville, Marie-Hélène. *Op. cit.*, p. 69.

²¹³ Benjamin, Davis. *Op. cit.*, p. 383

Se esperaría únicamente que un tribunal judicial hiciera una designación pronta y eficaz de los árbitros.

El segundo defecto, consiste en que no desgranaron el lugar del arbitraje, por tanto un mecanismo tendría que ser desarrollado para determinar donde se constituirá el tribunal arbitral.

Finalmente, con respecto a las cuatro funciones, esta cláusula no cumple con la primera función al no conllevar consecuencias obligatorias para las partes en recurrir al arbitraje, tampoco cumple la segunda función, debido a que hace necesaria la asistencia técnica de los tribunales judiciales antes y después de la ejecución del laudo. Lo que acarrea el incumplimiento de las últimas dos funciones esenciales.

4.5.6 Hiperpatología

Extraída del museo de Eisemann, estas cláusulas no necesitan muchos comentarios, debido a su defectuosa redacción:

“Todo litigio o toda infracción al presente acuerdo será responsabilidad de la Cámara de Comercio Francesa en Sao Pablo”²¹⁴.

En principio es preciso saber que no existe tal Cámara en Brasil. En las patologías anteriores también ya se habían expuesto este tipo de designación inexacta, sin embargo dichas cláusulas al menos habían intentado designar al arbitraje como método de solución de controversias eventuales. Además la cláusula establece que todo litigio ‘será responsabilidad’ de un organismo inexistente y tampoco ofrecen las partes ninguna explicación con respecto al tipo de solución para las controversias que pudiesen surgir.

²¹⁴ Eisemann, Frédéric. *Op. cit.*, p. 157.

Por último, se cuestiona si este tipo de convenios ameritan siquiera llevar el nombre de cláusulas arbitrales, inclusive de hiperpatológicas.

Como se ha mostrado anteriormente, las cláusulas citadas difieren de las de primer grado en que las patologías son casi insubsanables. Se han presentado patologías en ambos tipos de arbitraje, tanto *ad hoc* como institucional.

Así mismo se ha comprobado que se requiere que las cláusulas eviten en cualquier caso la intervención de los tribunales judiciales durante el arbitraje, aún sea en materia de interpretación de la cláusula, tampoco se recomienda que se restrinja las facultades de los árbitros o permanezca cualquier otra ambigüedad dificultando la correcta emisión y ejecución del laudo arbitral.

Como señala Townsend “algunas veces el redactor de la cláusula arbitral no puede resistir la tentación de inclinar el proceso arbitral a favor de su cliente”²¹⁵, sin embargo como se ha evidenciado, las patologías de la cláusula arbitral no beneficia a ninguna de las partes.

Finalmente, cabe destacar que otros autores se apartan de la distinción clásica referente a las cláusulas patológicas en primer y segundo grado, y simplemente las catalogan de acuerdo a la problemática que presentan. En este sentido, Bishop señala que la patología surge a partir de ciertos errores: “(1) ambigüedad en cuanto a la intención del arbitraje vinculante, (2) nombrar a una persona específica como árbitro quien ahora ha fallecido o se rehúsa a actuar, (3) nombrar a una institución para administrar el proceso arbitral o designar a los árbitros si la institución nunca existió, es mal nombrada o se rehúsa a actuar, (4) establecer fechas límite irrazonables para que actúen los árbitros, (5) establecer muchas especificaciones con respecto a las cualidades de los árbitros, o (6) establecer procedimientos conflictivos o poco claros”²¹⁶.

²¹⁵ Townsend, John. *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*. Dispute Resolution Journal, EE.UU., Vol. 58 No. 1, february - april 2003, p. 4.

²¹⁶ Bishop, Doak. *Op. cit.*, p. 4.

4.6 El Principio de la Interpretación Efectiva (*in favorem validatis*)

A pesar de estas patologías en las cláusulas arbitrales, que en la práctica no son inusuales, se reconoce que “etiquetar una cláusula de patológica no la invalida automáticamente”²¹⁷ por tanto en circunstancias propicias, el convenio arbitral puede y debe ser rescatado con base al principio de la interpretación efectiva.

Este principio, está inspirado en el código civil francés, que establece “cuando una cláusula puede ser interpretada en dos formas distintas, la interpretación que habilita la eficacia de la cláusula deberá ser adoptada preferentemente sobre aquella que previene la validez de la cláusula”²¹⁸. Recientemente fue recogido en los Principios UNIDROIT, de la siguiente forma: “Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”²¹⁹.

La doctrina, reafirma este criterio, Fernández sostiene que al interpretar una cláusula patológica “se entiende que desde el momento en que las partes han incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje... y prescindir de una lectura meramente formal de una cláusula controvertida”²²⁰.

En la misma línea, Gary Born señala que “a pesar de ser una cuestión de interpretación del acuerdo de las partes, los tribunales nacionales por lo general parten de la suposición de que el hecho que las partes incluyan una cláusula

²¹⁷ Swee Siang, Boey. *Pathological clauses in arbitration agreements – a Singapore approach?*. www.inhousecommunity.com/controlPanel/download.php?id=674. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2011.

²¹⁸ Artículo 1157 del Código Civil Francés, revisado al 1 septiembre 2011.

²¹⁹ Artículo 4.5 Principios UNIDROIT.

²²⁰ Fernández Rosas, José Carlos. *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*, Lima Arbitration N° 2, Perú, 2007. Pág. 712.

compromisoria en un contrato, indica que el arbitraje es el mecanismo exclusivo y obligatorio para la resolución de las controversias de fondo”²²¹.

Finalmente, y como lo estableció una Corte francesa “una cláusula arbitral ambigua debe ser interpretada teniendo en cuenta que si las partes no hubiesen deseado someter sus controversias al arbitraje, ellas simplemente se hubieran abstenido de mencionar la posibilidad de hacerlo”²²².

4.7 Consideraciones Finales

Una vez mostradas los distintos tipos de cláusulas patologías es importante tomar en consideración el cuidado y la precisión con que debe redactarse la cláusula arbitral. Si las partes desean crear una cláusula arbitral válida, que ejerza las funciones esenciales expuestas, deben buscar un equilibrio entre la ligereza excesiva y el perfeccionismo.

Una ligereza excesiva al momento de redactar la cláusula puede atribuir competencia arbitral a incluso organismos inexistentes donde evidentemente la cláusula no prosperará. Por otro lado, ser extremadamente precisos en la redacción de la cláusula puede conducir a las partes a introducir elementos complicados que más adelante únicamente serán motivo de ambigüedades y contradicciones. Es por ello que estas dos tendencias no son aconsejables, sino más bien es preciso evitarlas.

En tema de redacción de cláusulas arbitrales, la simplicidad es una herramienta que brinda eficacia, a su vez debe estar acompañada de un carácter vinculante. Caso contrario, la parte renuente a recurrir al arbitraje, por motivos de conveniencia, aprovechara la falta de dicho rigor para desvirtuar el arbitraje.

Por tanto, es muy importante plasmar de una manera adecuada la voluntad inequívoca de las partes, para que al momento de suscitarse una controversia,

²²¹ Born, Gary. *Op. cit.*, p. 298.

²²² Fouchard, Ph., Gaillard E., Goldman, B., *Op. cit.*, p. 490.

ninguna de ellas pueda alegar imprecisiones en la cláusula arbitral con la intención de evitar someterse al arbitraje.

Como anteriormente se analizó, la patología de primer grado generalmente puede ser subsanada a criterio del Tribunal Arbitral, con base al principio *Kompetenz-Kompetenz*, a través del cual éste tiene competencia para decidir sobre cualquier asunto válido que sea sometido a su consideración. Aunque ciertos Tribunales también han hecho uso de una interpretación favorablemente para corregir patologías de segundo grado, en la mayor parte de los casos no podrá llevarse a cabo el arbitraje debido a su insubsanable ambigüedad e imprecisión.

Para evitar incurrir en cualquier incertidumbre, se proponen dos soluciones. En primer lugar, si se trata de un arbitraje *ad hoc*, se debe incluir en el contrato una cláusula cuya redacción ya haya sido probada, o en su defecto, consultar con especialistas en arbitraje la redacción de la cláusula.

En segundo lugar, si se trata de un arbitraje institucional, los especialistas serán quienes propondrán las cláusulas modelo que utiliza la institución. Por esta razón, la opción más sabia será utilizar el arbitraje institucional, para usar las cláusulas modelo con confianza, es decir, sin realizar modificaciones propias que raramente serán comparables.

Utilizar estas precauciones elementales permitirá que el arbitraje se imponga como el único método de solución de controversias adaptado a las exigencias del comercio internacional actual.

CONCLUSIONES

- 1) El arbitraje es un método destinado a la resolución alternativa de conflictos en el comercio internacional, que las mismas partes eligen para resolver la disputa fuera de los tribunales nacionales. En la actualidad se consolida como el mecanismo más adecuado para la resolución de controversias en el ámbito comercial internacional.
- 2) El rol de los tribunales nacionales durante el desarrollo del arbitraje únicamente debe presentarse en funciones de asistencia y apoyo. Sin embargo una vez dictado el laudo arbitral, generalmente concluye la labor del tribunal y si la parte vencida no cumple voluntariamente con el laudo, la parte vencedora deberá acudir a los tribunales nacionales, directamente para su reconocimiento y ejecución.
- 3) El principio de la autonomía de la cláusula arbitral es de relevancia dado que permite que aún cuando el contrato principal pueda ser atacado ante los tribunales internos del país del arbitraje por ser inválido, la cláusula arbitral subsista, por ser ésta autónoma e independiente del contrato principal, y esto significa que aunque el contrato sea nulo la cláusula subsiste de tal forma que el Tribunal arbitral sea el competente para pronunciarse sobre la validez del contrato principal.
- 4) El arbitraje a diferencia de otros métodos alternativos de solución de controversias, tiene como característica fundamental el carácter definitivo y vinculante del laudo arbitral, el cual tiene la misma fuerza legal que el de una sentencia judicial.
- 5) Los criterios para determinar la patología de la cláusula arbitral, establecen que una cláusula es patológica si no cumple con producir efectos obligatorios hacia las partes para recurrir al arbitraje como el único mecanismo para la

resolución de la controversia, evitar la intervención de los tribunales judiciales durante el desarrollo del arbitraje, permitir que los árbitros sean quienes resuelvan la controversia y consecuentemente que el tribunal pueda emitir un laudo eficaz que pueda ser ejecutado correctamente.

- 6) En consecuencia es de suma importancia redactar apropiadamente la voluntad inequívoca de las partes, para que al momento de que surja alguna controversia, ninguna de ellas pueda escudarse en la patología del convenio arbitral para no acudir al arbitraje. Por tanto es vital que la redacción de la cláusula sea equilibrada, evitando tanto un perfeccionismo que introduzca elementos complejos al arbitraje que más adelante únicamente podrían ser motivo de contradicciones, y por otro lado tampoco se recomienda redactar una cláusula arbitral demasiado ligera que no vincule directamente a las partes al arbitraje y abstenga la intervención de los tribunales judiciales.

- 7) Los Tribunales arbitrales con base en el principio *competence-competence* tienen la facultad y el deber de resolver cualquier asunto que las partes sometan a su consideración dentro del arbitraje, es el Tribunal arbitral quién ante la existencia de una cláusula patológica podrá interpretarla favorablemente para dar validez a la voluntad de las partes.

RECOMENDACIONES

- 1) Que las partes al decidir someter a arbitraje todas o ciertas controversias que surjan entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, redacten la cláusulas arbitral tomando en consideración los elementos necesarios, recomendados y opcionales, con el fin de evitar cualquier ambigüedad o patología al momento de interpretar la cláusula arbitral, que pueda traer como consecuencia la nulidad del arbitraje.
- 2) Que el Estado y los Tribunales judiciales respeten la autonomía de la voluntad de las partes, dando plena validez a su decisión de recurrir al arbitraje como el mecanismo para la solución de la controversia.
- 3) Que para la redacción de la cláusula arbitral, las partes conozcan y consideren la implementación de las cláusulas modelo, propuestas por las instituciones arbitrales de mayor prestigio, adaptándolas a un contrato en particular, para garantizar el correcto desenvolvimiento del arbitraje.
- 4) Que en el ámbito interno, se implementen programas judiciales, a través de los cuales se capacite a los jueces nacionales para el reconocimiento y ejecución de laudos tanto guatemaltecos como internacionales, dado que Guatemala forma parte de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.
- 5) Es imprescindible el desarrollo de una cultura arbitral en el país, que permita aplicar principios, normas y costumbres mercantiles, mediante la promoción y el fomento de la utilización de este mecanismo de solución de controversias en los contratos mercantiles nacionales, para que comerciantes y empresarios consideren las ventajas que ofrece el arbitraje como mecanismo para la solución de controversias comerciales nacionales e internacionales.

REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLOGRAFICAS

Aizenstatd, N. Alexander. "Las Cláusulas Asimétricas del Arbitraje", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2007

Alvarado, Ramón. *Los Acuerdos de Arbitraje Patológicos*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Business, Venezuela, noviembre-diciembre 2009

Alberti Montoya, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Editorial Cultural Cuzco, Perú, 1988.

Alfonsin, Quintin. *Régimen Internacional de los Contratos*. Uruguay, Facultad de Derecho de Montevideo, 1950

Alonso Puig, Jose Maria. *Ventajas y Desventajas del Arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*, extracto del artículo "Introducción al arbitraje" Cuadernos de derecho, Wolters Kluwer noviembre 2010.

Amoussou, Ronald. *L'Arbitrage dans le traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*. Revue de Droit International des Affaires No. 3, France, 1996

Bavitechev, Gueorgui. *Arbitral and Post Arbitral Litigation in Russia*. International Business Law Journal No. 1, France, 2004

Barnashov, Alexey. *The Optional Arbitration Agreement: A Russian Perspective*. Global Arbitration Review, White & Case LLC Moscow, Russia, 2008

Benjamin, Davis. *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*. Arbitration International (Arb. Int.) No. 4, EE.UU., 1991

Bernal Gutiérrez, Rafael, *El Arbitraje en Guatemala, apoyo a la Justicia*. Editorial Serivprensa. Guatemala, 2000

Blanke, Gordon. *Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective*. Academy of European Law, Brussels, 2008

Boo, Lawrence. "The Arbitration Agreement", *Singapore Academy of Law Annual Review*, Singapore, 2004

Born, Gary. *Arbitration and the Freedom to Associate*. Volume 38, Georgia Journal of International and Comparative Law, EE.UU

Bournonville, Philippe. *Droit judiciaire: L'Arbitrage*. Editions Larcier, Belgique, 2000

Briones, Joshua. "Arbitration in Latin America: A first look at the impact of legislative reforms". *Law and Business Review of the Americas*, EE.UU., 2007

Broches, Recourse. *Against the Award; Enforcement of the Award*. ICCA Congress Series No.2, Netherlands, 1984

Bullard González, Alfredo. "Enemigos íntimos. El Arbitraje y los contratos administrativos", *Revista Privada de Arbitraje N° 2*, Perú, 2006

Caivano, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima Arbitration No. 1, Perú, 2006

Caivano, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, APENAC, Lima, 1998

Castellanos Howell, Alvaro. *El Arbitraje Comercial Internacional en Guatemala: Marco Legal y Jurisprudencial*. España, Editorial La Ley, grupo Wolters Kluwer, Cuatrecasas Gonçalvez Pereira, 2009

Castellanos Howell, Álvaro. *Los Árbitros y el Ius Imperium ¿Compatibles o Incompatibles?*, Arbitraje y Mediación en las Américas, Centro de Justicia de las Américas CEJA, Chile, 2006

Chang, Eric. *The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Clause under French Law*. Kluwer Law International, Vol. 22 Issue 4, France, 2004

Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991

Chirichiello, Michela. *Confidentiality and public interest in mixed international arbitration*. Canada, McGill University, Faculty of Law, 2003

Conejero Roos, Cristian. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica Marco Legal y Jurisprudencial*. España, Editorial La Ley Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Wolters Kluwer España, 2009

Derains, Yves. “Le Choix du Lieu de l’Arbitrage“. *Revue de Droit des Affaires International*, France, 1986

Derains, Yves. *The Future of ICC Arbitration*. France, Journal of International Law and Economy, 1980

Dougier, Estelle. “Tribunaux Arbitraux ou Juridictions Étatiques ?“, *Revue de Droit des Affaires International*, Vol. 6, France, 2005

Eisemann, Frédéric. *La Clause d’arbitrage Pathologique*. France, in Commercial Arbitration Essays in Memorium Eugenio Mionli, France, 1974

Emerson, Frank. “History of Arbitration Practice and Law”, Volume 19, *Cleveland State Law Review*, EE.UU., 1970

Enrique de Rosas, Pablo. "Arbitraje Comercial Internacional, Análisis de las Reglas procesales arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional, London Court of International Arbitration y American Arbitration Association". *Revista Jurídica U.P.R.* Volumen 72, Puerto Rico, 2003

Estreicher, Samuel. Steven C., Bennett. *The Confidentiality of Arbitration Proceedings*. Volume 240-No. 31, EE.UU., The Nueva York Law Journal, 2008

Fernández Rozas, José Carlos. *El Convenio Arbitral, entre la estabilidad y el desatino*. Estudios de Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, 2006

Fernández Rosas, José Carlos. *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*, Lima Arbitration N° 2, Perú, 2007

Filloy, Marcela. *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Panamá, sus principales características, semejanzas y diferencias con la Convención de Nueva York. Realidades y perspectivas futuras sobre su aplicación en el Continente Americano*. Centro de Resolución de Conflictos, Costa Rica, 2009

Fouchard, Ph., Gaillard E., Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*. Editions Litec, París, 1996

Freidland, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd Edition, EE.UU., Juris Publishing, 2007

Frignani, Aldo. *Drafting Arbitration Agreements*. Kluwer Law, Arbitration International Vol. 24 No. 4, EE.UU., 2008

Gamboa Morales, Nicolás. *La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional*. Primera Edición, Universidad del Rosario, Colombia, 2007

Gil Echeverri, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. Colombia, 1999.

Goldman, Claude. “Mesures Provisoires et Arbitrage International“, *Revue de Droit International* No.1, France, 1993

Gonzalo Quiroga, Marta. *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Mercado de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003

Gómez Domínguez, Luis Alfonso en *Causas y Consecuencias de Cláusulas Arbitrales defectuosas*, Inglaterra, 2007

Gómez Rodas, Carlos. “Apuntes sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 64, septiembre-diciembre, Colegio de Abogados, Costa Rica, 1989

González de Cossío, Francisco: *Arbitraje*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004

Granda, Fernando. *¿Confidencialidad o publicidad en el Arbitraje?*. Perú, Conferencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 7 septiembre 2009

Heiskanen, Veijo. *State as a Private: The participation of States in International Commercial Arbitration*. Transnational Dispute Management Vol. 7 issue 1, Turkey, 2010

Jolivet, Emmanuel. “La réception des Principes d’UNIDROIT dans le contrats modèles de la Chambres de Commerce International“. *Revue de Droit Uniforme*, France, 2004

Karrer, Pierre. *Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis, and Therapy*. Switzerland, 1997

Kutty, Faisal. “The Shari’a Factor in International Commercial Arbitration“. *Loyola International and Comparative Law Review*. Vol. 28-565, EE.UU., 2006.

Lalive, Jean Flavien. *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*. Droit et Justice, Suisse, 1999

Craig; Park & Paulsson. *International Chamber of Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 3rd edition EE.UU., 2001

Llena Segarra, Miguel. *El Arbitraje Institucional y un buen Arbitraje*. España, Crónica Jurídica Civil, 2007

Loquin, Eric. *L’Exécution des Sentences Arbitrales Internationales au début du Troisième Millénaire*. International Business Law Journal, France, 2003

Makovsky, Rozenberg. *The Validity of Alternative Arbitration Agreement*, Yurist No. 24, Russia, 2002

Maleville, Marie-Hélène. “Pathologies des Clauses Compromissaires“, *Revue de Droit International des Affaires*, France, 2000

Martínez, Patricia en *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana*, Universidad Iberoamericana, México, 2007

Medina, Lima Ignacio, "El Arbitraje Privado en nuestro Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Enero - Junio 1988, UNAM, México

Miletsky, Robert. *How to make sure your arbitration clauses do exactly what you want them to do*. Contractor's Business Management Report. EE.UU., 2005

O'farrell, Jorge. *Arbitraje internacional, solución de futuro*. Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1992-C, Buenos Aires, Argentina, 1992

Oviedo Albán, Jorge. "Los Principios UNIDROIT para los Contratos Internacionales", *Revista Lo Justo* Año 16 No. 11, Colombia, 2002

Park, William. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. International and Comparative Law Quarterly 32, EEUU, 1983

Paulsson, Jan. *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*. Lalive Lecutre, Geneve, 2009

Pinzón, María y Rodríguez, Tatiana. *De la naturaleza contractual del arbitramiento, como método alternativo de soluciones*. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2009

Redfern, Alan y otros. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2006

Reisman, W. Michael; Craig, W. Laurence; Park William; Paulsson, Jan: *International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*. Westbury, New York, The Foundation Press, Inc, 1997

Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Arbitraje y Conciliación Alternativas Extrajudiciales de Solución de Conflictos*. Guatemala, Impresos Robledo, 2001

Rosen A. Janet. *Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence*, 17 Fordham Int'l L.J. 599, EE.UU., 1993

Ruiz, Paolo. "Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-hoc, ¿He ahí el dilema?", *Revista Peruana de Arbitraje*, Perú, 2005

Silva Romero, Eduardo. *El contrato de arbitraje*, Legis Editores, Bogotá, 2005

Schewebel, Stephen. *International Arbitration: Three salient problems*. England, Cambridge University Press, 1987

Silverman, Linda. *The Nueva York Convention after 50 years*. Vol. 38:25, EE.UU., Georgia Journal of International and Comparative Law, 2009

Tonatiuh, García. *La Lex Contractus en los Contratos Internacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008

Townsend, John. *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*. Dispute Resolution Journal, EE.UU., Vol. 58 No. 1, february - april 2003

Treviño, Julián. *Notas sobre la influencia de la Convención de Nueva York en la Convención de Panamá y su coexistencia*. México, 2008

Vladimir Khvalei. *How To Kill An Arbitration Agreement*. Tretetsky Sud. No. 5, Russia, 2003

Werbicki, Raymond. *Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*. EEUU, AAA Handbook on International Arbitration & ADR, JurisNet, 2010

REFERENCIAS NORMATIVAS

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958

Convención entre Francia y la Confederación Suiza sobre la Competencia Judicial y la ejecución de sentencias en materia civil, Paris 15 junio 1869

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961

Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, firmado en Roma el 19 de junio de 1980, entró en vigor en 1991

Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto Número 67-95 del Congreso de la República.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en junio de 1985

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Paris

Reglamento de Arbitraje de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional

Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, (CENAC), aprobado por la Junta directiva del CENAC el 23 de enero de 2006, modificado el 27 de junio del 2007

Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo de 1889.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Bishop, Doak. *Drafting the ICC Arbitral Clause*. EEUU, p. 17. www.kslaw.com/library/pdf/bishop5.pdf. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2011.

Cour de Cassation, chambre civil 1, 7 mai 1963. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006962522&dateTexte=>. Fecha de consulta: 01 de septiembre de 2011.

Flores Rueda, Cecilia. *Armonización Legislativa, La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. I Congreso Nacional y regional sobre Arbitraje y Mediación, México. <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/11.pdf>. Fecha de consulta 28 de agosto de 2011

Mereminskaya, Elina. *Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional*. Chile, 2005. Pág. 10. http://www.camsantiago.com/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2011

Soleimany v Soleimany [1998] APP.L.R. 02/19. CA on appeal from QBD (His Honour Judge Langan QC) before Morritt LJ; Waller LJ; Sir Christopher Staughton, 1998 <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzzarbitrationLawReports/Soleimany%20v%20Soleimany%201998.pdf>. Fecha de consulta: 17 de octubre de 2011

Swee Siang, Boey. *Pathological clauses in arbitration agreements – a Singapore approach?*. www.inhousecommunity.com/controlPanel/download.php?id=674. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2011

www.adr.org. American Arbitration Association. *Annual Report 2010*. EEUU, p. 7.
<http://www.adr.org/si.asp?id=6534>. Fecha de consulta: 15 de octubre de 2010

www.adr.org. *Drafting Dispute Resolution Clauses, A practical Guide*, EE.UU., 2007,
p. 13 <http://www.adr.org/si.asp?id=4125>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de
2011

www.ciaciacac.org. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, cláusula modelo
http://www.ciaciacac.org/paginas.asp?pub_id=55&cat_id=34&cat_tit=CI%E1usula%20Modelo%20CIAC. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

www.dublinarbitration.ie. Ejemplo de diversas cláusulas modelo propuestas por el
Centro de Arbitraje de Dublín: <http://www.dublinarbitration.ie/modelclauses/>. Fecha
de consulta: 17 de septiembre de 2011

www.hkiac.org. Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, cláusula modelo
http://www.hkiac.org/show_content.php?article_id=381. Fecha de consulta: 13 de
septiembre de 2011

www.iccwbo.org. Cámara de Comercio Internacional de Paris.
<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html>. Fecha de consulta: 13 de
septiembre de 2011.

www.lcia.org. London Court of International Arbitration, Model Clause
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/ARBPrintable_versions.aspx. Fecha
de consulta: 13 de septiembre de 2011.

www.uncitral.org. Cláusulas Modelo, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho
Comercial Internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2011.

www.uncitral.org. Países signatarios Convención de Nueva York
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
Fecha de consulta: 01 de julio de 2011.

OTRAS REFERENCIAS

Affaire Techniques de l'Ingénieur v Sofel. 1 febrero 1979, Revue de l'Arbitrage 1980.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 1 de Julio de 2011 Serie C No. 227, párr. 115.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Looor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

El-Béhéry, Ibrahim. *Théorie des Contrats Administratifs et Marchés Publiques Internationaux*. Thèses Doctorat de Droit, Université de Nice, France, 2004

Four Season Hotel and Resorts, B.V., Limited, Caracas, C.A., Plaintiffs - Appellees, vs Consorcio Barr, S.A., Defendant - No. 05-16351. July 14, 2008.

Guenter Pauly and Jose Pena v Biotronik, GmbH, a German Corporation; Micro Systems Engineering, Inc., an Oregon Corporation; and Dr. Max Shaldach, Oregon, Civil No. 90–100-RE

IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses. International Bar Association Council, October 2010

ICC. *The International Solution to International Business Disputes - ICC Arbitration*, France, ICC Publications no. 301 1977

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, 14 sesiones de la CNUDMI, junio 19-26 de 1981. Doc ONU A/CN 9/207

Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI No. 2321 de 1974

Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI No. 2138 de 1974

Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, July 2nd, 1985. US Supreme Court.

Vargas, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colombia