

Y

**Young
Arbitration
Magazine**

AN ACADEMY MAGAZINE

DICIEMBRE 2020 | VIII EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Dominick Delgado Carvajal

- Directora de Young Arbitration Magazine (YAM)
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Sophia Fiorella Villalta Chong

- Presidenta de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ana Elena Quirós Vásquez

- Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Gabriel Chaves Corrales

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ma. Alexandra Álvarez Arias

- Fiscal de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Alvarado Andrade

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presentación

Valeria Alvarado Andrade y Dominick Delgado Carvajal 1

¿Quién paga la cuenta?: acerca del reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral

Bryan Cillóniz Atoche 4

Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente

Alfonso Crespo Molina y Leidy Johana Garzón 22

¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato

Marco Andrei Torres Maldonado y Paulo César Castañeda Montalván 30

El Salvador ¿Sede arbitral?

José Benjamín Palomo Hernández 48

La defensa por estado de necesidad en futuros arbitrajes de inversión debido a la pandemia

Juan Pablo Gómez Moreno 67

Have things changed?: El principio de confidencialidad ante esta nueva era de virtualización del arbitraje

Natalí Juliana Pulido Del Pino y Joel Alberto Santillán Dulanto 88

Building a uniform standard of proof for the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods

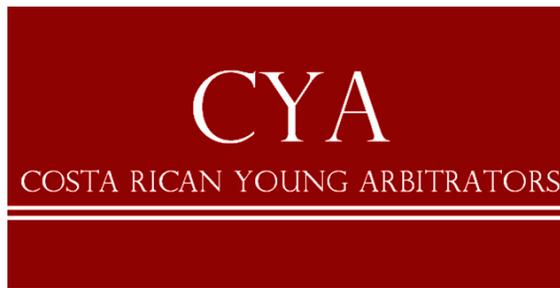
Brandon Rojas Rodríguez y Jimena Zamora Mora 101

La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 14 de septiembre de 2020

Felipe Montero Rafols 112

El arbitraje de emergencia: una nueva categoría en el arbitraje doméstico e internacional

Tifaine Pons 123



La Revista "Young Arbitration Magazine (YAM)" es una publicación académica semestral a cargo de la Federación de Jóvenes Árbitros, cuya visión es generar un espacio de encuentro e intercambio de opiniones sobre temas relacionados con el arbitraje.

Esta es una iniciativa que incluye el trabajo arduo de las asociaciones que conforman dicha Federación, ubicadas en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Guatemala. Este es un esfuerzo de países de la región en aras de promover el arbitraje.

PRESENTACIÓN

Las disputas son, indudablemente, parte de la vida de los seres humanos. Por supuesto, las hay de todo tipo, siendo su común denominador, que estas requieren ser satisfactoriamente solventadas de alguna forma. Tampoco se debe perder de vista, el hecho de que la vida contemporánea ha traído consigo relaciones y transacciones progresivamente más elaboradas cuyo método de resolución de eventuales conflictos debe ser, coincidentemente, más sofisticado.

Si bien, el arbitraje no es un sistema de justicia exclusivo de los tiempos actuales, ha adquirido un protagonismo nunca antes visto en el contexto de la sociedad globalizada. Ello al ofrecer a las partes un foro neutral, mayor eficiencia, flexibilidad, confidencialidad, entre otros. Dada la tendencia a un mundo cada vez más interconectado, es lógico concluir que el arbitraje también continuará desarrollándose como método alternativo de resolución de disputas. Actualmente, se nota que este ya está trascendiendo el plano “tradicional” de las disputas comerciales y alcanzando ámbitos que, quizás, años atrás, se hubieran considerado “no-arbitrables”.

Así las cosas, Costa Rican Young Arbitrators se complace en presentar la VIII Edición de la Revista Young Arbitrators Magazine (YAM). Esta busca seguir brindando un espacio, especialmente para jóvenes apasionados en la materia, para la exposición y progreso de la cultura de arbitraje en nuestra región. La presente edición cuenta con la participación de estudiantes de derecho, académicos y profesionales practicantes cuyos aportes, en gran variedad de temáticas relevantes al arbitraje, ayudarán

a impulsar la consecución de dichos objetivos.

La intervención de los terceros financiadores en el arbitraje es, sin lugar a dudas, una de las que mayores discusiones está generando en la actualidad. Bryan Cillóniz Atoche, señala la importancia del reconocimiento de esta figura en el arbitraje moderno en su artículo *¿Quién paga la cuenta? Acerca del reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral*. Sin embargo, al mismo tiempo, establece que la falta de regulación y criterios uniformes aplicables a dicha temática han tenido como consecuencia que los árbitros se mantengan cautelosos al reconocer los gastos de financiación en el laudo arbitral. Al identificar esta problemática, el autor propone una guía que pretende distribuir los costos sobre dicho extremo en forma idónea y razonable.

A los estudiosos del Derecho, no en pocas ocasiones, les son elusivos los métodos precisos de cuantificación de daños y perjuicios. La labor de los peritos y profesionales resulta entonces determinante con el propósito de aproximarse a un resultado certero dentro de cualquier tipo de proceso jurisdiccional. En su artículo *Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente*, Alfonso Crespo Molina y Leidy Johana Garzón, precisan una serie de criterios que permiten consolidar de forma objetiva y contundente, tanto para el tribunal como para las partes y los sujetos procesales, el criterio de certeza razonable, sobre el cual, muchas veces, descansa la adecuada y satisfactoria resolución de las controversias.

No existe mayor debate con respecto a que los requisitos de validez formal del acuerdo

arbitral se han modernizado y flexibilizado con el paso del tiempo. No obstante, la velocidad de la época moderna nos obliga a ser especialmente cuidadosos en el tratamiento de este tema. Un ejemplo claro, viene de la abrupta transición y vertiginosidad que las relaciones humanas –y no exentos los negocios–, atraviesan día a día. Precisamente, en *¿NACIDO ANTES DE TIEMPO?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato*, Marco Andrei Torres Maldonado y Paulo César Castañeda Montalván, pretenden esclarecer la interrogante con respecto a si es posible –y bajo cuáles escenarios– que un convenio arbitral contenido en un borrador de un contrato que nunca se llegó a celebrar, y que sólo fue intercambiado mediante comunicaciones electrónicas, sea considerado válido.

El concepto de “sede” es uno de los más escuchados en materia arbitral, pero de los que más confusión genera, particularmente en cuanto a sus alcances. Las partes erróneamente suelen creer que la sede se limita al espacio geográfico donde el tribunal arbitral delibera y lleva a cabo la evacuación de las pruebas. En el artículo *El Salvador ¿Sede arbitral?*, José Benjamín Palomo Hernández, busca romper con esa concepción errada, enfatizando la importancia que tiene la decisión de la sede arbitral dentro de una cláusula arbitral y la necesidad de que el país que resulte electo realmente garantice la eficiencia del proceso arbitral específico.

En *La defensa por estado de necesidad en futuros arbitrajes de inversión debido a la pandemia*, Juan Pablo Gómez Moreno nos brinda un análisis desde la óptica del arbitraje de inversión, en el cual, a partir de un examen de los posibles conflictos que podrían suscitarse producto de las medidas implementadas a nivel global por los Estados

en atención al advenimiento de una pandemia mundial del COVID-19, se expone la defensa conocida en el derecho internacional consuetudinario como “estado de necesidad”, como una alternativa probable a la cual los Estados acudirán en aras de proteger sus intereses ante eventuales reclamos por parte de los inversionistas extranjeros.

Producto de la actual coyuntura, hemos sido testigos de un aluvión inconmensurable de virtualización sin precedentes en todos los ámbitos de la cotidianidad, incluido el campo jurídico. Así las cosas, las condiciones de constante transformación de la modernidad comportan para los juristas la necesidad de cuestionar tanto los posibles beneficios como perjuicios que conlleva la implementación de nuevas medidas para llevar a cabo los procedimientos. En esta línea, los autores de *Have things changed?: El principio de confidencialidad ante esta nueva era de virtualización del arbitraje*, Natalí Juliana Pulido Del Pino y Joel Alberto Santillán Dulanto, exploran la interrogante con respecto a si la virtualización del arbitraje ha puesto en riesgo la confidencialidad característica de este método de resolución alterna de conflictos, además, brindan un listado de herramientas que permiten mantener la naturaleza confidencial de este tipo de procesos en un mundo cada vez más virtual.

En el artículo *Building a uniform standard of proof for the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Brandon Rojas Rodríguez y Jimena Zamora Mora resaltan la importancia de la prueba en los procesos arbitrales. A pesar de que las reglas arbitrales suelen contener disposiciones que la regulan, prácticamente todas omiten establecer cuál es el estándar necesario para probar un hecho. Ante dicho escenario, el artículo 74 de la Convención de

las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías – a pesar de ser una norma sustantiva– puede ser interpretado para derivar el umbral de “grado razonable de certeza” necesario para probar la existencia de un derecho subjetivo ante un tribunal arbitral.

Felipe Montero Rafols analiza, en forma crítica, algunas de las problemáticas y confusiones que suscitan en Chile ante la existencia de un “régimen dualista” en el cual coexisten, en forma autónoma, un régimen legal para el arbitraje doméstico y otro para el internacional. En *La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral: A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Chile del 14 de setiembre de 2020*, el autor estudia la compatibilidad de dicha resolución con los estándares fijados por la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional –que es una adaptación casi literal de la Ley Modelo de CNUDMI de 1985– en cuanto a la posibilidad de que las partes amplíen el régimen recursivo que esta expresamente reconoce.

Finalmente, culminando esta VIII Edición, Tifaine Pons, en su artículo *El arbitraje de emergencia: una nueva categoría en el arbitraje doméstico e internacional*, explora este innovador procedimiento que tiene por objetivo la otorgación de medidas cautelares antes de la integración del tribunal arbitral. La necesidad de su existencia ha sido reconocida en tanto, poco a poco, se le ha abierto espacio en los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes alrededor de todo el mundo. No obstante lo anterior, este aún enfrenta una serie de obstáculos que deben ser vencidos en aras de mejorar la seguridad jurídica, particularmente en lo que la ejecución de la decisión en otras jurisdicciones se refiere.

Sin duda, la selección de artículos que componen la presente edición de YAM constituyen una contribución importante mediante la cual se pretende incentivar el debate y la discusión de los temas relevantes para el ejercicio profesional de la materia arbitral, cuestión que toma particular relevancia ante una realidad fáctica y jurídica que se encuentra en constante transformación.

San José, Costa Rica
Valeria Alvarado Andrade y
Dominick Delgado Carvajal.

¿Quién paga la cuenta?: Acerca del reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral

Bryan Cillóniz Atoche¹

Resumen:

El presente artículo analiza la posibilidad de que los árbitros reconozcan los gastos de financiación externa, en los que haya incurrido una parte con la finalidad de promover un arbitraje, en la condena de costos del laudo arbitral. Luego de una revisión de la principal evidencia arbitral, se identificó que los árbitros no promueven esta práctica debido a la falta de regulación y de criterios uniformes. En virtud de ello, en el presente artículo proponemos una serie de directrices que buscan facilitar el trabajo de los árbitros al momento de emitir una decisión al respecto en el laudo arbitral.

Palabras clave:

Gastos de financiación; financiamiento por terceros; arbitraje; costos arbitrales; directrices.

Abstract:

This article analyses the possibility of arbitrators recognizing the external financing expenses that a party may have incurred in to promote an arbitration in the condemnation of costs of the arbitration award. Following a review of the main evidence found in arbitration proceedings, it was possible to identify that arbitrators do not promote this practice due to the lack of regulation and uniform criteria. In virtue of that, this paper will propose a series of guidelines to facilitate the work of the arbitrator when issuing a decision in that regard.

Keywords:

Financing costs; third party funding; arbitration; arbitration costs; guidelines.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, cuenta con experiencia en resolución de disputas de alta complejidad, negociación estratégica y arbitraje comercial nacional e internacional. Con estudios de especialización en arbitraje por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y la Universidad Esan. Es cofundador de Law and Arbitration Forum (LAF) y entrenador del equipo que representa a la Universidad Nacional Federico Villarreal en concursos internacionales de arbitraje y litigio comercial. Lugar de residencia: Lima, Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la pandemia generada por el COVID-19, usted, un empresario de la industria farmacéutica, ejecutó importantes contratos para el suministro de sus productos a distintas empresas; sin embargo, una de ellas incumplió injustificadamente con sus obligaciones contractuales, generando un duro golpe financiero en sus arcas.

A raíz de ello, decide demandar a la empresa vía arbitraje, habida cuenta que, en el mencionado contrato, se pactó una cláusula arbitral. Como consecuencia de la magnitud económica que representa la disputa y la materia, opta por el financiamiento alternativo de un Fondo de Inversión Especializado en Litigios Arbitrales (en adelante, Fondo de Inversión o FEIL); asimismo, tiene presente que, debido al impacto económico de la pandemia, su empresa necesita liquidez para llevar adelante sus negocios. Así las cosas, con dicho financiamiento alternativo, podría dar un uso más eficiente a sus recursos y emplear el dinero que destinaría a la controversia, en estabilizar sus finanzas.

Luego de casi medio mes de analizar la factibilidad de promover la referida demanda arbitral, el Fondo de Inversión acepta financiar el caso, para lo cual, conviene con usted que los gastos de financiación y la compensación del financista serán demandados como “gastos arbitrales”. Lo anterior, debido a que el Fondo asumirá la totalidad de los gastos asociados al caso (abogados, peritos, honorarios arbitrales, administrativos, etcétera). Caso contrario, dichos conceptos serán cobrados del monto reconocido en el laudo arbitral a expedirse. Por lo tanto, se lleva adelante la controversia.

Al finalizar el arbitraje, los árbitros resuelven que, debido a las circunstancias y pese a que el laudo le resultó favorable en cuanto a las pretensiones promovidas con su demanda, no corresponde que la parte vencida asuma los gastos de financiación, ni mucho menos los relativos a la compensación del financista.

En consecuencia, usted – de acuerdo con el contrato de financiación suscrito con el Fondo de Inversión – está en la obligación de recortar los montos reconocidos como prestaciones impagas y/o daños, para cumplir con el pago al Fondo; sacrificando, de esta manera, el dinero que la parte vencida deberá pagarle; por lo que, a fin de cuentas, no recibirá íntegramente el pago que le corresponde, pese a que promovió una demanda con méritos.

Quizá pueda pensarse que, en el ejemplo anteriormente descrito, el dinero que deja de cobrar el empresario es el “costo de oportunidad” de promover una demanda sin recursos propios y con la solidez financiera que puede brindar un Fondo de Inversión.

No obstante, no deja de ser verdad que la parte vencida estuvo en efectivo incumplimiento y que, debido a ello, se tuvo que acceder a un financiamiento externo. Esto quiere decir que, exonerarla

de la asunción de los gastos de financiación y de la compensación respectiva, implicaría de cierto modo premiar la conducta omisiva o de incumplimiento de la parte vencida.

Esta situación transmitiría un mensaje desalentador de parte del arbitraje debido a que, actualmente, muchos de sus usuarios prefieren trasladar la carga económica y legal de un conflicto a un financista especializado. En este sentido, “el financiamiento a través de terceros es el rasgo característico de la litigación moderna” (Mereminskaya, 2017, pág. 1).

Sin embargo, durante mucho tiempo, los practicantes del arbitraje y especialmente los árbitros, han visto con ojos de precaución los arbitrajes que son llevados a cabo con el soporte de un Fondo de Inversión; lo anterior, específicamente, al momento de decidir sobre los gastos vinculados al financiamiento otorgado.

De este modo, se ha entendido, como una especie de “regla general”, que el análisis del *recovery* de dichos gastos, debería ser conservador, tendiendo casi siempre a: (i) no reconocer dichos gastos de financiación como parte del laudo arbitral o (ii) reconocer un porcentaje minúsculo en el laudo. Un supuesto completamente aparte es la posibilidad de que el laudo arbitral pueda reconocer también el monto correspondiente a la compensación del financista. Dicho reconocimiento es casi imposible.

Los argumentos a favor de esta tendencia conservadora parten desde la simple concepción de la comprobada necesidad económica de una de las partes, que motiva su decisión de recurrir a un financiamiento alternativo, y culminan con un entendimiento incorrecto sobre el favorecimiento a la litigiosidad. Así, algunos lo han encasillado como una oportunidad “maquiavélica” para que las partes inicien demandas o reconveniciones sin mérito alguno, con el respaldo de un Fondo de Inversión.

Es por ello que, a través del presente artículo, sugerimos que: (i) es válido el reconocimiento de los gastos de financiación del Fondo de Inversión dentro del laudo arbitral a expedirse, al ser costos asociados a la defensa de la parte afectada, (ii) el no reconocimiento de la compensación del Fondo de Inversión que financia el arbitraje, colisiona con el principio de reparación integral que le asiste a las partes, por lo que su falta de pago terminaría por perjudicar económicamente a la parte financiada y, por último, (iii) sugerimos ciertas directrices que ayuden a uniformizar criterios para que, los árbitros puedan evaluar adecuadamente el reconocimiento de gastos de financiación y compensación del financista en el laudo arbitral.

II. FUNCIONAMIENTO DEL FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS ARBITRALES

Previo al análisis de la problemática objeto del presente artículo, es necesario entender cuál es la dinámica detrás de los Fondos de Inversión Especializados en Litigios quienes, bajo un parámetro genérico o universal, no solo abarcan el financiamiento de controversias de tipo arbitral sino también las judiciales; no obstante, nos evocaremos a las del primer tipo.

Los FEIL son entidades que dirigen sus esfuerzos a invertir activos en litigios de gran magnitud, para lo cual, analizan determinada oportunidad de negocio -entendido como el caso que será financiado- como “bienes tangibles sujetos a valoración” (Fernández Masiá, 2016, pág. 205). De este modo, efectúa un estudio integral que le permitirá conocer las probabilidades de éxito de cierto caso puesto a su conocimiento. Así, dependerá de los resultados de este examen previo para que el FEIL traslade su propuesta de inversión al interesado, con cuya aprobación producirá la inyección de dinero que corresponda, que le permitirá al accionante (generalmente) llevar adelante su demanda.

Al respecto, el propio mercado de financiamiento de litigios arbitrales ha colocado un estándar elevado en cuanto a las controversias que optan por financiar, ya que “tan solo se aceptan los casos con probabilidades de éxito estimado sobre un 63% o 70%” (Alonso Cánovas, 2016, págs. 9-22). Por lo que, un FEIL suele aceptar una población de entre el 5% y el 10% de los casos que son puestos a su evaluación (International Chamber of Commerce, 2015, pág. 9), es decir una cifra bastante moderada.

Pese a ello, aún puede identificarse la posición de algunos practicantes quienes consideran que el financiamiento de terceros en el arbitraje alienta la promoción de “demandas potencialmente frívolas o infundadas” (Darwazeh & Leleu, 2016, pág. 155 y ss.); sin embargo, dicha situación - más hipotética que real- carece de sentido debido a que, desde una lógica financiera, un FEIL no destina recursos a una controversia que le reputaría pérdidas económicas².

Este razonamiento se mantiene inclusive ante un escenario en donde se advierta una aparente falta de solidez en los argumentos que sustenten la demanda y donde el FEIL decida, aun así, brindar sus recursos (Eberhardt & Olivet, 2012, págs. 56-63). Dicha visión del asunto omite que un financista analiza la viabilidad de su inversión bajo indicadores de rentabilidad, reunidos en la evaluación o análisis del caso que efectuará.

En consecuencia, no en todos los casos se presentan casos completamente sólidos ante un financista; razón por la cual, el equipo de abogados propondrá una estrategia bajo la cual podría lograrse el resultado de éxito esperado, debiendo el FEIL considerar dicha información como un indicador para modular adecuadamente la propuesta que brindará al solicitante.

La propuesta podrá presentar condiciones mucho más conservadoras a la usual, como una compensación mayor a la que generalmente solicita el mercado. Ello dependerá del análisis de riesgo legal y financiero que efectúe el FEIL, el cual no debería estar por encima de lo razonable³.

² En palabras de Christiane Deniger (vicepresidenta de Burford Capital): “Los financistas nos encontramos en el mundo de hacer dinero, por lo que invertimos en casos que son adecuados (...), traducción libre de: “Funders are in the world of making money, so we tend to invest in cases that are good (...) [minuto 47:17 al minuto 47:23]. Extraído del V Open de Arbitraje organizado por la Asociación Europea de Arbitraje, mesa de debate: Arbitraje y financiación por terceros 360° (21 de mayo de 2019). Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=j_lxlyycEeM.”

³ Pensemos en la evaluación crediticia que efectúa la banca tradicional para conceder créditos de cualquier tipo, si el solicitante tiene un historial crediticio impecable – en condiciones normales – será un excelente indicador para ofrecerle un mayor monto de dinero y mejores condiciones financieras (como tasas de interés bajas o un crédito sin

Actualmente se cuenta con alrededor de cincuenta (50) firmas dedicadas especialmente a esta actividad, tales como Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calannius Capital, por nombrar algunos. A nivel regional, opera el TPFunder Lex Finance, que se define como primer y único fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica (Mereminskaya, 2017, pág. 2).

El procedimiento para la inyección de recursos a cargo de un FEIL parte de la revisión exhaustiva de la controversia. Dicha revisión será determinante para otorgar los fondos, siendo que el análisis está compuesto básicamente de tres etapas:

(a) La evaluación del caso:

Esta etapa está referida a la recopilación de toda la información relevante, para cuyos efectos, el accionante y el financista suscriben un acuerdo de confidencialidad (en inglés: “*non disclosure agreement*”) para la protección de la documentación que será revelada entre ellos.

Una vez producida la recopilación de la información, el FEIL estará en óptimas condiciones para poder efectuar un *due diligence* (ó auditoría) sobre el material recibido. Lo anterior, con la intención de tener a su disposición las probabilidades de éxito del caso. Además, cabe precisar que, este es un proceso de investigación necesario antes de contraer o llevar a cabo cualquier tipo de compromiso o inversión financiera de importancia.

(b) La propuesta de inversión:

En el supuesto hipotético que la evaluación del caso haya dado resultados de aceptable probabilidad de éxito, el FEIL remite una propuesta de inversión al interesado. En términos generales esta incluye: la forma de financiamiento, los umbrales económicos (de corresponder), además de los términos y condiciones de la inversión que efectuaría.

Esta propuesta adopta la forma de una carta de intención (*letter of intent* o *term sheet*, por su nombre en inglés), que hace referencia a un tipo de documento preliminar que plasma “una invitación a negociar” con el solicitante, para cuyos efectos el interesado válidamente podría contraproponer alguna fórmula para dirigir la futura relación contractual.

Esta carta de intención no es equiparable a un contrato, ya que este último sólo será suscrito de prosperar la negociación con el interesado. Por lo tanto, dicha carta de intención es una mera formalización de la voluntad del FEIL de enrumbar la inversión en el caso propuesto. Justamente, debido a su propia naturaleza, puede ser complementada o hasta modificada.

garantías), el escenario es manifiestamente distinto si el solicitante no dispone de buen historial crediticio, esto significaría mayor riesgo de incumplimiento, por lo que el banco puede optar por ofrecer una suma inferior de dinero al que fue solicitado y condiciones más conservadoras (como una tasa de interés más elevada o garantías mucho más líquidas, como una hipoteca o una garantía mobiliaria) asimismo podría simplemente no conceder el crédito.

(c) La ejecución del plan de inversión:

Finalizada la etapa de negociación entre interesado y el FEIL, se suscribirá el contrato de inversión, en donde se formalizarán los acuerdos legales y financieros adoptados.

El mencionado contrato, no solo establece las condiciones del financiamiento (como, por ejemplo, montos de inversión o márgenes de ganancia), sino que delimita la conducta esperada por el FEIL y el financiado, así como el plan de acción a seguir durante el plazo esperado de la inversión.

Este tipo de contratos suelen ser bastante tradicionales, regulando estrictamente lo necesario para una ejecución contractual saludable. Así las cosas, sus cláusulas incluyen criterios como (i) el derecho del FEIL a un determinado múltiplo de retorno (usualmente tres veces) y (ii) en otros contratos, puede estipularse que el retorno esperado oscilará entre un 10% y 40%, o se pactan ambos, teniendo el financista derecho a elegir el que resulte mayor (CLYDE & CO., 2019, págs. 14-15).

En todos los supuestos, debe tenerse claro que “normalmente se establece un orden de prelación bajo el cual el fondo tendrá derecho al reembolso de lo invertido y el pago de su retribución antes de que la parte pueda beneficiarse de lo recuperado” (CLYDE & CO., 2019, pág. 18).

Asimismo, es importante mencionar que -usualmente- los FEIL no otorgan el dinero directamente al financiado, sino que el mismo es liberado de forma progresiva dependiendo de la etapa (*tranches*) en la que se encuentre el proceso de ejecución del contrato de inversión. Para estos efectos, el Fondo de Inversión constituye una Sociedad de Propósito Específico (“*Special Purpose Vehicle*”) a través de la cual se canalizan los desembolsos respectivos.

De esta forma, el FEIL puede (i) evitar comprometer mayor patrimonio que el proyectado en el *due diligence*, (ii) administrar correctamente los recursos asignados para la inversión en el caso específico y (iii) disminuir el error durante la ejecución del contrato de inversión.

III. EL FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS ARBITRALES COMO ALTERNATIVA DE ACCESIBILIDAD

Un sector de la doctrina considera que acudir al financiamiento de terceros es justificado y oportuno únicamente cuando la parte que accede al mismo se encuentra en una situación económica crítica o de manifiesta falta de liquidez que le impide asumir los costos directos de un arbitraje. No obstante, lo anterior, consideramos que, si bien es cierto, este es el punto de partida y quizá una de las razones por las que el financiamiento de terceros vive un evidente apogeo, no es la única razón válida para que una parte acuda al financiamiento de un tercero.

En efecto, una parte puede no encontrarse en una situación financiera crítica que le impida asumir los costos iniciales del arbitraje y no por ello se le debe dar un tratamiento distinto. Dicha diferencia no cambia la situación jurídica frente a la controversia; esto es, que la parte financiada tenga bases para promover una demanda frente a un incumplimiento (Torres, pág. 3).

Por lo tanto, no hay razón para que en un supuesto si se reconozcan costos y, en el otro, los mismos sean rechazados; debido a que, al margen de la razón por la que una parte accede a un financiamiento alternativo, el árbitro debe evaluar la afectación producida y por lo tanto (i) los méritos del caso y (ii) el comportamiento procesal de las partes.

Véase, como ejemplo, el caso administrado por la Cámara de Comercio Internacional y que enfrentó a *Essar Oilfield Services Limited vs. Norscot Rig Management Pvt. Limited*, en torno a un contrato de gestión operativa valorizada en millones de dólares, llevado a cabo en el año 2016 y que fue conocido, inclusive, en grado de anulación por la Suprema Corte Inglesa (*Essar Oilfields Services Ltd. v Norscot Management Pvt. Ltd.*, 2016).

Norscot requirió el financiamiento de un FEIL por el valor de £ 647.000 (Seiscientos Cuarenta y Siete Mil con 00/100 Libras Esterlinas) a cambio de su reembolso, más el 30% de lo que se logrará recuperar en el laudo arbitral. A raíz de ello, el árbitro único Sir Phillip Otton, revisó que Essar había tenido un desenvolvimiento comercial y procesal de mala fe, promoviendo sendos arbitrajes en contra de Norscot con la finalidad de perjudicarlo económicamente y debilitar su defensa legal.

En consecuencia, el árbitro único efectuó el reconocimiento -en costos- de los gastos asociados al financista, incluyendo su compensación económica; ello en la medida que también fue solicitado por Norscot en el arbitraje, sustentado su decisión en los méritos del caso y el comportamiento procesal de Essar.

Por lo que, consideramos necesario entender que, al margen del propósito por el que se accede al financiamiento, el Tribunal Arbitral debe apreciar el grado de perjuicio que se le originaría a la parte que recepción financiamiento. Ello en la medida que, sea cual sea el resultado, esta tendrá que asumir íntegramente los gastos que conciernen al financista (tanto los asociados a los costos arbitrales, como la compensación del mismo).

Otro escenario de ácida discusión, está relacionado con la posibilidad de que un árbitro pueda reconocer en la condena de costos los gastos del financista, en la medida que su competencia escapa a los intereses de un tercero, es decir, de un Fondo de Inversión.

Esta premisa no deja de ser cierta; sin embargo, omite que –conforme fuera explicado en líneas anteriores– el FEIL no se involucra en el desenvolvimiento directo del caso, eso incluye el suministro de recursos a la propia parte o en su defecto, los mismos son pagados por el FEIL, pero con facturas a nombre de la parte financiada (*International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London*, 2018, pág. 155).

Esto quiere decir que, el Fondo de Inversión no es quien se encarga de pagar directamente los gastos arbitrales, sino que, por el contrario, estos son asumidos por la propia parte al interior del arbitraje. En consecuencia, el árbitro no estaría reconociendo gasto alguno en favor de un tercero, sino a la parte accionante (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

Por ende, no existe limitación alguna para que –haciendo un análisis “caso a caso”– los árbitros puedan efectuar el reconocimiento de gastos de financiación a la parte que lo requiera oportunamente en el arbitraje.

IV. ¿ES VÁLIDO EL RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS DE FINANCIACIÓN EN LA CONDENA DE COSTOS DEL LAUDO ARBITRAL?

Como punto de partida es necesario establecer los parámetros del concepto que sugerimos para “gastos de financiación”; siendo que este debe ser entendido desde una doble óptica:

Primero, como aquellos costos relativos a los honorarios arbitrales, honorarios administrativos (del centro arbitral), honorarios de los abogados, honorarios de los peritos u otros especialistas necesarios, gastos logísticos generales (de corresponder), principalmente.

Segundo, aquel valor del capital proveído por el financista, esto es la compensación (primas de éxito o estímulo), que no es otra cosa que el precio del costo de oportunidad por la disposición del dinero (Mankiw, 2012, pág. 6) y la asunción del riesgo por el FEIL en beneficio de la parte financiada.

Ambos conceptos son equiparados a “gastos de financiación” que la parte financiada debe asumir una vez que se emita el laudo arbitral que ponga fin a la controversia (o un laudo parcial que pueda decidir anticipadamente el mismo), conceptos que serán pagaderos en su integridad al FEIL que apalanque el caso (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

Este detalle es importante, ya que el enfoque que proponemos en el presente artículo está orientado a mejorar la práctica arbitral que incluya el financiamiento por terceros y a efectuar un tratamiento adecuado para las partes.

Cabe precisar que, es la parte que recepciona financiamiento externo, quien se encuentra claramente expuesta a una variedad de escenarios negativos, en donde los árbitros rechacen su pretensión de reconocimiento de gastos de financiación, como condena de costos.

Sin embargo, proponemos que la parte interesada cumpla, como mínimo, con los siguientes requerimientos a efectos de que los árbitros dispongan de mayores elementos para un correcto *recovery* de los gastos de financiación como costos arbitrales: (i) haber planteado dicho supuesto

como pretensión en su demanda y (ii) que el caso promovido tenga bases suficientes para ser demandado en un arbitraje.

En ese sentido, como explicamos anteriormente, en el supuesto que se ampare la demanda o reconvencción financiada, la parte asume parcial o totalmente los gastos de financiación. Así, dicho pago que se efectuará al FEIL, será descontado obligatoriamente del monto total que se reconozca como daños en el laudo arbitral, rompiéndose con la reparación integral o plena (“*restitutio in integrum*”) a la que tiene derecho la parte y que estaría recibiendo con la indemnización por daños.

“El principio fundamental para el otorgamiento de daños y perjuicios es la reparación plena o *restitutio in integrum*. Esta regla tiene tanta aceptación a nivel internacional que se puede considerar como un principio general del derecho” (Chen, 2006, pág. 223). Por lo que, sería absolutamente inconsecuente que la parte afectada con el incumplimiento contractual de su contraparte, también se vea perjudicada al no ser reparada con los gastos de financiación a los que incurrió para efectuar una idónea defensa en el arbitraje.

Este razonamiento fue incluido por el árbitro único, Pierre Cavin, en el laudo arbitral que resolvió las controversias suscitadas entre *Sapphire International vs. National Iranian Oil Company*. En el mismo señaló que el propósito de “la indemnización es dejar a la parte a la cual se pagará, en la misma posición financiera que hubiera estado si el contrato hubiera sido ejecutado de la manera prevista por las partes al momento de celebrarse el contrato” (*Sapphire International v. National Iranian Oil Company*, 1963, págs. 185-186).

Esta premisa tiene una clara connotación lógica y comercial, en tanto ningún empresario se involucra en un negocio con la intención de no percibir ganancias. Consecuentemente, en el supuesto remoto de incumplimiento, mínimamente espera que le sea devuelto lo invertido, así como también aquellos recursos que ha tenido o tendrá que destinar para que los mismos le sean procurados.

En ese orden de ideas, el profesor Albert Van Den Berg (2000, págs. 11-432) refiere el caso arbitral *ad hoc* tramitado bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) y que enfrentó a *Himpurna California Energy Ltd. vs. PT. (Persero) Perusahaan Llistruik Negara*, en donde se dispuso lo siguiente:

Las partes no entran a contratos que involucran riesgos para solamente recuperar sus costos. (...) Si la parte que viola el contrato solamente está obligado a reparar costos perdidos, la otra parte será transformada en un prestador de dinero. Con eso se inducirá a las partes a violar contratos y de causar daños a la otra.

Es necesario que los árbitros aseguren que la indemnización concedida con el laudo arbitral sea garantizada plenamente. Ello con el único propósito de que no sea más rentable incumplir un

contrato que honrarlo; la imposición de consecuencias sobre la parte incumplidora debe ser ejemplar.

Por ello, la condena de costos se convierte en la mejor medida para el recupero razonable de los gastos de financiación incurridos, sin afectar otros conceptos del laudo arbitral.

Sobre el particular, “el fundamento de la distribución de costos a una parte vencedora es que dicha parte no debe quedarse sin recursos al buscar la atribución o reivindicación de sus derechos legales” (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

La mejor alternativa es que, los árbitros incluyan en sus análisis directrices adecuadas que le permitan encaminar correctamente su decisión y no desproteger a la parte vencedora. Procurando, de ese modo, una reparación integral que incluya una distribución de costos arbitrales razonable, debiendo ser el último recurso que la parte vencedora termine por asumir los gastos de financiación con recursos provenientes del propio laudo arbitral, asunción que, en una eventualidad, deberá ser razonable (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

El meollo del asunto recae en los insumos de los que disponen los árbitros para hacer efectiva una recuperación razonable de los gastos de financiación, con el objeto de que una parte no sea favorecida indebidamente y la otra empobrecida injustificadamente. Dicho criterio fue resaltado en la decisión *Harold vs. Smith* del año 1860 (Harold v. Smith, 1860, pág. 385):

Los costos entre parte y parte están otorgados por la ley como una indemnización a la persona que tiene derecho a ellos; no se les impone como un castigo a la parte que los paga, ni se les da como una bonificación a la parte que los recibe.

La experiencia arbitral durante años, en relación a los costos arbitrales ha seguido, en la gran mayoría de casos, la regla “*costs follow the event*” (“los costos siguen al evento”), situación que implica una evaluación específica del caso puesto a conocimiento del árbitro (Bühler, 2004, pág. 250).

En consecuencia, es propicio identificar las principales contingencias u obstáculos que pueden presentarse para que un Tribunal Arbitral en materia de arbitraje comercial internacional, pueda efectuar una condena sobre costos arbitrales incluyendo los gastos de financiación respectivos.

Ante ello, adquieren mayor relevancia temas vinculados a la revelación de: (i) la existencia de un financista en el arbitraje y (ii) ciertos términos del contrato de financiación. Todo lo anterior revisado a la luz del impacto que genera en el reconocimiento de los gastos de financiación como costos arbitrales, con el ánimo de una construcción práctica y no teórica, de las directrices que orienten la decisión de los árbitros al respecto.

Así, en relación con la revelación de la existencia del financista, es claro que, la proactividad de su revelación no solo contribuye a la transparencia del arbitraje, sino que, preparara de forma idónea el escenario para un potencial *recovery* de los gastos de financiación.

Efectivamente, si la parte financiada es transparente e informa que un FEIL le suministra de fondos para poder llevar adelante el arbitraje, incide de forma positiva en la evaluación que efectuarán los árbitros (Club Español del Arbitraje, 2019, pág. 50), quienes podrán tener en consideración dicha conducta para el análisis de asignación de costos arbitrales.

Por otro lado, en relación con la revelación de ciertos términos del contrato de financiación (como la descripción de este) y su detalle económico, esta situación vuelve más problemática la discusión e inclina la balanza a la postura negativa, aquella que rechaza la revelación de dicha información en el arbitraje.

Esta postura se sustenta en un escenario en donde la revelación de los términos de dicho contrato sea usada como una justificación para una potencial solicitud de una caución de costos (“*security for costs*”) de la contraparte, con la finalidad de asegurar la cobertura de los costos arbitrales, en un supuesto que la demanda promovida por la parte financiada no sea amparada. Así, dicha revelación solo debería presentarse en situaciones excepcionales (Waincymer, 2012, pág. 642).

Dicha posición es parcialmente correcta debido a que, si analizamos el asunto bajo parámetros de transparencia, vinculándola únicamente al deber de revelación de los árbitros (ante un potencial vínculo con el financista) claramente bastaría con que se revele la identidad del tercero financiador para resolver cualquier duda justificada.

Asimismo, en el arbitraje comercial internacional es claro que los Fondos de Inversión no rechazan la posibilidad de suministrar de recursos a su cliente para que proceda al aseguramiento de una caución de costos en favor de la contraparte. Esta práctica es recogida, por citar un ejemplo, en el Código de Conducta de la Asociación de Fondos en Litigios (Association of Litigation Funders, 2018, pág. 4).

No obstante, estimamos que contrariamente a lo sugerido por cierta población doctrinaria, la revelación del contrato de financiamiento a los árbitros (incluyendo sus términos económicos) sería muy beneficioso para aquellos supuestos en los que la parte financiada busca el reconocimiento de los gastos de financiación a los que tuvo que incurrir para promover el arbitraje.

Esto significa que, si la parte financiada, previo acuerdo con su financista, solicita como pretensión de su demanda (o reconvención, según sea el caso) el *recovery* de los gastos de financiación, debería transparentar a los árbitros toda la información vinculada al contrato de financiamiento que tiene con el FEIL, para que, de esa manera los árbitros puedan evaluar adecuadamente las circunstancias del caso y decidir sobre la asunción de los costos arbitrales.

En ese orden de ideas, el Informe elaborado por la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce) titulado “*Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*” (2019, pág. 15) establece lo siguiente:

76. El tribunal puede conceder los costos considerados razonables en que incurra, pague o abone la parte que los reclama. Por lo tanto, el tribunal debe asegurarse, a través de una verificación adecuada, de la realidad de esos costos.

77. Los tribunales pueden preferir evitar escritos largos y argumentos en los que las partes proporcionen un desglose detallado de los costos, pero, como mínimo buscarán pruebas suficientes de que realmente se haya incurrido en el monto de los costos reclamado.

Para el reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral se deberá considerar lo dispuesto por las partes en el convenio arbitral, la legislación nacional aplicable⁴ y la reglamentación arbitral específica aplicable al caso (Bühler, 2018).

V. DIRECTRICES PARA EL RECONOCIMIENTO DE GASTOS DE FINANCIACIÓN EN EL LAUDO ARBITRAL

El presente artículo busca suplir una deficiencia notada por los practicantes y árbitros, al no existir regulación específica y criterios que uniformicen el sentido de las decisiones que pueden ser adoptadas por los tribunales arbitrales que atiendan arbitrajes en donde participan financistas (Gonzales Alcántara, Gonzales Sicilia, & García - Barragán Lopez, 2016, pág. 3).

Adicionalmente, “un tribunal solo necesita asegurarse de que se incurrió en un costo específico para proseguir con el arbitraje, se pagó o es pagadero y es razonable, es factible que en ciertas circunstancias el costo del capital (...) pueda ser recuperable” (Cámara de Comercio Internacional, 2019, pág. 19).

Por lo que, restaría que los árbitros puedan contar con ciertas directrices que guíen su labor decisoria, para lograr, bajo un análisis del caso a caso, el reconocimiento razonable de los gastos de financiación en los costos arbitrales, sin que se produzca un perjuicio en dicha parte, pero tampoco un castigo desproporcional en la parte vencida (Cámara de Comercio Internacional, 2019, pág. 19).

⁴ Algunas legislaciones de habla hispana toleran dentro de la concepción de costos arbitrales (o costas) a los gastos de financiación, entendidos como todos aquellos gastos incurridos para la defensa de la parte en el arbitraje. Países como México (artículo 1455 ° del Código de Comercio), Perú (artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071) o Uruguay (artículo 2° de la Ley N° 19636), son algunos de ellos.

A continuación, se propone una guía para estos fines que considera una pauta semáforo (por colores)⁵, a través del cual los árbitros podrán tener un verdadero criterio en su labor decisoria. Este se aplica en tres ejes para una correcta toma de decisión.

La opción verde incluye supuestos, no exhaustivos, que denotan un comportamiento procesal adecuado de la parte financiada y uno inadecuado de la parte contraria. Presupone una razonable colaboración con los árbitros al proporcionar información vinculada al financiamiento recibido, encontrando una legislación o reglamentación que permita la inclusión de los gastos de financiación como costos arbitrales, bajo el parámetro de gastos vinculados a la defensa del arbitraje. De esta manera el árbitro podrá evaluar objetivamente el reconocimiento de los gastos de financiación, para cuyos efectos, deberá precisar las proporciones reconocidas en la condena de costos del laudo arbitral.

La opción naranja incluye supuestos, no exhaustivos, en los que los árbitros apreciando ciertas conductas y situaciones, podrán reconocer gastos de financiación vinculados únicamente a los costos arbitrales (honorarios legales, honorarios de los árbitros, peritos, etc.) más no los relativos a la compensación del financista.

La opción roja incluye supuestos, no exhaustivos, donde los árbitros apreciando ciertas conductas y situaciones, deberían optar por denegar la pretensión(es) vinculada(s) al reconocimiento de gastos de financiación como costos arbitrales, por (i) llevarse a cabo el arbitraje en una jurisdicción cuya legislación no admite equiparar gastos de financiación a los costos arbitrales, (ii) haber promovido acciones sin base alguna y/o (iii) no haber transparentado información vinculada al financista, que contribuya a la función del árbitro.

1. Opción Verde:

El árbitro puede condenar a la parte vencida en el arbitraje a la asunción de los gastos de financiación (costos arbitrales + compensación del financista) incurridos por la parte financiada. La proporción de dicha asunción siempre seguirá un criterio de razonabilidad.

- Criterios no copulativos:

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, admite legalmente equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada tuvo méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según sea el caso), esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad o la gran mayoría de las pretensiones formuladas deben haber sido declaradas fundadas y/o procedentes.
- c) La parte no financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.

⁵ Guía inspirada en las Directrices de la International Bar Association (IBA) para Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional.

- d) La parte financiada prueba en el arbitraje que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada revela a los árbitros y a la contraparte que es financiada por un tercero financista, así como la identidad del mismo, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada revela a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados con el tercero financista, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- g) La parte financiada solicita como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

2. **Opción Naranja:**

El árbitro puede condenar a la parte vencida en el arbitraje a la asunción de los gastos de financiación (únicamente costos arbitrales) incurridos por la parte financiada, la proporción de dicha asunción seguirá un criterio de razonabilidad.

- **Criterios no copulativos:**

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, admite legalmente equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada tuvo méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según corresponda), esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad o la gran mayoría de pretensiones deben haber sido declaradas fundadas y/o procedentes.
- c) La parte no financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.
- d) La parte financiada prueba que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada revela a los árbitros y a la contraparte que es financiada por un tercero financista, así como la identidad del mismo, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada no revela a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados con el tercero financista, en ninguna etapa del arbitraje.
- g) La parte financiada solicita como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

3. **Opción Roja:**

El árbitro no debería condenar a la parte vencida a la asunción de costos de financiación del arbitraje.

- **Criterios no copulativos:**

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, no admite equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada carecía de méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según corresponda); esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad y/o gran mayoría de pretensiones deben haber sido declaradas infundadas o improcedentes.
- c) La parte financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.
- d) La parte financiada no prueba que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada no revela (o se niega a revelar) a los árbitros y a la contraparte que está recibiendo financiamiento de un tercero financista, así como también la identidad del mismo, hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada no revela (o se niega a revelar) a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados por las partes, hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- g) La parte financiada no solicita (o lo hace de forma imprecisa o sin claridad) como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

VI. CONCLUSIONES

Como ha podido verse de la revisión del presente trabajo, la recuperación de los costos de financiación proveídos por un financista en el laudo arbitral, es absolutamente válido, pudiendo adoptar la forma de condena de costos arbitrales.

El no reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral, generaría que la parte que buscó financiamiento externo para promover acciones legales contra su par incumplidor, tenga que asumir los costos arbitrales y la compensación del financista, debiendo de suplir dicho pago del monto que recibe del laudo arbitral, produciéndose un claro perjuicio en la parte financiada.

Por último, el principal problema para la puesta en práctica de esta alternativa era la falta de regulación y de uniformidad de criterios, lo que generaba confusión e incertidumbre en los árbitros y practicantes. A través de las directrices propuestas en la presente investigación es posible efectuar un análisis de razonabilidad adecuado que permita distribuir de forma idónea los costos arbitrales.

Bibliografía

Doctrina

Alonso Cánovas, C. (2016). Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes. *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, 9-22.

Association of Litigation Funders. (enero de 2018). *Association of Litigation Funders*. Obtenido de <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

Bühler, M. (2004). Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview. *22 ASA Bulletin (2/2004)*, 250.

Bühler, M. (27 de noviembre de 2018). Costs. Obtenido de <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177437/costs#footnote-083>

Cámara de Comercio Internacional . (2019). *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional* . París: Cámara de Comercio Internacional.

Chen, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Arbitral Tribunals* . Cambridge: Cambridge University Press .

CLYDE & CO. (2019). *El Financiamiento del Arbitraje Internacional: Una Guía Práctica*. Londres: CLYDE & CO.

Darwazeh, N., & Leleu, A. (2016). Disclosure and security of costs, or how to address imbalances created by third-party funding. *Journal of International Arbitration - Vol. 33 N° 2*, 125 y ss. .

Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). Injustice: How Law Firms, Arbitration and Financiers are fuelling an Investment Arbitration Boom. *Corporate Europe Observatory & Transnational Institute*, 56-63. Recuperado el 17 de abril de 2020, de <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>

Fernández Masiá, E. (2016). La financiación por terceros en el arbitraje internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional, Volumen 8, N° 2*, 205.

Gonzales Alcántara, R., Gonzales Sicilia, A. O., & García - Barragán Lopez, D. (2016). *Notas de la Sesión del Young Arbitrators Forum* . Paris: International Chamber of Commerce.

International Chamber of Commerce. (2015). *Guide pratique sur le financement des arbitrages par des tiers financeurs*. Paris.

International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London . (2018). *Report of the ICCA - Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (ICCA Report No. 4)*. Londres: International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London .

Mankiw, N. G. (2012). *Principios de Economía*. Cengage Learning .

Mereminskaya, E. (2017). Financiamiento de Litigios a través de Terceros y su Aterrizaje en Chile. *Informativo On Line, Boletín N° (enero 2017)*, 1.

Torres, N. (s.f.). *Should arbitration financing costs be granted to a party in an arbitration*. Lima. Obtenido de <https://www.lex-finance.com/news/pdf/LEXLETTER-%20opinion%20CEO%20-%20ENG.pdf>

Van Den Berg, A. (2000). *Yearbook Commercial Arbitration 200 - Volumen XXV*. Kluwer Law International .

Vannin Capital. (s.f.). Recuperado el 17 de abril de 2020, de <https://www.vannin.com/downloads/international-arbitration-brochure.pdf>

Waincymer, J. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International.

Normativa

Club Español del Arbitraje. (2019). Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. *Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje*. España: Club Español del Arbitraje.

Jurisprudencia

Essar Oilfields Services Ltd. v Norscot Management Pvt. Ltd., EWHC2361 (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, ICC Case N° 15790 15 de setiembre de 2016).

Harold v. Smith, 5H. y N. 281 (1860).

Sapphire International v. National Iranian Oil Company (Pierre Cavin 15 de marzo de 1963).

Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente

Alfonso Crespo Molina¹

Leidy Johana Garzón²

Resumen:

El análisis y la cuantificación de daños y perjuicios son esenciales en el desarrollo y solución de las disputas. Hoy en día, las controversias mercantiles surgen por un sinnúmero de motivos y suelen tener altos costos económicos, un impacto profundo en las operaciones de las empresas e incluso, afectar la imagen de los negocios. A lo anterior, se suma que las relaciones y transacciones son cada vez más grandes y complejas. Para la decisión final del juzgador son fundamentales los resultados de los cálculos de los peritos, sus informes y sus testimonios.

No es un secreto que estos cálculos podrían estar viciados por el uso incorrecto de tasas, evidencias insuficientes o inadecuadas, uso incorrecto de los datos, la selección equivocada del método de cálculo o la inclusión de sesgos transferidos al experto por las expectativas de los tribunales y de las partes. Lo que brinda importancia a un concepto que resulta ser decisivo, aunque no sea muy usado, que es **la certeza razonable**.

Palabras clave:

Certeza razonable; lucro cesante, daño emergente, perito financiero.

Summary:

The analysis and quantification of damages are essential in the development and resolution of disputes. Nowadays, commercial disputes arise for several reasons and these tend to have high economic costs, a profound impact on company's operations and even damage the image of businesses. To the above, it is added that relationships and transactions are becoming larger and more complex. For the final decision of the judge, the results of the calculations of the experts, their reports and their testimonies are fundamental.

It is not a secret that these calculations could be flawed by the incorrect use of rates, insufficient or inadequate evidence, incorrect use of the data, the wrong selection of the calculation method or

¹ Alfonso Crespo Molina, Socio de Forensic & Integrity Services en Centroamérica, Panamá y República Dominicana con experiencia como perito forense realizando cálculos de daños y lucro cesante, contador público titulado de la Universidad Nacional Autónoma de México, ubicado actualmente en Costa Rica

² Leidy Johana Garzón Rincón, Gerente de Forensic & Integrity Services en Centroamérica, Panamá y República Dominicana con experiencia como perito forense realizando cálculos de daños y lucro cesante, contadora pública titulada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, ubicada actualmente en Costa Rica.

the inclusion of biases transferred to the expert by the expectations of the courts and of the parts. Which gives importance to a concept that turns out to be decisive, even if it is not widely used, which is **reasonable certainty**.

Key words:

Reasonable certainty; Loss of profits, consequential damages, financial expert.

I. Introducción

La certeza razonable es sin duda un término que usamos mucho cuando nos referimos al análisis de cifras contables, financieras y económicas dentro de una compañía, un juzgado o centro arbitral. En los procesos arbitrales, los cálculos de daños son considerados "razonablemente ciertos"; es decir, no necesitan probar que son ciertos ya que se basan en hechos estimados de lo que pudiera haber ocurrido u ocurrirá si el demandado no hubiera cometido ciertos hechos. Para obtener la certeza razonable, los peritos utilizan metodologías sólidas, evidencia suficiente y competente y se basan principalmente en hechos. Es por ello que los peritos se esfuerzan por presentar datos fácticos o hechos que proporcionen una base para compilación de lucro cesante probable y utilizan ciertas "reglas" que se citan con frecuencia en sus reportes para garantizar que los litigios no reciban daños especulativos y que las premisas fácticas razonables que son verdaderas hoy, sean predicablemente válidas en el futuro.

II. Desarrollo

Durante años, los tribunales han establecido ciertos criterios que son tenidos en cuenta a la hora de determinar la certeza razonable de un informe y calificar el trabajo del experto, entre los cuales están: la confianza en que la estimación es precisa, si la parte demandante sufrió daños que sean fácilmente atribuibles, si existe claramente un grado de culpabilidad atribuible a una de las partes, la calidad de las pruebas que son presentadas ante el tribunal, el monto que está siendo cuestionado y la posible existencia de métodos alternativos para compensar la parte que sufrió daños.

Los criterios enunciados anteriormente parecen sencillos de alcanzar y casi evidentes a la hora de resolver una disputa, pero en sí mismos contienen un sin número de preguntas que deben ser resueltas por el perito a fin de soportar la razonabilidad de las cifras, los beneficios y reclamos que están siendo revisados a los ojos del tribunal.

Resolver los siguientes cuestionamientos le permiten al perito demostrar su independencia y objetividad, cualidades que son fundamentales en su ejercicio profesional, pues le brindan mayor credibilidad ante el tribunal arbitral: considerar las condiciones económicas imperantes en el país y la compañía; la existencia de posibles problemas de calidad del producto o servicio no relacionados con la supuesta conducta del acusado; cambios tecnológicos que pudieron acarrear pérdida de propiedad intelectual; cambios en el mercado, como el desarrollo o la adquisición de

propiedad intelectual por parte de un competidor; la existencia del daño reputacional; la pérdida de personal clave y la existencia de problemas ambientales como huracanes, terremotos, heladas y similares, entre otros.

Analizar los anteriores aspectos solo es posible si el perito revisa a profundidad los argumentos presentados por las dos partes, si recopila la información financiera de un período prolongado, donde sea posible verificar la situación financiera antes y después de sufrir los daños por interrupción del negocio; también será de utilidad hacer una revisión rigurosa de los datos en busca de anomalías y aberraciones excluidas o costos que hayan sido reconocidos como fijos, cuando son de naturaleza variable. Sin olvidar la revisión de las proyecciones que la empresa había preparado antes de sufrir los daños. Este tipo de análisis y verificaciones le brindan tanto a los cálculos, al reporte, como al testimonio del perito, criterios válidos para llegar a esa certeza razonable.

El lucro cesante

ESPINOZA (2011, p. 247), define de la siguiente manera el daño emergente y el lucro cesante:

En términos generales, corresponde señalar que no existe controversia en admitir que la categoría de daño patrimonial está integrada por el daño emergente y el lucro cesante. El primero está constituido por la disminución patrimonial efectivamente sufrida por el perjudicado a consecuencia del hecho dañoso, en tanto que se concibe como lucro cesante a aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino; o, en otros términos, se corresponde con “el no incremento en el patrimonio del dañado.

Otros textos también hacen referencia al lucro cesante refiriéndose al perjuicio causado por el tercero sobre las ganancias futuras, lo que exige por parte de los peritos la comprobación de un nexo causa-efecto entre la causa y el beneficio dejado de percibir. Algunas veces es difícil distinguir si el perjuicio es lucro cesante o daño emergente ya que muchos perjuicios se determinan en el presente y parte en el futuro, sea dinero, ganancia, o renta que el agente afectado deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que le ha causado un tercero.

Según MEDINA (pp. 15-16), la diferencia entre el daño emergente y lucro cesante es:

Diferenciados los conceptos de daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*), podemos concluir que el primero constituye un empobrecimiento patrimonial, mientras que el segundo constituye una falta de enriquecimiento o falta de crecimiento patrimonial; en el primero, la pérdida o detrimento consiste en algo que sale del patrimonio, mientras que en el segundo consiste en algo que deja de entrar en él; en un caso, hay riqueza perdida, algo que se va y, en el otro, riqueza no conseguida, algo que no llega; en un caso, hay la disminución de una utilidad integrada previamente en el

patrimonio del sujeto perjudicado y, en el otro, privación de una utilidad no poseída, pero que se habría poseído y formado parte de su activo patrimonial.

La realización de cálculos es cada vez más compleja; por ejemplo, para establecer los montos a reclamar por concepto de lucro cesante, el perito puede basar su opinión en el desempeño histórico de la empresa, el cual a su vez puede ser confrontado con empresas similares en términos de tamaño, localidad, ventas, productos, número de empleados y otros factores financieros relevantes. Lo que se vuelve un reto adicional para el perito ya que los factores deben ser fácilmente comparables y no deberá existir ninguna manipulación de los factores como base para la comparación, ni la posibilidad de invitar al jurado a decidir si las corporaciones realizadas son similares, como ha ocurrido en otros casos donde los peritos olvidan los criterios anteriores y comparan compañías sin evaluar a profundidad sus contextos.

Tal como se mencionó anteriormente, la comparación con empresas similares es una práctica muy utilizada por los peritos para el cálculo del lucro cesante.

Los retos que tiene el perito a la hora de determinar si está realizando sus cálculos correctamente no están determinados solo por el reconocimiento entre lucro cesante y daño emergente. También están compuestos por la selección del método de valoración aplicable y el discernimiento de las variables que son incluidas dentro del método elegido, ya que no hay un método único para calcular el “Quatum” del lucro cesante. Aunque muchos profesionales usan frecuentemente el Flujo de Caja Descontado (FCD).

Debido a que el Flujo de Caja Descontado refleja los fondos dejados de ganar por las operaciones del proyecto para todos los proveedores de capital, refiriéndose como proveedores de capital a los accionistas, prestamistas, entre otros. Esta proyección de flujos de fondos futuros no incorpora ningún flujo de fondo relacionado con aspectos financieros como intereses, impuestos y dividendos, etc. Por lo que muestra las utilidades de la operación. Sin embargo, tal como muestra la Tabla 1. Existen otros métodos que podrían ser usados:

Basados en Contabilidad		Basados en Rentabilidad Futura	Basados en Comparación de Mercado
Balance General	Múltiplos		
<ul style="list-style-type: none"> • Valor en libros. • Valor en libros ajustado. • Valor de liquidación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Basados en resultados. • Basados en ingresos. • Basados en activos. • Específicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Valor de la acción de mercado. • Flujos de caja descontados. 	<ul style="list-style-type: none"> • El daño debe ser exacto e igual para poder comparar

TABLA 1 - Fuente: Alfonso Crespo y Leidy Garzón, Elaboración propia

Teniendo en cuenta lo anterior, la selección y correcto cálculo del lucro cesante, es una decisión que dependerá en muchos casos del tipo de negocio, los modelos establecidos en los contratos o las disposiciones contractuales, el reconocimiento y separación de operaciones realizadas entre empresas del grupo o asociadas, la discriminación del margen de operación del proyecto y el margen de operación de otros proyectos similares, las inversiones realizadas en bienes de capital que generan beneficios o “CAPEX” de mantenimiento y crecimiento. Así como la normalización del “EBITDA” o la utilidad del negocio sin tener en cuenta los gastos de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones.

El daño emergente

Como mencionamos anteriormente, el daño emergente es el perjuicio ocasionado directamente en una persona o sus bienes por una actuación dolosa, culposa, imprudente o negligente de otra. Es el daño efectivamente producido, por la pérdida material ocasionada, es decir, en el momento en que se conoce la causa o desde que se conoce la causa, por lo que el perjuicio puede localizarse en el mismo acto o en el pasado. De esta forma los elementos del daño emergente son aquellos que, por su naturaleza y carácter extraordinario a la actividad ordinaria en la ejecución de un proyecto: suponen un sobrecosto o un costo adicional que no hubiera tenido lugar de no haberse producido el hecho, situación, evento u objeto de la controversia.

A continuación, enunciaremos dos elementos que resultan útiles en el proceso de identificación de los elementos incorporables al cálculo del daño emergente, como son: (i) el desarrollo de una serie de procedimientos de análisis y verificación sobre los registros contables y demás auxiliares de gestión; y, (ii) la definición de los criterios de valoración económica que, en función de la naturaleza y fundamento del sobrecosto o costo adicional en cuestión, hayan de ser aplicados en cada caso.

Además, para el cálculo del daño emergente el perito debe considerar tres factores que resultan fundamentales, (i) los impactos económicos sufridos, (ii) las situaciones que pudieran haberse presentado de carácter extraordinario y (iii) los resultados de causalidad económica que están directamente relacionados, como lo expone la Tabla 2 a continuación:

Impacto económico	Carácter extraordinario	Resultado de causalidad económica directa
<ul style="list-style-type: none"> • La importancia de la contabilidad • Estados Financieros auditados / Dictaminación de los EEFF por firmas de reconocido prestigio. • Contabilidad de costos / Método de imputación / Información de gestión. • Información no financiera. 	<ul style="list-style-type: none"> • Entendimiento de los contratos existentes y sus cláusulas financieras. • Necesidades de nueva estructura del proyecto. • Afectación de “Working Capital”. • Reestructuración de deuda. • Penalidad de las autoridades. • Efecto económico de baja de la eficiencia operativa. • Gastos de terceros: Ingenieros, Abogados, Peritos, Consultores, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> • ECA (“Early Case Assesments”): Aspectos meramente jurídicos Vs. uso de expertos (Técnicos, Forenses). • Partir del todo, para llegar al “punto” / “hecho” / “situación” objeto de la controversia.

TABLA 2 - Fuente: Alfonso Crespo y Leidy Garzón, Elaboración propia

III. Conclusiones

En los procesos de arbitraje el trabajo del perito toma gran relevancia, siendo determinante la calidad, integridad, objetividad y discernimiento presentes tanto en la conversación con las partes, la lectura de la demanda y demás documentos que soportan la disputa, así como en la elección de los métodos y variables que son incluidos para determinar cada uno de los cálculos, siendo cada vez más complicado determinar esa certeza razonable que no solo esperan las partes, sino el tribunal, y en si la sociedad.

Por lo que presentar y argumentar dentro de los reportes y en los procesos arbitrales, el origen de los datos, los criterios usados y las proyecciones realizadas para calcular el daño emergente y lucro cesante es cada vez más importante, pues la claridad de los mismos permite a las partes tener mayor tranquilidad frente a los resultados presentados y al tribunal mayor objetividad a la hora de tomar decisiones.

Además de permitirle a los abogados establecer estrategias claras y contundentes que estén apoyadas con los cálculos realizados, convirtiendo a los peritos no solo en los realizadores de cálculos, sino en unos aliados estratégicos en el análisis, la argumentación y explicación de las cifras presentadas.

Lo cual es cada vez más común en las disputas Centroamericanas y en el contexto internacional, donde los abogados y los peritos trabajan en conjunto en el entendimiento, determinación y argumentación de cifras, así como los tribunales son cada vez más exigentes en la verificación del origen de las cifras, la claridad de los cálculos y métodos seleccionados y la presentación de los datos determinados con el objetivo de asegurar que las decisiones tomadas son justas.

Bibliografía

Medina Crespo, Mariano, *El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte*, en Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Recuperado de <https://bit.ly/2X6EnDD>.

Espinoza Espinoza, Juan, (2011), *Derecho de la responsabilidad civil*, 6.^a ed., Lima: Rodhas, p. 247.

Juan Carlos García Huayama, (2019), *Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante*.

ICC, Amcham, cámara de comercio de CR (reportes y estadísticas), Centros de arbitrajes Panamá.

AICPA, (2015) *Forensic & Valuation Services Practice Aid, Attaining Reasonable Certainty In Economic Damages Calculations*.

¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato

Marco Andrei Torres Maldonado¹
Paulo César Castañeda Montalván²

«(...) el grado de desarrollo de un pueblo es directamente proporcional al nivel alcanzado en sus mecanismos de prevención y solución de conflictos. La razón es sencilla: así como la posibilidad del conflicto es inmanente a toda forma de convivencia social, buenos mecanismos para resolverlo son esenciales para afianzar la paz social, en justicia». (Revoredo, 2012, p. xiv).

Resumen:

En los temas que frecuentemente se discuten en el campo arbitral, están los relativos a la validez y eficacia del convenio arbitral. Dentro de ellos, existen supuestos que, a nuestra consideración, es necesario analizar a mayor profundidad. Uno de ellos, es la posibilidad de que se formalice un convenio arbitral, mediante el intercambio de borradores de contrato en los que no se modifique el contenido de la cláusula arbitral. En este artículo, abordaremos este supuesto.

Palabras clave:

Convenio arbitral, validez, arbitraje, borrador de contrato, separabilidad, cláusula arbitral, ley de arbitraje peruana.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Curso de especialización en Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca. Estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid y Pontificia Universidad Javeriana. Profesor adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil de la Universidad de Lima. Asociado en el Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Lima, Perú.

² Estudiante del IX ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Premio Eric E. Bergsten al segundo mejor orador individual en el Moot Madrid 2020, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid. Practicante Preprofesional en el Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Lima, Perú.

Summary:

In the subjects that are frequently discussed in the arbitration field, there are those related to the validity and existence of the arbitration agreement. Within them, there are topics that, in our opinion, it's necessary to analyze in greater depth. One of them, is the possibility of celebrating an arbitration agreement through the exchange of draft contracts in which the content of the arbitration clause was not modified. In this article, we will address this topic.

Key Words:

Arbitration Agreement, validity, arbitration, draft contracts, separability, arbitral clause, peruvian arbitration law.

1. Introducción

La génesis del arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias, radica en el convenio arbitral. Dentro de las diversas discusiones que se han generado en torno al arbitraje, tal vez una de las que viene de más larga data –y, dicho sea de paso, ha generado más apasionado debate– es la relativa a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Dicho desarrollo académico y jurisprudencial, que trasciende décadas, nos ha llevado de una visión rigurosa y formal del convenio arbitral, a un enfoque mucho más amplio, que ha sido recogido por el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la «Ley de Arbitraje»). En el Perú, debe tenerse en consideración que el numeral 13.2 de la Ley de Arbitraje dispone que «*el convenio arbitral deberá constar por escrito*».

Así, en relación a la forma del convenio arbitral, ha existido un cambio del modelo hermenéutico que se inició con una lectura literal del requisito «por escrito» del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, la «Convención de Nueva York»), a un enfoque tan amigable, como lo es el previsto en el artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, «CNUDMI»), con las enmiendas de 2006.

Debido a ello, la validez y eficacia del convenio arbitral ha pasado de analizarse bajo una lupa de ritualismos, hasta llegar a buscarse de una manera totalmente libre en función a la voluntad de las partes, siempre que exista constancia de que el mismo pueda ser consultado de manera posterior.

Lo anterior, ha generado que, inclusive, algunas regulaciones comparadas, como el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana³, recojan de manera positiva que, en caso de cualquier duda sobre la existencia de un convenio arbitral, el juez debe derivar la controversia a arbitraje, para que, en cualquier caso, sea dicho colegiado el que decida sobre su competencia o no. La materialización de un principio «*in dubio pro arbitri*».

En atención a ello, existen preguntas que hasta hace dos décadas, serían impensables. ¿Podemos celebrar un convenio arbitral del que quede constancia en una grabación de audio o video? ¿Tal vez grabando una reunión en aplicativo «Zoom»? O la que traemos al presente artículo: ¿podría considerarse válido un convenio arbitral contenido en un borrador de un contrato que no se llegó a celebrar, y que sólo fue intercambiado mediante comunicaciones electrónicas?

El análisis de este interesante problema, acarrea elementos de la doctrina arbitral, como lo son el principio de separabilidad, los elementos de validez formal y sustantiva del convenio arbitral, y los enfoques que se le ha dado a esta problemática en la jurisprudencia comparada. Precisamente, en estas breves líneas, trataremos de abordar y aportar a esta discusión.

2. Sobre los requisitos de validez del convenio arbitral:

De manera preliminar, debemos señalar que para analizar la validez -o invalidez- de un convenio arbitral, al igual que en cualquier contrato, debemos verificar si se cumplen con requisitos formales, relativos a su existencia, y sustantivos, relativos al consentimiento de las partes. Ambos, partiendo de que la validez, los efectos y la interpretación de los acuerdos de arbitraje dependen en buena medida de legislación nacional aplicable en materia de arbitraje (Born, 2014).

Para este punto, cobra relevancia la Convención de Nueva York, la misma que, con fecha 25 de mayo de 1988, fue ratificada por el Perú. A la luz del artículo II de la referida Convención, algunas legislaciones han recogido el requisito de «constar por escrito», como una condición de la validez de dichos acuerdos (*ad solemnitatem*), y en otras simplemente a efectos probatorios (*ad probationem*) (Estéves y Muñoz, 2017).

Un ejemplo del primer supuesto, lo tenemos en legislación chilena, sobre la que nos indica Novoa (2011), que:

³ [Artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador]

«El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días».

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del COT, la cláusula compromisoria, es un contrato solemne, es decir, además de exigir los requisitos necesarios para tener validez (voluntad exenta de vicios, objeto y causa lícita, capacidad), debe constar por escrito. Debemos tener presente que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido que este artículo sólo es aplicable a la convención de arbitraje que designa específicamente al árbitro que conocerá el asunto litigioso, interpretación coincidente con lo que expresa textualmente el señalado artículo 234. (p. 156).

En la misma línea, la legislación china establece que se deben cumplir con los requisitos formales que, de manera expresa, determine la institución elegida para someterse a arbitraje, extremo al que se le da tal importancia, que en una sentencia del Tribunal Popular Chino de Wuxi de septiembre de 2004, en el caso XMECZ 154, se anuló un laudo con base en que el convenio no especificó la institución arbitral (Estéves y Muñoz, 2017).

Sin embargo, a partir de las recomendaciones de la CNUDMI en el 2006, la generalidad de las legislaciones nacionales maneja un estándar de prueba en cuanto a la existencia convenio arbitral, preponderando el requisito de validez sustantiva o de consentimiento del referido convenio, con el fin de buscar la «*voluntad inequívoca de sometimiento a arbitraje*» (Gómez, 2017, p. 11).

Es así que, en relación con ambos conceptos (formales y sustantivos), la High Court of Justice, Queens Bench Division del Reino Unido (2012), ha detallado como requisitos de validez en el caso *Arsanovia Ltd. y otros vs. Cruz City*, que: (i) las partes celebrantes del convenio arbitral deben contar con capacidad de goce y ejercicio; (ii) la voluntad de ambas no esté viciada; (iii) el motivo sea lícito; y, (iv) se cumpla con la formalidad requerida.⁴

Precisado lo anterior, veamos si en el caso de un borrador de contrato que ha sido materia de intercambio, se cumple con ambos requisitos de validez del convenio arbitral.

3. Sobre el elemento de existencia del convenio arbitral en un borrador de contrato:

⁴ En la misma línea: González de Cossio (2008), sostiene que: «En su esencia, la modificación transforma un requisito *in validitatis* en un requisito *ad probationem*. La determinación de la existencia de un acuerdo arbitral será el resultado de analizar lo que al respecto establece el cuerpo legal idóneo para realizar dicha determinación: el derecho de las obligaciones que sea aplicable; y no sólo una determinación formalista consistente en verificar si existe un documento firmado. El fin prevalecerá sobre el medio: saber si existe consentimiento. Manejar la exigencia formal como un elemento de convicción (de prueba) en vez de un elemento de existencia o validez del mismo no sólo parece más técnicamente adecuado, sino más acorde con la realidad. Y el efecto se verá de inmediato: se abarcarán prácticas comerciales nacionales e internacionales que de otra manera se verían desplazadas por un requisito legal que no es acorde con las mismas». (p. 148).

3.1. ¿Cómo debe interpretarse la expresión «constar por escrito», a la que se refiere el artículo 13 de la Ley de Arbitraje?

Antes de analizar el caso particular del convenio arbitral contenido en un borrador de contrato, corresponde detenernos un momento en el requisito de «*constar por escrito*», que adelantamos líneas arriba. Dicha estipulación, que ha sido en la Ley de Arbitraje peruana, tiene como referentes, los numerales 1 y 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, que establecen lo siguiente:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Como se puede apreciar, de una lectura preliminar, podríamos entender que se le otorga a la expresión de «*acuerdo por escrito*», un enfoque restrictivo, toda vez que establece, incluso, ejemplos de cómo podría darse tal supuesto. Sin embargo, la propia CNUDMI se ha pronunciado recomendando la interpretación de que el requisito establecido en el artículo II (2) «*se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas*». (2006)

Es así, que se consideran superadas las posturas por las que se requieren el requisito de firma holográfica o virtual, y también por las cuales se necesite una mención específica a la aceptación del convenio arbitral, para que se entienda por cumplido tal requisito formal. Así, a la luz de los nuevos desarrollos de la jurisprudencia internacional, la expresión «*por escrito*» debe tomar un derrotero más flexible y compatible con las actuales circunstancias (García Larriva, 2015, p. 74).

En esa misma línea, señala Born (2014), en relación al artículo II de la Convención de Nueva York, que:

El mismo análisis debe aplicarse cuando el instrumento en cuestión es un contrato que contiene una cláusula de arbitraje (en lugar de un acuerdo de arbitraje independiente). Por lo tanto, si una parte envía a la otra un borrador de contrato sin firmar, que contiene una cláusula de arbitraje, por correo electrónico, fax o entrega en mano, indicando ‘ofrecemos proporcionar los productos en los términos adjuntos’, y la otra parte responde, ‘por favor, que comience el lunes’. (p. 688)

En tal sentido, y adentrándonos al tema que abordamos, la Convención de Nueva York permite que el término por escrito sea cumplido con comunicaciones electrónicas, y desde luego, también, con el proyecto o borrador de contrato adjunto en dichas comunicaciones.

Ahora bien, incluso si se considera que la referida Convención mantiene un término «por escrito», que fuera más restrictivo, primaría la estipulación de la Ley de Arbitraje peruana. Ello, porque el artículo VII de la Convención de Nueva York, permite la aplicación de normas más favorables a las previstas en dicha Convención. (Gómez, 2017, p. 8). Resulta claro que la Ley de Arbitraje establece términos más favorables en el numeral 13.4 de la Ley de Arbitraje, según el cual:

Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.

Sobre el particular, Castillo Freyre y otros (2014, p. 242), señalan que, si bien en el ordenamiento peruano se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, dicha interpretación y aplicación se deberá ampliar también para cualquier forma escrita sobre cualquier soporte y/o medio siempre «*que deje constancia de su contenido en cualquier forma*». Debido a ello, nuestra propia normativa establece la posibilidad que el convenio arbitral pueda perfeccionarse mediante comunicaciones electrónicas y otros medios.

Por lo tanto, en el caso peruano, (i) nos encontramos ante una formalidad *ad probationem*, pues su inobservancia no está sancionada con nulidad; y, (ii) la exigencia de constar por escrito no debe entenderse en el sentido que el consentimiento únicamente sea manuscrito o impreso, sino también a la posibilidad de su consulta indistintamente del soporte en el que se encuentre (físico, digital u otro análogo).

3.2. ¿La existencia de una cláusula arbitral en un borrador de contrato cumple con dicho requisito?

En el marco de lo establecido en el punto anterior, consideramos que, en el caso de un borrador de contrato, sí se cumple con el requisito «por escrito». En ese documento, está el contenido del posible contrato particular (compraventa, fideicomiso, concesión, suministro, etc.), y lo más importante para el análisis de este trabajo: existe constancia del contenido del convenio arbitral, y las particularidades con las que las partes lo hayan celebrado.

De esa manera, se cumple con lo previsto en el numeral 13.3 de la Ley de Arbitraje, cuando establece que «3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*».

En criterio similar, según Schwartz y Derains (2005), en el análisis *prima facie* que hace la Corte de la Cámara de Comercio Internacional de París sobre la existencia de un convenio arbitral, si bien la mera alegación de que existe tal acuerdo no será suficiente, la Corte ha aceptado poner en marcha arbitrajes cuando el único documento relevante se produjo un borrador de contrato donde se alegó que el borrador fue, de hecho, cumplido, aunque nunca se firmó un contrato definitivo.

A nivel jurisprudencial, vemos criterios similares. Ese es el caso de una empresa irlandesa «A» había entablado negociaciones con una empresa finlandesa «B», a efectos de celebrar un contrato comercial (Savola, 2017). Durante las negociaciones, las partes habían intercambiado varios borradores del acuerdo, todos los cuales contenían una cláusula de arbitraje que estipulaba el mismo bajo las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de Finlandia.

Una vez que surgió una disputa entre las partes, A inició un procedimiento de arbitraje contra B. En su respuesta a la solicitud de arbitraje, B alegó que no existía un acuerdo de arbitraje válido y vinculante, pues las partes nunca habían firmado y aceptado el supuesto acuerdo principal en el que se insertó la pretendida cláusula arbitral.

El Instituto de Arbitraje de Finlandia, *prima facie* quedó satisfecho de que podía existir un acuerdo de arbitraje válido y vinculante para las partes, por lo que permitió que se instale el tribunal arbitral. En su oportunidad, el Tribunal Arbitral emitió un laudo parcial y determinó que existía un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable vinculante para las partes, en atención a las siguientes consideraciones:

- (i) Es un principio fundamental que un acuerdo de arbitraje es un acuerdo separado e independiente incluso cuando se incorpora a un contrato. Además, la validez y aplicabilidad de un acuerdo de arbitraje no depende de la validez o aplicabilidad del contrato subyacente que debe ser cubierto por el acuerdo de arbitraje.
- (ii) De la Sección 3 de la Ley de Arbitraje de Finlandia se desprende que puede existir un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable incluso en ausencia de un contrato firmado por ambas partes. Sin embargo, la ley impone el requisito de que un acuerdo de arbitraje debe estar por escrito. De acuerdo con la Sección 3, puede formarse por correspondencia, o por intercambio de telegramas o mensajes de télex, o documentos intercambiados de otra manera correspondiente.
- (iii) A envió el borrador del acuerdo que contiene la cláusula de arbitraje a B para que lo firme, pero B no lo firmó y lo devolvió a A. Sin embargo, B nunca se opuso a la cláusula de arbitraje, y luego actuó de acuerdo con los términos del borrador del acuerdo.

(iv) A la luz de las pruebas presentadas al tribunal arbitral, ambas partes, por correo ordinario y, en cualquier caso, por correo electrónico intercambiaron mensajes expresando su voluntad de acordar un acuerdo de arbitraje de idéntica redacción.

(vii) Con base en esta evidencia documental, y aplicando la Sección 3 de la Ley, se ha formalizado un acuerdo de arbitraje válido y exigible entre las partes (Savola, 2017).

Como vemos, independientemente del modo de consentimiento que se da al contrato en este caso (que pareciera más bien ser un supuesto de aceptación con actos de la oferta), lo que queda establecido es que el requisito de existencia del convenio arbitral, se cumple en un borrador de contrato intercambiado.

Dicho documento, aunque no demuestre en sí mismo la aceptación de todos los términos, en definitiva, cumple con el término «por escrito». Ahora bien, ¿por sí solo, esto significa que el convenio arbitral contenido en cualquier borrador de contrato es válido? De ninguna manera. Para ello debemos verificar si se cumple el requisito sustantivo de consentimiento. Veamos.

4. Sobre elemento sustantivo de consentimiento del convenio arbitral en el borrador de contrato:

4.1. ¿Existe una limitación prevista en el artículo 1359 del Código Civil?

Antes de analizar este supuesto, debemos abordar un asunto que podría considerarse como un obstáculo para una potencial formación del convenio arbitral, independiente del contrato que la contiene. Esto en cuanto, de acuerdo al precedente vinculante contenido en la Casación N° 4030-2016, un contrato cuya totalidad de términos no se encuentren consensuados, no se considera celebrado:

Una hoja no aparece suscrita por la demandada, que es precisamente la que establece el precio. Siendo que están ante un contrato de compraventa, y que de acuerdo al artículo 1559 del Código, se requiere que se establezca el precio, la Corte evidencia que la firma de la vendedora solo aparece en la segunda hoja de la minuta, sin que conste que haya consentido la primera hoja. Por tanto, no hay consentimiento sobre todas las estipulaciones del contrato, especiales de la compraventa; por tanto, el contrato no existió, según el artículo 1359 del Código Civil.

En efecto, el artículo 1359 del Código Civil, establece que «*no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria*». Si estuviéramos ante una lectura rápida de tal disposición, tendríamos que la cláusula arbitral, en tanto parte del contrato, tampoco estaría vigente, y, en consecuencia, no sería vinculante.

Sin embargo, aun cuando ello resulta de aplicación a la teoría general de los contratos, para el particular caso de la cláusula arbitral, cobra relevancia el principio de separabilidad de la misma, que reconoce nuestra Ley de Arbitraje. Veamos.

4.2. ¿Cuál es la relevancia del principio de separabilidad en la problemática planteada? Tesis a favor y en contra

En principio, la separabilidad del convenio arbitral nace como una respuesta a los intentos de dilatar el proceso arbitral, por los cuales las partes solicitaban, ante el fuero judicial, la nulidad del convenio. En ese sentido, en el caso *Gosset v. Carepelli* de 1963, en Francia, la Corte señaló que:

En el arbitraje internacional, el acuerdo de arbitraje, sea que se encuentre en un documento independiente o se encuentre incluido en un contrato, deberá, salvo en circunstancias excepcionales (...), tener completa autonomía legal y no se verá afectado por el hecho de que el mencionado contrato pueda no ser válido.

Pues bien, la validez de un convenio arbitral también puede ser entendida a partir del principio de separabilidad del convenio arbitral el cual constituye uno de los principios más importantes que guían el Arbitraje, en palabras de Rubio (2010):

La separabilidad del convenio arbitral, por su parte, asume que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. (p. 101)

En virtud de lo anterior, tenemos que el convenio redactado en un borrador de contrato surte efectos independientemente de la validez del contrato que lo contiene, toda vez que la autonomía del convenio arbitral, por el principio de separabilidad, no depende del contrato que lo contiene.

Es así que, en el contexto de las tratativas, si bien las partes no llegan a concluir un contrato, la cláusula de arbitraje contenida en el borrador del contrato puede, no obstante, ello, ser válida y vinculante (eficaz) como consecuencia del principio de separabilidad. (Patocchi, 2020)

Sin perjuicio de lo antes mencionado, existen determinadas posturas que tienen una mirada limitativa de la figura de la separabilidad. Derains (1995), por ejemplo, señala que «*La autonomía de la cláusula de arbitraje y del contrato principal no significa que sean totalmente independientes entre sí, como lo demuestra el hecho de que la aceptación del contrato implica la aceptación de la cláusula, sin ninguna otra formalidad*». (pp. 16 y 17). Este concepto ha sido sostenido también en los tribunales ingleses. Por ejemplo, Lord Moore-

Bick LJ, de la Corte Suprema Inglesa (2012), señaló en el emblemático caso *Sulamerica*, que:

Sin embargo, el concepto de separabilidad en sí mismo simplemente refleja la supuesta intención de las partes de que el procedimiento acordado para resolver controversias siga siendo efectivo en circunstancias que harían ineficaz el contrato sustantivo. Su propósito es dar efecto legal a esa intención, no aislar el acuerdo de arbitraje del contrato sustantivo para todos los propósitos.

Otro ejemplo, lo vemos en el caso *Midgulf International Limited (Chipre) y Groupe Chimique Tunisien (Túnez)*, seguido ante el Tribunal de Apelación de Reino Unido (2010). En este, el apelante señaló que era irrelevante si las partes celebraron un contrato. Todo lo que importaba era si existía un acuerdo de arbitraje relacionado con el supuesto contrato de venta, en cuanto los convenios arbitrales son separables de cualquier acuerdo asociado. Sobre tal argumento, el Tribunal de Apelación determinó que:

La separabilidad de un acuerdo arbitral como cuestión de principio es a mi juicio irrelevante en el presente caso y rechazo el argumento de que el juez y las partes estaban en el camino equivocado en la forma en que abordaron los temas.

A diferencia del enfoque inglés (por más, restrictivo de esta materia), en el ámbito local, el principio de separabilidad está reconocido en los más amplios términos. Ello resulta gráfico, por ejemplo, en su reconocimiento positivo en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando indica que:

El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste.

Creemos que tal estipulación es de vital importancia. La posibilidad de discutir inclusive la existencia de un contrato, dentro de un arbitraje, implica también la posibilidad de que el resultado del procedimiento sea que no existía una relación contractual propiamente.

Un convenio arbitral celebrado en la fase de tratativas, sería un ejemplo claro del supuesto previsto en el numeral precitado, para algunos casos de «inexistencia» y otros, «invalidez». Es así que, consideramos que, en el ámbito local, el reconocimiento legal del principio de separabilidad permite superar el obstáculo previsto en el artículo 1359 que veíamos en el punto anterior. Comparten tal idea Barboza y Miranda (2019), cuando señalan que:

Si bien como regla general nuestro Código Civil estipula que no puede existir un contrato en tanto no haya acuerdo respecto todas y cada una de sus estipulaciones, creemos que el caso del convenio arbitral inserto en un *draft* del contrato es algo distinto y merece una aproximación particular. Y es que por el denominado Principio de Separabilidad, el convenio arbitral bien puede catalogarse como autosuficiente, autosostenible, y por tanto, susceptible de tener vida propia, indistintamente de la existencia o validez del contrato que lo contenga. Esta separabilidad está reconocida expresamente en nuestra la Ley de Arbitraje.

4.3. ¿En qué supuestos, realmente, se perfecciona convenio arbitral contenido en un borrador de contrato, en el contexto de tratativas?

La validez y eficacia de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato, es un tema que, aunque tímidamente, se ha abordado en doctrina y jurisprudencia comparada. Una decisión importante en la materia, es la de la Corte Suprema Suiza, en el caso 4A_84/2015, de fecha 28 de febrero de 2016, en el cual la máxima Corte de Suiza estableció que un tribunal arbitral puede tener jurisdicción sobre la base del acuerdo de arbitraje contenido en un borrador de contrato. (Savola, 2017).

Dicho caso, se dio con relación con un contrato de compraventa de productos de acero. El vendedor pidió al comprador que firmara el llamado «contrato marco», que establecía las modalidades de ejecución de las ventas, y contenía una cláusula de arbitraje. En lugar de firmar el contrato marco, el comprador se lo devolvió al vendedor con una serie de modificaciones y comentarios, incluida la cláusula de arbitraje. Posteriormente, las partes intercambiaron versiones modificadas del contrato marco. Sin embargo, en las dos últimas versiones intercambiadas por las partes, la cláusula arbitral se mantuvo sin cambios, mas no el resto de los elementos del Contrato.

Basándose en la cláusula de arbitraje contenida en la última versión intercambiada del contrato marco, el vendedor inició un proceso arbitral contra el comprador, quien presentó una objeción jurisdiccional. En un laudo sobre competencia, el árbitro único concluyó que, si bien el contrato subyacente nunca había sido firmado por las partes, existía un acuerdo sobre la cláusula de arbitraje, por lo que declaró que tenía jurisdicción para resolver la disputa.

Cuando el comprador impugnó el laudo ante la Corte Suprema falta de jurisdicción, esta trajo a colación que el principio de autonomía de la cláusula arbitral puede aplicarse incluso si el contrato principal nunca llegó a existir. Así, sostuvo que:

(...) la existencia, en una situación específica, de circunstancias calificadas adicionales permitirá, cuando proceda, admitir lo contrario, y fundamentar la competencia del tribunal arbitral para conocer de una reclamación basada en culpa in contrahendo posterior al intercambio de proyectos de contrato. (Savola, 2017).

Según la Corte Suprema Suiza, tales circunstancias, entre otras, incluyen:

- (i) los casos en los que las partes celebraron previamente varios contratos que siempre contenían la misma cláusula arbitral;
- (ii) el interés objetivamente comprensible y reconocible de las partes de optar por el arbitraje (por ejemplo, foro neutral, elección de un idioma internacional y confidencialidad); y
- (iii) el intercambio de borradores que establecen la voluntad común de las partes de celebrar un acuerdo de arbitraje (por ejemplo, cuando la versión modificada del acuerdo de arbitraje permanece sin cambios en borradores posteriores), independientemente del resultado de las negociaciones sobre el contrato principal. (Savola, 2017).

En ese mismo sentido, Sevilla (2019) recoge circunstancias mediante las cuales se puede considerar la validez de un convenio arbitral en borrador de contrato:

En el análisis que se efectúa caso por caso los tribunales arbitrales y judiciales tendrán en cuenta, entre otras cosas, si las partes han modificado la cláusula de arbitraje tras repetidos intercambios del borrador del contrato, si han acordado en otras ocasiones y/o en otros contratos someter sus disputas a arbitraje o si han realizado manifestaciones que permitan deducir que existe una voluntad común de acudir a arbitraje.

Estas circunstancias fácticas no dejan, sin embargo, de ser indicios para tratar de determinar la voluntad de las partes y serán los tribunales quienes, en última instancia, determinarán si ha habido sumisión a arbitraje o no por las partes. (p. 443)

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que, en opinión que disentimos, han existido pronunciamientos contrarios a esta postura. Por ejemplo, en el caso de *BCY v BCZ* (2016) SGHC 249, el Tribunal Superior de Singapur determinó que las partes no podían estar obligadas por un acuerdo de arbitraje que formaba parte de un contrato subyacente no ejecutado.

BCY v BCZ se refería a una venta propuesta de acciones de una empresa por parte del demandante al demandado, sujeta a la ejecución de un Acuerdo de Compraventa (SPA) mutuamente aceptable. Luego de que se intercambiaron siete borradores del referido acuerdo, el demandante decidió no continuar con su ejecución. El demandado inició un procedimiento de arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), según lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje del Acuerdo de Compraventa. El demandante objetó la jurisdicción del árbitro sobre la base de que no existía

un acuerdo de arbitraje válido. La posición del demandado fue que el acuerdo de arbitraje se celebró ante la SPA.

El árbitro se basó en la ley de Nueva York (la ley que establecía el borrador) para regir el acuerdo de arbitraje, y concluyó que las partes tenían un «consentimiento mutuo» de estar obligadas por el acuerdo de arbitraje, lo que se evidencia en el intercambio de borradores posteriores del SPA que contienen el mismo acuerdo de arbitraje y en la disposición del demandante para firmar el sexto borrador del SPA.

Curiosamente, aunque tanto el árbitro como el Tribunal Superior de Singapur se basaron en la ley de Nueva York, su análisis condujo a conclusiones contrarias. El Tribunal Superior determinó que no había pruebas objetivas de la intención mutua de las partes de quedar obligadas por el acuerdo de arbitraje en ausencia del SPA subyacente no ejecutado; se basó en la premisa de que una de las partes está en su derecho de hacer cualquier enmienda al contrato, incluido el acuerdo de arbitraje, antes de su firma.

Sin embargo, cobra relevancia que aunque la Corte opinó que el intercambio de proyectos de contrato que contengan acuerdos de arbitraje no obligaría *per se* a las partes, bien podría haber «circunstancias adicionales calificadas» que podría conferir jurisdicción al tribunal arbitral, como podrían serlo: casos de contratos previos que contienen el mismo acuerdo de arbitraje, la intención objetiva de las partes de arbitrar su disputa y el intercambio de proyectos de contrato que establecen su intención común de celebrar un acuerdo de arbitraje, independientemente del resultado del contrato principal.

En ese mismo sentido, con un enfoque restrictivo, también se han pronunciado algunos tribunales irlandeses (caso Barnmore Demolición y Civil Engineering Ltd vs. Alandale Logistics Ltd., citado por Wade, 2013, p. 48). Si bien no se aceptó el argumento de un convenio arbitral incluido en un borrador del contrato, no se cierra la posibilidad de que, si adicionalmente a la existencia del borrador, hubiere un «*curso de conducta o tratos comerciales entre las partes que llevarían a la Corte a concluir que las partes esperaban o sabían que una cláusula de arbitraje regiría sus tratos*» (Wade, 2013, p. 48), tal convenio arbitral podría ser observado.

Es así que, aunque, en definitiva, los casos que se pueden presentar en la práctica, exceden a los que podríamos imaginarnos, ponemos algunos ejemplos de supuestos en los que, sin perjuicio del análisis particular de cada caso, podría considerarse que existe un convenio arbitral válido:

Sí se podría considerar	No se podría considerar
Intercambio de borradores de contrato, en el que se señale expresamente que está de acuerdo con la cláusula arbitral, pero no sobre otros puntos.	El simple envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, del que no se acuse recibo, ni se dé respuesta alguna.
El intercambio de comunicaciones electrónicas que contienen un borrador de contrato en el que una de las partes efectúa una modificación al contenido del convenio arbitral, y la otra parte no la objeta y continúan los intercambios	El intercambio de comunicaciones electrónicas que contienen un borrador de contrato en el que las partes vienen efectuando modificaciones sustanciales al contenido del convenio arbitral.
El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, sobre el que el destinatario muestra conformidad por otro medio de comunicación, del que se puede dejar constancia.	El envío de un primer borrador de contrato con un convenio arbitral, que luego es retirado en los posteriores intercambios.
El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, el mismo que no es cuestionado, siendo que la otra parte sólo formula comentarios a otras cláusulas.	El envío de un borrador de contrato que contiene una cláusula arbitral, sobre la que el destinatario deja expresa constancia de su disconformidad.

5. Conclusiones

A manera de cierre de estas líneas, podemos recoger algunos conceptos en torno a esta temática, que, consideramos, genera una relevante y rica discusión, relacionada con términos que han sido ampliamente abordados en la doctrina, como lo son los aspectos sustantivos de formación del contrato, el principio de separabilidad del convenio arbitral, los requisitos formales de existencia y materiales de consentimiento para la validez de un convenio arbitral, entre otros.

Es así, que la visión actual de los términos (ya no tan) formales de un convenio arbitral, permite cuestionarnos supuestos de formación del convenio arbitral, que bajo un enfoque restrictivo de décadas atrás, serían impensables. Es el caso de una cláusula arbitral contenida en un borrador de contrato, que es materia de intercambios mediante, por ejemplo, correos electrónicos, siendo que el contrato principal no se llega a formar.

Como hemos analizado, dicha problemática, vista desde el lente de cada corte, da lugar a criterios de mayor o menor apertura que permiten otorgarle valor a un convenio arbitral celebrado en tal supuesto. Sin embargo, lo que es destacable, es que ninguna de ellas cierra tal posibilidad, manteniendo el concepto de que la existencia del borrador del contrato, que contiene una cláusula arbitral, adicionada a alguna(s) otra(s) circunstancia(s) que muestren consentimiento a arbitrar, podría ser un camino abierto para recurrir a arbitraje.

Entonces, volvemos a la pregunta que hacíamos al inicio del presente artículo: ¿podría considerarse válido un convenio arbitral contenido en un borrador de un contrato que no se llegó a celebrar? Sin perjuicio del análisis de cada caso particular, consideramos que sí.

Bibliografía

Doctrina

- Baizeau, D. & Kunz, C. (2020). Respuestas rápidas sobre la redacción de acuerdos. Disponible en: Kluwer Law International. Recuperado de: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-qa-da-ch-n?q=Baizeau%20AND%20draft%20AND%20Kunz>. [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020].
- Barboza, E. & Miranda, J. (2019). El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato: ¿es vinculante o no? En: *Agnitio*. Lima: Asociación Civil Advocatus de la Universidad de Lima. Reecuperado de: http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-contenido-en-un-borrador-de-contrato-es-vinculante-o-no/?fbclid=IwAR0_8gHbC9WrPnK9gf7H3RQjSIu0-gc4kU9taCIT_XITdKawS6o-5E9rIO8 [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020].
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Segunda edición, Kluwer Law International; p. 688.
- Castillo, M. et al. (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Lima: ECB Ediciones & Estudio Mario Castillo Freyre, p. 242.
- CNUDMI. (2006). Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo ii y del párrafo 1 del artículo vii de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958. Recuperado de: <http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2020].
- Cour De Cassation. (1963). *Societé Gosset c. Societé Carapelli*. Expediente 13,405.
- Derains, Y. (1995). El Proceso Arbitral de la CCI. En: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, N° 1, pp. 16-17
- Gómez, M. (2017). El convenio arbitral: statu quo. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, N° 2, p. 8.
- González, F. (2008). Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un Ejercicio Conflictual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 148.

- Novoa, G. (2011). Algunas consideraciones respecto del reconocimiento constitucional del arbitraje en Chile. En: Revista Peruana de derecho constitucional: Control Constitucional y Arbitraje N.º 4, Nueva Época, Edición especial, p. 156.
- Patocchi, P. (2020). Informe Nacional de Suiza. En: Lise Bosman (ed), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Suplemento No. 111, pp. 38-39
- Revoredo, Delia. (2012). Discurso de presentación del primer número del Anuario Latinoamericano de Arbitraje. En: Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, p. xiv
- Rubio, R. (2010). El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. En: Lima Arbitration N° 4. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, 2010, p. 101.
- Savola, M. (2017). Jurisdictional Decision Finding that an FAI Arbitration Clause in a Draft Agreement was Valid and Binding on the Parties. Instituto de Arbitraje de Finlandia (FAI). Recuperado de: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/29/jurisdictional-decision-finding-fai-arbitration-clause-draft-agreement-valid-binding-parties/> [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020].
- Schwartz, E. & Derains, Y. (2005). Guide to the ICC Rules of Arbitration. 2nd edition, Kluwer Law International, pp. 41 - 114
- Sevilla Sánchez, E. (2019). ¿Pueden las partes someterse a arbitraje antes incluso de suscribir un contrato?: El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato. En: El convenio arbitral. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, N° 62, p. 443.
- Shahdarpuri, K. (2017). ¿Es un acuerdo de arbitraje en un borrador de contrato vinculante? Perspectivas de los tribunales de Singapur y Suiza. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/03/are-parties-bound-by-an-arbitration-agreement-in-a-draft-contract-perspectives-from-the-high-court-of-singapore/> [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020].
- Simon, G. & Wicki, J. (2009). Vorvertragliche Schiedszuständigkeit. En: ASA Bulletin, Volume 27, Issue 2, p. 254.

Tschanz, T. (2016). Acuerdo de arbitraje válido y vinculante en borrador de contrato. Suiza, 19 de mayo de 2016. Recuperado de: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=10468818-a69e-44ee-9e90-6ac584bb4e46> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020].

Wade, G. (2013). Courts and Arbitration: An Irish Perspective', in Michael O'Reilly (ed), Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Sweet & Maxwell, Volume 79, p. 48.

Jurisprudencia

Sulamérica Cía Nacional de Seguros v. Enesa Engenharia S.A., 2012.

Tribunal de Apelación del Reino Unido. (2010). Midgulf International Limited (Chipre) c. Groupe Chimique Tunisien (Túnez). Expediente A3 / 2009/1664, 10 de febrero de 2010.

Tribunal Superior de Justicia de Brasil. (2015). Biglift Shipping BV c. Transdata Transportes Ltda. Expediente SEC N° 11.593 – EX. Citado por: Van den Berg, J. (ed). (2016). Yearbook Commercial Arbitration, Volume XLI, Yearbook Commercial Arbitration, Volumen 41, pp. 418 – 419.

El Salvador ¿Sede arbitral?

José Benjamín Palomo Hernández¹

Resumen:

Un tópico importante a conocer en el arbitraje es “la sede arbitral” por sus efectos prácticos para el proceso, la sede arbitral no debe confundirse con un asunto geográfico porque su significado es jurídico. Determina muchas cosas para el proceso, por ejemplo, la arbitrabilidad, la designación de jurisdicción de tribunales judiciales, su catálogo de acciones de control y apoyo para el arbitraje, las razones de nulidad del laudo, el origen doméstico o extranjero del laudo para su posterior ejecución, etc. Es importante estudiar que los países candidatos a ser sede cumplan parámetros mínimos que garanticen una relación funcional y eficiente entre nuestro proceso arbitral específico y los poderes judiciales de la sede electa.

El arbitraje es una herramienta importante y atractiva para el comercio y sus participantes debido a que responde a sus necesidades como las de resolver sus desacuerdos económicos de forma rápida, por lo que el conocimiento actualizado en arbitraje, así como su configuración en una cláusula arbitral que establezca, entre otras cosas, una elección apropiada y técnica de la sede arbitral, convierten al abogado no solo en un asesor, sino en un aliado estratégico para los agentes económicos.

Palabras clave:

Arbitraje; Autonomía de las partes; Competencias de control y apoyo; Cláusula arbitral; El Salvador; Judicialización; Jurisdicción; Laudo arbitral; Nacionalidad del laudo; Sede arbitral.

Abstract:

An important topic to know in the arbitration is "the seat of arbitration" due to its practical effects for the process, the arbitral seat must not be confused with a geographical issue because its meaning is legal, The seat determines many things for the process, for example, the arbitrability, the designation of jurisdiction of courts, its catalog of control and support actions for the arbitration, annulment of the arbitral award, the domestic or foreign origin of the award for its subsequent execution, etc. It is important to study that the countries that are candidates to be the seat of arbitration comply with minimum parameters that guarantee a functional and efficient relationship between our specific arbitration process and the judicial powers of the elected seat.

¹ José Benjamín Palomo Hernández, egresado en licenciatura en Ciencias Jurídicas de Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” UCA, Lugar de residencia: El Salvador.

Arbitration is an important and attractive instrument for commerce and its participants because it responds to their needs such as those of resolving their economic disagreements in a quick manner, therefore, the updated knowledge in arbitration, as well as its configuration in an arbitration clause that establishes, among other things, an appropriate and technical choice of the arbitration seat, makes the lawyer not only an advisor, but also a strategic ally for the economic agents.

Key words:

Arbitration; Arbitration clause; Arbitration award; Autonomy of the parties; Control and support competences; El Salvador; Judicialization; Jurisdiction; Nationality of the award; Seat of arbitration.

INTRODUCCIÓN

La sede arbitral es una de las diversas situaciones que debemos normar con especial cuidado dentro de una cláusula arbitral; el arbitraje comercial internacional reúne un concierto de distintas normas a aplicar y cada una para un fin en concreto ya sea la ley del fondo o *lex causae*, la ley que rige el proceso arbitral o *lex arbitri*, si es el caso, la ley del país en el que se pedirá el reconocimiento y ejecución del laudo, las normas procedimentales del arbitraje mediante los reglamentos del centro de arbitraje que las partes hayan escogido, las reglas que las mismas partes han configurado en su cláusula arbitral, etc. y cada una tiene consideraciones especiales que hacen capital tener ojo médico y conocimiento a la hora de redactar el convenio arbitral adecuado para los intereses de las partes y en caso de conflictos, que estos sean resueltos de una manera expedita, eficiente y satisfactoria.

Este es uno de los temas dentro de la ciencia arbitral que se prestan a confusión respecto a su significado, sede es un término que infiere una locación física, la sede arbitral como instituto del arbitraje se refiere a una locación, pero no a una locación física; es necesario un poco de semántica. Se tiende a pensar a veces que la sede arbitral representa el lugar en donde las partes y los árbitros acudirán a reunirse a rendir sus alegatos y a producir y contradecir las pruebas, sin embargo lo que la sede arbitral realmente establece es la locación jurídica del proceso, la idea de sede arbitral se trata de la necesidad que nuestro arbitraje se encuentre apoyado y controlado por alguna legislación y jurisdicción para que este cumpla su misión de resolver satisfactoriamente un conflicto entre los signatarios de la cláusula, esta sede arbitral implica una serie de efectos muy útiles, prácticos e importantes dentro de nuestra contención que veremos más adelante, la designación de una ciudad o Estado como sede nos indica cómo estos efectos son tratados en su circunscripción a través de su legislación y competencias judiciales.

La importancia de poseer normativas en materia de solución de controversias, especializadas y adecuadas que colaboren con el comercio y las relaciones entre sus participantes, crece exponencialmente con la globalización, cada vez más personas de distintas partes del mundo pueden intercambiar entre sí, lo que genera más y mejores oportunidades y a su vez, urgencia por adaptarnos a las exigencias de estas. En los tiempos actuales se necesita que el país y la región

centroamericana realicen importantes esfuerzos en busca del desarrollo, entre ellos, la atracción y fomento de la inversión y relaciones comerciales, sean nacionales o internacionales. El país debe ser atractivo, es decir, mostrarse capaz para adaptarse y tratar de la mejor manera las necesidades de esta actividad comercial en todos los sentidos, incluido el tratamiento para la solución de sus conflictos con mecanismos como el arbitraje; lamentablemente, el arbitraje no ha encontrado en El Salvador tierra muy fértil, el desarrollo de esta institución en el país no ha sido el más adecuado debido a que no ha habido una verdadera tarea de creación y mejora regulatoria al respecto; veremos desde la perspectiva salvadoreña el tratamiento legal al arbitraje y los efectos de designar como sede a El Salvador para señalar los desafíos a superar y que, a su vez, es información útil para los asesores y redactores de cláusulas arbitrales en la región.

1. LA IMPORTANCIA DE UNA PERSPECTIVA DIFERENTE

El atractivo que ofrece el arbitraje hacia los comerciantes respecto a la privacidad, la flexibilidad, la experticia de los árbitros, la posibilidad de obtener una resolución de forma expedita y la autonomía y dirección de las partes del mismo proceso, es innegable. Lo anterior se debe a que el arbitraje, por esencia, surge no solo como un mecanismo alterno de resolución de controversias, sino como una herramienta destinada a la solución de problemas de índole civil y comercial que requieren un manejo que, más allá del apego y la prevalencia irrestricta a las formalidades jurisdiccionales, considere en especial forma el ritmo del comercio y las necesidades y voluntades de las partes y de los propios comerciantes dentro del mercado de resolver sus diferencias sin dilaciones para continuar sus actividades sin mayores demoras que puedan amenazar sus intereses dado que el tiempo en el mercado no detiene su curso, al contrario, acelera junto con la necesidad que los agentes económicos se desenvuelvan con mayor eficiencia y eficacia para permanecer dentro del juego sin mayores obstáculos. Por ejemplo, el tiempo vertido en la solución de la contención puede ser perjudicial si optamos llevarla a los tribunales judiciales debido a que el tiempo en estos se multiplica².

La noción de mecanismos alternos al poder judicial que podemos accionar buscando soluciones vinculantes para todas las partes involucradas dentro de problemas de índole jurídica, implica también paradigmas y atenciones un tanto diferentes de para qué y hacia qué van dirigidos estos esfuerzos heterocompositivos de resolución de conflictos, es decir, la motivación que puede colegirse de estos; el brindar justicia a una parte y solucionar sus controversias es correcta, pero termina siendo un tanto vago. Veamos, el imperio del derecho es uno de los rasgos característicos de todo Estado Constitucional de Derecho y a veces puede llegar a concebirse que el impartir justicia y aplicar el derecho es un monopolio propiedad del Estado únicamente, lo cual tiene total

² Piénsese en un esquema básico de arbitraje cuyo culmen es la emisión de un laudo versus el esquema básico de un proceso judicial con sus regímenes impugnativos: revocatorias, apelación, casación y hasta procesos constitucionales como el amparo; es claro que un arbitraje ahorraría tiempo crucial a los comerciantes pues brinda una respuesta definitiva en poco tiempo, mientras en un juzgado puede tramitarse hasta en diferentes instancias judiciales. El uso de la frase “esquema básico de arbitraje” utilizado en esta cita es a propósito, ya que el arbitraje en la legislación salvadoreña presenta elementos muy particulares que distan, lamentablemente, de las bases teóricas de la ciencia arbitral como la decisión de los árbitros como última palabra y, por ende, de celeridad en la resolución de la misma a favor de los intereses de las partes.

sentido cuando hablamos de ciertos tópicos que requieren el protagonismo del Estado, por ejemplo el ámbito laboral, tributario, el ámbito constitucional con la primacía constitucional, el “*Ius Puniendi*” a través del derecho penal, etc., en lo anterior, la motivación no solo es el aplicar derecho e impartir justicia, sino el respeto de la soberanía y la dirección del Estado frente a la sociedad ya que es el único con el poder y el deber de pronunciarse frente a las vulneraciones que agraven a sus habitantes de forma vinculante y exclusiva pues los ciudadanos no podemos decidir ni disponer, ya sea en la persecución y sanción de un delito, la evasión fiscal o declarar leyes inconstitucionales porque corresponde al Estado involucrarse e imponerse en estos ámbitos.

Sin embargo, la idea de ese monopolio de aplicación de justicia no es del todo cierta, existen otras formas distintas para la resolución de determinadas controversias y con una motivación particular, entre estas la que nos ocupa en esta ocasión: El arbitraje, cuyo pilar fundamental se encuentra en la autonomía de las partes. Este está pensado también como un mecanismo heterocompositivo para dirimir una contención entre dos o más sujetos y dar así una respuesta vinculante para las mismas y es aquí, a mi criterio, donde surge la perspectiva diferenciadora que debe estar presente a la hora definir y comprender lo sustancial del arbitraje; que se trata de los convenios y asuntos llevados a cabo por y entre particulares, que el rol protagónico no lo es para el Estado, sino para los pactos y voluntades de los particulares que han dispuesto resolver sus diferencias fuera de las esferas jurisdiccionales, es decir, **la intención de no someterse a los órganos jurisdiccionales**³ y, de ser necesario, procurando el mínimo razonable de contacto con estos para la resolución de sus desacuerdos económicos.⁴

Claro que la posibilidad de poder acudir a estos mecanismos alternos de resolución de controversias no es absoluta, depende de lo que cada ordenamiento jurídico disponga para ello; el Artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador dispone que ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos **civiles o comerciales por transacción o arbitramento**, asimismo el Artículo 23 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (LMCA) establece las materias que se excluyen de poder arbitrarse referentes a los asuntos de orden público a los que ya hice mención.

Es entonces correcto afirmar, por un lado, que existen otros mecanismos sobre los cuales puede buscarse la aplicación del derecho o la decisión vinculante que resolverá controversias más allá de la jurisdicción ordinaria y, por otro lado, que los particulares con capacidad y libre administración de su propiedad pueden decidir optar por el arbitraje para la resolución de sus diferencias en materia civil y comercial, o visto en negativo, decidir no acudir a los tribunales judiciales y a sus procedimientos para dirimir los problemas confiados a su poder, debiendo imperativamente, a la vez, tener presente:

En primer lugar, que si las partes optaron por resolver sus contenciones mediante la vía del arbitraje por sobre el órgano jurisdiccional es porque se sienten atraídos por las ventajas que ofrece el mismo, así como por su naturaleza, que implica el respeto por parte del Estado de los propios

³ Las negritas en el presente artículo son puestas por el autor.

⁴ Por ejemplo: El auxilio judicial para imponer medidas precautorias, la ejecución forzosa en caso que no haya cumplimiento voluntario o para el reconocimiento de un laudo emitido en el extranjero.

andamiajes procedimentales y estructurales de la ciencia del arbitraje como: la limitación de la actuación judicial y el respeto a la decisión final del tribunal arbitral.

Y, en segundo lugar, que la naturaleza de las diferencias sometidas a la consideración arbitral poseen también características propias que justifican la necesidad de otros mecanismos regulados pensando en aquellas, por ejemplo, una causa comercial pone al agente económico en urgencia de resolver sus asuntos de forma expedita para continuar su actividad comercial sin mayores inconvenientes para él, e incluso para los consumidores y para el mercado, por lo que puede que los juzgados no sean el foro adecuado o conveniente ni especializado para estas controversias considerando el tiempo a invertir, las diferentes instancias y etapas del proceso y la innegable mora judicial; para preservar y fomentar la permanencia de estos agentes económicos vitales para la sociedad, sobre todo en los tiempos actuales, es crucial fortalecer los andamiajes de estos mecanismos alternos de resolución de conflictos con altos estándares en la materia de cara a las necesidades del comercio, de las partes y de las materias sometidas a aquellos más que a la idea del “monopolio” de justicia propiedad del Estado y a sus formalismos.

Considero que las anteriores ideas, expuestas someramente, pueden contribuir a una valoración y comprensión más justa y acertada de la importancia y la distinción del arbitraje frente a la justicia ordinaria, tanto para los estudiantes y profesionales del derecho, como para los legisladores para el fortalecimiento de esta herramienta fundamental en la actualidad.

2. VÍNCULO JURÍDICO LLAMADO SEDE

He señalado que debe distinguirse entre arbitraje y el proceso judicial como mecanismos con características y lógicas muy particulares que no permiten una combinación pacífica, tanto así que, por ejemplo, hablar de una “judicialización” en la configuración del proceso arbitral a través de invasión judicial abundante y no técnica, instaurar regímenes impugnativos para laudos, amplios poderes judiciales sobre el arbitraje o los árbitros, motivos de nulidad que no corresponden a altos estándares arbitrales⁵, etc., **desnaturalizan y complican por completo al arbitraje y es eso lo**

⁵ El Artículo 68 Ord. 5°, en relación con el Artículo 49, ambos de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador indican que un motivo para solicitar la nulidad del laudo es que este sea emitido después del plazo para el proceso de arbitraje, que de acuerdo al segundo Artículo citado, es nada más de **tres meses**; además de ser una causal de nulidad que no se encuentra estipulada en la Ley Modelo CNUDMI, corresponde a un periodo muy corto a comparación legislación extranjera como la española - 2003 (Art. 37), la colombiana - 2012 (Art. 10), la brasileña - 1996 (Art. 23), la panameña - 1999 (Art. 25), reglamentos como el de la CCI - 2017 (Art. 31), la Cámara de Comercio Italiana – Barcelona (Art. 22), la Cámara de Comercio de Bogotá – 2017 (Art. 3.31), el Centro de Arbitraje de Hong Kong – 2013 (Art. 41.2 en proceso abreviado) o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo - 1999 (Art. 33) que en todos es de **seis meses**, por lo que la configuración del recurso de nulidad en El Salvador parte de un plazo que no responde a estándares mundiales y recomendables en la materia y que, **de no derogarse tal plazo (tres meses) vía cláusula arbitral**, se corre el riesgo no solo que las discusiones para tomar una decisión sean aceleradas e insuficientes, sino que la decisión se desestime vía nulidad por no adecuarse a un plazo que según la práctica es exagerado, ansioso y perjudicial para un conflicto y un laudo que deben ser bien analizados. Este control judicial ineludible debe reunir las causales que respondan los mejores niveles internacionalmente reconocidos en materia arbitral actual, sin embargo, en el caso de El Salvador la intervención judicial, en este sentido, no corresponde a un criterio pensado desde la óptica arbitral y nuestra ley, lejos de colaborar a la formulación de una cláusula arbitral sencilla que encuentre respaldo en una ley especializada que pueda llenar vacíos de forma razonable, nos presenta un

que debe corregirse y evitarse si se quiere llegar a tener sistemas arbitrales especializados y fuertes que generen seguridad que, a su vez, atraigan la confianza y atención de inversionistas y comerciantes que deseen trabajar en el país. No obstante, debo indicar que no hablo de un desconocimiento y blindaje frente al aparato estatal, el arbitraje no se desliga totalmente de las leyes nacionales, ni de los controles judiciales nacionales, al contrario, existe una relación importantísima entre el arbitraje y los poderes judiciales y normativos locales que no puede derogarse y que es de primordial atención debido a sus efectos e implicaciones en y para el desarrollo del arbitraje, el conocimiento de su importancia y los parámetros que la rigen es estratégica para la formulación de una cláusula arbitral que satisfaga de mejor manera los intereses de las partes y que genere el mecanismo eficiente y eficaz para la resolución de sus discrepancias o, al menos, no sumarles complicaciones innecesarias producto del desconocimiento o descuido de esta relación y elemento del arbitraje: La sede arbitral⁶.

Es muy común escuchar en las aulas universitarias y de los profesionales de derecho hacer énfasis en indicar que la sede arbitral no se refiere en ningún momento a una locación física, sino jurídica; la confusión parte de considerar erróneamente que al hablar de sede nos referimos al lugar donde físicamente se reunirán las partes frente a los árbitros para dirimir sus discrepancias, para producir prueba, para desplazarse y realizar la logística para conseguir todos los implementos necesarios como un centro de reuniones, pero, la sede arbitral o lugar del arbitraje se refiere a la legislación estatal escogida sobre la cual se apoyará y se regirá **el proceso arbitral**⁷ que las partes han configurado en su cláusula arbitral, conocida también como *lex arbitri*; la sede es la intervención, control, auxilio y participación judicial admitida y necesaria sobre el arbitraje, mas no lo es el lugar físico del desarrollo del mismo⁸.

obstáculo que puede traer graves perjuicios (nulidad o negativa de otorgar prórrogas posteriormente) para las partes si se descuida este yerro en la ley que se impondría producto de la elección de mi país como sede del arbitraje y de si no se pacta en contrario, por lo que hay que tomarlo en cuenta. Este es un ejemplo de cuando la intervención judicial en el arbitraje no es regulada considerando los paradigmas particulares del mismo y de las materias vertidas en el proceso, causando un marco legal arriesgado para las partes y la satisfactoria resolución de sus diferencias.

⁶ También conocida como “Lugar del arbitraje”. La sede arbitral o lugar del arbitraje reflejan nada más la existencia de una relación exclusivamente jurídica entre el proceso arbitral y el sistema jurídico del país electo como sede.

⁷ Esta ley no es la que rige el fondo del asunto pues son situaciones distintas, igual las normas que rigen el procedimiento de audiencias y actuaciones que por lo general son dirigidas por los reglamentos de los centros.

⁸ Esta designación no puede pasarse por alto y debe suplirse ante su omisión en la cláusula arbitral debido a sus efectos, para ello la legislación salvadoreña indica que de no suscribirse en el convenio arbitral, deberá establecerlo el centro de arbitraje si el arbitraje fuera institucional, para todos los demás casos, lo debe establecer el o los árbitros; asimismo, el Art 20 de la Ley Modelo CENUDMI indica que las partes deben determinar el lugar del arbitraje, si no lo hacen, lo pueden determinar los árbitros atendiendo las circunstancias del caso y las conveniencias de las partes, por ejemplo, elegir un país con normas especializadas y actualizadas para el manejo de procesos arbitrales dentro de su circunscripción. Cabe mencionar también que la Ley Modelo confirma la distinción de la sede como locación eminentemente jurídica, ya que el segundo inciso del citado Artículo indica que, sin perjuicio de haber determinado un lugar como sede, las reuniones, audiencias para oír testigos, examen de documentos, etc. pueden realizarse en donde mejor les convenga al tribunal arbitral, siempre y cuando no haya pacto en contrario por las partes signatarias del convenio arbitral, es decir, la presencia física del procedimiento puede ser en la sede, pero de no ser así, la sede designada igual tendrá aplicación sobre el arbitraje.

Pese a que es totalmente válido celebrar las audiencias en el país seleccionado como sede, siguen siendo situaciones totalmente diferentes; el Arbitration Act del Reino Unido de 1996 reafirma la distinción de esta institución en su Artículo 3: “La sede del arbitraje significa la sede jurídica designada del arbitraje”⁹. La doctrina también indica que “*la sede del arbitraje importa, fundamentalmente, la existencia de un vínculo jurídico entre el arbitraje y la jurisdicción – legislativa y judicial– del país elegido*” (Poudret y Besson, 2002, p. 103), asimismo, Alexander J. Bělohávek (2015, p. 27) amplía:

*La sede arbitral no solo es una cuestión geográfica, sino que representa una conexión entre el arbitraje y las leyes del lugar en donde el arbitraje se encuentra legalmente establecido. También determina la arbitrabilidad de la disputa, así como el rol de las cortes estatales para apoyar y controlar todos los arbitrajes llevados a cabo en esa sede.*¹⁰

Las partes deben tener la seguridad que el proceso arbitral será suficiente para el tratamiento de sus pretensiones y de las contingencias durante su desarrollo, por ejemplo, la producción efectiva de cualquier prueba ofrecida, la adopción de medidas cautelares, el control judicial del laudo por si llegase a ocurrir algún supuesto habilitante para el mismo, algún mecanismo para hacer cumplir lo ordenado en el laudo ante la resistencia de la parte vencida de hacerlo e imprevistos o desacuerdos a la hora de designar árbitros, y es en lo anterior en donde la sede entra al juego. De la sede derivan efectos de gran relevancia jurídica y práctica para el desarrollo del arbitraje que hace muy importante conocer de forma suficiente la legislación y la jurisdicción del país que se utilizará como sede a la hora de redactar una cláusula arbitral para determinado negocio jurídico. Entre los efectos más trascendentes están que: «*La sede determina la competencia de los tribunales judiciales llamados a cumplir las funciones de apoyo o control sobre el arbitraje; hace aplicable la legislación sobre arbitraje de ese lugar; y atribuye “nacionalidad” al laudo.*» (Caivano, 2017, p. 2).

Elegir determinada ciudad o Estado como sede, es la habilitante para que sean los tribunales judiciales de esa ciudad o Estado los que puedan participar en el proceso arbitral que se ha configurado en la cláusula, ya sea con acciones de control o de apoyo dependiendo de las competencias que la legislación de ese Estado otorgue a sus juzgados para con el tribunal arbitral y el proceso de arbitraje sitiado en esa localidad, la legislación de este Estado o ciudad sede del arbitraje es la que establece los casos en los que la intervención de sus tribunales jurisdiccionales es válida; la pericia para elegir el Estado sede obliga a tener muy presente que, pese a la globalización comercial y a que la mayoría de legislaciones en materia de arbitrajes nacionales e internacionales se han creado y actualizado de la mano de marcos especializados y reconocidos internacionalmente como por ejemplo: la Ley Modelo CENUDMI sobre Arbitraje Comercial o la

⁹ Traducción libre del autor, léase originalmente: “*The seat of the arbitration*” means the juridical seat of the arbitration designated.”

¹⁰ Traducción libre del autor, léase originalmente: “*The seat of arbitration is not only a question of geography; it also represents a territorial connection between arbitration and the law of the place where the arbitration is formally (legally) localized. Moreover it also determines the arbitrability of the dispute as well as the jurisdiction of courts (state courts) to execute their supporting and controlling role overall and any arbitrations seated in the place (seat) of Arbitration.*”

Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ninguna legislación es idéntica a las demás, todas guardan matices entre sí a través de más competencias para los juzgados en un Estado y menos para los de otro, asimismo, las leyes de determinado país pueden contener disposiciones que lo hacen candidato a ser tomado en cuenta o a ser descartado dependiendo de si estas convienen al contrato y a las partes, teniendo en cuenta también la visión, respeto y tratamiento de ese Estado y sus tribunales judiciales sobre el arbitraje y aspectos prácticos como la mora judicial, el conocimiento en ese país de los temas del contrato, entre otros. Por lo que, a la hora de redactar el pacto arbitral y de elegir el país sede jurídica del arbitraje, **debemos conocer de antemano la legislación de ese país y el catálogo de acciones de participación judicial admitidas en los procesos arbitrales** a las que nos estaremos sometiendo ante un ulterior conflicto.

La importancia práctica radica en que el tribunal arbitral no siempre puede actuar por sí solo, o más bien, no tiene la total capacidad de ejecutar lo ordenado, necesita del apoyo de los tribunales de justicia nacionales quienes tienen el poder de decretar providencias vinculantes y hacer que se cumplan debido a su autoridad coercitiva congénita, ausente en el tribunal arbitral; en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador se establece la intervención judicial como auxilio y apoyo al tribunal arbitral para la adopción y cumplimiento de medidas cautelares, para el nombramiento y recusación de árbitros, práctica de pruebas y para la ejecución del laudo, por ejemplo, la necesidad de contar con determinada información clave que no está en manos de las partes, sino de alguna institución pública o privada y si el tribunal arbitral, luego de ordenar la extensión de dicha prueba, encuentra dificultades para obtenerla se puede auxiliar de los tribunales judiciales quienes tienen el “*imperium*” para hacer ejecutar dicha orden o para ordenarla ellos mismos y hacerla cumplir para impedir el entorpecimiento del proceso arbitral. Esta intervención judicial no obstruye en la competencia de los árbitros ya que nada tiene que ver con la decisión de fondo de la controversia, sino que importa para actuaciones necesarias que el tribunal arbitral a veces no tiene el poder de ejecutar y nuestra ley lo confirma al establecer que tal contacto con los tribunales de justicia no se considera como renuncia o desistimiento a la vía arbitral, sino como un apoyo¹¹.

De igual forma, estos mismos tribunales de justicia, electos mediante la designación de su país como lugar del arbitraje, tienen competencias de control sobre la actividad arbitral de acuerdo a su propia legislación que es la encargada de determinar y estipular los mecanismos, competencias y causales admisibles para accionar esta intervención judicial contralora, por ejemplo: a través del recurso de nulidad del laudo arbitral, que, si alguna de las partes desea impulsar la nulidad del laudo, es la sede la que indica que los tribunales de su territorio son los competentes para conocer de este recurso; de igual manera son funciones de control el proceso de exequátur para el reconocimiento de laudos extranjeros, u otros medios impugnativos o de control posibles para las decisiones arbitrales que cada país pueda establecer, por ejemplo, y con sorpresa: el recurso de

¹¹ Los Artículos 28 y 32 de la LMCA de El Salvador son los que indican las reglas para acudir a los tribunales judiciales por apoyo, que son los que conocerían de la causa de no haberse configurado un arbitraje y establece que no se considera renuncia tácita al arbitraje el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.

apelación, instancia que es atentatoria contra la naturaleza del arbitraje como la firmeza de la decisión final del tribunal arbitral a la cual las partes se sometieron, ya que implica un segundo examen de fondo de la contención e inconcebible para los estándares internacionales actuales en materia arbitral, pero que sí existe.¹²

Al igual que con las funciones de apoyo de los tribunales, es imperativo señalar que también **debe examinarse con mucho detalle el papel de control de los tribunales nacionales del Estado que será seleccionado como sede dentro del arbitraje**: causales, procedimientos, normativas, tiempos de respuesta, etc., ya que de eso depende proyectar la injerencia judicial que pudiese concurrir en una futura disputa. En caso de descuidar este aspecto y no evaluar qué lugar es el más conveniente, estudiar suficientemente las competencias de control judicial del país candidato a sede, ni de formular las adecuaciones pertinentes vía clausula arbitral, se corre el alto riesgo que el arbitraje no satisfaga las necesidades de las partes, ni las urgencias del negocio jurídico en controversia por intervenciones de control judiciales excesivas que se traducen en complicaciones innecesarias y evitables, reduciendo la efectividad y eficiencia que el arbitraje ofrece y a las que se está llamado a procurar mediante el asesoramiento correcto y especializado a los clientes y la redacción de cláusulas arbitrales de calidad que garanticen un apropiado tratamiento a los desacuerdos e intereses económicos de las partes. La redacción de un buen convenio arbitral implica, entre otras cosas, específica atención a estos efectos de la sede arbitral.

Esta identidad jurídica entre el proceso arbitral y el andamiaje legislativo del país significa también la aplicación de disposiciones imperativas a las cuales los arbitrajes en ese país deben someterse para gozar de validez y reconocimiento¹³, si bien las partes pueden configurar en su cláusula arbitral las normas que mejor les convengan, deben tener en cuenta que las normas de la sede se aplican ya sea porque algunas son de obligatoria observancia o en defecto de pacto expreso; por ejemplo, normas o principios inherentes al arbitraje en esa localidad, las materias que son excluidas y permitidas a arbitraje en ese país, los requisitos y cualidades que deben poseer los árbitros, etc. La aplicación de estas prerrogativas encuentran vinculación obligatoria y sancionable para las partes, los árbitros y la causa arbitral que los reúne a la hora de designar un lugar para el arbitraje,

¹² El Salvador es el único país en la región centroamericana que contempla en su legislación el recurso de apelación del laudo arbitral (Art. 66-A LMCA), es decir, que el laudo puede verse invadido no solo por la acción de nulidad como injerencia limitada y admisible dentro del arbitraje a nivel internacional, sino que puede verse afectado por el recurso de apelación; la decisión final de los árbitros puede desvirtuarse por la disposición de los magistrados de las cámaras de segunda instancia en este segundo examen de fondo. La Ley Modelo CNUDMI, que ha sido adoptada por gran mayoría internacional debido a ser un marco especializado en la materia, no menciona ni siquiera la palabra “apelación” en ninguna de sus disposiciones. Aplicando lo expuesto, **si El Salvador es sede y no derogamos la apelación en el pacto arbitral**, debemos contar con que el laudo en nuestra controversia puede ser apelado lo cual no solo desnaturaliza el arbitraje al volver a discutirse el fondo del asunto, sino que nos puede traer complicaciones que no queremos: más tiempo, más costos, decisiones por parte de jueces no siempre versados a comparación de los árbitros, exponer a nuestros clientes a una solución tardía, esfuerzos en vano, intervención y protagonismo judicial que se supone se quiso evitar en primer lugar, entre otros.

¹³ Esta aplicación de la legislación nacional a los arbitrajes que hayan seleccionado a aquella como sede arbitral, respecto a estas disposiciones imperativas, es también un efecto señalado por las mismas leyes; en el caso de El Salvador, el Art. 21 LMCA indica que las disposiciones de esa ley serán también aplicables a los arbitrajes internacionales, es decir, a aquellos que hayan elegido a El Salvador como sede arbitral.

ya que, en caso de descuidar alguna disposición de índole imperativa para la legislación de la sede, se corre el riesgo que el laudo encuentre dificultades al ser cuestionado por su validez debido a que muchas de estas normas de rango inderogables muestran su vigencia en el arbitraje en que algunas de las causales de nulidad de la ley de la sede se refieren a la inobservancia de estas disposiciones, el ejemplo más claro es la arbitrabilidad de la causa, si se ha resuelto por arbitraje algún asunto que según la ley de la sede elegida no es susceptible a resolverse por arbitramento es seguro que será una causa para anular el laudo en sede jurisdiccional, asimismo la constitución del tribunal arbitral en el cual debemos observar lo que las partes han establecido en el pacto arbitral y, en caso de no haber acuerdo al respecto, lo que contiene la ley de la sede respecto al número de árbitros por defecto, inhabilitaciones, la forma de designarlos o la forma de organizar el tribunal arbitral.

La Ley Modelo CNUDMI señala también esta aplicación de la legislación y jurisdicción de la sede en disposiciones referentes a la nulidad en donde menciona la ley del lugar del arbitraje como ley parámetro en defecto de acuerdos de las partes en la cláusula arbitral o como situaciones donde las partes no pueden despegarse de sus normas como las materias susceptibles de arbitraje o el orden público de ese Estado¹⁴. Debemos conocer y saber buscar estas normas a la hora de estudiar el país que será el lugar del arbitraje para algún conflicto que surja del negocio jurídico que nos han encomendado y para el cual hemos configurado su forma solución de controversias a través de una cláusula arbitral.

Por último, otro de los efectos más relevantes de la sede arbitral radica en lo citado anteriormente respecto a lo que el profesor Caivano denomina como “la nacionalidad del laudo”. Consiste en el lugar de donde proviene el laudo. “*Es la sede del arbitraje, en sentido legal, el que debe ser mencionado en el laudo como el lugar en donde dicho laudo se ha dictado.*”¹⁵ (Van den Berg, 1985 p. 45), que a su vez determina si el laudo es local o extranjero, en términos legales, “*el lugar donde el laudo arbitral es dictado usualmente determina si el laudo es local o extranjero.*”¹⁶ Alexander J. Bělohávek (2015, p. 31). Lo anterior es de mucha utilidad cuando procedemos a buscar el mecanismo pertinente para el reconocimiento y, o, ejecución de nuestro laudo. La perspectiva con la cual debemos estudiar esta tarea debe ser el lugar en donde buscamos que el laudo surta sus efectos junto con el lugar donde el laudo se dictó (sede), ya que los procedimientos y diligencias a seguir para tal cometido dependen y cambian sustancialmente de si nos encontramos ante un laudo local o foráneo.

¹⁴ El caso del Art. 34 a): iv) de la Ley Modelo CNUDMI en donde indica que la composición del tribunal arbitral debe sujetarse al pacto arbitral, o a falta de este, a la ley de la sede que debe prevalecer en caso de conflicto entre acuerdo y la ley respecto a este punto, so pena de declarar la nulidad del laudo.

¹⁵ Traducción libre del autor, léase originalmente: “*It is the place of arbitration in the legal sense which must be mentioned in the arbitral award as the place where the award is made.*”

¹⁶ Traducción libre del autor, léase originalmente: “*the place where the arbitral award is made usually determines whether the award is a domestic or a foreign award.*”

En caso de encontrarnos ante un laudo extranjero, es decir, un laudo dictado en una sede distinta al Estado en donde se desea que el laudo surta efectos, se requerirá primero de una diligencia de reconocimiento para que este fallo arbitral extranjero sea igualmente válido y vinculante en ese Estado y que, por ende, pueda ejecutarse. Nos referimos al proceso de exequátur, que es el examen y venia de un Estado para que las sentencias o fallos extranjeros, entre ellos laudos, sean reconocidos también en este como títulos con autoridad vinculante, incorporándolos al ordenamiento jurídico nacional; este proceso de exequátur no aparece en los pasos a seguir cuando intentamos la ejecución de un laudo local, es decir un laudo dictado en el mismo lugar donde se pretende su ejecución, ya que simplemente no es la acción judicial que corresponde, buscaremos las diligencias establecidas en la legislación nacional para sus títulos de ejecución porque, por lo general, ya se reconoce al laudo arbitral firme emitido en ese mismo Estado como parte de su ordenamiento jurídico nacional desde que el mismo se dictó¹⁷.

Cuando hablamos de la ejecución de laudos extranjeros debemos identificar si habrá tratados internacionales adicionales aplicables, en este caso, debo mencionar la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) dictada por la Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional CNUDMI que es el tratado marco que busca unificar la legislación de todos los países en materia de comercio y arreglo de diferencias comerciales internacionales para tener un ordenamiento especializado y adecuado para el reconocimiento de laudos extranjeros, procurando que los laudos encuentren en las distintas jurisdicciones en las que se intente su reconocimiento y ejecución, instancias judiciales que comprenden la importancia de coadyuvar a que las relaciones comerciales internacionales se desenvuelvan de la mejor manera permitiendo la ejecución de los laudos que dirimen sus diferencias económicas a través de normativas que vinculen a las autoridades a sostener discusiones y exámenes técnicos y pertinentes para tal fin¹⁸, así como la importancia de adoptar el compromiso de resolver estas pretensiones de manera diligente y expedita. Hasta la fecha son 166 países los que han ratificado la convención, por lo que, en la mayoría de casos de solicitud de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la Convención de Nueva York será también un andamiaje legal aplicable.

¹⁷ En El Salvador el Artículo 63 LMCA dota al laudo arbitral firme con fuerza y validez, así como con autoridad de cosa juzgada para proceder a su ejecución, lo que nos lleva al Art. 554 Ord. 2° de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) que indica que el laudo es un título de ejecución nacional y que por lo tanto el cauce procesal para su ejecución, en caso de ser necesario, es **el proceso de ejecución forzosa**. No así cuando se trata de un laudo extranjero en donde primero necesitamos el reconocimiento y autorización del mismo ante las autoridades nacionales con **el proceso de exequátur**, regulado en nuestra Constitución en su Art 182 Ord. 4° y en nuestro CPCM en su Art. 555 y siguientes de la mano con los tratados internacionales ratificados aplicables, por ejemplo: La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958).

¹⁸ La Convención de Nueva York en su Artículo 5 establece las únicas causales por las cuales se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero y básicamente se refieren a situaciones que hayan viciado al procedimiento arbitral y que representen situaciones graves que no pueden conciliarse, por ejemplo, una constitución arbitral que no haya sido de acuerdo al convenio arbitral, que la disputa resuelta no estaba prevista a discutirse en arbitraje, que no se haya garantizado el debido proceso a una de las partes, entre otras; de igual manera las causales mencionan otras razones en las cuales el país puede negar el reconocimiento y ejecución: cuando el laudo altere el orden público de ese país o que la disputa resuelta trate de una materia que no es arbitrable en ese Estado.

Según sea el laudo, local o extranjero, debemos estudiar las legislaciones aplicables, procedimientos y competencias en las jurisdicciones a las que solicitemos la ejecución y también, en caso de ser los abogados de la parte a la que se le exige el cumplimiento del laudo, conocer el catálogo de oposiciones admisibles en los procesos judiciales para frenar el reconocimiento o ejecución de un laudo; hemos de tomar en cuenta que se aplicarán distintas legislaciones para cada caso y que en estas las razones para oponernos serán también diferentes, todo para preparar una defensa y oposiciones correctas.

Ahora, no existe fórmula que como resultado nos señale la mejor sede arbitral para nuestros contratos, requiere de mucha observación de las particularidades de cada negocio jurídico y de las necesidades y características de las partes dentro del contrato, debemos estudiar de forma suficiente las legislaciones de las sedes candidatas que mejor satisfagan lo anterior; lo que sí puede recomendarse, en todo caso, es identificar en los candidatos ciertos elementos que revelen conveniencias y relaciones sanas entre el órgano judicial y los procesos arbitrales: Primero, buscar un lugar neutral para las partes. En caso de los arbitrajes internacionales, ninguna de las partes querrá someterse a la *lex arbitri* del otro considerando que hacerlo es tener una desventaja pues la contraparte conoce su propio sistema, por lo que al buscar un lugar ajeno para las partes se eliminan este tipo de inconvenientes y disgustos que pueden alargar la disputa, evaluar igualmente la cercanía de las partes, el idioma, los costos, etc. Se recomienda el verificar que la legislación nacional se encuentre en armonía con estándares internacionales especializados en la materia, por ejemplo, que la legislación que rige los arbitrajes se encuentre en consonancia con la Ley Modelo CNUDMI y que ese país haya ratificado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), también que la cultura jurídica y conocimiento que ese Estado candidato a sede y sus jueces poseen respecto al arbitraje, sea a favor del respeto de la actividad del tribunal arbitral, de la firmeza de sus decisiones finales, la limitación de la actividad judicial de control sobre el arbitraje, la forma de fallar del órgano jurisdiccional para identificar si sus criterios son pro arbitraje o no¹⁹, identificar sus procedimientos arbitrales y judiciales aplicables, sus plazos, requisitos, mora judicial, medios de impugnación, estabilidad judicial y todo lo que puede girar en torno al arbitraje que pretendemos someter a su jurisdicción y legislación antes de plasmarlo en la cláusula.

3. PANORAMA Y DESAFÍOS DE UN MIEMBRO DE LA REGIÓN, EL SALVADOR

Las legislaciones de arbitrajes comerciales deben ser configuradas desde la óptica de los usuarios y la naturaleza de sus controversias. El comercio y los problemas que pueden surgir del mismo son mucho más dinámicos y ese mismo dinamismo debe influir en el Estado a través de la revisión constante de sus disposiciones, detección de normas inadecuadas y el perfeccionamiento de la legislación de la mano de los mejores estándares en la materia para promover y coadyuvar con el pleno desarrollo de estas relaciones económicas que son beneficiosas para toda la sociedad.

¹⁹ Por ejemplo, buscar jurisprudencia o casos en donde se hayan resuelto satisfactoriamente excepciones de arbitraje o donde se hayan denegado, casos en donde las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral hayan sido acatadas sin necesidad de intervención judicial, jurisprudencia que denote confianza o desconfianza hacia los árbitros, etc.

El arbitraje en El Salvador parte de su Constitución de 1983 en su Artículo 23 en donde se reconoce a los ciudadanos la libertad de contratación y, a su vez, la libertad para finalizar sus disputas, cuando estas sean civiles y comerciales, a través de transacción y arbitraje; es hasta agosto de 2002 en donde tendríamos un marco dedicado la regulación de mecanismos alternos para la solución de controversias, entre ellas, del arbitraje con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje; sin duda un avance significativo, aunque tardío considerando que dentro de la legislación salvadoreña ya se encontraban tratados internacionales ratificados como la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional ratificada en 1980 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York ratificada en 1998, que implicaban tener marcos regulatorios propios de arbitraje para el soporte de estos pactos, como las autoridades competentes, reglas aplicables por defecto, materias excluidas de arbitraje, entre otras. Antes de 2002 el arbitraje se encontraba disperso en distintos cuerpos normativos, por lo que contar con una ley específica fue un paso meritorio para el país, no obstante, ahora es insuficiente y se necesitan de urgentes actualizaciones.

La LMCA indica como su objeto el establecer un régimen jurídico para el arbitraje, así como la configuración de otros mecanismos alternos; se establecen principios rectores para el arbitraje reconociendo en estos la autonomía de las partes dentro del proceso, a su vez, la LMCA establece que el arbitraje puede ser en derecho, equidad o técnico instaurando la clasificación de arbitrajes de mayor y menor cuantía si la pretensión excede o es inferior a ₡25,000 o \$2,800 aproximadamente, asimismo los arbitrajes ad-hoc e institucionales. La ley determina las materias arbitrables, también se dedica un Artículo a la competencia y el auxilio judicial, el convenio arbitral prevalece sobre la jurisdicción ordinaria ya que, habiendo estipulado el arbitraje como mecanismo para solventar sus desacuerdos y una parte acude a los tribunales judiciales, puede alegarse la excepción arbitral, la que de estimarse, no permite recurso en contra (Arts. 31)²⁰.

Los árbitros es uno de los puntos que expresaré en el presente artículo en donde la ley flaquea y representa, más que un soporte para las partes, un obstáculo que puede traer problemas innecesarios en caso de la aplicación supletoria de la ley sede por no haberse regulado bien en la cláusula arbitral: En su Artículo 37, las partes son las que nombran a sus árbitros, pero cuando no llegan a un acuerdo al respecto, la ley establece que puede llegarse al “sorteo por insaculación” de árbitros, es decir, que el azar de un sorteo sea el que nombre a los árbitros para la causa en caso de

²⁰ En 2019 en el proceso de Amparo Ref. 109-2016 ante la Sala de lo Constitucional de El Salvador sucedió un caso que vale la pena mencionar y que apunta la importancia de explorar la percepción del poder jurisdiccional sobre el Arbitraje en el país candidato a sede, así como de la experticia de sus jueces para resolver situaciones referentes a arbitraje, como por ejemplo, la excepción de arbitraje; la jurisprudencia aquí mencionada relata el caso de una excepción de arbitraje invocada que luego el juez estimó, sin embargo, y contrario a lo que establece el Art. 31 LMCA respecto a que la decisión no admite recurso alguno, se presentó una apelación ante el juez *ad quem* en donde este revocó la decisión del *a quo* y le ordenó que él llevara la causa y no un tribunal arbitral; la batalla siguió hasta tercera instancia en donde sostuvieron que el proceso debía tramitarse en sede judicial, pese a haber una cláusula arbitral cuya controversia era arbitrable según la ley. Elevó a través de un amparo por vulneración del derecho a terminar las diferencias por arbitramiento en donde nuestro tribunal constitucional amparó al actor indicando que la única resolución válida era la del juez *a quo* que accedió a la excepción de arbitraje. Por un lado, nuestros jueces constitucionales detectaron y corrigieron este problema con la contundencia del tema, pero por el otro, este problema empezó desde 2010 y no hubiera terminado hasta 2019 si nuestros jueces de segunda y tercera instancia hubieran estado más de cerca de la doctrina y legislación de arbitraje para evitar perjuicios a los ciudadanos como el presente.

desacuerdos que no pudieron resolverse entre partes o con el centro de arbitraje designado, lo cual puede acarrear que la controversia no se le encomiende a un árbitro idóneo producto de la suerte. Lo recomendable es procurar llegar a acuerdos a la hora del nombramiento o encomendar esta tarea a un tercero especializado como un centro de arbitrajes y más en un arbitraje ad-hoc, es dejarlo en mano de profesionales sin dejar nada a la fortuna.

Otro desacierto de la LMCA, y del cual se debe tener mucho cuidado a la hora de redactar nuestra cláusula arbitral o de nombrar sede arbitral a El Salvador, es la regla por defecto de la duración del proceso arbitral: **Tres meses (Art. 49)**. En párrafos anteriores comenté respecto a esta disposición que no corresponde a la realidad y práctica del arbitraje en otras latitudes por ser muy corto y que puede significar que un laudo no sea suficientemente discutido o que las actuaciones se lleven con prisa, aumentando tal riesgo para controversias más complejas. Lo recomendable en este punto es derogar este plazo en nuestro pacto arbitral dejándolo sin efecto o pactar en contrario con un plazo más razonable, gracias a que, al ser una norma de procedimiento, la ley les da libertad a las partes para configurar el suyo, salvándonos así de una nulidad del laudo por incumplir un plazo que no es razonable y que puede ser lesivo a la causa.

También, El Salvador es la excepción en un tópico que pondría una expresión de extrañeza en los rostros de los miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que redactó la Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI y que también debemos tener muy en cuenta a la hora de redactar una cláusula arbitral o de designar la sede en este país; la LMCA estipula que en caso de no mencionar la forma en la que los árbitros resolverán nuestra disputa, deberán resolver con equidad también conocido como *ex aequo et bono* (Art. 59) situación que es a la inversa en la Ley Modelo CNUDMI en su Art. 26, ya que indica que los árbitros deberán resolver por equidad solamente cuando las partes así lo autoricen expresamente debido a la seguridad que ofrece una decisión fundada en normas jurídicas más que una fundada en parámetros y categorías subjetivas, todo en aras de ayudar a las partes que hayan omitido este aspecto, sin embargo, en El Salvador ocurre lo contrario, y puede implicar que la decisión en una importante y cuantiosa disputa sea resuelta dependiendo de los códigos morales de los árbitros y no sobre la fijeza y seguridad que ofrece el derecho. Aquí la recomendación es pactar en contrario a esta regla general de la LMCA, es decir, salvo que las partes decidan *ex aequo et bono*, **establecer en nuestra cláusula que nos someteremos a arbitraje de derecho**, de no hacerlo, la ley suple contrario al estándar internacional aceptado en caso de esta omisión.

Otro de los aspectos en los cuales me es imperativo realizar una crítica más enérgica debido a su trascendencia y a la urgencia de su corrección ya que representa un total error en la regulación del arbitraje en mi país, es la referente a los medios de impugnación, específicamente, a la creación del recurso de apelación contra los laudos arbitrales ante el órgano jurisdiccional (Art. 66-A). Con el paso del tiempo se espera que concurra la evolución, pero El Salvador, en materia de arbitraje, mostró involución; en octubre de 2009 se realizaron reformas a la LMCA en las que básicamente se otorgaban más competencias de apoyo y control al órgano judicial sobre el arbitraje, por un lado se encomendaba el nombramiento de árbitros también a las Cámaras con competencia en materia civil, pero por el otro, la creación del recurso de apelación para los laudos arbitrales pronunciados en arbitrajes de derecho ante las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil, es decir, la posibilidad que un tribunal judicial revise el fondo del asunto pasando por alto la decisión de los árbitros que, con base en la voluntad, autonomía y libertad de contratación de las

partes, fueron los únicos autorizados para decidir la controversia, no los jueces, es más, la existencia de tal delegación a través de una cláusula arbitral es la manifestación más clara que la intención de las partes es alejarse y evitar llevar sus desacuerdos ante un juez, lamentablemente, nuestro legislador acerca la controversia a la posibilidad que, mediante el arbitraje, un juez pueda tener la última palabra de todas maneras, desnaturalizando por completo la figura del arbitraje y complicando el panorama con intervinientes no deseados por las partes como lo son los tribunales de justicia y lo que viene con ellos como, por ejemplo, la mora judicial o jueces no necesariamente versados en la materia discutida para la cual en el proceso arbitral se hicieron selecciones minuciosas para nombrar al tribunal arbitral idóneo y experto, pero que no serviría de mucho pues será el tribunal de justicia el que tiene la última palabra pudiendo prácticamente ser en vano todo un esfuerzo arbitral para las partes.

Dicha reforma generó disgusto en sectores de la sociedad civil expertos en la materia y se cuestionó la constitucionalidad de las mismas en 2011 mediante el proceso de inconstitucionalidad Ref. 11-2010 indicando que la previsión de la apelación volvía al arbitraje estéril, sin embargo las respuestas del legislador denotaban poca cultura, conocimiento y desconfianza al arbitraje y al tribunal arbitral diciendo que una disputa resuelta por un árbitro debía, “con mucha más razón”, otorgarse una apelación, en la opinión del Fiscal general se indica que la idea de la apelación se basa en “impartir verdadera justicia imparcial” a las partes y, como cereza al pastel, la corte desestima la demanda indicando que la falibilidad de los árbitros es la que justifica la existencia de la apelación dado que “los únicos capaces de emitir decisiones irrevocables y vinculantes son los jueces” quienes son regidos por los principios de imparcialidad y exclusividad por lo que deben revisar los laudos al no ser dictados por ellos, dando paso a la judicialización del arbitraje que hemos señalado como negativa. La mejor recomendación en este punto es, haciendo uso de la libertad de configuración del proceso arbitral, renunciar al recurso de apelación en la cláusula arbitral cerrando así la posibilidad que nuestro laudo sea revisado nuevamente en sede jurisdiccional y dando firmeza a la decisión final de los árbitros ya que, de no derogarlo, al ser la apelación una norma de control de la sede arbitral salvadoreña, corremos el riesgo de acabar discutiendo la controversia frente a un tribunal judicial.

Así el panorama salvadoreño, la segunda recomendación y petición es para los legisladores de corregir y crear legislación actualizada en materia de arbitraje de la mano de estándares internacionales como la Ley Modelo CNUDMI y de concedores en la materia que hagan énfasis en que si se quiere alentar la inversión debemos mejorar este marco legal como un paso trascendente para ofrecer seguridad y atractivo no solo a nuestros nacionales, sino a los miembros de la región y del mundo que buscan invertir. Para que el país encuentre oportunidades económicas, debe mostrarse como una buena oportunidad para los agentes económicos; el legislador debe escuchar a los sectores de la sociedad expertos en la materia, se ha presentado un anteproyecto a la secretaría de la presidencia para que pueda hacerse realidad esta urgencia de regular correctamente esta institución, el anteproyecto corrige los problemas que hemos señalado y se ha construido con estándares de calidad internacional, si bien, no ha habido ningún avance desde su presentación, esperemos que pronto esto cambie por el bien de las partes que buscan en el arbitraje solucionar sus desacuerdos de forma diligente y definitiva, así como por bien del propio país. El contar con marcos adecuados en este ámbito genera atractivos y oportunidades incluso de la unificación y crecimiento de la región centroamericana en materia comercial en la que los

agentes económicos en la región pueden desenvolverse a lo largo de esta, sabiendo que en cualquier país tendrán seguridad para la resolución de sus controversias aumentando así la interacción entre nosotros. Ahora bien, hoy por hoy, al menos en El Salvador, la foto no es tan alentadora pues tanto para un arbitraje nacional, como en uno internacional con sede en el país, contamos con un marco jurídico que genera muchos obstáculos que pueden complicar el proceso más que favorecerlo, muestra de que tenemos un marco deficiente es que a la hora de redactar la cláusula debemos derogar y modificar muchas de sus disposiciones, la ley de la sede debe ser una herramienta para el proceso arbitral y no un campo de minas activas.

4. CONCLUSIONES

El lugar del arbitraje puede recoger dos sentidos, uno físico referente al lugar donde las partes o los árbitros pueden reunirse a deliberar o a producir pruebas; y otro legal que es al que me he referido en el presente artículo y al sentido al que la palabra “sede” realmente da a entender. La sede arbitral, como la jurisdicción y legislación que regirá a nuestro proceso arbitral, se traduce en efectos prácticos y sumamente importantes para el mismo antes, durante y después de su tramitación como lo es, a modo de nombrar algunos: la arbitrabilidad de la causa, las tareas de control y apoyo de los tribunales judiciales del país que designamos como sede, por ejemplo, con el apoyo a la ejecución de medidas cautelares o la dirección a seguir para ejecutar el laudo a través de haberle dado un origen sea doméstico o extranjero; tales consecuencias son las que hacen vital para los profesionales del derecho el conocer y fijar nuestra atención en esta designación a la hora de redactar cláusulas arbitrales para nuestros clientes, investigando a fondo las legislaciones, los poderes judiciales, sus competencias y culturas jurídicas de las ciudades o Estados candidatos a sede, así como las conveniencias para cada negocio jurídico e intervinientes en particular para una elección estratégica y eficiente. Descuidar este aspecto dentro de nuestros pactos arbitrales puede implicar una especie de patología tanto a la cláusula y al proceso arbitral, no tanto por la imposibilidad del pacto arbitral de llevarse a cabo, sino porque, producto de una elección de sede inadecuada, nuestro proceso puede llegar a mostrar tantas complicaciones para las partes que mejor hubiese resultado ir a un tribunal judicial; para evitar lo anterior, debemos conocer lo básico sobre sede arbitral.

El objetivo de mis planteamientos ha sido mostrar la importancia práctica del conocimiento y estudio de la sede arbitral en nuestros arbitrajes, tanto con doctrina, como con un vistazo práctico al tratamiento de la sede aquí en El Salvador aplicando lo conceptualizado, así como señalar los desafíos a superar que tiene la legislación de mi país para convertirse en un candidato a sede que prometa una verdadera resolución expedita, técnica y cooperativa con las partes y su decisión de alejarse de la jurisdicción ordinaria, y así, ser atractiva para los agentes comerciales y sus iniciativas económicas. Para que el país encuentre oportunidades económicas, debe mostrarse como una buena oportunidad para los agentes económicos y más allá de estabilidad política, promesas, imágenes de confianza y amistad en la región una de las formas de mejorar el clima de inversión es a través de la mejora regulatoria y, con relación al tema tan apasionante que nos ha reunido en esta ocasión, la mejora regulatoria de un marco imprescindible para el comercio: la resolución de sus diferencias económicas a través del arbitraje como mecanismo diseñado para satisfacer las exigencias del comercio, si los países se preparan mediante el perfeccionamiento de sus legislaciones arbitrales no solo estarán listos para recibir y colaborar con los agentes

económicos interesados en invertir dentro de ese territorio, sino dar un paso estratégico representando un lugar en el cual invertir es llamativo y seguro.

Lo anterior se logra con conocimiento, estudio, práctica y promoción de estos temas por parte de nosotros profesionales y estudiantes, sin duda el futuro es prometedor, cada vez son más los profesionales y estudiantes que nos interesamos por estos temas que son de gran valor y es este interés, junto con su divulgación, el que genera los cambios necesarios para enrumbar a horizontes más fructíferos y, mediante las líneas que he expresado en el presente artículo, he intentado aportar, aunque sea un poco, a ese esfuerzo de promoción del arbitraje como un elemento estratégico y fundamental en todo Estado, así como honrar el compromiso que debemos tener todos para el fortalecimiento y desarrollo de nuestras sociedades. Si usted me ha acompañado con su lectura hasta este punto, permítame agradecerle y desde El Salvador extenderle un fraterno abrazo.

Bibliografía

Doctrina

Bělohávek, Alexander. (2015). *Seat of Arbitration and Supporting and Supervising Function of Courts*. New York, Estados Unidos: Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, 5, 21-48.

Caivano, R. (2017). *La sede del arbitraje*. Revista El Derecho, [272] - (06/04/2017, nro. 14.157), 1-14. Tomado de <http://www.medyar.org.ar/opinion1705.php>

Poudret, J. Besson, S. (2002). *Droit comparé de l'arbitrage international*. París y Bruselas: Bruylant-LGDJ.

Van den Berg, A. (1985). *When is an Arbitral Award Nondomestic under the New York Convention of 1958?* Pace Law Review 6(25), 25-65. Tomado de <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol6/iss1/2/>

Normativa

Arbitration Act of the United Kingdom, 1996.

Constitución de la República de El Salvador, 1983.

Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptado en Panamá en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, 1975, ratificada por El Salvador en 1980.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, New York adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, 1958, ratificada por El Salvador en 1998.

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, 2002, Decreto No. 914, Tomo No. 536, DO. No. 153.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, 1985 y sus enmiendas aprobadas en 2006.

Jurisprudencia

Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 11-2010, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2011.

La defensa por estado de necesidad en futuros arbitrajes de inversión debido a la pandemia

Juan Pablo Gómez Moreno¹

Resumen:

El objetivo de este artículo es estudiar la aplicación de la defensa por estado de necesidad a futuros arbitrajes de inversión que tengan lugar con ocasión de la pandemia. Para tal efecto, se hace una recopilación de algunas de las medidas adoptadas por los Estados para hacer frente al coronavirus y explica por qué estas actuaciones pueden dar lugar a reclamos de inversión. Posteriormente, retoma las defensas que tienen disponibles los Estados en derecho internacional para asumir estos arbitrajes y se centra en la defensa por estado de necesidad, analizando de forma crítica la conveniencia de este mecanismo y las limitaciones que ha tenido en el pasado. A partir de esto, se ofrecen algunas reflexiones sobre lo que podría o debería ocurrir en controversias futuras que se presenten en este contexto, así como conclusiones con respecto a los efectos sistémicos que podrían tener estos conflictos.

Palabras clave:

Estado de necesidad; arbitraje internacional; arbitraje de inversión; derecho internacional; pandemia.

Abstract:

The purpose of this paper is to study the application of the defense by state of necessity to future investment arbitrations that take place due to the pandemic. For this purpose, it compiles some of the measures implemented by States to deal with the coronavirus and explains why these actions may amount to investment claims. Subsequently, it refers to the defenses available for States under international law to undertake these arbitrations and focuses on the defense by a state of necessity, analyzing critically the convenience of this mechanism and the limitations that it has faced in the past. Based on this, it offers some reflections on what could happen in future controversies that arise in this context, as well as conclusions regarding the systemic effects that these conflicts could have in the investment protection regime.

¹ Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Asociado de la firma Posse Herrera Ruiz, en Bogotá, Colombia. Miembro de Young ICSID, Young ICCA, Young ITA, ICC Young Arbitrators Network, ICDR Young & International, Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y Colombian Very Young Arbitration Practitioners.

Key words:

State of necessity; international arbitration; investment arbitration; international law; pandemic.

I. *Introducción*

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró una pandemia por motivo del Covid-19 y varios Estados adoptaron medidas para combatir los riesgos del virus. Como parte de estas medidas, se implementaron acciones como restricciones a la movilidad, cierres de establecimientos comerciales o suspensión de actividades económicas. La mayoría de estos programas pueden, potencialmente, afectar la capacidad operativa y financiera de distintos actores del mercado. Entre estos actores, se encuentran los inversionistas extranjeros, cuyas pretensiones financieras están en muchos casos amparadas por el sistema de protección de inversiones, a través de instrumentos como tratados de libre comercio y acuerdos de inversión. En ese sentido, los inversionistas podrían canalizar sus reclamos por medio de arbitrajes de inversión, lo que daría lugar a futuras controversias inversionista-Estado.

Con esto en mente, debe resaltarse que los hechos que rodean la pandemia tienen varias particularidades. Por una parte, se trata de una situación que sobrevino de manera inesperada, para la cual los Estados no estaban preparados. Además, las actuaciones de los gobiernos se dieron ante la ausencia de estándares técnicos o científicos determinantes, pues muchas de las medidas fueron aplicadas conforme se fue teniendo un mayor conocimiento del virus. Esto puso a prueba la capacidad institucional de los Estados de responder de manera rápida y eficaz. Por otra parte, la misma falta de fundamentos claros para tratar la pandemia sugiere que es muy probable que en varios casos se hayan tomado medidas inocuas o desproporcionadas. De tal forma, se sugiere una tensión entre al menos dos factores: la capacidad soberana de los Estados de actuar para enfrentar la crisis y el derecho de los inversionistas de no ver su inversión afectada por medidas que no sean idóneas para tratar la contingencia.

Estos factores suponen que, en caso de presentarse controversias futuras como las aquí descritas, es oportuno contar con un mejor entendimiento de algunos de sus elementos más relevantes. Por estos motivos, es necesario analizar la tensión antes descrita desde ambas perspectivas. De una parte, la estructura de algunas de las medidas tomadas por los gobiernos y su relación con las inversiones. De esta manera, se podría intentar identificar y explicar los estándares de protección a favor de los inversionistas que podrían ser afectados por las medidas. De otra parte, las justificaciones que tendría el Estado para actuar de esta forma y las defensas que podría invocar para liberarse de responsabilidad ante eventuales demandas. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como se explicará más adelante, estas defensas tienen limitaciones importantes y han sido interpretadas en el pasado de forma muy restrictiva. Por tanto, representan un reto verdadero para los Estados si es que se espera que estas puedan prosperar.

En este contexto, el presente artículo analiza cuáles podrían ser los potenciales reclamos de los inversionistas y las defensas de los Estados por las medidas tomadas para hacer frente a la

pandemia. Sin embargo, para limitar el alcance del presente escrito, se hará énfasis en la defensa por estado de necesidad en derecho internacional y se mostrará que, aunque esta puede ser una de las alternativas más razonables para hacer frente a las demandas, la interpretación que han tenido tribunales pasados hace que su aplicación en controversias futuras esté sujeta a varias dificultades. Para dar claridad, este artículo se divide en los siguientes capítulos: en el primero, se desarrollan los potenciales reclamos de los inversionistas; en el segundo, se tratan las defensas de los Estados y el estado de necesidad en particular; en el tercero, se presentan algunas reflexiones para futuros arbitrajes y, en el cuarto, se plantean las conclusiones.

II. *Potenciales reclamos*

A partir de las regulaciones internacionales y domésticas a las que se tiene acceso público, así como la recopilación del Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, podría decirse que las medidas adoptadas por los Estados frente a la pandemia son al menos de seis tipos: (i) restricciones a la movilidad, como cierre de fronteras, cuarentenas y prohibiciones de viaje; (ii) suspensión de obligaciones como deudas bancarias y pago de servicios; (iii) cese de actividades económicas no esenciales, así como transporte de mercancías, importaciones y exportaciones; (iv) apropiación de licencias, establecimientos o productos, (v) apoyos para mitigar los efectos económicos, como rescates, beneficios fiscales y subsidios; y (vi) medidas para promover el movimiento de bienes y trabajadores esenciales dentro del territorio.

A continuación, se mencionan algunos ejemplos de estas medidas, según las decisiones adoptadas por distintos jefes de Estado. Con respecto a restricciones de movilidad, el 31 de marzo de 2020, nueve de cada diez personas vivían en países con limitaciones de viaje (Connor, 2020). En cuanto a suspensión de obligaciones, en El Salvador se congelaron los pagos de hipotecas y tarjetas de crédito (Gudiño, 2020). Para asegurar el abastecimiento de productos de salud, en India se prohibió la exportación de ciertos medicamentos (Singh, 2020). De igual manera, en materia de apropiaciones y de apoyos, en España se nacionalizaron los hospitales y compañías de salud privadas (Matthews, 2020), mientras que, en Italia, se rescató la aerolínea Alitalia para evitar su quiebra (Pallini, 2020). Por último, para permitir el libre movimiento, en Perú se suspendió el pago de peajes en las carreteras (Sanderson, 2020).

Como ya ha sido identificado por algunos autores, estas medidas pueden suscitar futuras demandas de inversión (Bakry, 2020). Ahora bien, el contenido específico de cada reclamo dependerá de las protecciones previstas en el acuerdo de inversión (AII) y el lenguaje de estas. En tal medida, las posibilidades de un análisis general son limitadas y la evaluación de estos reclamos deberá hacerse caso por caso. Sin embargo, para los efectos del presente artículo, cabe mencionar por lo menos dos de los estándares de protección que son pertinentes al caso y comunes en la mayoría de AII (Fietta, 2006). El primero de estos es el trato justo y equitativo, en adelante TJE. Sobre este, es importante aclarar que, como indica Dolzer (2005), este no tiene una definición clara, a pesar de ser el más común. Por tanto, es más adecuado seguir una connotación genérica, según la cual el TJE “comprende la razonabilidad y proporcionalidad. Esencialmente garantiza que el inversor extranjero no recibirá un trato injusto, con debida consideración de todas las circunstancias del caso” (El Paso v. Argentina, párrafo 373, énfasis propio).

En cuanto a la *razonabilidad*, se destacan las expectativas legítimas del inversionista (Campbell, 2013). Para protegerlas, el Estado debe tener un marco regulatorio y una conducta estable, actuando de manera coherente, transparente y sin ambigüedades, para que el inversionista pueda planificar su negocio (Tecmed v. México, párrafo 154). Con respecto a la *proporcionalidad*, los tribunales deben considerar si las medidas del Estado para proteger fines como la salud pública o la estabilidad económica son excesivas (Occidental v. Ecuador, párrafo 416). Adicionalmente, al evaluar estos factores, los tribunales han tenido en cuenta si las medidas se adoptan por motivaciones genuinas o “ilegítimas”, como serían presiones de la ciudadanía (Tecmed v. México, párrafo 164), intereses electorales (Azurix v. Argentina, párrafo 375) o agendas políticas (Gold Reserve v. Venezuela, párrafo 580).

Tecmed v. México

Este caso enfrentó a un inversionista español y a México por una inversión realizada en 1996 sobre un vertedero de desechos peligrosos. En esta controversia, el inversionista reclamó la violación del TJE por la no renovación por parte de las autoridades locales de la licencia para operar el vertedero. Debido a varias razones, entre ellas presiones sociales por los riesgos humanos y ambientales, las autoridades determinaron que debía reubicarse el vertedero, lo cual fue notificado al inversionista. A juicio del tribunal, la violación se dio porque las autoridades actuaron de manera inconsistente. Estas sugirieron al inversionista que podría operar hasta que se lograra reubicar el vertedero y luego decidieron no renovarle la licencia. Este caso tiene dos factores de particular interés para este análisis, pues han sido consideraciones tomadas por tribunales posteriores para adoptar sus propias decisiones sobre el TJE (Ortino, 2018).

De una parte, el tribunal se decidió por incorporar un deber de los Estados de garantizarle al inversionista un marco regulatorio estable. Esta interpretación ha llevado a otros tribunales a determinar que los cambios regulatorios en temas como tarifas de impuestos y aduanas, que incentivaron la inversión en primer lugar, son violaciones al TJE. Esta ha sido cuestionada, pues implica una gran restricción a la capacidad de introducir cambios normativos por necesidades regulatorias y plantea una noción de estabilidad en la política pública que parece utópica (Douglas, 2006). De otra parte, en la medida que la influencia de movimientos ciudadanos fue un tema destacado en el caso, la deferencia del tribunal al no pronunciarse sobre este aspecto mostró cierto rechazo, escepticismo o desinterés hacia el elemento del interés público en las decisiones del Estado, lo que dificulta darle un lugar a tal componente en estas disputas (Islam, 2018).

En ese sentido, la expedición de normas extraordinarias, la apropiación de licencias, establecimientos y productos, o la suspensión y terminación de contratos podrían ser poco razonables porque afectan las expectativas que dieron origen a la inversión. De igual manera, las cuarentenas o el cese de actividades económicas podrían ser desproporcionadas si duran más tiempo del necesario o tienen un alcance excesivo (Arato, 2020). Asimismo, en línea con la noción de motivos “ilegítimos”, ya varios autores han elaborado sobre el concepto de “pandemic politics”, explicando cómo las circunstancias de la pandemia crean ventanas de oportunismo político para que se avancen ciertos intereses y agendas partidistas (Dodds et al., 2020).

El segundo estándar es la expropiación, entendida de manera general como la toma de la propiedad privada por parte del Estado, ya sea de forma directa, mediante la transferencia o confiscación forzosa de la propiedad, o indirecta, a través de medidas que afectan la propiedad de manera incidental (Reinisch, 2008). La expropiación indirecta es más común y puede darse por medidas del Estado que interfieren con la explotación de la propiedad (Metalclad v. México, párrafo 103); destruyen el valor comercial de una inversión (CME v. Czech Republic, párrafo 591); o paralizan la actividad económica del inversionista (Middle East Cement Shipping v. Egypt, párrafo 107). Además, es importante aclarar que la expropiación indirecta puede ocurrir incluso si no hay medidas concretas, a través omisiones o actos del Estado que generen los mismos efectos (Generation Ukraine, Inc v. Ukraine, párrafo 20.22).

Middle East Cement Shipping v. Egypt

En este caso, el demandante era un inversionista de Grecia que había obtenido en 1982 una licencia para la importación, venta y almacenamiento de cemento en Egipto. En 1989, Egipto implementó un decreto por medio del cual se prohibía la importación de cierto tipo de cemento. Esta norma fue revocada en 1992. Durante la vigencia del decreto, la actividad económica del inversionista se paralizó y este no quiso reactivarla para cuando el decreto dejó de estar en vigor. Por el contrario, presentó un reclamo por la violación de sus derechos bajo el tratado de inversión entre Grecia y Egipto, argumentando que había ocurrido una expropiación indirecta. En la decisión sobre el reclamo, el tribunal dio la razón al demandante. De acuerdo con su interpretación, se había presentado una expropiación, pues a pesar de que el inversionista aún ostentaba formalmente la propiedad y administración de la inversión, las medidas del Estado lo habían privado en realidad de obtener los beneficios económicos de esta.

Este caso es de interés para el presente análisis en al menos dos sentidos. En primer lugar, sirve para entender cómo podría operar la expropiación indirecta en el presente caso. Lo anterior, en la medida que, aunque los inversionistas no sean despojados de su inversión, las acciones que suspendan su actividad económica pueden considerarse expropiatorias (Isakoff, 2013). De conformidad con esto, debe tenerse en cuenta la manera en que los programas estatales para hacer frente a la pandemia afecten al inversionista en toda su actividad económica. Entre estos efectos, podría considerarse, por ejemplo, si altera la capacidad operativa o productiva, o si se induce a que el inversionista incumpla sus obligaciones contractuales con otros actores del mercado (Escarcena, 2014). En segundo lugar, pone de presente un asunto que será de gran relevancia, a saber, el cálculo de la compensación y los daños (Wälde y Sabahi, 2007). En estos casos, será crucial para el tribunal saber hasta qué punto las medidas del Estado tuvieron un impacto en el valor de mercado de la inversión, teniendo en cuenta factores como el tiempo de las medidas, sus efectos reales y su alcance con respecto al inversionista.

Es claro que la nacionalización de compañías y la apropiación de establecimientos y productos, como centros de salud, medicinas o respiradores, pueden dar lugar a reclamos de expropiación. Sin embargo, estos también podrían surgir por medidas como excepciones a la protección de derechos de propiedad intelectual para producir medicamentos, tests y vacunas, así como la

reducción de precios o la imposición de topes para comercializarlos, pues se podría argumentar que esto disminuye el valor de las inversiones. Igualmente, esto podría presentarse en el caso de la suspensión en el pago de obligaciones financieras o servicios, como obstáculos a la explotación de la propiedad, o en eventos como cierres de fronteras y restricciones a las importaciones y exportaciones, pues se paraliza la actividad económica de los inversionistas.

En esencia, estos son los dos estándares más relevantes al momento de evaluar reclamos como consecuencia de las medidas presentadas. Sin embargo, las demandas pueden contemplar otros fundamentos. Por una parte, los inversionistas podrían recurrir al estándar de protección y seguridad plenas, el cual no se limita a la seguridad física del inversionista (*Biwater Gauff v. Tanzania*, párrafo 729) y se ha extendido hasta la obligación de tomar todas las medidas de precaución necesarias para proteger las inversiones una vez conocidos los riesgos de estas (*AMT v. Congo*, párrafo 6.05). Por otra parte, podrían acudir a las reglas sobre no discriminación respecto de otros actores económicos nacionales o extranjeros, por ejemplo, si ciertas medidas de apoyo económico son asignadas a unos inversionistas y no a otros.

III. *Defensas disponibles*

Ante reclamos bajo los AII, los Estados pueden presentar defensas contenidas en los AII y defensas de derecho internacional consuetudinario (Korzun, 2017). Las defensas de los AII son cada vez más sofisticadas y permiten proteger intereses regulatorios de los Estados, mediante, por ejemplo, la exclusión de ciertos sectores o tipos de medidas (Lester y Mercurio, 2017). De hecho, los tratados de última generación sugieren un giro en busca de mayor espacio regulatorio para los Estados (Spears, 2010). A manera de ejemplo, el párrafo 1 del artículo 8.9 del TLC entre Canadá y la Unión Europea se refiere a “la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y la moralidad pública (...)” (traducción propia). En la medida que estas defensas son específicas de cada AII y, por tanto, exigen un estudio caso por caso, este artículo se concentra en las defensas de derecho internacional consuetudinario.

Las defensas de derecho internacional consuetudinario se encuentran en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en adelante Artículos CDI (Crawford, 2002). En breve, estas defensas son las siguientes: fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad. Ahora bien, como se explicó en la introducción, estudiar en detalle cada una de estas defensas está fuera del alcance del presente artículo, por lo que este capítulo se concentrará en la defensa por estado de necesidad. Sin embargo, para efectos de contextualizar la pertinencia de esta defensa, se describirán brevemente algunas limitaciones de las otras alternativas y posteriormente se hará un estudio a fondo del estado de necesidad como tal.

Con respecto a la fuerza mayor (art. 23, Artículos CDI), los Comentarios a los Artículos CDI (en adelante, “los Comentarios”), disponen que en estos casos “(...) el comportamiento del Estado (...) es involuntario o por lo menos no entraña ningún elemento libre de elección” (Comentarios, art. 23, num. 1); y “la situación debe ser irresistible, de modo que el Estado de que se trate no tenga ninguna posibilidad real de eludir sus efectos” (Comentarios, art. 23, num. 3). En ese sentido,

puede decirse que las medidas adoptadas por los Estados son voluntarias y que estos siempre tienen alternativas, aunque estas sean remotas o muy onerosas, para hacer frente a un evento como la pandemia. En cuanto al peligro extremo (art. 24, Artículos ILC), los Comentarios disponen que esta defensa “(...) no abarca los casos más generales de emergencia, que son más una cuestión de estado de necesidad que de peligro extremo” (art. 24, num. 7), lo que parece limitar su ámbito de aplicación a situaciones concretas y no a emergencias generales.

Para el caso de la defensa por estado de necesidad (art. 25, Artículos ILC), la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ha presentado cinco criterios involucrados en su aplicación: (i) que exista un peligro grave e inminente; (ii) que este amenace un interés esencial del Estado; (iii) que las medidas adoptadas no afecten gravemente los intereses esenciales de otros Estados; (iv) que estas sean el *único medio* de salvaguardar el interés; y (v) que el Estado no haya contribuido a que se genere el peligro (Project Gabčíkovo-Nagymaros, págs. 40-41). Adicionalmente, en materia de arbitraje de inversión, son de particular interés para analizar esta defensa las demandas de inversión presentadas por diversos inversionistas contra Argentina en los años 2000-2002, pues el país argumentó que sus medidas estaban justificadas por un estado de necesidad creado por la crisis económica de la época (Brunner, 2009).

- (i) Existencia de un peligro grave e inminente, amenaza de intereses esenciales y ausencia de afectación de intereses esenciales de otros Estados

En principio, parece razonable aceptar que la pandemia es un “peligro grave e inminente”, toda vez que, según las proyecciones realizadas por algunos autores, se habrían presentado alrededor de 7.000 millones de contagios y 40 millones de muertes en un año si no se hubieran tomado medidas estrictas (Walker et. al., 2020). Además, en arbitrajes pasados ya se han aceptado como intereses esenciales del Estado la estabilidad económica (LG&E v. Argentina, párrafo 257) y la salud de la población (Suez v. Argentina, párrafo 260). En ese sentido, también parece razonable aceptar que las medidas para hacer frente a la pandemia se consideren encaminadas a proteger intereses esenciales. Por último, no hay mucho debate sobre la afectación de otros intereses esenciales, ya sea porque esto es difícil de determinar (CMS v. Argentina, párrafo 357); se trata de intereses generales (Sempra v. Argentina, párrafo 352); o se puede asumir que los intereses afectados son menos relevantes que los intereses protegidos (LG&E v. Argentina, párrafo 254).

- (ii) Las medidas son el único medio de salvaguardar el interés afectado

Con respecto al requisito del *único medio*, los Estados se enfrentan a un estándar muy alto que tiene al menos tres dificultades. En primer lugar, un tribunal no debe determinar si las medidas alternativas para hacer frente al peligro son superiores a las implementadas por el Estado, sino simplemente si existían o no varias formas de tratarlo (CMS v. Argentina, párrafo 323). En segundo lugar, siempre hay diferentes alternativas para aproximarse a un problema y se vuelve extremadamente difícil para un Estado demostrar que ninguna de estas estaba disponible (Enron v. Argentina, párrafo 308). En tercer lugar, la capacidad del Estado de implementar otras medidas es una consideración que puede calificarse como irrelevante en relación con el estándar, pues según

los Comentarios “(...) la excusa quedará excluida si existen otros modos (...) aunque puedan ser más costosos o menos convenientes” (art. 25, num. 15, énfasis propio).

(iii) El Estado no ha contribuido a que se genere el peligro

En relación con el requisito de *no contribución*, el mayor problema para los Estados es que este criterio permite que se cuestione su grado de contribución al riesgo sin poner un límite claro. Para empezar, los tribunales pueden considerar que los daños en contextos de crisis están necesariamente asociados a factores endógenos, por lo que siempre hay un grado de responsabilidad del Estado (CMS v. Argentina, párrafo 328). De igual manera, la contribución del Estado a la creación del daño podría remitirse a factores como una inadecuada valoración del riesgo o una falta de inversión en infraestructura para combatir la crisis (Azurix v. Argentina, párrafo 144). Por último, podría considerarse que incluso aquellas medidas diseñadas con buenas intenciones, pero que resultaron en efectos indeseados, son una forma en la que el Estado contribuyó por descuido a la creación del peligro (Impregilo v. Argentina, párrafo 356).

De acuerdo con lo anterior, la defensa por estado de necesidad se muestra como la alternativa diseñada para tratar situaciones de emergencia general. Además, parece razonable admitir que la demostración de sus tres primeros requisitos no entraña mayor dificultad. Sin embargo, al enfrentarse a los dos criterios restantes, los Estados encontrarían impedimentos sustanciales que se enfatizan en el contexto de la pandemia actual. En particular, porque se trata de una epidemia viral de la que se tiene poca información y predictibilidad (Koffman et. al., 2020). En esta medida, el virus fue un imprevisto desastroso para varios Estados y no hubo parámetros claros sobre cómo responder para enfrentarlo (Lippi et. al., 2020), lo que probablemente pudo dar lugar a muchas medidas que actualmente se consideran inadecuadas (Hafiz et. al., 2020)

Por esta misma razón, no deben descartarse otras alternativas de defensa, entre las cuales una vía puede ser la doctrina de poderes policivos (Sheridan, 2020). Según esta teoría, las medias implementadas por un Estado, que se encuentren dentro de su poder de policía, le permiten desconocer ciertas obligaciones de inversión, como la compensación (Titi, 2018). Esta doctrina no sólo se ha reconocido como una regla de derecho internacional consuetudinario (Saluka v. Czech Republic, párrafo 262), sino que ha sido sostenida en derecho internacional en casos como Philip Morris v. Uruguay, que involucraba intereses regulatorios, como la protección de la salud de la ciudadanía (Zarra, 2017), o el “Bischoff Case”, que también entraña medidas estatales para prevenir el contagio de una enfermedad (Lee, 2020). Sin embargo, no se discutirá esta opción en mayor detalle, pues supera los límites del presente ensayo.

Los casos contra Argentina: CMS y LG&E

La defensa por estado de necesidad fue presentada por Argentina en defensa a las demandas de inversión en su contra como consecuencia de la crisis económica a principios de los 2000. El 3 de octubre de 2006, el tribunal en LG&E determinó que se configuraban los supuestos para la existencia de un estado de necesidad. Sin embargo, 18 meses después y con base en hechos

virtualmente idénticos, el tribunal en CMS dedujo lo opuesto (Waibel, 2007). En ambos casos, los demandantes eran accionistas de compañías de gas ubicadas en Argentina. Como parte de la privatización que tuvo lugar en este país durante la última década de 1900, el gobierno había planteado un esquema de beneficios aduaneros para las empresas de distribución de gas, tales como el cálculo de estas tarifas en dólares estadounidenses, entre otros (Estache, 2003). Sin embargo, debido a la crisis, estos beneficios debieron ser ajustados, calculándose sobre el entonces devaluado peso argentino, lo que perjudicó las ganancias de los inversionistas.

En línea con lo presentado en este artículo, los demandantes argumentaron reclamos por violación a los estándares de expropiación y TJE. Ambos tribunales desestimaron la existencia de expropiación, pues consideraron que los inversionistas habían conservado la propiedad y el control de sus inversiones. Por el contrario, en los dos casos se identificó una violación del TJE. Según los árbitros, las regulaciones que existían durante la privatización en 1990 eran el motivo esencial para realizar la inversión. Por tanto, al modificarse estas regulaciones se había incumplido la obligación de mantener un marco regulatorio estable. De tal forma, los tribunales procedieron entonces a analizar las defensas por estado de necesidad. Sobre el tratamiento de esta defensa, ambos tribunales coincidieron en su carácter excepcional. Sin embargo, la aplicación concreta del estándar a los mismos hechos es distinta entre ambos casos.

En cuanto a la (i) afectación de intereses esenciales, en LG&E se tomó una aproximación amplia, que incluye distintos aspectos, como problemas económicos o financieros, y se determina caso por caso. Por el contrario, en CMS se indicó que sólo estarían cubiertos los intereses que implicaran una crisis severa o catastrófica. Con respecto al (ii) requisito de *único medio*, en LG&E sólo se dijo que, aunque había varias formas de enfrentar la crisis, era evidente que se necesitaba un paquete de medidas económicas como el que se había aplicado. Por su parte, en CMS se sugirió que la existencia de medidas alternativas era prueba suficiente para desvirtuar que las medidas del Estado eran la única forma de actuar. Por último, en cuanto al (iii) requisito de *no contribución*, en LG&E se consideró que no se había presentado evidencia suficiente de que el gobierno hubiera contribuido a la crisis. En sentido opuesto, en CMS se indicó que, aunque había factores exógenos que impulsaban los problemas económicos, resolverlos era carga del Estado y las políticas públicas implementadas fueron inapropiadas para este propósito.

IV. *Reflexiones para futuros arbitrajes*

- (i) ¿Qué ajustes deberían hacerse al estándar de revisión de los tribunales en estos casos?
 - a. La cara técnica del arbitraje de inversión

El primer ajuste debe ser la apreciación de la pandemia como un fenómeno técnico, es decir, darle un rol importante a la experticia en asuntos como la epidemiología y la política pública aplicada a situaciones de crisis. Por una parte, como podría inferirse de las reflexiones de Paddeu y Jephcott (2020), la pandemia nos es desconocida e impredecible, por lo que debe tenerse en cuenta que no hay una sola forma de tratarla. Además, determinar qué tan apropiadas son ciertas medidas

depende de una multiplicidad de variables, como la presencia del virus y su evolución o la infraestructura de un Estado, por lo que, ante la ausencia de una vacuna o un tratamiento focalizado, parecería que la mejor alternativa es un paquete de medidas estricto y diversificado.

Por otra parte, como propone Lo (2020), los tribunales deberán considerar el valor de los estándares internacionales, como las directrices de la OMS y el Reglamento Sanitario Internacional, al momento de evaluar las medidas adoptadas por los Estados. Frente a este punto, cabe aclarar que estos no necesariamente deben tomarse como regla de derecho, pero pueden considerarse como parte importante de la evidencia del caso, como ya lo han hecho tribunales pasados. De una parte, en *Philip Morris v. Uruguay*, con el objetivo de evaluar la efectividad de las medidas regulatorias se dio una importancia particular a las Guías para la Implementación del Artículo 11 de la Convención Marco sobre el Control del Tabaco. De otra parte, en *Continental v. Argentina*, las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y el gobierno de Estados Unidos tuvieron peso sobre la valoración de las medidas para tratar aspectos económicos.

b. La evaluación de las medidas

El segundo ajuste es hacer visibles los factores que influyen a los árbitros en la evaluación de las medidas implementadas por los Estados. Entre estos, además de las reglas jurídicas, un elemento relevante son las pautas cognitivas (Cole et. al., 2020). En general, los sesgos son un asunto latente en las decisiones judiciales, que afectan la forma en que un operador jurídico interpreta los hechos y las normas, a efectos de llegar a una conclusión sobre estos. En ese sentido, el objetivo de esta sugerencia no es eliminar los sesgos o hacer un estudio global sobre la presencia de estos en los arbitrajes de inversión. Por el contrario, el fin último de este ajuste es concentrarse en ciertos tipos de sesgos que son específicos y particularmente relevantes para los arbitrajes que pueden presentarse en el contexto de la pandemia. Entre estos, el más representativo para los árbitros es quizás el sesgo retrospectivo (Guthrie et. al., 2004).

Este sesgo consiste en que, al apreciar las consecuencias de ciertos hechos una vez estos han ocurrido, se tiende a considerar que estas eran previsibles (Roese y Vohs, 2012). El arbitraje está particularmente sujeto a este tipo de sesgo, pues la evaluación de los eventos se hace después de que han ocurrido los hechos (Sussman, 2017). En ese sentido, la evaluación *ex post* de los hechos de un caso puede llevar fácilmente a considerar que estos podían ser anticipados y resueltos a través de mejores medidas (Puig, 2019). Por tanto, al evaluar las medidas que los Estados tomaron para hacer frente a la pandemia, los tribunales deberán proceder con mucha cautela. En particular, deberían tenerse en cuenta factores como los siguientes: en qué condiciones apareció y se esparció el virus, qué información técnica o científica estaba disponible para tomar las medidas de contingencia, o cuáles eran los riesgos potenciales de no tomar estas medidas.

c. La capacidad regulatoria del Estado

El tercer ajuste debe ser la ampliación de la capacidad regulatoria del Estado. En un escenario como una pandemia, los Estados son los primeros llamados a actuar, por lo que necesitan poder disponer de su capacidad regulatoria para atender una crisis de salud pública. Sin embargo, como muestran Bonnitcha y Williams (2019), al igual que varios casos pasados, los tribunales tienden a desconfiar de las actuaciones del Estado cuando consideran que estas están políticamente

motivadas. Sobre este punto, cabría decir que, aunque las preocupaciones ya mencionadas sobre el oportunismo político en la pandemia deben tenerse en cuenta, es razonable pensar que varias decisiones sobre la pandemia van a estar políticamente motivadas (Fukuyama, 2020).

En ese orden de ideas, una alternativa es que la intervención del Estado sea considerada como un fenómeno normal y no como un indicador de arbitrariedad. En esta línea, ya se ha reconocido en el pasado que las políticas públicas son un espacio donde los asuntos políticos se comunican y se discuten, por lo que son eventos naturales (AES Summit v. Hungary, párrafo 10.3.24). De esta forma, en estos casos valdrá la pena considerar la doctrina del “margen de apreciación”, entendiendo que los Estados gozan cierto grado de libertad al actuar respecto de sus políticas públicas (Frontier Petroleum v. Czech Republic, párrafo 527). Lo anterior, a efectos de que los tribunales actúen con cierto grado de deferencia respecto de las medidas del Estado, dado que son intereses públicos los que estarían en juego en estas controversias (Arato, 2014).

Esta sugerencia no implica en sí misma la aplicación del margen de apreciación, al menos no en su concepto tradicional, en los arbitrajes de inversión. Esto, de hecho, entraría en el agudo debate académico en torno a este, teniendo en cuenta que su uso de forma discrecional y sin las razones adecuadas se ha criticado fuertemente (Born et. al.). Sin embargo, se considera que al menos ciertas premisas fundamentales de este estándar deberían reconocerse en casos como estos. Por una parte, que los Estados son los primeros expertos en su situación interna, por lo que están en mejor posición de conocer sus problemas y necesidades internos. Por otra parte, que estos diseñan sus medidas para hacer frente a estas situaciones con base en la información disponible y con el objetivo último de proteger su territorio. Esto no debe sugerir que tales premisas no tienen límites o que las actuaciones de los Estados sólo pueden ser juzgadas por los mismos. Al contrario, hay elementos que permiten balancear tales libertades, como es la interpretación de las obligaciones y los eventos a la luz del principio de buena fe (Cremades, 2011).

(ii) ¿Cómo ajustar la defensa por estado de necesidad?

En el capítulo anterior, se mostraron los retos que tienen los Estados con respecto a algunos de los requisitos de esta defensa, lo cual, además, ha hecho que esta haya sido rechazada en el pasado. Sin embargo, como se mostró anteriormente, en LG&E v. Argentina se dio un giro controversial a la interpretación del estado de necesidad. Con respecto al análisis de la medida como el *único medio*, el tribunal reconoció, sin mayores consideraciones, que el paquete de medidas del Estado era el único medio para hacerle frente a los riesgos esenciales identificados en el caso (párrafo 257). Asimismo, frente al criterio de la *no contribución* del Estado a la crisis, el tribunal determinó que el inversionista no había probado este elemento (párrafo 256). Sobre este punto, como Waibel (2007) explica, hay fuertes inconsistencias en el arbitraje de inversión, pues en los casos de CMS v. Argentina y LG&E v. Argentina, se dio cuenta de cómo dos tribunales pueden tener decisiones radicalmente opuestas sobre hechos virtualmente idénticos. Aunque los tribunales posteriores en Enron y Sempra parecieron dejar a un lado la interpretación minoritaria de LG&E, la decisión en Continental v. Argentina la revivió.

En ese sentido y como expresa Bjorklund (2008), lo más problemático de estas decisiones no es que hayan fallado de forma opuesta sobre lo mismo, sino que ambas son altamente insatisfactorias. Por una parte, todos los tribunales obviaron dar razones detalladas para justificar su posición sobre cómo (i) otras medidas alternativas eran mejores que las adoptadas por el Estado; (ii) las medidas del Estado eran el único modo de proteger sus intereses esenciales; o (iii) el Estado había contribuido de manera sustancial a generar la crisis. Por otra parte, esto deviene en una regla de “todo o nada”, pues se da a entender que cualquier medida diferente a la adoptada por el Estado, sin analizar su utilidad o disponibilidad, anula la defensa, lo que pareciera volverla imposible de reclamar. En consecuencia, en estos casos es mejor adoptar un estándar que permita consideraciones de adecuación y proporcionalidad (Reinisch, 2011).

- (iii) ¿Cómo pueden entonces ponderarse los derechos del inversionista y las necesidades del Estado?

El tribunal en *Saluka v. Czech Republic*, al analizar los intereses de cada una de las partes y la tensión entre ambos, propuso un lenguaje orientado a balancearlos. En particular, el tribunal reconoció que los estándares de protección de un AII no pueden leerse exclusivamente a partir de las motivaciones subjetivas del inversionista, sino que deben evaluarse las obligaciones de los Estados según estas sean apropiadas y realistas (párrafo 304). Sin embargo, a pesar de esto, en dicho caso no se especificó como debía hacerse esta ponderación. Por tanto, a continuación, se sugieren algunos criterios que pueden funcionar como punto de referencia.

En primer lugar, al evaluar los intereses del inversionista deberán considerarse la naturaleza y alcance de sus expectativas legítimas. Esto tiene al menos dos consideraciones. Por una parte, el derecho soberano a regular debe tenerse en cuenta al examinar la forma en que las medidas del Estado interactúan con las inversiones (*S.D. Meyers v. Canadá*, párrafo 263). Por otra parte, las diferencias entre distintos tipos de expectativas deben reconocerse, pues algunas, como compromisos específicos del Estado o contratos, ameritarán un mayor grado de protección que otras, como cambios legislativos en general (Potestà, 2013).

En segundo lugar, es pertinente mencionar algunos elementos que pueden ser relevantes en el momento en que el tribunal deba valorar los reclamos, pues estos casos tienen matices. Primero, la intensidad de las medidas y si el nivel de afectación de la inversión es sustancial (*Telenor v. Hungary*, párrafo 65). Segundo, además de los efectos económicos, los objetivos de las medidas y su relación con la protección de fines esenciales de riesgos graves, como una pandemia que pone en peligro la vida (*Methanex v. USA*, párrafo 7). Tercero, la temporalidad de las medidas, pues deberá evaluarse si estas o sus efectos son irreversibles o permanentes (*Plama v. Bulgaria*, párrafo 193). Cuarto, si el Estado ha otorgado compensación al inversionista por los perjuicios que puedan ocasionar las medidas (*Tidewater v. Venezuela*, párrafo 142).

En tercer lugar, al analizar las medidas del Estado, aunque hay distintas alternativas, una buena aproximación puede ser la del test de proporcionalidad que se acostumbra aplicar en otras áreas de la disciplina jurídica, como las actuaciones constitucionales respecto de políticas públicas. De hecho, la propuesta de aplicación de esta metodología en derecho internacional y arbitraje de inversión ya ha sido objeto de interesantes debates entre reconocidos juristas. En su aplicación,

por ejemplo, sería necesario que los tribunales consideraran criterios como los que se presentan a continuación, esto es, si: (i) la medida es adecuada para proteger un objetivo legítimo; (ii) la medida es necesaria toda vez que no hay alternativas disponibles y menos restrictivas que alcancen el mismo objetivo; y (iii) los beneficios de proteger el objetivo superan los costos de aplicar la medida (Stone Sweet y Della Cananea, 2013).

V. Conclusiones

El escenario general de la pandemia, las potenciales controversias y las defensas del Estado tienen un gran impacto en el arbitraje de inversión, sobre todo en las actuales tendencias del sistema de solución de disputas relativas a inversiones. Por una parte, siguiendo la doctrina del *regulatory chill*, según la cual el sistema de protección de inversiones genera una limitación a los Estados para actuar en su capacidad regulatoria y debilita las medidas implementadas por este (Janeba, 2019), se ha reforzado recientemente la preocupación de los Estados sobre los efectos que tiene este sistema en su facultad de lidiar con asuntos soberanos de alta prioridad, como la salud pública, el medioambiente o las crisis económicas (Waibel, 2010). En la pandemia, esta preocupación en torno a las restricciones del sistema de protección de inversiones crece, en la medida que los Estados observan cómo sus decisiones para lidiar con el virus dan origen a potenciales riesgos y cuantiosas pérdidas en futuros reclamos de inversión.

En esta línea, algunos países ya han adoptado medidas como retirarse de sus AII (Peinhart and Wellhausen, 2017). Además, la preocupación por la soberanía se suma a críticas sobre la consistencia del sistema, que han llevado a las discusiones de reforma en el Grupo III de UNCITRAL y que parecen resonar ante circunstancias como las ambivalencias en la defensa de estado de necesidad (Langford et. al., 2020). Por lo tanto, es latente cómo la pandemia, y lo que resulte de ella para el arbitraje de inversión, pueden reforzar y acelerar esta inercia de críticas y propuestas de transformación. Asimismo, por aversión al escenario contencioso, una segunda tendencia es que los Estados busquen salidas diplomáticas. En este momento, hay al menos dos al alcance (Heath, 2020). En primer lugar, se encuentran esfuerzos como los del Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, que ha elaborado borradores de propuesta para un acuerdo suspendiendo las controversias inversionista-Estado respecto de asuntos relacionados con la pandemia. En segundo lugar, está la alternativa de realizar una moratoria a todos los reclamos de inversión durante la pandemia.

Con independencia de cuáles sean los efectos puntuales de la pandemia en estas tendencias, lo cierto es que el sistema de solución de disputas relativas a inversiones está llamado a transformarse. En ese orden de ideas, la tesis defendida en este artículo favorece una transformación en la que se permita la continuidad del sistema, en al menos dos sentidos. Primero, que se renueve para tratar temas como una emergencia sanitaria global sin restar de manera desproporcionada y sin propósito capacidad regulatoria a los Estados. Segundo, que, al permitir un balance entre favorecer medidas legítimas y proporcionadas, y medidas con agendas políticas malintencionadas y oportunismo de los Estados, mantenga y recupere su legitimidad como una alternativa viable para la solución de controversias inversionista-Estado.

Bibliografía

Libros y revistas

- Arato, J. (2013). The Margin of Appreciation in International Investment Law. *Va. J. Int'l L.*, 54, 545.
- Arato, J., Claussen, K., & Heath, J. B. (2020). The Perils of Pandemic Exceptionalism. *American Journal of International Law*, 114(4), 627-636.
- Bakry, A. (2020). The COVID-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries, *Kluwer Arbitration Blog*, Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?print=print&doing_wp_cron=1594481552.8235120773315429687500.
- Bjorklund, A. K. (2008). Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure. En *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press.
- Born, G., Morris, D., & Forrest, S. (2020). "a margin of appreciation": Appreciating its irrelevance in international law. *Harvard International Law Journal*, 61(1), 65-134.
- Brunner, C. (2009). *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration* (Vol. 18). Kluwer Law International BV.
- Campbell, C. (2013). House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law. *J. Int'l Arb.*, 30, 361.
- Crawford, J., & James, C. (2002). *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge University Press.
- Cremades, B. M. (2011). Good faith in international arbitration. *Am. U. Int'l L. Rev.*, 27, 761.
- Cole, T., Ortolani, P., & Wright, S. (2018). Arbitration in its Psychological Context: A Contextual Behavioural Account of Arbitral Decision-Making.
- Connor, P. (2020). More than nine-in-ten people worldwide live in countries with travel restrictions amid COVID-19, *Pew Research Centre*, Disponible en: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/01/more-than-nine-in-ten-people-worldwide-live-in-countries-with-travel-restrictions-amid-covid-19/>.

- Dodds, K., Broto, V. C., Detterbeck, K., Jones, M., Mamadouh, V., Ramutsindela, M., ... & Woon, C. Y. (2020). The COVID-19 pandemic: territorial, political and governance dimensions of the crisis.
- Dolzer, R. (2005). Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *The International Lawyer* 39 (1), 87-106.
- Douglas Z (2006). Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*. 22:27–51.
- Escarcena, S. L. (2014). Indirect Expropriation in International Law. Edward Elgar Publishing.
- Estache, A. (2003). Argentina 1990s' Utilities Privatization: A Cure or a Disease?. World Bank Working Paper Series.
- Fietta, S. (2006). Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors Expectations in International Investment Arbitration. *J. Int'l Arb.*, 23, 375.
- Fukuyama, F. (2020). The pandemic and political order. *Foreign Aff.*, 99, 26.
- Gudiño, R. (2005). “Salvadoreños no pagarán servicios públicos por tres meses”: Nayib Bukele, *La República*, Disponible en: <https://www.larepublica.net/noticia/salvadorenos-no-pagaran-servicios-publicos-por-tres-meses-nayib-bukele>.
- Guthrie, C., Rachlinski, J., & Wistrich, A. (2001). Inside the Judicial Mind. Cornell Law Faculty Publications. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>
- Hafiz, H., Oei, S. Y., Ring, D. M., & Shnitser, N. (2020). Regulating in pandemic: evaluating economic and financial policy responses to the coronavirus crisis. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper*, (527).
- Heath, B. (2020, mayo 12). Guest Post: Suspending Investor-State Arbitration During the Pandemic. International Economic Law and Policy Blog. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/05/guest-post-suspending-investor-state-arbitration-during-the-pandemic.html>.
- Isakoff, P. D. (2013). Defining the scope of indirect expropriation for international investments. *Global Business Law Review*, 3(2), 189-210.

- Islam, R. (2018). *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*. Springer.
- Janeba, E. (2019). Regulatory chill and the effect of investor state dispute settlements. *Review of International Economics*, 27(4), 1172-1198.
- Koffman, J., Gross, J., Etkind, S. N., & Selman, L. (2020). Uncertainty and COVID-19: how are we to respond?. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 113(6), 211-216.
- Korzun, V. (2017). The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 50 (2), 355-414.
- Langford, M., Potestà, M., Kaufmann-Kohler, G., & Behn, D. (2020). UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions: An Introduction. *The Journal of World Investment & Trade*, 21(2-3), 167-187.
- Lee, J. (2020). Note on COVID-19 and the Police Powers Doctrine: Assessing the Allowable Scope of Regulatory Measures During a Pandemic. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 13(1), 229-248.
- Lester, S.; Mercurio, B. (2017). *Safeguarding Policy Space in Investment Agreements*, Institute of International Economic Law, IIEL ISSUE BRIEF 12/2017.
- Lippi, G., Sanchis-Gomar, F., & Henry, B. M. (2020). Coronavirus disease 2019 (COVID-19): the portrait of a perfect storm. *Annals of Translational Medicine*, 8(7).
- Lo, M. (2020). Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses Under International Investment Agreements, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 13 (1), 249-268.
- Matthews, D. (2020). Spain nationalizes private hospitals to combat coronavirus outbreak, *Daily News*, Disponible en: <https://www.nydailynews.com/coronavirus/nycoronavirus-spain-privatizes-hospitals-outbreak-20200316-4nhlxvys3jhfxhxw7wgjbore3y-story.html>.
- Ortino, F. (2018). The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?. *Journal of International Economic Law*, 21(4), 845-865.

- Paddeu, F.; Jephcott, (2020). COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II, *EJJIL: Talk!* Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>.
- Pallini, T. (2020). Italy just took full ownership of its national airline Alitalia to save it from collapse amid the coronavirus crisis. Here's the carrier's full troubled history, *Business Insider*, Disponible en: <https://www.businessinsider.com/alitalia-nationalized-by-italy-history-2020-3>.
- Peinhardt, C., & Wellhausen, R. L. (2016). Withdrawing from investment treaties but protecting investment. *Global Policy*, 7(4), 571-576.
- Potestà, M. (2013). Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept. *ICSID review*, 28(1), 88-122.
- Puig, S. (2019). Debiasing International Economic Law. *European Journal of International Law*, 30(4), 1339-1357.
- Reinisch, A. (2008). Expropriation. P. Mulchinski; F. Ortino; C. Scheuer (Eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 410-456, Oxford: Oxford University Press.
- Reinisch, A. (2011). Necessity in Investment Arbitration. In *Netherlands Yearbook of International Law Volume 41, 2010* (pp. 137-158). TMC Asser Press.
- Roese, N. J., & Vohs, K. D. (2012). Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, 7(5), 411–426. <https://doi.org/10.1177/1745691612454303>
- Sanderson, C. (2020). Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures, *Latin Lawyer*, Disponible en: <https://latinlawyer.com/article/1225491/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures>.
- Singh, R.K. (2020). India bans all exports of virus drug often touted by Trump, *Bloomberg*, Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-05/india-bans-all-exports-of-trump-s-game-changer-virus-drug>.
- Sheridan, C. (2020, agosto 6). Police Powers as a Defence to COVID-19 Liability: Does it Protect Host States? *American Review of International Arbitration*. <http://aria.law.columbia.edu/police-powers-as-a-defence-to-covid-19-liability-does-it-protect-host-states/>.

- Spears, S. A. (2010). The quest for policy space in a new generation of international investment agreements. *Journal of International Economic Law*, 13(4), 1037-1075.
- Sussman, E. (2017). Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. En *The Roles of Psychology in International Arbitration*. Wolters Kluwer.
- Sweet, A. S., & Cananea, G. D. (2013). Proportionality, general principles of law, and investor-state arbitration: a response to José Alvarez. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, 46, 911.
- Titi, C. (2018). Police Powers Doctrine and International Investment Law. En *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Vol. 12, pp. 323–343). Brill | Nijhoff.
- Waibel, M. (2007). Two worlds of necessity in ICSID arbitration: CMS and LG&E. *Leiden Journal of International Law*, 20(3), 637-648.
- Waibel, M. (2010). *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Kluwer Law International BV.
- Wälde, T. W., & Sabahi, B. (2007). Compensation, damages and valuation in international investment law. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 4(6).
- Walker, P.; Whittaker, C.; Watson, O. et al. (2020). *The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression – Spanish translation*. Imperial College London.
- Zarra, G. (2017). Right to regulate, margin of appreciation and proportionality: current Status in investment arbitration in light of Philip Morris v. Uruguay. *Braz. J. Int'l L.*, 14, 95.

Laudos

- AES Summit v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010.
- American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22.
- CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Award, 22 May 2007.

Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010.

Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v Slovakia, Judgment, Merits, ICJ GL No 92, [1997] ICJ Rep 7, [1997] ICJ Rep 88, (1998) 37 ILM 162, ICGJ 66 (ICJ 1997), 25th September 1997, International Court of Justice [ICJ].

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014.

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Award, 12 July 2016.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Decision on Liability, 30 July 2010.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006.

Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Award, 13 March 2015.

Reportes

Bernasconi-Osterwalder, N.; Brewin, S.; Maina N. (2020). Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments, *International Institute for Sustainable Development*, Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>.

World Health Organization. (2020). WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponible en: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

World Health Organization. (2020). Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Disponible en: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

Have things changed?: El principio de confidencialidad ante esta nueva era de virtualización del arbitraje

Natalí Juliana Pulido Del Pino¹

Joel Alberto Santillán Dulanto²

“They always say time changes things, but you actually have to change them yourself”

– Andy Warhol

Resumen:

El presente artículo busca responder a la interrogante respecto a si la virtualización del arbitraje ha puesto en riesgo la confidencialidad de las actuaciones arbitrales. Con el fin de responder esta pregunta, se hace un desarrollo del principio de confidencialidad, de las posturas respecto a los alcances de la confidencialidad en la jurisprudencia comercial internacional, una descripción de la inclusión de la tecnología dentro del arbitraje y, en especial, en el ámbito probatorio, se realiza un análisis de la compatibilidad de la tecnología y el arbitraje y, finalmente, se brindan algunas propuestas para preservar la confidencialidad en los arbitrajes, concluyéndose que la tecnología no atenta con la confidencialidad del arbitraje, sino que la preservación de esta, queda en manos de las partes.

Palabras Clave:

Arbitraje; principio de confidencialidad; tecnología; virtualización; acuerdo.

Abstract:

This article seeks to answer the question as to whether the virtualization of arbitration has put the confidentiality of arbitration proceedings at risk. In order to answer this question, a development

¹ Natalí Juliana Pulido Del Pino. Bachiller en Derecho con especialidad en Derecho Corporativo por la Universidad Esan. Estudiante de la Maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada en el Estudio Zúñiga Álvarez Abogados (Lima, Perú).

² Joel Alberto Santillán Dulanto. Estudiante de décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Practicante Preprofesional del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Alumno coordinador del Circulo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima. Miembro activo de la Asociación Civil ADV Editores.

of the principle of confidentiality is made, as well as of the positions regarding the scope of confidentiality in international commercial jurisprudence, a description of the inclusion of technology within arbitration and especially in the evidentiary field, an analysis of the compatibility of technology and arbitration and, finally, some proposals are provided to preserve confidentiality in arbitrations, concluding that the technology does not affect the confidentiality of the arbitration, but rather that its preservation remains in the hands of the parties.

Key words:

Arbitration; confidentiality principle; technology; virtualization; agreement.

I. Introducción

Una pandemia mundial ocasionada por el esparcimiento de un virus denominado COVID-19 puso a todo el mundo en jaque. Las personas dejaron de circular por las calles, los carros dejaron de congestionar las vías, las fábricas dejaron de operar, los procesos judiciales y arbitrales quedaron olvidados y todos nos vimos obligados a quedarnos en nuestras casas.

Ante este escenario, la comunidad arbitral vio la necesidad de adaptarse. Por lo que, los centros arbitrales más reconocidos del mundo, como la Cámara de Comercio Internacional, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), Singapore International Arbitration Center (SIAC) y la Cámara de Comercio de Lima, entre otros, empezaron a emitir guías, modificaciones y disposiciones de cómo debían de llevarse a cabo los procesos arbitrales en estas circunstancias tan excepcionales, dando inicio a lo que se conoce como una nueva etapa de la virtualización del arbitraje.

Y, como ocurre con todo lo nuevo, han empezado a surgir dudas, preocupaciones y cuestionamientos ante esta nueva forma de llevar a cabo los procesos arbitrales. Dentro de estas, en el presente artículo abarcaremos una, la que creemos ser de las más importantes pues involucra uno de los principios rectores del arbitraje, el principio de confidencialidad. En las siguientes líneas responderemos a la interrogante de si ¿se encuentra en riesgo el principio de confidencialidad ante esta nueva era de la virtualización del arbitraje?

II. La confidencialidad en el Arbitraje

Con el fin de responder a nuestra interrogante, es conveniente dejar en claro qué comprende el principio de confidencialidad en el arbitraje, para lo cual nos permitimos citar al profesor González de Cossío, quien en su libro “Arbitraje”, señala que: “confidencialidad implica la obligación jurídicamente exigible de abstenerse de divulgar o dar información relacionada con el contenido del procedimiento, pruebas, documentos, datos, transcripciones de las audiencias o el laudo (...)” (González de Cossío, 2018, p.732). Entonces, tenemos que el principio de confidencialidad implica la no divulgación de los actuados en el proceso arbitral.

Ahora bien, se considera que dicho deber de confidencialidad solo es extensivo a los abogados de las partes, los peritos, los testigos, los árbitros y los empleados de las instituciones arbitrales, como vendrían a ser los secretarios arbitrales y los miembros de la Corte o Consejo que decida algunos aspectos en dichas instituciones, mas no es extensible a las partes, pues estas pueden optar por divulgar lo relativo al procedimiento arbitral, al ser estas las titulares de la información ofrecida para resolver la controversia.

Sin embargo, en la práctica, las partes cumplen con este deber de confidencialidad. “Ello porque el arbitraje internacional se ha caracterizado como confidencial y privado desde sus inicios, siendo preferido por las partes por mantener la información y hechos de manera resguardada” (Kaczmaczyk y Lam, 2019). Así, tenemos que, la confidencialidad en el arbitraje; “ha sido tradicionalmente considerada como una de las ventajas más importantes del arbitraje” (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2020, p. 212), y es por ello que los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen incluir esta obligación de confidencialidad extensible también a las partes y/o, como en el caso de los arbitrajes Ad-hoc, las partes suelen pactarlo.

El profesor Philip Rothman (1994), reafirma esto al señalar sobre el particular que; “las partes suelen preferir la reserva de todo lo involucrado a sus procesos arbitrales, siendo esta característica una de las razones por las cuales las partes prefieren esta vía antes que la vía de la jurisdicción ordinaria.” De igual manera, lo hace el profesor De Boisséon (1990), quien señala que “existe una presunción de confidencialidad inherente al arbitraje comercial internacional, que bien podría ser considerado un principio fundamental del arbitraje.”

Asimismo, en la más reciente encuesta elaborada por Queen Mary University of London junto a White & Case “2018 International Arbitration Survey: The evolution of International Arbitration” (White & Case, 2018), se evidencia que, entre las características más destacadas del arbitraje, se encuentra la confidencialidad y la privacidad. De igual manera, en la referida encuesta, el 87% de los encuestados señalaron que consideraban a la confidencialidad como una cuestión importante en el arbitraje comercial internacional.

Esta posición clásica respecto a la obligatoriedad de la confidencialidad, ha sido reafirmada por la Corte de Apelación inglesa en el caso *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd* (2008), en el cual se sostuvo lo siguiente:

105. Pero la jurisprudencia de los últimos 20 años ha establecido que existe una obligación, implícita por ley y derivada de la naturaleza del arbitraje, de ambas partes de no divulgar o utilizar para ningún otro propósito los documentos preparados y utilizados en el arbitraje, o divulgada o producida en el curso del arbitraje, o transcripciones o notas de la evidencia en el arbitraje o el laudo y no revelar de ninguna otra manera qué evidencia ha sido entregada por cualquier testigo en el arbitraje. La obligación no se limita a la información comercialmente confidencial en el sentido tradicional.

De igual manera, ha sido reconocida por la CNUDMI, en el párrafo 31 de las Notas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL) sobre la organización del proceso arbitral, donde se lee que: “se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje”.

Teniendo en cuenta todo lo previamente mencionado, podemos afirmar que el principio de confidencialidad es una directiva que busca la protección de la información que es divulgada en los arbitrajes, así como de los actuados del mismo. De igual forma, afirmamos que es un principio reconocido por la práctica comercial internacional, por la doctrina en la materia y que ha sido recogido en varios instrumentos reglamentarios de las instituciones arbitrales del mundo.

III. La tecnología y el Arbitraje Comercial Internacional

Pues bien, ya que hemos dejado en claro, qué se debe entender por el principio de confidencialidad dentro de la práctica arbitral, corresponde señalar cómo es que ha venido evolucionando la práctica arbitral en lo relativo a la inclusión de la tecnología dentro del proceso, dando paso a una nueva era de virtualización de todas las actuaciones arbitrales e inclusive, ahora, hasta de las audiencias.

No es novedad para todos los involucrados en el mundo del Arbitraje Comercial Internacional, que con el desarrollo de la tecnología y ante las circunstancias tan particulares que se dan en un litigio de esta naturaleza, hace algunos años se ha venido implementando la virtualización de las actuaciones arbitrales, entendiéndose por ello, la utilización de herramientas tecnológicas para la realización de las actuaciones arbitrales.

Desde hace algunos años, los reglamentos de los centros de arbitraje más importantes del mundo como la Cámara de Comercio de Lima, la Corte de Arbitraje de Madrid, la Cámara de Comercio de París y la Cámara de Comercio Internacional, entre otros, han incluido dentro sus disposiciones, lineamientos para que cada vez más tengamos procesos menos arraigados al uso del papel y más digitalizados. En estos, se contempla que las partes presenten sus escritos por correo, los tribunales arbitrales emitan las órdenes procesales vía correo electrónico, se presentan medios probatorios como videos recreando los hechos que dieron lugar al desarrollo de la controversia y ahora, producto de las políticas de aislamiento social forzoso que se han implementado en varios países del mundo en razón a la pandemia, también se prevé la realización de las audiencias de manera virtual, con programas como zoom u otros similares, los cuales permiten a las partes y los árbitros llevar a cabo de manera regular audiencias de ilustración, alegatos y hasta interrogatorios de peritos y testigos.

Uno de los documentos más innovadores, dada la coyuntura, donde podemos apreciar la inclusión de estas disposiciones es en la Nota Guía sobre posibles medidas dirigidas a mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19 emitida por la Cámara de Comercio Internacional (más conocida por sus sílabas en inglés, ICC) el día 9 de abril de 2020. En dicha guía, podemos apreciar que la corte hace énfasis, en primer lugar, en que estas disposiciones no son nuevas pues muchas ya se

encontraban en la Nota para las partes y los tribunales arbitrales en la conducción de arbitrajes bajo las reglas de ICC en arbitraje. Asimismo, mediante dicha nota, la Corte promueve el inicio y normal conducción de las actuaciones arbitrales mediante la virtualización de las solicitudes y demás escritos a ser presentados al proceso, así como, sugiere la realización de las audiencias y acuerdos entre los tribunales y las partes vía conferencia virtual.

Por su parte, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima desde la emisión de su Reglamento 2017 prevé la virtualización del proceso arbitral, contemplando dentro de su cuerpo normativo la posibilidad de que las partes presenten sus escritos mediante correo electrónico y que los tribunales arbitrales emitan sus decisiones, ordenes procesales y laudo, mediante la misma plataforma. Y, ante la presente coyuntura, también han emitido comunicados a la opinión pública promoviendo la continuación de las actuaciones arbitrales mediante la virtualización de estos, las mismas que se llevarán a cabo mediante un trabajo conjunto entre los secretarios arbitrales, quienes se encuentran capacitados para asumir dicho reto, las partes y los tribunales arbitrales.

De igual manera, al otro extremo del mundo, la Corte de Madrid también ha acogido las recomendaciones de la ICC, viabilizando la realización de las audiencias de manera virtual y promoviendo la continuación de las demás actuaciones arbitrales de manera digital. Y, así, podríamos mencionar a varios otros centros de arbitraje reconocidos que vienen implementado y realizando dichas prácticas.

Ahora, en este punto, nos parece conveniente rescatar lo señalado por ICC en su comunicación de fecha 9 de abril de 2020 –y mencionado por nosotros al inicio de este punto–, y es que la transición a la virtualización de los procesos arbitrales, en especial de los procesos arbitrales comerciales internacionales, se viene realizando hace algún tiempo, debido a las características particulares de los mismos. Los procesos de Arbitraje Comercial Internacional, a diferencia de los arbitrajes nacionales:

(...) Usualmente tienen como sede a un lugar neutral para ambas partes, es decir, un lugar que no tiene relación con ninguna de ellas, las partes intervinientes son Estados y Contratistas o grandes instituciones financieras, las partes suelen tener nacionalidades distintas, involucran sumas de dinero bastante elevadas y suelen tener como régimen jurídico aplicable a la Ley Modelo UNCITRAL, que es expresamente diseñada para los arbitrajes comerciales internacionales. (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2020, p. 34-35)

Es por ello, que las actuaciones se suelen dar de manera electrónica, con el fin de que el proceso siga su curso y así las partes puedan obtener una sentencia rápida y eficaz, y los medios probatorios se suelen ofrecer también de manera electrónica, mediante el envío de link a un “Cloud” (una nube) o a un “Dropbox”, donde se podrá encontrar toda la carga probatoria.

Entonces afirmamos que, efectivamente, el Arbitraje Comercial Internacional hace algún tiempo viene realizando esta transición a la virtualización porque lo requiere en razón a sus características

particulares. Sin embargo, ¿Qué pasa con el tratamiento de la información sensible?, ¿Cómo se ha ido manejando?

IV. Los medios probatorios y el manejo de la información sensible

En los arbitrajes, los medios de prueba que se suelen presentar por las partes para respaldar su posición en una controversia pueden ser divididos en cuatro categorías; (i) los medios probatorios documentales, (ii) la prueba testimonial, (iii) la prueba pericial y (iv) la inspección del objeto de la controversia.

Todos estos medios probatorios, suelen contener, en litigios tan complejos como los que se dirimen en los Arbitrajes Comerciales Internacionales, información calificada como sensible pues suelen incluir; el “know-how” de una empresa, secretos técnicos o comerciales de la misma, estrategias del manejo del giro del negocio, información respecto a determinados proveedores, entre otras cuestiones que revelan la clave del éxito de las partes en un litigio arbitral. Es así, que se busca la protección de la referida información, para que su revelación no afecte el valor agregado de la empresa, su posición en el mercado, su reputación, sus acuerdos comerciales, entre otros, que garantizan la rentabilidad y éxito de una empresa.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo previamente dicho, esto no siempre se consigue. La jurisprudencia nos muestra que la posición de los tribunales en los Arbitrajes Comerciales Internacionales, respecto a la confidencialidad de los procesos y su contenido, se encuentra dividida. Por un lado, encontramos a los tribunales ingleses y a la Corte de Singapur, quienes se inclinan por la confidencialidad de los procesos arbitrales y de todo lo referido al mismo, y, por otro lado, tenemos a los tribunales australianos y americanos, quienes no creen que el principio de confidencialidad es inherente a las actuaciones arbitrales sino que este debe ser expresamente pactado en el convenio arbitral, señalado en el reglamento al cual se rigen las partes o tener el medio probatorio una cláusula de confidencialidad incluida para que se pueda hacer valer este principio.

Así, por un lado, tenemos el caso *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Stuart J. Mew* de (1993) donde el Tribunal resolvió lo siguiente:

Si fuera correcto que existe al menos un acuerdo implícito en todos los acuerdos para arbitrar acerca de que la audiencia debe realizarse en privado, el requisito de la privacidad debe, en principio, extenderse a documentos que han sido creados para propósitos de la audiencia. El ejemplo más evidente es una nota o transcripción de la evidencia. La revelación a una tercera parte de dichos documentos podría ser casi equivalente a abrir la puerta de la sala donde se lleva a cabo el arbitraje a esa tercera parte. De forma similar, las declaraciones de los testigos, estando tan cercanamente relacionadas con la audiencia, deben permanecer dentro de la obligación de confidencialidad. También deben serlo las presentaciones iniciales ofrecidas al árbitro. Y si las pretensiones iniciales gozan de confidencialidad, entonces también deben incluirse los escritos.

Por otro lado, tenemos el caso *United States v. Panhandle Eastern Corporation* (1988), donde la Corte dispuso que, al no haber un acuerdo expreso sobre confidencialidad, no había obligación por parte de las partes intervinientes del proceso, respecto a mantener la confidencialidad de la información aportada al proceso.

Es así, ante esta posición dividida de la jurisprudencia, que se recomienda a las partes pactar expresamente la confidencialidad o que esta se encuentre prevista en el reglamento que regirá al proceso.

Máxime si se tiene en cuenta que hay posiciones, como la del profesor Francisco González de Cossío, que no consideran todas las pruebas aportadas en un proceso arbitral confidenciales, sino que: “deben serlo intrínsecamente puesto que no derivará de su simple presentación en el arbitraje” (González de Cossío, 2018, p. 736).

Estas últimas, tienden a señalar que las partes sólo tendrán el derecho a exigir que se conserve la confidencialidad de las pruebas que, de haberse así pactado, califican como confidenciales por las Reglas IBA (“soft law”) en el aporte de pruebas en el Arbitraje Internacional, las que contengan una cláusula confidencialidad, las que el reglamento al que se rigen las partes señale que son confidenciales o cuando se haya firmado un acuerdo de confidencialidad respecto a todo el proceso arbitral.

Por tanto, y ante la discusión que aún hoy en día persiste respecto a este principio, es que se recomienda que su sujeción sea pactada expresamente por las partes.

V. La virtualización del Arbitraje y la confidencialidad, ¿incompatibles?

Como hemos visto en el punto precedente, la confidencialidad en el arbitraje ya es de por sí un tema controvertido en la práctica arbitral comercial internacional. Por lo que, corresponde determinar si la virtualización de los procesos arbitrales contribuye a la violación de este principio o si este proceso es irrelevante para la preservación de este durante el desarrollo del arbitraje.

Si bien, el contexto en que nos encontramos actualmente ha hecho que algunas de las partes intervinientes en un arbitraje se cuestionen si la virtualización de este proceso hará más proclive que la información sensible que las partes presentan al mismo pueda caer en manos de terceros, rompiendo así el principio de confidencialidad que debe regir en el arbitraje, creemos que la respuesta a dicha interrogante es que no.

Los arbitrajes comerciales internacionales hace años vienen adaptándose a esta virtualización del proceso por dos razones en esencia; la primera porque “el 90% de los documentos que se presentan al mismo ya se encuentran en formato electrónico” (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2020, p. 607) y, en segundo lugar, porque “el hecho de que las partes ni los árbitros pertenezcan a la sede del arbitraje, hace indispensable la utilización de los mecanismos electrónicos para poder tramitar

el arbitraje y así las partes puedan tener una sentencia rápida y expedita, como es la naturaleza del arbitraje” (González de Cossío, 2018, p. 629).

En esa línea de ideas, si esta transición a la virtualización de los procesos arbitrales se viene realizando hace años en los procesos arbitrales internacionales, sin que el hecho de que esta virtualización de los procesos haya sido identificada como un evento desencadenante para la ruptura del principio de confidencialidad de los procesos arbitrales, no habría razón ni fundamento para sostener que la virtualización de las audiencias ni las circunstancias particulares por las que se encuentra pasando el mundo ahora harían que esas circunstancias cambien.

Todo lo contrario, creemos que la virtualización de los procesos arbitrales está siendo una evolución positiva pues demuestra a la comunidad jurídica internacional que se pueden reducir los costos de los procesos arbitrales mediante la realización de audiencias *online*, sin tener que incurrir en todos los gastos que involucra llevar a cabo una o más audiencias en las sedes pactadas por las partes, como son los pasajes, hoteles y viáticos de todo el equipo legal que representa a las partes, de los peritos y testigos, así como la asunción de los mismos gastos del Tribunal Arbitral.

Esto último es de suma relevancia, teniendo en cuenta que una de las mayores críticas que realizan los clientes a los arbitrajes son los altos costos en los que se incurren en la tramitación del referido proceso, cuestionamientos que han llevado a la comunidad arbitral internacional a tratar de buscar soluciones para la reducción de los costos arbitrales, surgiendo así nuevas disposiciones para la actuación de medios probatorios como son las, tan cuestionadas por unos y alabadas por otros, relativamente novedosas Reglas de Praga.

Asimismo, y como demostraremos a mayor profundidad en el apartado siguiente, el avance de la tecnología nos habilita a tener acceso a herramientas tecnológicas que nos permiten saber; cuando un documento se descarga, por quién se descarga, poner contraseñas para habilitar las descargas, saber cuántas veces un documento se descarga y así, con todo ello, poder llevar un determinado control de la información que se maneja en un arbitraje.

Al respecto, también consideramos importante destacar que una de las máximas del arbitraje, y en general de toda relación jurídica, es el principio de buena fe, en función del cual las partes se deben conducir con probidad durante todo el desarrollo del proceso arbitral, lo cual involucra la no malversación de la información aportada en el mismo, ya sea poniéndola a disposición de terceros no intervinientes en el arbitraje o haciendo uso de la misma en detrimento de la parte titular de la información que aportó dicha información al proceso.

Así, tenemos que, respecto a la importancia de conducirse con buena fe en un arbitraje, se señala que:

Un arbitraje viable requiere que cada parte actúe de buena fe; de lo contrario la existencia de varios procedimientos, el cuestionamiento de todos los puntos de derecho, los trámites

innecesarios, las apelaciones, las demoras excesivas y los altos costos derivados de estas conductas solamente desembocan en el fracaso de llegar a una solución justa en un tiempo razonable. (...) En consecuencia, el que las partes, sus apoderados y el tribunal arbitral actúen de buena fe resulta determinante si el árbitro pretende ser más eficiente y efectivo que los procesos tramitados ante los jueces. (Rivera Ramírez, 2020, p. 39)

Por todo lo dicho, creemos que la virtualización de los procesos arbitrales internacionales y el principio de confidencialidad no son incompatibles. Es más, la virtualización es una herramienta muy útil para garantizar y controlar la preservación del referido principio.

VI. Herramientas para procurar la confidencialidad del arbitraje en un mundo virtual:

En el arbitraje comercial internacional, debido a la información que se divulga y aporta al mismo, se han venido desarrollando mecanismos para evitar que dicha información pueda ser divulgada por las partes a terceros. A continuación, desarrollaremos algunos de los mecanismos implementados por las partes, en la práctica arbitral hoy en día, para preservar el principio de confidencialidad:

a) Acuerdos de Confidencialidad:

Siendo que, como hemos desarrollado a lo largo del presente documento, no existe un consenso en la práctica arbitral respecto al deber de confidencialidad del arbitraje, es que se recomienda la suscripción de un acuerdo de confidencialidad entre las partes, independientemente que este principio pueda estar contenido en los reglamentos a los cuales estas se sujetan, para no dar lugar a futuras interpretaciones que puedan llevar a la no aplicación de dicho principio.

Los referidos acuerdos deben de o bien estar contenidos dentro de la cláusula arbitral o bien firmarse en un documento separado al inicio del proceso arbitral, de preferencia antes o cuando se fijen las reglas del proceso.

Ahora, si bien no existe un modelo perfecto de cómo debe ser la redacción de este convenio de confidencialidad, se recomienda que este contenga estas tres excepciones para que la redacción del mismo no de lugar a cuestionamiento alguno; (i) cuando la información se convierta en dominio público, (ii) cuando la divulgación sea necesaria con la finalidad de ejercer los derechos contemplados en el laudo y (iii) cuando exista una obligación legal de divulgación u orden de alguna autoridad competente en ese sentido.

b) Regirse ante determinadas disposiciones y reglamentos:

Otra medida para proteger la confidencialidad en los arbitrajes es que las partes se obliguen a reglamentos que contengan previsto el principio de confidencialidad, como un principio rector en

el arbitraje. De esta manera, se estaría plasmando la voluntad de las partes para recurrir a un arbitraje plenamente confidencial.

La dificultad de esta alternativa es que muchos de los reglamentos de los centros arbitrales del mundo no contienen expresamente esta disposición. Por lo que, creemos esta debe ser una alternativa complementaria a las otras descritas en este punto.

c) Implementar un “confidential advisor” y “confidential clubs”:

Un *confidential advisor* es una persona que va a entrar a participar en el arbitraje, bajo una cláusula de confidencialidad, la cual va a tener acceso a todos los documentos aportados por las partes y va a determinar cuáles documentos deben ser tratados como confidenciales y las personas que van a tener acceso a estos. (Geisinger & Voser, 2013)

Bajo estas disposiciones es que se van a implementar los llamados “confidential clubs”, los cuales son grupos de personas los cuales van a estar facultados a tener acceso a determinados documentos, previamente calificados como confidenciales, pero también obligados a mantener la confidencialidad de estos.

d) Utilización de Drive, Dropbox u otras plataformas de almacenamiento de información:

La tecnología ha avanzado tanto que ahora contamos con programas como Google Drive, Dropbox y otros que se utilizan también en los “Due Diligence”, que nos permiten saber cuando un documento ha sido subido, modificado, descargado, eliminado, y quién ha realizado cada una de estas acciones, cuántas veces y a qué hora.

La tecnología es una herramienta tan maravillosa, con infinidad de posibilidades de uso y con tal capacidad y potencial de desarrollo que esta nos sirve para cumplir nuestros propósitos como es el procurar la protección de la información que se divulga en un arbitraje, especialmente la sensible.

Todas estas herramientas ya se vienen poniendo en práctica en el mundo del Arbitraje Comercial Internacional y han demostrado ser eficaces. Por lo que, sugerimos estas se deben seguir implementando en el desarrollo de los procesos y así resguardas la confidencialidad de estos.

VII. Conclusiones

Del presente artículo, podemos concluir que la virtualización del arbitraje y la confidencialidad no son incompatibles pues se pueden tener procesos arbitrales comerciales internacionales netamente virtuales y aún así proteger la confidencialidad del proceso mediante la utilización de herramientas tecnológicas pero, más importante, mediante la implementación de acuerdos de confidencialidad

y de la sujeción a reglamentos de centros arbitrales que contemplen a la confidencialidad como un principio rector del arbitraje.

Al respecto, también señalamos que, como dice la frase incluida al comienzo del documento, dicha por el artista Andy Warhol, no es el tiempo lo que cambiará las cosas sino las partes quienes decidan cuándo se cambian y qué se cambia. Las partes en un arbitraje son las que dirán cuando ciertas actuaciones, medios probatorios y demás cuestiones, serán confidenciales en un arbitraje y cuando no.

Creemos firmemente que no hay razones para cerrarles las puertas a la inclusión de la tecnología en los procesos arbitrales internacionales y menos cuando existen circunstancias como las que nos encontramos atravesando actualmente en todo el planeta. El Arbitraje Comercial Internacional, como todo en la vida, se tiene que adaptar al cambio y existen herramientas para hacerlo sin tener que poner en riesgo ninguno de los intereses de las partes.

Bibliografía

Doctrina

Blackaby, N., Partasides, C. con Redfern, A. y Hunter, M. (2020). *Redfern y Hunter sobre Arbitraje Internacional*. Lima: Fogueras.

De Boisséon, Matthieu. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Joly, 1990.

González de Cossío, Francisco. (2018) *Arbitraje*. Ciudad de México: Porrúa.

Geisinger, Elliott y Voser, Nathalie. (2013) *International Arbitration in Switzerland*. Suiza: Kluwer Law International B.V.

John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited [2008] EWXA Civ 184. Consultado en: https://www.trans-lex.org/301850/_/john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners%2%A0limited-%5B2008%5D-ewca-civ-184/

Kaczmarczyk, M. & La, J. (2019) *Sociology of Commercial Arbitration: tolos for the New Times*. *Journal of International Arbitration*, 36(6), 693-726.

Rivera Ramírez, Irma Isabel. *Facetas de la Buena Fe Procesal en el Arbitraje Internacional*. Recuperado de: <file:///Users/natalipulido/Downloads/16681-Texto%20del%20art%C3%ADculo-66336-1-10-20170419.pdf> – Consultado el día 25 de abril de 2020.

Rothman, Philip: “Pssst, please keep it confidential: Arbitration makes it possible”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 49, N° 3, 1994, ps. 69 y ss.

Universidad Externado de Colombia (2016) *¿Es realmente confidencial el arbitraje?* Blog de Derecho de los Negocios. Recuperado de: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/es-realmente-confidencial-el-arbitraje/#_ftnref17

Recuperado de: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) - Consultado el día 25 de abril de 2020.

Legislación, jurisprudencia y otros documentos legales

Cámara de Comercio Internacional (CCI). Nota Guía sobre posibles medidas dirigidas a mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/?dm=bypass> – consultado el día 25 de abril de 2020.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Reglamento 2017 y Notas Prácticas N° 001-2020, 002-2020 y 003-2020. Recuperado de <https://www.arbitrajeccl.com.pe/>.

Corte de Apelación inglesa en el caso *John Forster Emmott c/ Michael Wilson & Partners Ltd* (2008) EWCA Civ. 184 (Trans-Lex.org. Recuperado de: <https://www.trans-lex.org/301850>)

US District Court for the District of Delaware - 681 F. Supp. 229, 1988. Caso *United States c/ Panhandle Eastern Corporation*. Recuperado de: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/681/229/1800714/> – consultado el día 25 de abril de 2020.

Court of England and Wales. Caso *Hassneh Insurance Co. of Israel and others vs Stuart J. Mew* de 1993, 2 Lloyd 's Rep. 243. (Thompson Reuters Practical Law. Recuperado de: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-016-8131?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-016-8131?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)))

Building a uniform standard of proof for the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods¹

Brandon Rojas Rodríguez²

Jimena Zamora Mora³

Abstract:

The issue of standard of proof is not covered by the *United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (CISG). However, this does not mean that it falls outside of its scope of application. While the Convention omits an explicit reference to the amount of evidence needed to make a claim, the following paper overviews the potential integration of the standard of proof as a matter that is implicitly covered by the CISG. Additionally, it has been suggested that the applicable standard of proof under the Convention should be a reasonable degree of certainty. An overview to the advantages and disadvantages that may arise from the application of this proposed standard has been addressed.

Key words:

Standard of proof; burden of proof; gap-filling; general principles; international character; uniformity; reasonableness; reasonable degree of certainty; CISG.

Resumen:

El estándar de prueba necesario para probar un hecho no está cubierto por la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Sin embargo, eso no significa que quede fuera de su ámbito de aplicación. El siguiente documento resume la posible integración del estándar de la prueba como un asunto regulado al menos de forma implícita por la Convención. Además, se sugiere que las cortes y los tribunales arbitrales apliquen un estándar razonable de certeza para verificar la existencia y precisión de los alegatos emitidos por las partes. Por último, se presentan las ventajas y desventajas que pueden derivarse de la aplicación del estándar propuesto.

¹ El Consejo Editorial de Young Arbitration Magazine autorizó la publicación de este artículo en el idioma inglés, como parte de sus potestades, reguladas en las Bases de Publicación.

² Egresado de la carrera de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Premio al mejor promedio del 2019 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Investigador bajo la tutela de los profesores Edgardo Muñoz e Ingeborg Schwenzer en la elaboración de la segunda edición del libro “Global Sales and Contract Law”.

³ Estudiante de tercer año de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro del equipo de la Universidad de Costa Rica en la edición número veintisiete de la competencia *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*.

Palabras clave:

Estándar de prueba; carga de la prueba; integración de lagunas; principios generales; carácter internacional; uniformidad; razonabilidad; grado razonable de certeza; CISG.

INTRODUCTION

Proof plays a primary role on dispute settlement. Any lawyer putting forward a claim on behalf of its client will have to question “how will I prove my case and what evidence do I have?”. The answer to this inquiry will strongly determine the claim’s submission.

Most cases on arbitral proceedings and court litigation are decided upon the facts that were proven. Undeniably the party that alleges a fact or a certain amount of facts, must necessarily demonstrate that the said facts are true or at the very least, that they are verifiable. This level of evidence required to make a successful claim is what is known as the standard of proof (Saidov, 2013, p. 18). In this sense, the relevance of the standard of proof lies in the fact that for each claim or type of adjudication, the standard of proof instructs parties as to the degree of confidence the tribunal must have in the accuracy of its factual conclusions.

However, the *United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (hereinafter CISG or The Convention), makes no explicit mention to the standard of proof. While the majority of case law and scholarly writing seems to be in favor that this subject is implicitly governed by the CISG, the question is not finally settled (Schwenzer & Schlechtriem, 2016, para. 26). This paper will seek to demonstrate that when it comes to the CISG, (I) the standard of proof is a matter governed by the CISG; and (II), that in cases where the CISG is the substantive and governing law of the contract, the standard of proof should be a reasonable degree of certainty.

I. THE STANDARD OF PROOF IN THE CISG: GOVERNED BY THE CONVENTION?

The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) is widely recognized for being one of the most important substantive references on international sales and commercial contracts around the world. However, the Convention does not constitute an exhaustive body of rules, and does not rely solely on written legal rules to address all the possible problems from an international sale transaction (Ferrari, 2012, p. 89). Thus, the CISG provides a gap-filling procedure; how to deal with those gaps is of utmost importance (Schlechtriem & Butler, 2009, p. 50).

Pursuant to Article 7.2 CISG, the gaps must be filled, whenever possible, in conformity with the general principles of the Convention. To identify the existence of a gap, article 7.2 CISG provides that a) the question or gap must refer to matters regulated by the Convention and b) it must not be expressly settled in. Consequently, it will be determined whether the standard of proof can be

considered an internal gap under Article 7.2 CISG and if general principles could be used to achieve a uniform standard.

a) The standard of proof must be a matter regulated by the Convention

The nature of the standard of proof is extremely disputed. In fact, it has been argued that the standard of proof should not be addressed by the CISG at all, and rather seen as a procedural question regulated as part of the *lex fori*, which in most cases is the domestic law. Some scholars have found a solution to this disputed point by relating the standard of proof to the issue of burden of proof (*Delchi Carrier v. Rotorex*, 1995).

The general rule of burden of proof states that each party has to prove the facts on which it relies to support its case. On the grounds of the CISG, the burden of proof is expressly regulated on Article 79.1 CISG (Kröll, 2011, p. 168; *wire and cable case*, 2004). According to this provision, “A party is not liable for a failure to perform any of his obligations **if he proves** that the failure was due to an impediment beyond his control (...)”. On this view, the issue of burden of proof can be considered as a matter inside the CISG’s scope of application as there is at least one rule on the topic.

Notably, there is a close relation between the burden and standard of proof (Schlechtriem & Schwenger, 2016, para. 56). While the burden of proof concerns who must provide the evidence to benefit from a claim, the standard of proof refers to the way in which this burden can be discharged and how these facts are to be interpreted (Kröll, 2011, p. 170). This connection between standard and burden of proof evidences that they should not be regulated completely independent from each other (Kröll, 2011, p. 180). Consequently, if a rule of burden of proof is addressed under the CISG, it is also possible to derive the Convention's relation with the standard of proof.

Furthermore, there are compelling reasons to believe that the standard of proof should be treated as merits and thus, governed by the CISG. First, parties require certainty. Whether a cause of action exists and can be supported with evidence is a matter assessed prior to initiating proceedings (Smith, & Nadeau-Séguin, 2015, p.7). Therefore, the standard of proof will be factored into determining whether a defense must be asserted, and even instruct the parties to whether an arbitration could be started at all. This approach supports foreseeability, but also contributes to arbitrators respecting the parties’ choice of law agreement, as they are not bound to a national system of procedural law (Bond, 2011, p. 9; Carretero, 2016, p.5-6).

Second, it has been argued that harmonizing the rules of the standard of proof promotes certainty and greater trust on the system by limiting the incentives for forum shopping (Bond, 2011, p. 9). Applying the standard of the substantive law of the contract provides for the outcome of the case to be less dependent on where the claim was brought (Carretero, 2016, p.7-8; Smith, & Nadeau-Séguin, 2015, p.7).

Finally, the standard of proof is outcome-determinative. The degree of proof required generally determines how easy or how difficult it is for the claimant to enforce a claim. Consequently, it affects the value of the claim and actually decides whether a claim exists at all (Povrzenic, 1997, p.10). Even the burden of proof, by itself, is so closely linked to the substantive law that a rule on its allocation has to necessarily be derived from the CISG (Kotrusz, 2009, p. 13). In this sense, the standard of proof has an undeniable link to the merits of the dispute, and consequently, should not be considered independently.

Thus, the gap of standard of proof does refer to matters regulated by the Convention for two main reasons. Firstly, the close relation between the burden of proof and the standard of proof that is regulated under the CISG; and secondly, because the standard of proof, as a substantive matter, is coherent with the general intent of the Convention.

b) The standard of proof must not be expressly settled in the Convention

This second requirement is easier to comply with as none of the articles under the CISG make an explicit mention of the necessary level of evidence required to make a successful claim. However, this has not prevented arbitral tribunals and scholars to apply a standard of proof derived from the CISG precisely because they recognized that this matter is covered, at least implicitly, by the Convention (Brunner & Gottlieb, 2019, p. 72; Kotrusz, 2009, p. 17). For this, Article 7.2 states that “questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law”.

Both requirements for the application of Article 7.2 CISG are complied. Having determined that the standard of proof, although not explicitly mentioned, is relevant to the CISG, one can proceed to resolve its integration into the Convention.

II. FILLING THE GAP: A UNIFORM STANDARD OF PROOF UNDER THE CISG

Article 7.2 of the CISG provides a gap-filling method that assures the international, autonomous, and uniform interpretation of the Convention. This self-sufficient mechanism avoids the application of interpretative rules specific to a domestic legal system, leaving it only as the *ultima ratio* (Perales Viscasillas, 2017, p. 16; Andersen, 2010, p.3). Therefore, by exercising the general principles of the Convention it will be shown that a) the standard of proof implicitly covered by the CISG should be “a reasonable degree of certainty”, and b) that despite the possible disadvantages that it may imply, the standard of “reasonable degree of certainty” integrates positively into the Convention.

a) The standard of proof should be a reasonable degree of certainty

If a standard of proof is to be established under the CISG rules, then it must be uniform and autonomous. Ultimately, this would guarantee the principle of international character regulated under Article 7.1 of the CISG, that seeks to guarantee the international application of the Convention's provisions (Foster, 2010, 29). The standard of proof regulated under domestic law has specific fields of application that obstruct the convention autonomous approach (Brunner & Gottlieb, 2019, p. 246). For this reason, the interpretation used in the legal system of the forum country must be avoided (Komarov, 2006, p. 76).

Similarly, the CISG's goal of promoting uniformity in its application is hardly achievable if the rights, established by the Convention, cannot be exercised in the same way due to the different standards of proof used by domestic legal systems (Article 7.1). It is thus submitted that a standard of proof should be regarded as a matter falling within the CISG, and therefore, domestic legal systems must not matter in formulating the applicable standard (Saidov, 2013, p. 546). By contract, a standard of proof applicable to the Convention must be derived from itself.

Even though the principles of uniformity and international character are regulated in Article 7.1 of the CISG, other principles are not expressly stated in Convention itself (Felemegas, 2009, p. 19). A principle recognized on the thirty-seven provisions of the Convention is "reasonableness" (Huber & Mullis, 2007 p. 218). While its meaning is not well established under the CISG, the reasonableness is ascertained by what is acceptable in the relevant trade (Honnold & Flechtner 2009, p. 136). This principle has been widely understood under the CISG, such as the conduct of parties by the standard of a reasonable person or assessing the reasonableness of a remedy for a breach of contract (Povrzenic, 1997, p.3). Notably, the principle of reasonableness should be understood under the rules of good faith and fair dealing guiding the parties' conduct.

Pursuant to Article 7.2, the principle of "reasonableness" underlined by the CISG should be applicable to the standard of proof (Brunner & Gottlieb, p. 247). In fact, the standard of "reasonable degree of certainty" has been recognized by the Convention before. The CISG Advisory Council Opinion N ° 6 established that "the aggrieved party has the burden of proving, with reasonable certainty, that they suffered a loss." This standard is derived from Article 74 of the CISG, which refers to damages due to a breach of contract. Still, while the Convention recognizes the existence of a rule on the proof of damage, it was argued that such provision does not explicitly address the extent to which the aggrieved parties must prove that they have suffered a loss (AC Opinion N°6, 2006, para. 2.1). In other words, that the standard of proof for the Convention has not been properly addressed.

In order to promote the Convention's international character, as well as the uniformity in its application, the Advisory Council established that under Article 74, the aggrieved party bears the burden of proving with reasonable certainty that such party had suffered a loss. This typically means the aggrieved party must prove with reasonable certainty that a loss was sustained, or at the very least, that it will be sustained (*Bagwell v. Middle S. Energy*, 1986; *Kozlowski v. Kozlowski*, 1979). The imposition of a "reasonable" standard is consistent with the Convention not only

because it meets the requirements of Article 7.2, but because it clearly represents the principles on which it is based.

The problem relies on the fact that the “reasonable degree of certainty” standard suggested by the AC Opinion N°6 is thought to apply solely to damages. However, there is no reason to believe such a restriction is contained under the CISG. For example, if a party claims that the goods received were non-conforming, this should be demonstrated to the tribunal with a reasonable degree of certainty. In cases of remedies for breach of contract, the party requesting either replacement or repair should provide the tribunal an amount of evidence that proves, with reasonable certainty, that the respondent committed a fundamental breach. Therefore, the standard of “reasonable degree of certainty” must be applied to the CISG as a whole, and not only to damages or losses. This approach would guarantee the uniform application of the Convention and will promote legal certainty when dealing with international commercial trade.

Applying the standard of proof of reasonable certainty has also been recognized by different arbitral tribunals. In the ICC award N° 18981 (*Buyer[India] v. Seller[Turkey], Final Award, ICC case N° 18981, date unpublished*), a tribunal held that the buyer proved with reasonable certainty that the seller had breached the sale and purchase contract by not providing the agreed goods. In this sense, the seller was not exempt from liability under the CISG. Notably, the arbitrator applied the “reasonableness” standard of proof provided under the CISG, rather than the stricter standard under Swiss law, arguing that this application corresponds with the reasonable expectations of two non-Swiss parties that had concluded a contract subject to the CISG.

Similarly, in the ICC award N° 16561 (*Buyer[Germany] v. Seller[Denmark], Final Award, ICC Case No. 16561, 2010*), a buyer alleged non-conformity, as well as a refund or reduction of the purchasing price of a horse. In this case, the arbitral tribunal acknowledged that although the

CISG does not expressly regulate the burden and standard of proof, it may be derived from CISG's general principles. Moreover, it mentioned that once the risk has passed, the burden of proof is on the buyer, and the standard of proof of non-conformity is a reasonable degree of certainty. For this reason, the tribunal concluded that the buyer failed to prove with a reasonable degree of certainty the non-conformity regarding the horse's fitness for breeding at the time of the passing of the risk.

Both cases recognize the standard of proof as a matter governed by the CISG. Similarly, both case law suggests that the standard of reasonable degree of certainty can be applied to other situations regulated in the Convention itself, such as non-conformity of the goods, breach of contract and not exclusively to damages under Article 74. Therefore, the standard of “reasonable degree of certainty” is indeed applicable to the CISG.

b) Implications of a reasonable degree of certainty: advantages and disadvantages.

Applying a standard of proof of reasonable degree of certainty does have its drawbacks. First, the notion of "reasonable degree of certainty" is not clearly defined, especially because it has been derived from an interpretation of Article 7.2 of the CISG. Therefore, in a quest for a general consensus on this matter, uniformity and certainty can be undermined. This could lead to courts and arbitral tribunals exercising an uncontrolled autonomy (Huber & Mullis, 2007, p. 205).

Second, the lack of clarity on the definition of "reasonable certainty of certainty", could also lead to an increase in the amount of evidence needed to prove a case. That is to say, if "reasonable certainty" is turned into a very high standard, this will decrease the contract value as the facts and claims would be harder to establish (Gillette & Walt, 2016, p. 349). In the authors' opinion, the suggested standard of proof should never limit the parties' access to justice, much less demand an unreasonable amount of proof.

Still, the "reasonable degree of certainty" as a standard of proof does have a lot of advantages. Arguably, such a standard provides a midpoint between a high standard and a low one (Brunner & Gottlieb, 2019, p. 247). Certainly, it is not the highest standard predominant in criminal law cases, where the facts are required to be proven with absolute certainty⁴. Hence, "reasonable degree of certainty" standard will provide the parties a chance to present their case by denying the tribunal the possibility of exerting reluctance on the grounds that the party did not reach the required standard or the exact amount of certainty.

From this perspective, it is considered that well-founded claims based on suspicions should be not dismissed (Schwenzer & Tebel, 2014, p. 154). For instance, if goods received by the buyer could be rendered non-conforming due to suspicions that are based on reliable news or scientific studies. These claims should not be disregarded, even if a suspicion could lower the standard of reasonable certainty by allowing the parties to present less evidence than required. However, the latter should not be understood as that any suspicion should be admitted under the standard of

reasonable degree of certainty. This would undermine the general principles that are sought in the Convention.

Similarly, a somewhat high standard of proof, such a reasonable degree of certainty, will also decrease the expected liability of a party. In general, it reduces the likelihood that losses will be found in the event of breaches, which prevents baseless submissions under the CISG (Gillette & Walt, 2016, p. 349). Additionally, it encourages parties to find different solutions prior to resorting

⁴ The standard of "beyond reasonable doubt" is certainly one of the highest standards of proof. Common law jurisdictions apply the "preponderance of the evidence" or "balance of probability" standard in non-criminal cases, whereas in civil law jurisdictions the standard applied in both criminal and civil cases is one of "intime conviction du juge".

to arbitration as claims would require a level of proof that could turn the contract relation more onerous, reducing all together the aggrieved party's motivation to sue.

CONCLUSION

The standard of "reasonable degree of certainty" is not meant to limit the parties right to present their case. By contrast, it will guide them by exerting the amount of evidence and the degree of precision flowing from it that are sufficient to prove the existence of a legal right. This is because when it comes to the standard of proof, the tribunal has two main roles. First, assessing the weight of the evidence that has been provided by the parties; and second, determining whether the evidence a party has produced in support of its factual allegations is sufficient to establish the facts in question.

Although the international arbitration laws are almost uniformly silent on the subject of the standard of proof, the quest for international character of the Convention has led the *United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* to foresee a gap-filling method. The latter, of course, under an understanding that such a topic must be necessarily incorporated to the merits of the dispute as it relates to the burden of proof and the undeniable relation with the outcome of the dispute.

When determining the standard of proof, the principles of autonomous interpretation, international character, uniformity and reasonableness of the CISG are particularly relevant. While there are many highlights and challenges related to determining a uniform standard of proof, the reasonableness underlined under the standard of "reasonable degree of certainty" provides international commercial arbitration with a dose of flexibility that can rescue contracts and markets, by leniency towards the risks of economic life.

References

Authorities

- Andersen, C. (1998). *Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG - Is Article 39(1) Truly a Uniform Provision?* Pace International Review. No. 132. Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen.html>
- Bond, M. (2011). *The standard of proof in international commercial arbitration in Michael O'Reilly (ed), Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management.* Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Sweet & Maxwell 2011. volume 77 Issue 3. p. 304 - 317.
- Brunner, B & and Gottlieb, B. (2019). *Commentary on the UN Sales Law (CISG).* Kluwer Law International.
- Butler, P. & Schlechtriem, P. (2009). *UN law on international sales: The UN Convention on the International Sale of Goods.* Berlin: Springer.
- Carreteiro, M. (2016). *Burden and standard of proof in international arbitration: proposed guidelines for promoting predictability.* Revista Brasileira de Arbitragem. Kluwer Law International 2016, Volume XIII Issue 49. p. 82 - 109.
- CISG-AC Opinion No. 6, *Calculation of Damages under CISG Article 74.* Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.
- Foster, C. (2010). *Burden of Proof in International Courts and Tribunals.* Australian Year Book of International Law. Vol. 29. p. 27-86.
- Felemegas, J. (2009). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law.* Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-38. doi:10.1017/CBO9780511511417.002
- Ferrari, F. (2012). *PIL and CISG: Friends or Foes?* Journal of Law and Commerce, vol 31. doi: 10.5195/jlc.2013.48
- Gillette, C. & Walt, S. (2016). *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice.* Cambridge University Press. Kindle Edition.

- Gotanda, J. (2005). *Recovering Lost Profits in International Disputes*. Georgetown Journal of International Law, Vol. 36 No.1. p. 61.
- Honnold, J & Flechtner, H. (2009). *Uniform law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4 ed). Wolters Kluwer.
- Huber, P. & Mullis, A. (2007). *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Germany. European Law Publishers.
- Komarov, A. (2006). *Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1)*. Journal of Law and Commerce, Vol 25. p. 75-85.
- Kotrusz, J. (2009). *Gap-Filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Uniform Law Review, vol. 14. p. 119-163. Available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kotrusz.html>
- Kröll, S. (2011). *The burden of proof for the non-conformity of goods under art. 35 CISG*. The Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review, Year LIX no. 3 p. 162-180.
- Povrzenic, N. (1997). *Interpretation and Gap-filling under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Pace International Review. Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/gap-fill.html>
- Saidov, D. (2013). *Article 35 of the CISG: Reflecting on the Present and Thinking About the Future*. Villanova Law Review, vol 58 (issue 4), 529. Available at: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3184&context=vlr>
- Saidov, D. (2002). *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Pace International Review. vol 14. p. 308-376.
- Schlechtriem, P. & Schwenzer, I. (2016). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (4 ed). Oxford University Press.
- Schwenzer, I. & Tebel, David. (2014). *Suspicious, mere suspicions: non-conformity of the goods?*. Uniform Law Review. vol 19. p. 152–168. doi:10.1093/ulr/unt042

Smith, J. & Nadeau-Séguin, S. (2015). *The illusive standard of proof in international commercial arbitration*, in Albert Jan Van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series. volume 18. Kluwer International. p. 134 - 155.

Smythe, D. (2016). *Reasonable Standards for Contract Interpretations under the CISG*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. Vol 25. p. 2-25. Available at: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1254&context=fs>

Viscasillas, P. P. (2017). *Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the Unidroit Principles*. *Uniform Law Review*, 22(1), p. 4–28. doi:10.1093/ulr/unw060

Case Law

Bagwell Coatings v. Middle S. Energy. case no.797 F.2d 1298, U.S.Court of Appeals (5th Cir.), United States (1986).

Buyer[Germany] v. Seller[Denmark], Final Award, ICC Case No. 16561, 2010.

Buyer[India] v. Seller[Turkey], Final Award, ICC case N° 18981, date unpublished.

Delchi Carrier v. Rotorex, CISG-online 140, U.S. Circuit Court of Appeals, 2d. Cir., United States (1995).

Locke v. United States, case no. 283 F.2d 521, U.S.Court of Claims, United States (1960). Wire and cable case, case no. 304/II/2003, Appellate Court Bern, Switzerland (2004).

La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral: A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 14 de septiembre de 2020

Felipe Montero Rafols¹

Resumen:

En el presente trabajo, se analiza la sentencia de 14 de septiembre de 2020 de la Corte Suprema de Chile, la cual declara que la apelación deducida en contra de una sentencia arbitral dictada con fecha 2 de agosto de 2019 es admisible, invalidando así de oficio dos resoluciones en sentido contrario dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago. Se busca dilucidar si el razonamiento del máximo tribunal, conforme al cual las partes se encuentran facultadas para alterar, en ejercicio de su autonomía al régimen recursivo de la Ley N°19.971, se adecúa a los estándares aplicables en la materia.

Palabras Clave:

Arbitraje internacional; intervención judicial; autonomía de la voluntad; laudo; nulidad; recurso; apelación; sede arbitral.

Abstract:

This paper analyzes the ruling of the Supreme Court of Chile, passed on September 14th, 2020, which declares that the appeal against the arbitral award handed down on August 2nd, 2019 is admissible, invalidating two resolutions dictated by the Court of Appeals of Santiago. It seeks to elucidate whether the reasoning of the highest court, according to which the parties are allowed to alter the recursive regime of Law No. 19.971, is consistent with the applicable standards in the matter.

Keywords:

International arbitration; judicial intervention; party autonomy; arbitral award; nullity; recourse; appeal; seat of arbitration.

¹ Felipe Ignacio Montero Rafols. Egresado de Derecho. Universidad de Concepción. Chile.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2004 se publicó la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “LACI”), lo que supuso para Chile la concreción de un postergado anhelo, cual era adecuar su regulación de arbitraje internacional a los estándares modernos en la materia. Al efecto, se adoptó de forma casi literal la Ley Modelo de CNUDMI de 1985 (en adelante “LMA”). Ello no alteró, sin embargo, el régimen legal del arbitraje doméstico chileno: para otorgar viabilidad política a la LACI, se planteó desde un comienzo, en el debate legislativo, que el arbitraje internacional debía desvincularse del interno (Sateler, 2007, p. 379). En consecuencia, se consagró en Chile un “régimen dualista” del instituto arbitral, que contempla un tratamiento diferenciado para ambas figuras, a tal punto, que cada sistema se comporta de manera autónoma, sin que la normativa de uno sea supletoria del otro (Díaz y Romero, 2007, p. 11).

La sentencia a comentar, pronunciada por la Corte Suprema de Chile con fecha 14 de septiembre de 2020, a pocos días del decimosexto aniversario de la LACI, deja en evidencia algunas de las flaquezas que presenta esta regulación dicotómica. El propósito del presente trabajo es efectuar un análisis crítico del razonamiento empleado por el máximo tribunal, a la luz de la normativa vigente y de los principios que informan el instituto arbitral. Versa, en particular, sobre el problema que puede suscitar la desavenencia de las partes en torno a la naturaleza del arbitraje al que se han sometido, y sobre la importancia de determinar el régimen legal aplicable a efectos de interpretar el sentido y alcance de sus declaraciones.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

A propósito de un conflicto que se suscitó a raíz de un contrato de compraventa de acciones, se ingresó solicitud de inicio de arbitraje comercial internacional en la Cámara de Comercio de Santiago, Chile, dando origen a un procedimiento que culminó el 2 de agosto de 2019 con el dictado de un laudo. En contra de dicha sentencia, la demandante dedujo apelación, recurso que el tribunal arbitral tuvo por interpuesto, para luego concederlo y elevar los antecedentes. Es de interés señalar que, tanto en el acuerdo de arbitraje como en las bases del procedimiento, las partes pactaron la procedencia de dicho recurso. No obstante, la Corte de Apelaciones de Santiago lo declaró inadmisibles, argumentando que, tratándose de un arbitraje internacional, le eran aplicables las disposiciones de la LACI, cuyo artículo 34 expresamente prescribe que contra una sentencia arbitral sólo puede recurrirse mediante petición de nulidad (Ley N° 19.971, 2004).

Dicho pronunciamiento fue objeto de un recurso de reposición, arbitrio en que la recurrente impugnó el carácter internacional del arbitraje controvertido, siendo desestimado mediante resolución de fecha 12 de febrero de 2020. En contra de esta última, se interpuso recurso de queja, el cual, al tenor literal del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, “tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional” (Ley N° 7421, 1943).

En el fallo que es objeto del presente análisis, dictado en causa Rol N° 19.568-2020, la Corte Suprema rechazó el recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, al estimar que no incurrieron en ninguna de las conductas que la ley

reprueba. Sin embargo, actuando de oficio, invalidó lo resuelto por la Corte de Apelaciones y declaró admisible la apelación deducida en contra del laudo.

III. ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

A continuación, se reproducen, en sus partes relevantes, los principales considerandos del fallo en comento:

5°. - Que, siendo la cláusula compromisoria, independientemente de su naturaleza institucional, doméstica o internacional, de carácter consensual, el sentenciador debe tener en consideración la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior (...).

6°. - Que, recogiendo este concepto de la buena fe procesal, en tanto los litigantes no pueden ir en contra de sus propias actuaciones, no es posible soslayar que al momento de suscribir la cláusula compromisoria las partes determinaron que cualquier conflicto sería sometido a arbitraje, el que se regiría por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sin aludir a la Ley N° 19.971.

Por otra parte, en las bases del presente arbitraje establecieron que este se sujetaría al citado reglamento, los Estatutos del CAM y, en lo no previsto, a la voluntad de las partes, sin perjuicio de que supletoriamente se aplicarían las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales, sin hacer mención, nuevamente, a la Ley N° 19.971.

Cabe también destacar que en lo relativo a los recursos los comparecientes, libre y voluntariamente, establecieron que *“respecto a la sentencia definitiva se estará a lo establecido en la cláusula arbitral, esto es, serán procedentes los recursos de apelación y casación en la forma”*.

7°. - Que, en estrados, los litigantes dieron cuenta que posteriormente, con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato de compraventa de acciones, modificaron los términos de sus Bases del Procedimiento, eliminando la procedencia del recurso de apelación. Esta circunstancia revela que después de un mayor análisis se estimó necesario adecuarlas a la Ley N° 19.971 pero, para los efectos de este juicio, en su inicio y tramitación consideraron como mecanismo válido de revisión el recurso de apelación; en otras palabras, no se había contemplado como alternativa recursiva válida el recurso de nulidad especial contemplado en la citada Ley.

Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de la buena fe procesal, que recoge como uno de sus elementos el no ir en contra de las propias actuaciones que los litigantes han desplegado durante el juicio (...).

8°. - Que, al declararse inadmisibles los recursos de apelación deducidos en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos

principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso (...). (Corte Suprema de Chile, Rol N° 19.568-2020, 2020).

IV. COMENTARIO

Más allá de la defectuosa redacción de la cláusula arbitral y de las consideraciones esgrimidas por la Corte Suprema en torno a las nociones de buena fe procesal, teoría de los actos propios y derecho al recurso, este autor considera que una adecuada resolución del caso en comento pasa por responder tres preguntas elementales: **(1)** ¿cuál es la naturaleza del arbitraje en cuestión?; **(2)** ¿cuál es la ley aplicable al arbitraje?; y **(3)** ¿pueden las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, alterar el régimen recursivo contemplado en dicha normativa?

1. ¿Cuál es la naturaleza del arbitraje?

No parece necesario referirse en este punto al carácter voluntario del arbitraje, cuestión que desarrolla latamente el fallo en comento, como si se ignorara que el instituto arbitral es por naturaleza consensual y que la figura del arbitraje forzoso es excepcional e idiosincrática. Tampoco resulta pertinente entrar a discutir si se está o no en presencia de un arbitraje administrado y de derecho, rasgos que fácilmente se desprenden del tenor literal de la cláusula compromisoria, o si la disputa sobre la que versa el procedimiento puede ser calificada de comercial, atendida la noción amplísima de dicha voz y que, al día de hoy, parece comprender “cualquier actividad económica desarrollada con fines de lucro por entes privados” (Puga, 2007, p. 415), con algunas calificadas excepciones. En realidad, la discusión se circunscribe a solo una de las categorías en que se suele subsumir la figura, y que atiende a su internacionalidad. El *quid* del asunto radica pues en dilucidar si el arbitraje controvertido es de carácter doméstico o internacional.

Curiosamente, y pese a que la recurrente fundó su reposición en que se está en presencia de un arbitraje interno, la Corte Suprema evita pronunciarse sobre el punto. No se pretende conocer las razones que existen detrás de dicha omisión, mas no es posible soslayarla. Al fin y al cabo, la declaración, ajustada a derecho, de que el citado procedimiento corresponde a un arbitraje nacional, hubiese bastado para dar por cerrado el asunto: no está discutida en Chile la procedencia del recurso de apelación en el ámbito doméstico, particularmente en el caso de los árbitros de derecho y mixtos (Delgado y Vásquez, 2020, p. 197). Estimo, sin embargo, que semejante declaración hubiese resultado difícil de conciliar con los antecedentes fácticos y jurídicos a considerar.

En el decir de Sandoval (2005), “el arbitraje es internacional cuando se refiere a litigios surgidos o que surjan en relaciones jurídicas cuyos elementos no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional” (p. 16). Los factores a considerar son muchos y pueden variar según la normativa aplicable (Betancourt, 2018, p. 38). Pero, las directrices de la CNUDMI han permitido alcanzar un cierto grado de uniformidad en la materia. Así, el artículo 1.3 de la LMA, que fuera incorporado en forma textual al ordenamiento jurídico chileno a través de la LACI, enumera una serie de causales de internacionalidad, de modo que el arbitraje es internacional si cumple con

alguna de ellas (Mereminskaya, 2014, p. 10). En particular, el artículo 1.3.a prescribe que, si las partes tienen, al momento de pactar el arbitraje, establecimiento en Estados diferentes, el arbitraje es internacional.

No es controvertido que, al momento de celebrarse el contrato que liga a las partes, la recurrente fijó su domicilio en México, lo que a juicio de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago basta para dar por configurada la causal del artículo 1.3.a de la LACI. La recurrente, en cambio, arguye que las partes son chilenas y, como sociedades, están constituidas en Chile. Procede a descartar también la causal del artículo 1.3.b, por ser Santiago el lugar del arbitraje, y del artículo 1.3.c, por no haberse convenido que la cuestión objeto del acuerdo arbitral concerniera a más de un Estado. El arbitraje en comento sería, en consecuencia, uno de carácter nacional.

Hasta aquí el tema es discutible, toda vez que, de acuerdo a la jurisprudencia del máximo tribunal chileno, para que un caso tenga carácter internacional, debe contener un elemento extranjero relevante, esto es, importante o significativo (Ossa y Zamora, 2014, p. 18). En sintonía con lo anterior, se ha entendido que el vocablo “establecimiento”, que emplea el artículo 1.3.a de la LACI, hace referencia al lugar en que habitualmente se ejerce una actividad, lo que supone la existencia de un vínculo real de índole productivo o económico (Vásquez, 2018, p. 731). Esto último parece ser precisamente lo que refuta la recurrente, y es una lástima que la Corte Suprema dejase pasar la oportunidad de aclarar el punto, más aún cuando su propia sentencia da cuenta de dos antecedentes que, sin ser concluyentes, favorecen la tesis informada por la Corte de Apelaciones de Santiago: en primer lugar, que con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato, los litigantes modificaron los términos de las Bases del Procedimiento para adecuarlas a la LACI, eliminando la procedencia del recurso de apelación; y segundo, que desde un comienzo las partes pactaron que la normativa aplicable a la conducción del procedimiento sería el “Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional” del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante, CAM), lo que, sumado a la decisión de la recurrente de fijar domicilio en el extranjero, hace presumir que las partes estaban conscientes y conformes con la internacionalidad de la relación jurídica.

2. ¿Cuál es la ley aplicable al arbitraje?

Asumiendo que se trata de un arbitraje internacional, conclusión que parece compartir la Corte Suprema, dado que, en caso contrario, su extenso razonamiento resultaría innecesario, es menester determinar la ley aplicable al arbitraje, la *lex arbitri*. Para ello, se debe estudiar la sede del mismo.

La sede arbitral es un concepto estrictamente jurídico (Vásquez, 2011, p. 80), en cuanto corresponde al lugar en que se entiende domiciliado el arbitraje, ya sea porque así lo han pactado las partes o porque el tribunal arbitral, en subsidio, lo ha instituido. No implica, en otras palabras, un vínculo “espacial” o “territorial”, sino que uno de naturaleza eminentemente jurídica, entre el arbitraje y un derecho estatal (Silva, 2003, p. 94). Así las cosas, es perfectamente posible que las actuaciones y diligencias del procedimiento se lleven a cabo en otros sitios, distintos de la sede. Clarificar el punto resulta indispensable, pues es frecuente que se confundan las nociones de

“sede” y “lugar”: la misma LMA emplea esta última expresión para referirse a la primera, imprecisión que ha heredado la LACI.

La elección de la sede arbitral, es una mención facultativa del acuerdo de arbitraje, en tanto su omisión no acarrea la invalidez o ineficacia del mismo, pero no cabe duda que se trata de uno de los aspectos más relevantes a considerar al momento de su redacción, atendidas sus importantes consecuencias jurídicas (Betancourt, 2018, p. 148). En lo que atañe a esta presentación, la elección de la sede arbitral determina, entre otras cosas, los tribunales estatales que excepcionalmente pueden intervenir para auxiliar a los árbitros en el desempeño de sus funciones y, al menos en parte, las normas jurídicas que gobiernan el procedimiento (Silva, 2003, p. 95). Es lo que se denomina la *lex loci arbitri*, ley del lugar del arbitraje, y que, por regla general, viene a configurar el marco normativo aplicable al arbitraje en cuestión, es decir, la *lex arbitri*, sin que sea necesario para ello que las partes hagan referencia expresa a la misma. Ello no obsta, por cierto, a que las partes modifiquen, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el régimen jurídico que rige el asunto, eligiendo al efecto un reglamento institucional o diseñando sus propias reglas procedimentales. Sin embargo, el grado de libertad del que gozan las partes dependerá, en gran medida, de la misma *lex loci arbitri*. De ahí la importancia de esclarecer la cuestión de la sede.

De la lectura de la cláusula compromisoria, reproducida en el tercer considerando del fallo en comento, se desprende que las partes, al momento de contratar, no escogieron en forma explícita una sede arbitral, limitándose en cambio a elegir una institución a cargo de la administración del procedimiento: el CAM. Que dicha institución se encuentre radicada en Santiago de Chile, puede interpretarse como un indicio de que las partes convinieron que dicha localidad fuera la sede, criterio que se ha utilizado en alguna ocasión en la jurisprudencia internacional.² No obstante, es perfectamente posible que se escoja una determinada institución para el solo efecto de conducir un arbitraje que se llevará a cabo en una sede completamente distinta a la de su domicilio, ya sea por convenio de las partes o porque así lo disponen las reglas aplicables al caso concreto (Betancourt, 2018, p. 149).

Más decisiva resulta en cambio, la manifiesta voluntad de las partes de someterse al ordenamiento jurídico chileno, según consta de las bases del compromiso, puesto que, como se ha adelantado, la sede se define precisamente como un vínculo de naturaleza jurídica entre el arbitraje y un derecho estatal. En todo caso, de los hechos de la causa se infiere que todos los intervinientes en el procedimiento arbitral están contestes en que este tiene su domicilio jurídico en Chile. Lo han afirmado: la recurrente, para renegar de la causal del artículo 1.3.b de la LACI; la recurrida, al pretender que se aplique dicha ley para declarar la improcedencia del recurso de apelación; e incluso, el tribunal arbitral, al tener por interpuesto dicho recurso, para luego concederlo y elevar los antecedentes a un tribunal de la sede, la Corte de Apelaciones de Santiago.

Habiendo establecido que la sede del arbitraje controvertido es, precisamente, Santiago de Chile, resta dilucidar si las partes se encuentran facultadas para alterar el régimen legal especial que gobierna la materia. Pues bien, aunque la LACI consagra en buena medida la autonomía de la

² Tal fue el criterio aplicado por el Alto Tribunal de Singapur en *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12.

voluntad, no es menos cierto que establece claros límites a su ejercicio, sobre todo en vista del principio de territorialidad que infunde su articulado, y que decreta una suerte de nacionalización del arbitraje conforme al lugar en que se desarrolla (Picand, 2005, p. 149). En efecto, y como se ha señalado, la regla general es que la *lex arbitri*, el derecho que gobierna al arbitraje, sea la *lex loci arbitri*, la ley de la sede arbitral. La prevención es necesaria en tanto existen jurisdicciones, como la francesa, que han acogido y desarrollado la teoría de la “deslocalización” del procedimiento arbitral, en cuya virtud es posible que las partes convengan la aplicación de una *lex arbitri* distinta a la que correspondería según la sede. Sin embargo, tal determinación resulta improcedente en aquellos países que, como Chile, han adoptado el esquema de la LMA, atendido el contenido de sus artículos 1.1, 1.2 y 19 (Mereminskaya, 2017, p. 171).

En otras palabras, la aplicación de la LACI ha de prevalecer, en tanto *lex specialis*, siempre que se desarrolle un arbitraje comercial internacional con sede en Chile (Sateler, 2007, p. 386), y la libertad de las partes para convenir el procedimiento a que haya de ajustarse el tribunal arbitral ha de ejercerse con sujeción a lo dispuesto en dicha ley. Irrelevantes resultan entonces las consideraciones de la Corte Suprema en cuanto a que las partes, al momento de contratar, jamás aludieron a la LACI: en tanto norma especial vigente, dicha ley rige el arbitraje, lo quieran las partes o no.

3. ¿Pueden las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, alterar el régimen recursivo contemplado en dicha normativa?

Ahora bien, dentro de los márgenes de la LACI, no cabe duda que las partes gozan de amplia libertad para regular el procedimiento. La gran mayoría de sus normas son más bien disponibles (Sandoval, 2005, p. 22), de modo que el tribunal arbitral debe siempre observar lo dispuesto en la cláusula compromisoria y las Bases del Procedimiento. En este caso, las partes han acordado que el arbitraje se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM y, en lo no previsto, a la voluntad de las partes, sin perjuicio de que supletoriamente se apliquen las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales.

Lo anterior no contraviene el espíritu de la LACI: un arbitraje comercial internacional se encuentra regulado por una “ley general”, a saber, la *lex arbitri*, y por una “ley especial”, un “conjunto de reglas más detalladas que tienen por objeto controlar un determinado procedimiento arbitral” (Betancourt, 2018, p. 157). Esta última puede ser, por ejemplo, un reglamento de arbitraje. Tiene plena aplicación en esta materia el principio de especialidad, en virtud del cual la ley especial prevalece, siempre y cuando no se vulneren las normas imperativas de la *lex arbitri*.

Llegamos así al meollo del asunto: el recurso de apelación. Las partes, primero en la cláusula arbitral y luego en las Bases del Procedimiento, han pactado expresamente su procedencia en contra del laudo. ¿Resulta ello compatible con la LACI?

Como bien explica Picand (2005), la autonomía de la voluntad hace excepción en el arbitraje tratándose de las normas que regulan las relaciones entre el tribunal arbitral y la jurisdicción ordinaria (p. 375). En otras palabras, no pueden las partes extender la competencia que la propia

ley otorga a los tribunales chilenos, pues ello pugnaría con un principio que es “esencial para la debida operación de un sistema de arbitraje comercial internacional” (Sateler, 2007, p. 386), como lo es la mínima intervención jurisdiccional. La LACI al respecto es bastante clara, al prescribir, en su artículo 5: “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” (Ley N° 19.971, 2004). Se trata de una disposición que encontró alguna resistencia al momento de discutirse la implementación de la LMA en el país, pero que finalmente se mantuvo por considerarse un “requisito *sine qua non* de un régimen arbitral moderno” (Sateler, 2007, p. 387), de modo que el éxito de la iniciativa legislativa dependía en buena medida del respeto a dicho estándar.

Desde la publicación de la LACI, los tribunales chilenos han procurado dar estricta aplicación al principio en comento, absteniéndose de conocer conflictos regulados por cláusulas arbitrales y declarando inadmisibles recursos distintos a la petición de nulidad del laudo (Vásquez, 2015, p. 529). Lo anterior debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la LACI, que restringe la libertad de las partes para regular el procedimiento arbitral a los mandatos imperativos que contiene la propia ley (Ley N° 19.971, 2004). De la lectura conjunta de ambos preceptos, se colige una auténtica norma prohibitiva.

En definitiva, las partes no están facultadas para ampliar el ámbito de competencia de los tribunales ordinarios en el contexto de un arbitraje internacional, opción que inevitablemente desnaturalizaría una institución que, entre otras cosas, debe ofrecer garantías de autonomía en relación a la justicia estatal. Es por ello que la LACI, siguiendo los lineamientos de la LMA, provee una certera regulación del acotado rol que deben desempeñar los jueces ordinarios, procurando respetar, en la medida de lo posible, la concepción del arbitraje como un método de resolución de conflictos en *single shot*, en que una revisión del mérito, como la que se pretende al interponer un recurso de apelación, resultaría contraproducente (Delgado y Vásquez, 2020, p. 205).

Pese a ello, y haciéndome cargo de las aprehensiones de la Corte Suprema en relación al derecho al recurso, es menester recordar que la LACI contempla un régimen recursivo propio, acorde a las particularidades de la institución que regula, a través del artículo 34, titulado: “La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”. Dicha norma, redactada en términos claramente imperativos, señala en su numeral primero: “Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo” (Ley N° 19.971, 2004). El establecimiento de un medio de impugnación único, extraordinario y de derecho estricto, con causales taxativamente enumeradas que permiten denunciar infracciones graves cometidas en el transcurso del proceso arbitral, sin que se revise el fondo del asunto (Vásquez, 2018), viene a salvaguardar el derecho al recurso, amparando el debido proceso (Sateler, 2007, p. 388), al tiempo que constituye una manifestación más del principio *favor arbitrandum* que inspira a la LACI.

En suma, de la lectura de los artículos 5, 19 y 34 de la LACI, no queda sino concluir que las partes no pueden convenir válidamente la procedencia del recurso de apelación contra el laudo dictado en un arbitraje comercial internacional, teniendo a su disposición, en todo caso, la llamada petición

de nulidad, único remedio procesal admisible al efecto, como de forma consistente lo ha resuelto la jurisprudencia chilena, observando la importancia de “dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, impidiendo el ejercicio de acciones que directa o indirectamente pretendan revertir el resultado del proceso arbitral” (Ossa y Zamora, 2014, p. 71).

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión del presente análisis, es importante recordar que la LACI no existe en el vacío. No es una regulación aislada, que mire al territorio nacional, sino que apunta al exterior, forma parte de un sistema transnacional que opera al alero de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958. En particular, responde a la necesidad de brindar un marco normativo acorde a estándares y principios latamente desarrollados en la doctrina y jurisprudencia internacionales, con miras a facilitar el intercambio comercial y la resolución de disputas que surjan en el seno de dichas relaciones jurídicas. Pues bien, difícilmente accedería un agente comercial extranjero a someterse a un procedimiento arbitral con sede en Chile si temiera que sus jueces estatales pueden en cualquier momento inmiscuirse en el litigio.

Sin perjuicio de las razones esgrimidas por la Corte Suprema, que son por cierto muy atendibles, lo concreto es que el fallo pronunciado con fecha 14 de septiembre de 2020, induce al equívoco de pensar que las partes pueden ampliar el régimen recursivo que contempla la ley para el arbitraje comercial internacional, extendiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria a cuestiones no previstas por la LACI.

Bibliografía

Doctrina

- Betancourt, J. (2018) *El contrato de arbitraje internacional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Delgado, J.; Vásquez, M. (2020) “El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno”, *Revista Derecho del Estado*, N° 45 (enero-abril).
- Díaz, J.; Romero, A. (2007) *El arbitraje interno y comercial internacional*. 1° ed. Santiago: Lexis Nexis
- Mereminskaya, E. (2014) *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*. 1° ed. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Mereminskaya, E. (2017) “Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la lex arbitri no es la ley de la sede”, *Lima Arbitration*, 2016-2017, N° 7.
- Ossa, F.; Zamora, R. (2014) *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- Picand, E. (2005) *Arbitraje comercial internacional*. 1° ed., T. I y II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Puga, J. (2007) “Mercantilidad y el Arbitraje Comercial Internacional”, en: Picand, E. (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. 1° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Sandoval, R. (2005) *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971 de 29 de septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional*. 1° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Sateler, R. (2007) “Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en: Picand, E. (Ed). *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. 1° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Silva, E. (2003) “La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año II, N° 4.

Vásquez, M. (2011) “Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16 (julio).

Vásquez, M. (2015) “Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia”, *Ius et Praxis*, Año 21, N° 2.

Vásquez, M. (2018) “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, *Vniversitas*, N° 136. Disponible en: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20\(2018-I\)/82555137010/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20(2018-I)/82555137010/)

Vásquez, M. (2018) *Tratado de Arbitraje en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.

Jurisprudencia

Alto Tribunal de Singapur, 19 de junio de 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12.

Corte Suprema de Chile, 14 de septiembre de 2020, Rol N° 19.568-2020.

Normativa

Ley N° 7421, Código Orgánico de Tribunales, 1943.

Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2004.

El arbitraje de emergencia: una nueva categoría en el arbitraje doméstico e internacional

Tifaine Pons¹

Resumen:

Durante el año 2006, el Centro Internacional para Solución de Controversias introdujo en su reglamento un nuevo modelo de arbitraje: el arbitraje de emergencia. Esta novedad proviene de un antiguo mecanismo creado por la Cámara de Comercio Internacional en 1990, que se denominaba “Procedimiento Precautorio Prearbitral”. Esta nueva modalidad se ajusta a las necesidades de las partes; sin embargo, el sistema mantiene ciertas diferencias, especialmente con respecto a las figuras del “árbitro clásico” y “árbitro de emergencia”, ya sea nacional o internacional.

Palabras clave:

Arbitraje de emergencia; Procedimiento Precautorio Prearbitral; categoría *sui generis*; Cámara de Comercio Internacional; Centro Internacional para Solución de Controversias; medidas cautelares; medidas provisionales.

Abstract:

In 2006, the International Center for Dispute Resolution introduced a new model of arbitration: the emergency arbitration. This is an updated form of the classical mechanism “pre-arbitral referee”, created by the International Chamber of Commerce in 1990. This new model in arbitration is adjusted to the parties’ needs ; however, it maintains certain differences, particularly regarding the figures of the “classic arbitrator” and the “emergency arbitrator”, whether national or international.

Key words:

Emergency arbitration; Pre-arbitral Referee; sui generis category; International Chamber of Commerce; International Center for Dispute Resolution; interim measures.

¹Bachiller en Literatura; Licenciatura en Derecho público de la Universidad de Toulouse (Francia) Diplomada en Master de Derecho internacional público de la Universidad de Toulouse (Francia); Máster en Justicia Penal Internacional y Máster en Derecho Ambiental de la Universidad de Tarragona (España); Certificado en «International Law in Action: the Arbitration of International Dispute» de la Universidad de Leiden (Holanda); Estudiante en el Diploma Universitario de Derecho del Arbitraje interno e internacional de la Universidad de Montpellier (Francia) ; Máster en Derecho público general de la Universidad de París (Francia) ; Preparación al examen de entrada a la Escuela de los Abogados - CRFPA - de la Universidad de Toulouse (Francia) País de residencia: Francia

I. Introducción histórica

A. El ancestro del arbitraje de emergencia: el Procedimiento Precautorio Prearbitral

El Procedimiento Precautorio Prearbitral fue introducido y entró en vigencia a partir del 1° de enero de 1990, en el Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral (en adelante “el Reglamento”), elaborado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Este reglamento se puede aplicar a todas las partes que lo requieran mediante la incorporación al contrato de la “Cláusula modelo para el procedimiento precautorio Prearbitral de la CCI”, la cual dicta lo siguiente:

Cualquier parte en el presente contrato tendrá el derecho de recurrir a las disposiciones del Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes se declaran sujetas a las disposiciones de dicho Reglamento (Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, p.4).

El objetivo de este procedimiento, que posteriormente sería retomado por el procedimiento de arbitraje de emergencia, se explica en la introducción del mencionado Reglamento y consiste en:

Permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendentes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podrían sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna otra forma (Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, p.5).

Estas medidas pueden ser medidas cautelares o provisionales dictadas para anticipar y asegurar el buen desarrollo del arbitraje. De manera general, estas medidas sirven para (i) evitar una situación donde se produciría un “daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera de los derechos o bienes de una de las partes” (Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, art. 2.1. inc. a), (ii) para garantizar la realización de un pago de una parte a la otra y (iii) para asegurar la producción de documentos necesarios o que se tomen las medidas para “conservar o construir pruebas” (Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, art. 2.1. inc. d).

Este mecanismo se utilizó por primera vez en 2012, y solamente se contabilizan unos veinte casos donde los asuntos se sometieron a este procedimiento. Sin embargo, a pesar de las novedades que introdujo el Reglamento y de la necesidad de su utilización en ciertas situaciones, no tuvo el éxito esperado siendo, “una excelente idea que hasta ahora no ha funcionado”² (Craig, 2000, p.706).

² Traducción libre de la autora. Léase originalmente: “an excellent idea which thus far has not worked”.

Su fallo es atribuible a distintos factores, un primer obstáculo, es el hecho de que se trata de un sistema *opt-in*, el cual implica que, necesariamente, debe hacerse referencia expresa del proceso prearbitral precautorio en la cláusula compromisoria, de lo contrario, se paraliza su utilización (las particularidades de este tipo de sistema serán profundizadas más adelante).

El segundo obstáculo que dificultó su aplicación en la práctica, es que las partes que necesitaban la aplicación de estas medidas no tenían certidumbre en cuanto a la misma. Lo anterior, ya que la naturaleza (denominada contractual) de las decisiones tomadas a través de este procedimiento no facilitaba su reconocimiento y ejecución.

En este sentido, en el caso *Société National des pétroles du Congo et République du Congo vs. Total Fina Elf E & P* del 29 de abril de 2003, conocido por la Cámara Primera de la Corte de Apelación de París, la Corte consideró que la decisión del tercero era de naturaleza contractual: “La decisión del 6 de febrero de 2002, fue emitida de conformidad con un mecanismo contractual basado en la cooperación de las partes, esta tiene naturaleza contractual y, como consecuencia, no puede estar sujeta a una acción de anulación”³ (Gaillard, 2003, p.2).

Esta calificación (contractual), no permite satisfacer las prerrogativas de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, porque no otorga el carácter de sentencia arbitral, sino contractual, a las decisiones del árbitro de emergencia. Así, todas las decisiones tomadas por el tercero no entran en el campo de competencia de la Convención.

La introducción del arbitraje de emergencia en 2006 permitió dinamizar la práctica, gracias a unas normas de procedimiento más flexibles y de fácil acceso. Cabe señalar que, a pesar de su introducción en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional en 2012, esta nueva categoría de arbitraje de emergencia no reemplazó el Reglamento Precautorio Prearbitral. Es decir, este último sigue vigente y las partes pueden usarlo si cumplen con las condiciones de invocación.

B. La introducción del mecanismo de arbitraje de emergencia

El arbitraje de emergencia responde a los fines que normalmente son atribuidos y esperados del arbitraje, como lo es la debida resolución de controversias de un modo eficiente, seguro y completo para las partes. El arbitraje de emergencia fue introducido en 2006, en el Reglamento del Centro Internacional para Solución de Controversias. Este último, conserva ciertas similitudes con el antiguo mecanismo, del Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral, pero se diferencia en ciertos puntos.

Este mecanismo permite nombrar un árbitro único a través de una institución arbitral. El objetivo general del arbitraje de emergencia no se aleja tanto de la misión que le incumbía en

³ Traducción libre de la autora. Léase originalmente: “[...] the order dated Feb. 6, 2002, rendered in accordance with a contractual mechanism that is based on the cooperation of the parties, has a contractual nature, that it merely has the authority of an agreement, [and] as a result, that a request for annulment, permissible against awards, is inadmissible [in this case].”

el procedimiento precedente. De este modo, se trata siempre de tomar medidas cautelares y provisionales a la mayor brevedad posible. En efecto, el plazo impartido para la toma de decisión por el árbitro de emergencia oscila entre cinco y quince días. Una vez que la decisión ha sido adoptada y que el Tribunal Arbitral ha sido constituido, este último tendrá los poderes de modificar estas medidas.

La diferencia que permite emplear más este procedimiento que el precedente, es el principio de “*opt-out*”, al contrario del “*opt-in*”. La cláusula “*opt-in*” obligaba a las partes a incluir dentro de las disposiciones arbitrales, el recurso al procedimiento de arbitraje de emergencia. Es decir, sin esta aclaración, no se podía recurrir a un árbitro de emergencia. Las partes deben manifestar claramente su aceptación para usar este mecanismo. Por otro lado, la cláusula de “*opt-out*” implica que el arbitraje de emergencia no debe ser expresamente previsto en la cláusula compromisaria, lo que facilita su acceso. Es el carácter de emergencia el que prima, no el de la previsión. Entonces, solo es necesario que la situación adquiera una imperativa necesidad para iniciar el procedimiento, así, de manera general, el árbitro de emergencia está incluido en todos los arbitrajes de facto. Las partes son las únicas que pueden decidir usarlo o no, esto resalta el carácter flexible del arbitraje de emergencia.

Además de esto, el mecanismo del arbitraje de emergencia no es exclusivo. Esto, a pesar de la cláusula compromisaria, lo cual asegura la resolución del litigio a través del arbitraje. Así, las partes que requieren medidas de emergencia pueden decidir solicitarlas frente a un árbitro o frente al Poder Judicial. El principio de exclusividad del arbitraje no funciona en este tipo de figura, lo que ofrece una libertad suplementaria a las partes, aunque este principio está siempre en adecuación con los fundamentos del arbitraje mismo. Este último punto revela que, sin la existencia del arbitraje de emergencia, las partes tendrían que ir directamente frente al juez interno, para invocar medidas cautelares o provisionales, lo que podría ir en contra del principio de confidencialidad del arbitraje, por lo cual, muchas veces las partes se dirigen hacia el arbitraje. Presentarse frente al Poder Judicial presenta un riesgo de revelar el objeto del litigio, además de implicar mucho más tiempo en la tramitación del caso, en comparación con lo que puede tardar la constitución del Tribunal Arbitral. Las partes estarían perjudicadas al solamente tener la oportunidad de pedir las medidas ante un juez interno, cuya decisión se encierra en un cierto plazo de tiempo generalmente largo. Siendo que, el arbitraje es reconocido como un mecanismo rápido de resolución de los conflictos, las partes no verían sus expectativas cumplidas pasando por el camino del juez nacional.

Escoger la opción que ofrece el arbitraje puede ser fomentado por el procedimiento confidencial, ya que es una condición *sine qua non* para el desarrollo del arbitraje, sin importar si este es internacional o nacional. Todo lo que sea revelado durante las audiencias de arbitraje tienen que gozar de confidencialidad, para que el secreto sea protegido, y, sobre todo, que las relaciones profesionales se mantengan, a pesar de las diferencias, sin que nadie interfiera.

Finalmente, es importante destacar que la mencionada norma exclusiva de arbitraje de emergencia cobra especial relevancia, puesto que establece la anticipación de la constitución del Tribunal Arbitral. Lo anterior, implica que la demanda de emergencia debe ser formulada antes de la constitución del Tribunal Arbitral, que está considerado como el punto de partida del arbitraje. Este principio es generalmente reconocido por las instituciones arbitrales, sin embargo, existen ciertas excepciones, como es el caso establecido en el Reglamento de la Cámara de Comercio internacional o de la Cámara de Comercio de Estocolmo, donde

consideran que el arbitraje de emergencia puede iniciar con la demanda, en la etapa de transmisión del expediente al Tribunal Arbitral. No obstante, la norma más empleada es la primera.

II. Las expectativas del arbitraje de emergencia

A. Utilidad del arbitraje de emergencia

“El árbitro de emergencia es una persona que usualmente es fijada por la institución arbitral involucrada, que otorga medidas provisionales antes de la formación del Tribunal” (Nikhil, 2006, p.36). Como se ha puesto de relieve en el párrafo precedente, las normas de emergencia permiten proteger a las partes, antes del establecimiento del “juicio”, frente a una situación que puede ser perjudicial para ellas. El objetivo de esa protección es garantizar la seguridad jurídica, principio muy importante que permite a las partes prever los efectos negativos que podría tener la inacción frente a una situación, poniendo en peligro una parte al arbitraje, o más importante aún, su resultado.

A través de la declaración de medidas cautelares o provisionales, las partes buscan valorar sus derechos para el mantenimiento de sus *status quo*. Estas medidas podrán ser efectivas desde el momento precedente al arbitraje, cuando el árbitro de emergencia las adopta, hasta la emisión del laudo (si el Tribunal Arbitral no decide de otra manera durante el proceso). El arbitraje de emergencia puede ofrecer soluciones temporales antes de la constitución del Tribunal Arbitral. Este mecanismo, puede ser entendido como una: “[...] Alternativa real, efectiva, pronta, pertinente, imparcial, independiente, neutral, eficaz, económica, confidencial y con conocimiento, que propenda por los derechos de las partes desde el momento de la solicitud de arbitraje hasta el nombramiento del Tribunal Arbitral [...]” (Ronancio Martínez, s.f., p.1).

El procedimiento de emergencia debe desarrollarse bajo la misma condición de confidencialidad. Este aspecto no debería dejarse de lado por el hecho de no desarrollarse en la misma etapa del proceso. Esta es otra cualidad que muchas veces hace que las partes favorezcan esta elección, en lugar de recurrir al juez judicial para obtener medidas cautelares o provisionales.

B. El marco jurídico del arbitraje de emergencia en los diferentes reglamentos de las instituciones arbitrales

Para abordar el marco jurídico de esta figura, se indicarán algunos de los reglamentos de distintas instituciones arbitrales que contemplan el mecanismo del arbitraje de emergencia, tanto a nivel nacional como internacional.

“El Centro Internacional para Solución de Controversias, fue el primero –en 2006– en introducir el procedimiento de arbitraje de emergencia opt out.” (Baker, 2016, p.4). En 2014, el Reglamento de dicha institución fue modificado e integró este mecanismo en su artículo

sexto.⁴ En cuanto a su aplicación, desde su introducción en 2006, cuenta con 55 casos de arbitraje de emergencia.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, dispone en su artículo 29, el régimen del arbitraje de emergencia.⁵ Este fue introducido en 2012 y, según se explicó anteriormente, este nuevo mecanismo no reemplazó el Procedimiento Precautorio Prearbitral, sino que es diferente y autónomo.

El Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo integró este procedimiento en el 2010. Actualmente el mecanismo se encuentra contenido en el Apéndice II⁶, el cual entró en vigor desde el 1° de enero de 2017. En su primera versión, entre 2010 y 2016, 27 casos recurrieron al arbitraje de emergencia (siendo importante mencionar que 13 casos son del 2016).

El Centro Internacional de Arbitraje de Singapur fue el primero de la región de Asia en incluir un mecanismo de arbitraje de emergencia en 2010. Este procedimiento fue reformado en 2016, con un nuevo reglamento. Así, la figura del *Emergency Arbitrator* está situado en el *Schedule*

⁴ Ver artículo 6 del Reglamento en :

<https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules%20English%20Version%20June%202014.pdf>

⁵ Artículo 29 Árbitro de emergencia: “1) La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal solicitud será aceptada por la Corte sólo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje. 2) La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia. 3) La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia. 4) El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden. 5) Los Artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las “Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia”) se aplicarán sólo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias. 6) Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si:

a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes de la fecha en la cual el Reglamento entró en vigor; b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a este. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría”.

⁶ Ver artículo 4 del Apéndice II en :

https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf

I del texto⁷. Gracias a esta introducción, la institución tramitó 57⁸ demandas de arbitraje de emergencia.

El Reglamento de Arbitraje del Centro belga de arbitraje y de mediación, CEPANI, propone un procedimiento de arbitraje de emergencia desde 2013, en su artículo 26⁹, denominado “Medidas provisionales y cautelares anteriores a la constitución del tribunal arbitral”¹⁰, este mecanismo que “se inspira en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional”¹¹ (Verbist, 2013, p.615).

La Corte de Arbitraje Internacional de Londres es la última de las principales instituciones internacionales en haber consagrado el mecanismo de arbitraje de emergencia, en el artículo 96B¹² de su Reglamento, el cual entró en vigor desde 2014.

Aunque esta lista pretende establecer algunas de las instituciones que han hecho uso de la figura de arbitraje de emergencia, se debe resaltar que esta no es una lista exhaustiva de todas las instituciones internacionales arbitrales que han consagrado este tipo de arbitraje. Sin embargo, puede dilucidar que la práctica de integración de este mecanismo en los reglamentos es aceptada y difundida en muchos sistemas, lo que permite que su acceso esté facilitado, en parte, gracias a la influencia de la Cámara de Comercio Internacional.

III. El árbitro de emergencia, ¿otro tipo de árbitro?

A. Los puntos comunes entre árbitro y árbitro de emergencia

Cuando las partes deciden comprometerse al arbitraje, es porque encuentran en este mecanismo de resolución alterna de conflictos, lo requerido para que la controversia llegue a una resolución razonable y conveniente para ambas partes. Como con los árbitros de los Tribunales arbitrales, los árbitros de emergencias deben presentar cualidades fundamentales para resolver un litigio.

A su vez, los Tribunales tienen que ser independientes, aunque hayan sido designados por las partes; además, tienen que ser imparciales, es decir, no deben ceder ante ninguna presión o influencia ejercida por una de las partes o de personas exteriores. Tampoco pueden ser parte

⁷ Ver schedule 1 del Reglamento SIAC en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/2016-siac-arbitration-rules/>

⁸ Ver estadísticas oficiales del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur en: <https://www.siac.org.sg/component/content/article/64-why-siac/526-statistics-2017>

⁹ Ver artículo 26 en: https://www.arbitrationbelgium.com/Arbitration%20Rules/rules_en.pdf

¹⁰ Traducción libre de la autora. Léase originalmente: “Interim and conservatory measures prior to the constitution of the arbitral tribunal”.

¹¹ Traducción libre de la autora. Léase originalmente: “Inspired by the ‘emergency arbitrator’ provisions contained in the 2012 ICC Rules of Arbitration”

¹² Ver artículo 96B en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/2014-lcia-rules-arbitration/>

del conflicto en el litigio en marcha, por causa de un asunto precedente o de un asunto que está siendo tratado. Conforme a lo anterior, puede resumirse que los árbitros de emergencia también deben caracterizarse por estas dos calidades: imparcialidad e independencia, para así asegurar el buen desarrollo del proceso.

Tanto el árbitro de emergencia como el árbitro clásico deben responder a sus competencias personales para resolver el litigio o la situación que se presenta ante ellos. Es sobre los mencionados criterios que la institución arbitral designará la competencia del árbitro de emergencia, o bien, sobre los cuales las partes elegirán al árbitro clásico. Ambos tienen la facultad de resolver los litigios solo sobre los puntos que han sido previamente definidos por las partes. En ningún otro caso, los árbitros pueden omitir juzgar una situación solicitada por una parte (pronunciarse *infra petita*) o añadir ciertos puntos que no habían sido alzados (pronunciarse *ultra petita*).

Por último, es importante establecer que un punto común que comparten los diferentes tipos de árbitro aquí señalados, es que, al igual que la decisión del árbitro clásico, la decisión del árbitro de emergencia no tiene naturaleza coercitiva, en tanto estos tienen ningún poder de *imperium* que obligue a las partes al cumplimiento o a su ejecución. Esto, sin duda, resulta ser un problema que no se puede paliar.

B. Las importantes diferencias entre los árbitros internos nacionales e internacionales

Es importante entender que, a pesar de ciertas similitudes sobre las calidades de los árbitros, el rol del árbitro clásico se diferencia del árbitro de emergencia. En efecto, este último es considerado como una categoría diferente, o *sui generis*.

El procedimiento de arbitraje de emergencia de la CCI “no puede ni debe ser considerado propiamente como arbitraje en el sentido tradicional, sino que es una figura contractual *sui generis*” (Baigel, 2014, p.2).¹³ A partir de lo anterior, es posible elaborar una definición propia del árbitro de emergencia que resume bien la diferencia entre ambas figuras (árbitro clásico y árbitro de emergencia): el árbitro de emergencia es una figura que tiene el objetivo de establecer medidas provisionales o cautelares, a la demanda de las partes y antes de la formación del Tribunal Arbitral.

Se ha establecido que arbitraje tanto internacional como nacional, tienen las siguientes dos misiones: una misión *jurisdiccional*, que es la de resolver un litigio, y una misión *contractual*, introducida por el compromiso o la cláusula compromisaria. El arbitraje de emergencia toma el contrapeso de esta costumbre, pues su objetivo no es el de formular una sentencia relativa al litigio entre las partes (como fue dicho en la definición precedente) sino editar una decisión para mantener una situación en su sitio o resolver un problema que podrían surgir y modificar

¹³ Traducción libre de la autora. Léase originalmente: “[...] the ICC EA procedure cannot and should not properly be described as arbitration in the traditional sense. The ICC EA is a *sui generis* contractual creature [...]”.

el curso del arbitraje. Entonces, si bien el árbitro de emergencia debe emitir una decisión, esta no tendrá el mismo valor que el laudo arbitral dictado por el árbitro clásico.

El laudo permite dar estructura sobre el fondo del litigio, mientras que la decisión sobre la medida cautelar no tiene como fin resolver la situación, sino solo asegurar el resultado del arbitraje. La decisión dada por el árbitro de emergencia no reviste de un carácter definitivo; puede ser modificada en el curso del proceso o anulada por el Tribunal Arbitral, si le parece oportuno o que la situación a proteger ya no necesita de medidas particulares, a diferencia del laudo arbitral que no puede ser modificado, y solamente anulado, mediante la solicitud de anulación.

La última diferencia relevante consiste en el modo de designación del árbitro de emergencia. El o los árbitros del proceso están nombrados por las partes, de común acuerdo, o bien, por un tercero, en caso de desacuerdo. En cambio, en el procedimiento de emergencia, el tercero siempre tendrá que elegirse dentro de una lista de árbitros que depende de una institución arbitral, lo que restringe la libertad de elección normalmente ofrecida a las partes.

IV. La oportunidad del arbitraje de emergencia sobre el Poder Estatal

A diferencia del árbitro de emergencia, el árbitro clásico no tiene la oportunidad de intervenir en las atribuciones del primero (como para restablecer un derecho o preservar una situación). Sería entonces necesario para las partes, recurrir ante la jurisdicción ordinaria en dichos supuestos. El arbitraje de emergencia es una alternativa al Poder Judicial, que no respondería a las expectativas de las partes en el tiempo necesario.

El juez tiene el poder de enunciar medidas individuales, competencia que no se reconoce al árbitro de emergencia (aunque el derecho de las partes y el debido proceso son tema de crítica en el procedimiento de emergencia¹⁴). El juez puede hacer intervenir a terceros que no son parte del litigio, lo que perturba el principio de confidencialidad del arbitraje.

Una vez que la decisión está dada, el árbitro no tiene el poder de obligar a las partes al cumplimiento, poder del que dispone el juez estatal. Por ende, el árbitro de emergencia tendrá que confiar en la buena fe de las partes para que la decisión sea ejecutada por estas.

A pesar de estos puntos importantes que podrían desfavorecer el arbitraje de emergencia frente a la justicia estatal, existen calidades de las que no dispone el juez, empezando por las competencias propias de ciertos árbitros. Por ejemplo, disponer de calificaciones lingüísticas indispensables cuando el litigio está desarrollado entre personas de nacionalidades diferentes. Esto agiliza la resolución del asunto y facilita su desarrollo, contando así con competencias apropiadas en la materia litigiosa.

¹⁴ El procedimiento de emergencia puede afectar los derechos fundamentales que detentan las partes durante un arbitraje. Por ejemplo, la emergencia de la situación obliga proferir una decisión dentro de cinco días, lo que puede comprometer el debido proceso. Este restringido plazo no permite ofrecer un análisis detallado. Para que el principio de debido proceso sea respetado, es necesario que una parte reciba las notificaciones a tiempo por parte de la otra, y de buena fe, dentro de este corto plazo, lo que puede ser un obstáculo.

Otro punto que vale la pena abarcar es que el juez estatal está adscrito a su competencia territorial, lo que no le permite pretender poderes amplios. Su competencia también se ve limitada al conjunto de procedimientos que restringen su facultad de actuación. Por su parte, el árbitro de emergencia puede cambiar entre varios procedimientos, algunos más complejos que otros, lo que permite optimizar el tiempo del procedimiento, evitando procedimientos paralelos que podrían llevar a la toma de decisiones contradictorias entre sí, afectando el principio de seguridad jurídica.

V. Conclusiones

Después de su introducción en el ámbito del arbitraje internacional, el arbitraje de emergencia se presenta como un medio suplementario para escapar a la intervención del juez estatal, en los asuntos que necesitan una confidencialidad máxima. El arbitraje de emergencia permite conservar el secreto del litigio, dentro de la esfera privada.

La mayor crítica que se hace al arbitraje de emergencia es la naturaleza de la decisión que se toma, sea a nivel nacional o internacional. El hecho que no goce del *imperium* representa un real reto a su eficiencia y eficacia. Sin embargo, lo más importante es que el árbitro de emergencia responde a su misión, que es la de establecer medidas cautelares o provisionales en el cuadro de la demanda de las partes al futuro arbitraje. Además, el reconocimiento del mecanismo de emergencia por los diferentes Reglamentos y normas internacionales de arbitraje atesta de su valor y demuestra su necesidad y a su vez, su eficiencia.

Desde su creación en 2006, las diferentes instituciones arbitrales y la doctrina han permitido aprehender los problemas recurrentes en el ámbito del arbitraje de emergencia para asegurar su eficiencia, dado que el pilar fuerte de este procedimiento es su rapidez. No obstante, un problema subsiste, siendo este el reconocimiento y la ejecución de la decisión que puede ser modificada. Esto se debe al hecho de que dichos pronunciamientos no se benefician de la aplicación de la Convención de Nueva York, por lo que cada país tendrá que analizar la legislación interna para determinar si la decisión debe ser ejecutada o no.

Bibliografía

Doctrina

Baigel, B. (2014). La procédure d'arbitrage d'urgence en vertu des règles de la CCI de 2012: une analyse juridique. *Journal of International Arbitration*. Volume 31 .

Baker, S. (Mayo, 2016). *International arbitration Report, Issue 6* . Norton Rose Fulbright. Recuperado en <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20160517--international-arbitration-report-issue-6--may-2016.pdf?la=en&revision=cc759e95-f3be-44d9-a86c-4c5106fe209e>

Centre, S. I. (2017). *Singapore International Arbitration Centre*. Recuperado en Singapore International Arbitration Centre: <https://www.siac.org.sg/component/content/article/64-why-siac/526-statistics-2017>

Craig, P. a. (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana.

Gaillard, E. (2003). *First Court Decision on Pre-Arbitral Referee*. New York Law Journal. Volúmen 229. Recuperado en https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2003/06/First-Court-Decision-on-PreArbitral-Referee/Files/Download-PDF-First-Court-Decision-on-PreArbitral_/FileAttachment/IA_060503.pdf

Nikhil, V. (2006). Tribunal-ordered interim measures and emergency arbitrators: recent developments across the world and in India. *Indian Journal of Arbitration Law*. Volume 4.

Ronancio Martínez , L. (s.f.). *El árbitro de Emergencia: un estudio comparado*. Recuperado en https://docplayer.es/66357298-El-arbitro-de-emergencia-un-estudio-%20comparado.html#show_full_text

Verbist. (2013). New Belgian Arbitration Law of 24 June 2013 and the New CEPANI Arbitration Rules of 1 January 2013. 615. Recuperado en <https://www-kluwarbitration-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/document/kli-ka-joia-3005008?q=verbist>

Normativa

Convención de Nueva York o Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)

Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo (1999)

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (2012)

Reglamento de la Corte de Arbitraje internacional de Londres (1998)

Reglamento de la Procedimiento Precautorio Prearbitral, por la Cámara de Comercio Internacional (1990)

Reglamento de Arbitraje del Centro belga de arbitraje y de mediación, CEPANI (2013)

Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (1991)

Nuevas Reglas de Arbitraje del ICDR (2014)

Jurisprudencia

Cámara Primera de la Corte de Apelación de Paris, “Société National des pétroles du Congo et République du Congo v. Total Fina Elf E & P” del 29 de abril de 2003.

Consulte las bases para publicar en
www.cyacr.com

